

RDCO

REVISTA DE DERECHO COMERCIAL Y DE LAS OBLIGACIONES

Fundada por ISAAC HALPERIN en 1968

Mayo - Junio 2020 | 302

DIRECTORES:

HÉCTOR ALEGRIA
RAÚL A. ETCHEVERRY

ÁREA DE DERECHO COMERCIAL:

Manóvil - Marzorati
Richard - Rivera
Rouillon - Uzal

ÁREA DE DERECHO
DEL CONSUMIDOR:

Stiglitz - Vázquez Ferreyra

COORDINADORES:

Chomer
Hernández
Molina Sandoval
Paolantonio
Santarelli
Sicoli

Edición especial
COVID-19

ISSN 1851-1805

 **INCLUYE**
VERSIÓN **DIGITAL**

ABELEDOPERROT

ISSN: 1851-1805
RNPI: 5074811

Todos los derechos reservados
© **ABELEDOPERROT S.A.**

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.

Se terminó de imprimir en la primera quincena de julio de 2020, en los talleres gráficos de La Ley S.A.E. e I., Bernardino Rivadavia 130, Avellaneda - Provincia de Buenos Aires, República Argentina

RD CO

REVISTA DE DERECHO COMERCIAL Y DE LAS OBLIGACIONES

Fundada por ISAAC HALPERIN en 1968

Mayo - Junio 2020 | 302

DIRECTORES:

HÉCTOR ALEGRIA

RAÚL A. ETCHEVERRY

ÁREA DE DERECHO COMERCIAL:

Rafael M. Manóvil

Oswaldo Marzorati

Efraín Hugo Richard

Julio César Rivera

Adolfo A. N. Rouillon

María Elsa Uzal

ÁREA DE DERECHO DEL CONSUMIDOR:

Gabriel Stiglitz

Roberto A. Vázquez Ferreyra

COORDINADORES:

Héctor O. Chomer - Carlos A. Hernández

Carlos A. Molina Sandoval - Martín E. Paolantonio

Fulvio G. Santarelli - Jorge S. Sícoli

 **INCLUYE
VERSIÓN DIGITAL**

ABELEDOPERROT

Thomson Reuters

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

ÍNDICE



EDICIÓN ESPECIAL COVID-19

CONTRATOS

DOCTRINA

COVID-19 y los efectos en el incumplimiento de los contratos privados de compraventa internacional en la Argentina <i>Oswaldo Marzorati</i>	3
Coronavirus: ¿Un jaque a los <i>smart contracts</i> ? <i>Carlos Mirassou Canseco - Andrés O. Hadad</i>	30
La mora del deudor en tiempos de coronavirus <i>Silvia Y. Tanzi - Marcelo A. Lencina</i>	39
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>	41
La pandemia por COVID-19 y su incidencia en los contratos de cumplimiento diferido o de tracto sucesivo <i>Carolina Dell Orefice - Hernán V. Prat</i>	54
Contratos de locación y el COVID-19 <i>Bárbara Elizabeth Pruski</i>	68
Mora contractual y coronavirus <i>Claudio Fabricio Leiva</i>	83
Consecuencias jurídicas de la pandemia en el contrato de turismo <i>José A. López Candioti</i>	97
Un decreto tan oportuno (para inquilinos) como peligroso (para locadores). A propósito del DNU 320/2020 <i>Facundo M. Bilvao Aranda</i>	106
La cuarentena no implica la imposibilidad de celebrar contratos <i>Facundo M. Bilvao Aranda</i>	117
La mora en las relaciones contractuales ante el COVID-19 <i>Jaime Company</i>	126

Algunas precisiones sobre el DNU 320/2020 de alquileres: entre bondad e incertidumbre <i>Pablo Ceballos Chiappero</i>	136
--	-----

DEFENSA DEL CONSUMIDOR

DOCTRINA

El deber de buena fe del proveedor en los contratos de consumo ante la pandemia de COVID-19 <i>Nicolás I. Manterola - Karen G. Sondergaard</i>	147
El "proveedor 2021" y la figura jurídica del "proveedor vulnerable" <i>Matías A. Italiano</i>	155

CONCURSOS Y QUIEBRA

DOCTRINA

Pandemia, economía y derecho concursal <i>Hugo G. Monzón</i>	163
El plan de negocios: una herramienta fundamental para que las empresas sobrevivan al COVID-19 <i>Melissa Zanoni</i>	169

SOCIEDADES

DOCTRINA

Dividendos y reservas en épocas de COVID-19 <i>Luis Alberto Miguel</i>	175
El impacto del COVID-19 en el funcionamiento de la sociedad comercial <i>Jonatan Pítasny</i>	183
Las reuniones societarias en tiempos de coronavirus <i>Santiago Toscano (h.)</i>	190
Personas jurídicas privadas: Reuniones a distancia en tiempos de cuarentena <i>Fernanda Cientofante - Manuel J. Carricajo</i>	202

TÍTULOS VALORES

DOCTRINA

Indexación de valores negociables y contratos de financiamiento <i>Nicolás Malumián - Mariana Scrofina</i>	217
---	-----

DOCTRINA

La crisis del nuevo coronavirus y la protección de datos personales. Los desafíos de una pandemia en la era de las tecnologías de la información

María Florencia Bossi 231

Pandemia y exterminio empresario

Rubén Segal 237

Thomson Reuters

Thomson Reuters

CONTRATOS

DOCTRINA

Thomson Reuters

Thomson Reuters

COVID-19 y los efectos en el incumplimiento de los contratos privados de compraventa internacional en la Argentina

Oswaldo Marzorati

Sumario: I. El coronavirus, sus efectos sobre el incumplimiento de contratos privados de compraventa internacional en Argentina. Tratamiento y alcance del tema.— II. Antecedentes y primeros efectos de la pandemia en la población.— III. La Convención de Viena en materia de compraventas internacionales. Alternativas: el common law, Unidroit, el Código Civil y Comercial.— IV. El futuro de los efectos de la pandemia y algunas reflexiones.

Resumen

El artículo trata los eventuales efectos económicos que la declaración de pandemia por el Gobierno declarando la emergencia sanitaria aislamiento de familias, cierre de negocios, exceptuando los excluidos por el Gobierno del régimen de aislamiento, prohibición de circular y vender productos o prestar servicios no autorizados, que origina que el 40%, al menos, de la actividad económica quedo paralizada hasta el 24 de mayo.

Un abogado debe analizar las alternativas para su cliente, residente de argentina, frente la otra parte, residente en el extranjero, si incumpliera sus obligaciones en un contrato de compraventa internacional de mercaderías, alegando fuerza mayor. Debe considerar la Convención de Viena de 1980, la legislación anglosajona, principios de Unidroit y ley aplicable y competencia judicial, según ley argentina considerando que Viena, y los anglosajones no legislaron sobre "Fuerza mayor".

Abstract:

The article deals with the eventual economic consequences that the declaration by the Argentine Government, of a pandemic and sa-

nitary emergency, quarantine, close of businesses, other than those expressly excluded by government, isolation and prohibition of use of vehicles, sale of products and services, creating thereby the paralysis of not less than 40% of the economic activity since march 20th extended twice until may 24th.

Counsel, must analyse the alternatives for his client, an argentine resident, before the other party, resident abroad, if the former unfulfills his obligations under an international sales contract of merchandise, claiming force majeure. Counsel should consider the Vienna Convention the Anglosaxon legislation, principles of Unidroit on contracts and applicable law and jurisdiction under Argentine mandatory norms in view that Viena and anglosaxons do not regulate force majeure by law.

I. El coronavirus, sus efectos sobre el incumplimiento de contratos privados de compraventa internacional en Argentina. Tratamiento y alcance del tema

El objeto de este trabajo es analizar el problema de la pandemia como se ha conocido en Argentina y sus efectos cuando se alega el incumplimiento de una o más obligaciones en un contrato de compraventa internacional de mer-

caderías diferenciando los requisitos que exige el Tratado ratificado por Argentina en la materia, conocido como Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías y las soluciones que esta brinda ante la existencia en caso de incumplimiento por una de las partes de un contrato de compraventa internacional, que no sea de consumo, excluido del ámbito de Viena, cuando dicha parte trata de invocar una causal de excusación y comentar la diferencia de enfoque que tiene Viena con las soluciones que para el mismo caso brindan el common law en su dos jurisdicciones más representativas: USA y el Reino Unido, ninguno de los cuales ha legislado sobre la fuerza mayor, desconocida legalmente hablando, tanto en la Convención como en la legislación supletoria. Asimismo haremos una breve referencia a los Principios de Unidroit que contemplan el hardship, que tampoco está expresamente definido en la Convención, ni regulado legalmente en el derecho anglosajón, con vistas a proporcionar a los abogados una visión de cómo abordar un contrato entre una parte domiciliada en la Argentina y un contratante extranjero, así como las alternativas que se le presenta, sobre ley aplicable y jurisdicción competente, a fin de decidir si utiliza Viena, o acepta la ley extranjera o intenta aplicar ley Argentina que tiene diferentes institutos basados en el caso fortuito o la fuerza mayor o si su contratante es anglosajón, advertir y comentar como aborda el common law el mismo tema; asimismo, haremos breve referencia a los principios de Unidroit, porque si el extranjero es Europeo además de pretender su propia ley, estará dispuesto a aceptar los principios, Unidroit desde al menos 1995 contempla la fuerza mayor pero en formato diferente a nuestro art. 1730, y también contempla el hardship, como recurso para renegociar el contrato, pero siguiendo un patrón propio parecido y permitiendo la renegociación del contrato y su resolución por la justicia en condiciones que pone en manos del juez fijar sus alcances, a falta de acuerdo de partes y limitado a la índole internacional del contrato.

En Argentina y el cono sur se enseñan los principios Unidroit, pero los abogados generalmente los excluyen y se manejan con la convención o si logran excluirla en la negociación por una ley aplicable, que si el comprador extranjero proviene del common law, será la de un Estado americano en particular y si la ley es Argentina,

por el lugar de cumplimiento, la jurisdicción será de un estado en los Estados Unidos y si es del Reino Unido, procurara que el tribunal que conozca del caso emita su fallo o su decisión arbitral desde Londres para aplicar principios del common law y su sistema de precedentes.

Para aquel letrado que no ha tenido contacto con el common law es conveniente tener en cuenta 4 puntos clave: saber que la buena fe en el derecho inglés y en el americano es un requisito exigible para el cumplimiento del contrato pero no para su celebración. El contrato requiere la existencia de una "consideration" que ambas partes reconocen como algo valioso y es condición de la validez del contrato. En segundo lugar la fuerza mayor como tal es un concepto no legislado ni exigible, si las partes no lo han pactado expresamente, precisando casos y eventos caracterizantes, Esto permitiría incorporar las figuras del Mistake, impracticability y frustration, que si están contempladas en el Uniform Commercial Code (UCC) americano y permiten justificar un incumplimiento contractual, sin responsabilidad. La mayor onerosidad sobreviniente, es para los Estados Unidos un concepto foráneo, pero ellos conocen el hardship que aplican y es respetado por los jueces, el que debe estar cuidadosamente detallado y convenido en el contrato, porque tampoco está legislado como la fuerza mayor, pero es admitido como convención contractual, junto con sus efectos. En tercer lugar quien acepte normas del common law debe saber que el derecho nacido de leyes del congreso se llama statute law, que cubre nuevos conceptos, pero que la ley principal, contract law, es lo que las partes pactan., en ejercicio de la autonomía de la voluntad. El cuarto punto es que los jueces del common law, donde "judge makes law" tienen el poder de crear nuevos precedentes, si los hechos de la causa a su juicio lo ameritan, que deviene la ley de las partes, mientras los jueces argentinos deben fallar según la ley.

Litigar o asesorarse en el derecho del common law y la técnica de usar los precedentes para usarlos en un caso determinado es una práctica compleja y aumenta el costo de litigar ante dichos tribunales. Por ende solo asuntos importantes por el tema se litigan y el litigio debe ser confiado a manos experimentadas lo que lo hace más costoso. El viejo refrán: mejor un mal

arreglo, pero rápido, que un buen pleito, pero largo, resulta útil para encarar estos asuntos judiciales en Londres, luego de que el consultor se haya expedido sobre las chances del caso, para ser llevado por el Barrister mandatario del litigante con el patrocinio del Solicitor, quien lleva la estrategia del caso.

El trabajo ha sido dividido, en tres secciones. Los antecedentes de la Pandemia y sus consecuencias en Argentina, así como sus efectos económicos como causa indirecta del incumplimiento de ciertos contratos y en particular la reacción normativa y tratamiento excepcional dispensada a la misma, por el Poder Ejecutivo mediante DNU o simples decretos, que no han sido considerados por aún el Congreso conforman la primer sección. La segunda sección aborda el tratamiento jurídico del tema incumplimiento de un contrato de compraventa de mercaderías internacional y las soluciones que ofrece Viena, el Common law y los principios de Unidroit con una referencia tangencial a nuestro Código por tratar la compraventa local y analizaremos las ventajas y desventajas que debe considerar el asesor legal al recomendar la regulación que resulta más atinada para su cliente en un mundo globalizado que usa ya modelos contractuales preparados por otros abogados, buscando uniformidad en la contratación internacional. En la última sección nos proponemos avizorar el futuro cambiante, en el tema COVID-19, que ahora en Europa lo designan como SARS-Cov2, nombre original del virus, y sus probables efectos económicos junto a nuestras reflexiones sobre el tema del incumplimiento de sus obligaciones por fuerza mayor en la compraventa, tal vez el instrumento jurídico más usado en del comercio internacional, como eje del trabajo, contribuyendo a la vasta literatura en este tema, sobre la que ya existe calificada doctrina en el país.

II. Antecedentes y primeros efectos de la pandemia en la población

El tan mencionado COVID-19 ha generado un acontecimiento público inédito para la generación actual al afectar en forma indiscriminada y con un alcance aún imprevisible a la población argentina. En efecto, los ciudadanos comunes -al menos una parte de la población- hemos adquirido conciencia del significado de

esta pandemia contra la cual no existe método de curación, mediante una vacuna efectiva, y al mismo tiempo ha generado una onda de miedo en parte de la población por los variados y casi diarios descubrimientos de médicos infectólogos sobre las diversas formas de contagiarse de dicho virus y sobre todo de las precauciones que deben tomarse para evitar ese contagio conocidas, pero con frecuencia no enteramente aplicadas, como lavarse las manos repetidamente, por uno mismo y su entorno además de verificar si presenta otros síntomas como fiebre o la tos original, a los que se fueron agregando algunos más como distinguir correctamente olores o perder la sensación del gusto o más simple no guardar la distancia debida o lavar la ropa usada al salir y regresar de la casa y tirar los guantes. Este artículo no pretende dedicarse al coronavirus, sino al uso del COVID-19 en conjunción con un evento imprevisible y otros recaudos como excusa válida para justificar el incumplimiento de obligaciones en el contrato de compraventa internacional de mercaderías y las distintas figuras usadas a esos efectos desde la fuerza mayor, la imposibilidad de cumplimiento, la teoría de la imprevisión, la frustración de la finalidad y las variaciones de las mismas, partiendo de la Convención de Viena sobre compraventa Internacional, las soluciones de los anglosajones a través de la legislación y practica americana e inglesa, con referencia al tratamiento del tema y algunos aspectos de los principios de Unidroit, con alguna referencia al sistema interno, previsto en el Cód. Civ. y Com.

Es sabido que Argentina controla el número de testeos para localizar contagios positivos del Virus, para no tener agolpados muchos contagiados mientras concluye la capacidad hospitalaria preparada, mientras Chile que tiene poco más de la tercera parte de habitantes de nuestro país había hecho al 30 de abril hecho más de 25.000 testeos y nosotros solo poco más de 6000, dos semanas antes según información del diario La nación del 12 de abril de 2020 (1). En la actualidad Google informa diariamente la cantidad de afectados los confirmados, los recuperados y los muertos de cada país, por los que dejo la curiosidad pendiente. Ciertamente, se entiende fácilmente que Argentina hace

(1) Artículo sobre el presidente chileno, "Piñera contesta a Argentina", Diario La nación del 8 de abril de 2020.

menor cantidad de testeos que Chile, y la razón oficial es que tiene un programa de testeos administrada para mantener aplanada la curva del desarrollo de la pandemia y postergar para más adelante los picos de la enfermedad, cuando estén listos los hospitales con sus respiradores para enfrentarlas, pero esa época se acerca al invierno nuestro en donde se nos ha dicho el contagio es más fácil. Ojalá el plan del Gobierno funcione. Pero ante la ausencia de un plan económico y la evidencia de que el pago de salarios no estaba garantizado, y que se estaba rompiendo la cadena de pagos en el comercio y en la industria el Gobierno que había priorizado la salud decidió subsidiar a parte de la población vulnerable procurando un equilibrio entre la salud y a la economía, para evitar un colapso económico en el segundo semestre, que ciertamente no se resuelve sólo con más aislamiento, que por sí solo comenzara a crear problemas de conducta a los mayores y a los menores. El 40 %, del comercio, la industria y los profesionales están afectados, no pueden ir a sus ocupaciones. Es necesario que muchas actividades retomen el trabajo, por lo tanto habrá más gente en la calle y en el transporte. Dado que un elevado número de personas y de pequeñas empresas no tiene ingresos, pero sí gastos desde hace más de 60 días, se comenzó por compensar parte del salario con pagos en efectivo, a menor ingreso mayor subsidio. Los bancos abrieron sus puertas con turno para sus clientes según el número final de sus documentos, en función de las horas de trabajo y además se ha implementado sobre la base del dec. 332/2020 y resoluciones complementarias así como la AFIP creó un registro de empresas para distribuir pagos a cuenta de salarios, dar crédito a los monotributistas a tasa cero a partir del 8 de mayo, sólo para incrementar el consumo, además de reducción de pagos de seguridad social y otros beneficios.

El art 1 del DNU citado estableció “para todas las personas que habitan en el país o se encuentran en él en forma temporaria se establece, la medida de aislamiento social preventivo y obligatorio desde el 20 de marzo hasta el 31 del mismo mes inclusive, pudiendo prorrogar este plazo por el tiempo que se considere necesario, en atención a la evolución de la situación epidemiológica. Lo que hizo con fecha 12 de abril prorrogando hasta el día 26 de abril y luego a mayo 24 el aislamiento, sin perjuicio de volver a

prorrogarlo si fuera necesario, cuando se tuviera más datos sobre la evolución de la pandemia y seguramente mayores testeos para entonces. La universidad cerró sus puertas hasta el 1 de junio y el fútbol, pasión argentina, parece que cancelará el campeonato por este año.

El art. 2 del citado decreto estableció que durante la vigencia del aislamiento las personas deberán permanecer en sus residencias habituales o en la residencia en que se encuentren a partir de la 00 horas del 20 de marzo y 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 demás derechos subjetivos derivados como la vida y la integridad física de las personas, salvo para proveerse de artículos de limpieza, medicamentos y alimentos, autorizando al Ministerio de Seguridad a disponer controles permanentes en rutas, vías y espacios públicos y disponer castigos para las infracciones en el marco de los arts. 205 y 239 del Cód. Penal. El Jefe del Gabinete quedó autorizado a reducir o aumentar los plazos previo dictamen de la autoridad sanitaria.

A su vez el art 5 del citado decreto prohíbe la realización de eventos culturales, recreativos, deportivos, religiosos ni de ninguna otra índole que impliquen la concurrencia de muchas personas, suspendiéndose la apertura de locales, centros comerciales, establecimientos mayoristas y minoristas, y cualquier otro lugar que requiera la presencia de personas. El art 8 dispone expresamente que durante el aislamiento los trabajadores del sector privado tendrán derecho al goce íntegro de sus ingresos habituales, en los términos que establecerá la reglamentación.

Lo concreto es que el Poder Ejecutivo consideró en el mismo decreto que “la dinámica de la pandemia y su impacto frente a la salud pública hacen imposible seguir el trámite para la sanción de las leyes recordando el procedimiento establecido por ley 26122 reglamentando el art 99 inc. 3 de la CN- Esto implica que se legislara por decretos de necesidad y urgencia hasta tanto se resuelva si el Congreso de puede reunir en forma virtual que según nota de la Corte tiene autoridad para modificar ambas Cámaras su propio Reglamento.

El DNU 297 que dispuso el aislamiento prevé en su art 13 dar cuenta a la Comisión bicameral Permanente del Honorable Congreso de la Nación, que hasta la fecha, no ha efectuado reparo alguna a las normas del DNU, que le fue notificado y que entró en vigencia y fue publicado en el BO el mismo 20.03.2020 (2).

El art. 6, es el corazón del sistema porque establece todas las excepciones al régimen del aislamiento y que transcribimos en nota al pie (3),

(2) Art. 11 Del Decreto de Necesidad y Urgencia.

(3) El art 6 dispone excluir 1) personal de salud, fuerzas Armadas, actividad migratoria, servicio meteorológico nacional bomberos y control de tráfico aéreo, 2) Autoridades superiores de los gobiernos nacional, provincial, municipales y de la CABA trabajadores del sector público nacional convocados para garantizar actividades esenciales requeridas por las respectivas autoridades. 3) Personal de los servicios de Justicia de turno, conf. establezcan las autoridades correspondientes. 4) Personal diplomática y consular extranjero acreditado ante el Gobierno argentino, en el marco de la convención de Viena sobre relaciones diplomáticas y la convención de Viena de 1963 sobre relaciones consulares y personal de los organismos internacionales acreditados ante el gobierno Argentino, de la Cruz roja y Cascos Blancos. 5) personas que deban asistir a otras con discapacidad, familiares que necesiten asistencia, a personas mayores, a niños, a niñas y adolescentes. 6) Personas que deban atender a una situación de fuerza mayor. 7) Personas afectadas a la realización de servicios funerarios, entierros y cremaciones. En tal marco no se autorizan actividades que signifiquen reunión de personas. 8) Personas afectadas a la atención de comedores escolares, comunitarios y merenders. 9) Personal que se desempeña en los servicios de comunicación audiovisuales, radiales y gráficos. 10) Personal afectado a obra pública. 11) Supermercados mayorista, minoristas y comercios minoristas de proximidad., Farmacias ferreterías, veterinarias, provisión de garrafas 12) Industrias de alimentación, su cadena productiva de insumos, de higiene personal y limpieza, de equipamiento médico, medicamentos y otros insumos sanitarios. 13) Actividades vinculadas con la producción y comercialización agropecuaria y de pesca. 14) Actividades de telecomunicaciones, internet fija y móvil y servicios digitales. 15) Actividades impostergables vinculadas con el comercio exterior. 16) Recolección, transporte y tratamiento de residuos sólidos urbanos peligrosos y patogénicos. 17) Mantenimiento de los servicios básicos: agua electricidad, gas, comunicaciones etc.) y atención de emergencias. 18) Transporte público de pasajeros, transporte de mercaderías, petróleo, combustibles y GLP 19) Reparto a domicilio de alimentos medicamentos, productos de higiene, de limpieza y otros insumos de necesidad. 20) Servicios de lavandería. 21) Servicios postales y de distribución de paquetería. 22) Servicios esenciales de vigilancia, lim-

pienza y guardia. 23) Guardias mínimas que aseguren la operación y mantenimientos de Yacimientos de petróleo y Gas, plantas de tratamiento y/o refinación de petróleo y gas transporte y distribución de energía eléctrica, combustibles líquidos petróleo y gas estaciones expendedoras de combustibles y energía eléctrica. 24) S.E. Casa de Moneda servicios de cajeros automáticos, transporte de caudales y todas aquellas actividades que el BCRA (banco central) disponga imprescindibles para garantizar el sistema de pagos. El día 6 de abril el jefe del gabinete incluyó en la exención a escribanos en forma limitada y a proveedores de energía.

En definitiva el Poder Ejecutivo adoptó la conducta de cerrar fronteras, aislar el país y enfocar como mejorar los servicios sanitarios mientras moderaba los testeos globales luego de la aparición de los primeros casos. Debe destacarse, sin embargo, un reciente pico de nuevos casos en Japón, Singapur Suecia, Dinamarca e Indonesia pondría en tela de juicio la actitud tomada. Así Japón al 31 de marzo tenía 2178 casos positivos, cifra escasa comparando con el alto número de personas de la tercera edad y desde que comenzó abril ha tenido 2079 casos, con picos de 575 casos en un solo día llevando en solo dos meses sus casos de contagio a 4257 casos. Por ese motivo el primer Ministro de Japón acaba de declarar el estado de emergencia por 30 días, disponiendo que el testeo se haga a razón de 20.000 diarios. - Sorprendió que Singapur luego de considerar dominada la situación registro nuevos picos de contagio elevando la cifra total a 1623 personas, cerrando escuelas y un gran cantidad de lugares de trabajo por un mes y finalmente Suecia elevó su número de contagios tuvo 621 casos en un día. Al 9 de abril los casos escalaron a 8419 y los muertos a 687(4). El lado malo de ese rebrote, es que se produjo en lugares ya libres de contagio creo la duda de si los contagios curados producen anticuerpos no definitivos, duda sin respuesta, a nivel global. El Gobierno por otra parte reacciono con diferentes anuncios de medidas específicas para ayudar a los asalariados y a las pequeñas empresas a costa de emitir moneda de forma inusual a saber.

(4) Diario La Nación del día 9 de abril de 2020, "Del éxito a las dudas. Los países modelo que ahora sufren un rebote".

Si bien se dispuso la prohibición de despidos y suspensiones (esto sin perjuicio de la vía que autoriza el art. 223 bis de la LCT), el DNU 332/20, modificado por su similar N° 347/20, creó el Programa de Asistencia de Emergencia al Trabajo y la Producción (PAETP), estableciendo distintos beneficios a efectos de atenuar el impacto negativo de la disminución de la actividad productiva, como consecuencia del “aislamiento social, preventivo y obligatorio”.

La RG AFIP 4.693 estableció los plazos y el procedimiento a observar por los empleadores, a fin de poder acceder a los beneficios previstos por el decreto mencionado (excluye a empresas comprendidas entre los servicios y actividades exceptuadas por el PEN y JGM). En virtud del DNU 332/20 se fija una Asignación No Remunerativa que será abonada por el Estado para todos los trabajadores y trabajadoras en relación de dependencia del sector privado, que están bajo los términos de la ley 14.250 (Trabajadores que están bajo un CCT), en para empresas hasta 100 trabajadores y trabajadoras. Esta asignación se otorga a favor de las empresas de hasta 100 dependientes con diferentes APORTES que no podían exceder el 1% del Salario mínimo vital y móvil para las empresas de hasta 25 personas y reduciéndose al 75% para las de 50 empleados y a L 50% de del DMVM para las de 100 empleados. Esta Asignación NO Remunerativa se considera a cuenta de pago de los sueldos del personal afectado, debiendo las empresas abonar se otorga los saldos restantes hasta completar los mismos. Las empresas, al solicitar el beneficio, deben retener a sus dependientes los aportes al SIPA y obra social y el INSSJP (17%).

Creó un sistema de prestaciones de desempleo a los trabajadores y trabajadoras que están comprendidos en los arts. 113/114 de la ley 24.013 (Ley nacional de empleo), esto son los trabajadores que fueron despedidos por algunas de las formas de extinción de la LCT, y los que se encuentran en situación legal de desempleo y disponible para ocupar un puesto de trabajo adecuado. Los montos referidos al subsidio por desempleo se elevan en mínimo de \$6000 a \$10.000 y dispuso de una - Reducción hasta el 95% de las contribuciones patronales al SIPA devengadas en el mes de abril. (Cargas sociales de Abril que se pagarían en Mayo). Este último requisito será para los empleadores cuyo núme-

ro de dependientes, al 29/02/2020 no supere los 60.

III. La Convención de Viena en materia de compraventas internacionales. Alternativas: el common law, Unidroit, el Código Civil y Comercial

La República Argentina es parte de la Convención de Viena sobre compraventa internacional y ha legislado en el Cód. Civ. y Com. sobre los contratos en general y el de compraventa en particular y las causales válidas de excusación de una parte, la suspensión de sus obligaciones y la exoneración de efectos en casos de imposibilidad de cumplir con lo pactado. Por ello creo necesario abordar la declaración de pandemia declarada por la OMS en la que se basa el DNU 397/20 para enfocar en este trabajo principalmente el contrato de compraventa, gobernada por normas locales para los contratos domésticos y en la internacional por Viena, pero centrando el trabajo en la consideración de las causales de excusación por fuerza mayor u otros institutos similares legislados, que hacen que una parte no sea responsable de los efectos de su incumplimiento, en los términos del art 79 de la Convención. Nuestra legislación interna no coincide, al tratar ese tema, ni con la definición de incumplimiento esencial receptada en la Convención de Viena sobre compraventa internacional ratificada por nuestro país, con una reserva expresa (5), ni con la exoneración prevista en el art. 79 de la convención. Viena se aplica a partes cuyos establecimientos están en Estados diferentes, cuando esos Estados sean partes Contratantes o cuando las normas de derecho internacional privado prevean la apli-

(5) La ley 22765 sancionada el 24 de marzo de 1983 aprobó la convención de Viena sobre contratos internacionales de mercaderías y el protocolo por el que se enmienda la convención en materia de prescripción firmados en Viena el 11 de abril de 1980 y que entró en vigencia en 1986 al ratificar el décimo firmante, en su texto en español con la siguiente reserva. “Al adherir a dichos instrumentos se efectuará la siguiente declaración: Conf. a los arts. 12 y 96, cualquier disposición del art 11, del art 29° de la parte II de dicha convención que permita la celebración, la modificación o la extinción por mutuo acuerdo del convenio de compraventa o la oferta, la aceptación o cualquier manifestación de intención se hagan por un procedimiento que no sea por escrito, no se aplicará cuando cualquiera de las partes tenga su establecimiento en la República Argentina.

cación de la ley de un Estado contratante, siendo irrelevante la nacionalidad de las partes o el carácter civil o comercial del contrato, para determinar la aplicación de la Convención (6). La jurisprudencia de varios tribunales y la doctrina han destacado que esas normas DIP mencionadas son las del foro. En tal caso si el reenvío del Foro fuera a las normas argentinas, por disposición del código vigente, no corresponde aplicar las normas del DIP Argentino, sino las de su derecho interno.

Esa disposición es clara, pero la expresión establecimiento no lo es tanto en el derecho interno, aunque está bien definida en el derecho fiscal internacional, en convenios firmados por Argentina, con Francia, Italia, Holanda o Inglaterra, donde establecimiento permanente a fines fiscales es un término amplio comprendiendo tanto una oficina donde se efectúan negocios, como un taller, una fábrica, una sucursal, una obra de montaje, o una cantera en otro país. La convención de Viena en su art 1 dispone que se aplica cuando las partes tienen su establecimiento en Estados diferentes y han ratificado la Convención o cuando las normas de derecho internacional Privado remitan a la ley de un Estado contratante. Sin embargo no define el concepto de establecimiento, por lo que debemos remitirnos a la ley aplicable al contrato. [9] pudiendo usar el concepto fiscal y no expresiones doctrinarias.

El art 2 de la Convención excluye ciertas compraventas a las que no se aplica la convención comenzados por: mercaderías para uso familiar personal o doméstico (consumo), o adquiridas en subastas, o por remates judiciales, de valores mobiliarios, títulos o efectos de comercio y dinero, o buques, embarcaciones o aerodeslizadores y aeronaves o de electricidad. Asimismo las normas de la Convención de Viena, considera el suministro de mercaderías a ser fabricadas o producidas como compraventas de mercaderías salvo cuando la parte que las encargue provee una parte substancial de los materiales necesarias para la fabricación o producción, disponiendo que la Convención no se aplicará

(6) Diferentes autores han resaltado que la norma proviene del proyecto Uncitral pero se agregó para enfatizar que ambos conceptos son irrelevantes- Conf. Honnold John Uniform law 84.6.

a los contratos en que la parte principal de las obligaciones de la parte que proporcione los materiales necesarios para esa manufactura consista en suministrar mano de obra o prestar otros servicios. A igual resultado conduce nuestro Cód. Civ. y Com. en su art. 1125 que regula el contrato de compraventa de cosas manufacturadas o a ser producidas salvo cuando de las circunstancias resulte que la parte principal de las obligaciones consiste en suministrar mano de obra u otros servicios; Si quien encarga la manufactura o producción de las cosas asume la obligación de proporcionar una porción substancial de los materiales se aplican las reglas del contrato de obra, en lugar de las del contrato de compraventa.

Es necesario recordar que la Convención tiene la vocación de llegar a unificar el derecho de la compraventa internacional, pero sus normas son dispositivas, no imperativas. Así el art 6 dispone que las partes pueden excluir la aplicación de la Convención sujeto al art 12, establecer excepciones a cualquiera de sus disposiciones o modificar sus efectos (7). Es decir que la Convención se puede eliminar totalmente o tomar o modificar parte de su articulado, más allá de su ambicioso preámbulo que buscó unificar el comercio internacional a través de normas uniformes para el contrato de compraventa, pero el compromiso político/legal entre las partes no alcanzó para crear una normativa uniforme (8).

(7) Conf. BIANCA C. M. - BONELL M. J., "Comentario sobre el contrato de Compraventa Internacional en la Convención de Viena", Ed Giuffrè Milán 1987 p. 51 y ss. Señalando que la Convención permite su exclusión total por las partes y una segunda que permite derogar o variar los efectos de alguna de sus disposiciones permitiendo a las partes acordar la aplicación de una ley doméstica de una de las partes.

(8) Conf. SCHLECTRIEM, Pete, que resalta en su obra Uniform Sales Law Viena 1986 quien destaca las interesantes polémicas y los compromisos entre los firmantes, buscando llegar a un consenso interesante sobre las diferentes corrientes de opinión, algunas basadas sobre el proyecto de Convención de la Haya de 1964 (Ulis sobre una ley uniforme, otros sobre el proyecto de Uncitral, 1977 para superar el fracaso de ULIS, que motivó un debate sobre dos posturas para el icónico art 25 que define el incumplimiento esencial una que propugnaba la extensión del detrimento objetivo a la parte cumplidora fuera el factor determinante como lo sugiere el proyecto de Uncitral y la parte incumplidora debía ser protegida de las consecuencias no previstas en la segunda parte del

Por ende ello deja que la validez de la compraventa internacional no esté regulada por Viena por no poder unificar criterios los países firmantes sobre diferentes normas y prácticas locales entre los mismos, que les resultaba inconveniente incluir en la Convención porque vulneraban principios locales como la de nacionalidad de las partes, o esforzarse en un concepto unívoco internacional sobre la fuerza mayor o sobre la buena fe la celebración del contrato.

Por ello durante la lectura de las normas nos encontramos con problemas de interpretación de dichas normas contractuales internacionales y por el otro somos conscientes de la antinomia que representa la posibilidad concreta de descartar la aplicación en todo o en parte de la compraventa de Viena o en su caso de los conocidos principios de Unidroit (9), que son parte del soft law, y gozan de aceptación en los medios doctrinarios y académicos europeos por su enfoque moderno de los principios contractuales, al punto de considerarlos como parte de la *lex mercatoria*, aunque la totalidad de sus cláusulas también pueden excluirse igualmente y las partes son libres de, someter la compraventa a la ley de una de las partes o incluso de un tercer estado, aunque esto no es tan frecuente. Esto último presupone un debate sobre si esa ley que eligen las partes no viola el orden público o más sencillamente no infringe disposiciones imperativas del orden jurídico de la ley elegida o aceptada. Esto nos aleja de la aplicación de la Convención en un caso determinado, por cuanto la propia convención tiene incluso principios contradictorios. Por un lado el art 7 de la convención dispone (10) en la interpreta-

concepto pero a república federal alemana disenta en el lenguaje de la segunda parte sobre las expectativas de la parte cumplidora, respecto de que debía identificarse el contrato. Un grupo de trabajo en el que estuvo la Argentina zanjó la discusión, al final de la conferencia de 1980 proponiendo que *el incumplimiento es fundamental si conduce a un detrimento que sustancialmente priva a la contraparte de lo que tenía derecho a esperar conf. al contrato. manteniendo la segunda parte.*

(9) Unidroit principles. Art 1.5 permite su total exclusión. Ed 2004. 14).

(10) "Que no estén expresamente resueltas en ella se dirimirán de conformidad con los principios generales en los que se basa la presente convención, o a falta de tales principios de conformidad con la ley aplicable en

ción de esta convención se tendrá en cuenta su carácter internacional y la necesidad de promover la uniformidad de su aplicación y de asegurar la observancia de la buena fe en el comercio internacional, pero el inc. 2 del art. 7 establece que las cuestiones relativas a las materias que se rigen por la presente convención., que no están resueltas se dirimirán por los principios generales y a falta de los principios a las normas de derecho internacional privado de conformidad con la ley aplicable por renvío de las normas de derecho internacional privado. Pero antes de llegar al DIP buscando un principio general está en el art 8 de la Convención, que define a los efectos de la Convención las declaraciones y otros actos de las partes deberán interpretarse conf. a su intención cuando esta haya sido conocida por la otra parte o si esta no fuera conocida el *sentido que le habría dado en igual situación una persona razonable de la misma condición que la otra parte.* Acto seguido el inc. 3 del art 8 califica la expresión precedente para determinar ese sentido (y orientar así al juzgador o arbitro), quienes deberán tener en cuenta todas las circunstancias pertinentes al caso, en particular las negociaciones, cualesquier práctica que las partes hubieran establecido entre ellas, los usos y el comportamiento ulterior de las partes (11). El inc. 1 del art 9 dispone (12)

virtud de las normas de derecho internacional privado. Es interesante destacar que los americanos afirman que la Convención de Viena no contiene siquiera una norma que imponga la buena fe en el cumplimiento del convenio, porque afirma los representantes del common law se opusieron a crear ese deber. Farnsworth E Allan. Contracts 3 Ed Aspen law Ver nota 11 sobre el papel del autor.

(11) N. del A.: Como recuerdo en mi obra Derecho de los negocios internacionales t 1 p. 321 y ss. la Convención regula la formación del contrato de compraventa y los derechos y obligaciones del vendedor y del comprador, pero no regula la validez del contrato ni de ninguna de sus estipulaciones ni de ningún uso, por lo que libra al derecho nacional todo lo atinente a la capacidad de las partes los vicios de la voluntad, y reconoce que las partes quedan obligadas por cualquier práctica que hayan establecido entre ellas en el inc. 1 del art 9.

(12) Salvo pacto en contrario se considerará que las partes han hecho tácitamente aplicable al contrato o a su formación un uso del que tenían o que debían haber tenido conocimiento en el comercio internacional, que sea ampliamente conocido y regularmente observado por las partes en contratos del mismo tipo en el tráfico de que se trate.

que las partes quedan obligadas por cualquier uso que hayan convenido y por cualquier práctica que hayan establecido entre ellas. En defecto de ello el inc. 2 del art 9 dispone: [16]

Por último es necesario citar el art 25 piedra clave de la Convención que dispone "El incumplimiento del contrato por una de las partes será esencial cuando cause a la otra un perjuicio tal que la prive sustancialmente de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato, salvo que la parte que ha incumplido no haya previsto tal resultado y que una persona razonable de la misma condición no lo hubiera previsto en igual situación. Es claro que el incumplimiento debe ser tal que *el incumplidor* no pudo prever que su incumplimiento causará un detrimento a la otra parte, que sea sustancial, y que privará a la parte cumplidora de lo que está autorizada a esperar conf. al contrato (13). Esta solución no es la del derecho argentino, que configura el incumplimiento esencial en el art 1084 que enumera una lista de causas, entre otras listando al incumplimiento intencional (14). Esa causa en

(13) Este artículo producto de varias discusiones y antecedentes es relevante ya que todo incumplimiento que no sea sustancial no habilita a la parte cumplidora a resolver el contrato, sino a intimar el cumplimiento. Ver BONELL, Bianca, ob. cit. p. 205 y ss. Donde señala que los términos fundamental sustancial y esperable fueron objeto de muchas idas y venidas de las delegaciones y es una voz poco usada en otras jurisdicciones. Los italiano usan *essenziale* y la versión española esencial, *detriment* en inglés, y el en italiano es *perjuicio*, por eso hay que ser cauto con los conceptos cuando se discute internacionalmente y cada parte lee la versión en su idioma que puede no ser el inglés, lo que complica las negociaciones.

(14) N. del A.: La simple lectura del articulado nos permite concluir literalmente que difícilmente se pueda resolver un contrato por la parte cumplidora si debe acreditar para resolverlo unilateralmente el incumplimiento por la incumplidora de todas las condiciones antedichas, particularmente la intencionalidad del deudor, es decir su dolo, cuando el sistema anterior del Cód. Civil solo debía probar el mero hecho de su incumplimiento mientras que ahora, en esta redacción, debe probar 5 causales de incumplimiento y entre ellos la intencionalidad del incumplimiento del deudor. Cuando la Convención expresamente dejó de lado el concepto de culpa o de dolo. Es una situación absurda y seguramente no querida por el legislador que requiere corrección inmediata, bastando a ese efecto agregar en la tercera línea del articulado a continuación del vocablo esencial lo siguiente: *considerándose que es esencial cuando se acredite uno cualquiera de los siguientes casos*, y luego continuar con la enume-

particular deja sin efecto todo el raciocinio anterior, de modo que el artículo se apartó de la solución de Viena¹, que no reconoce el dolo como causa. Y esa cláusula fue tomada de los principios de UNIDROIT en el art 7.3.1 c, que copia fielmente salvo que además de intencional agrega "o temerario".

La redacción del art 1084 crea una duda sobre que constituye esencial y, debiera ser aclarada o interpretada, pero en ningún caso admite argüir que el punto de vista del incumplidor o el de una persona razonable de igual condición sea la medida para determinar *si el incumplimiento causó a la contraparte un perjuicio sustancial que lo privo de recibir lo que esperaba del contrato*, y que constituía un perjuicio que no podía haber anticipado. En este estado es claro que si las partes no desean ajustarse a la convención de Viena y la excluyen expresamente tendrán que referirse a una ley que ambos acepten. Debo descartar que las partes excluyan la aplicación total de la Convención o la de los principios de Unidroit y no pacten una ley. La hipótesis de que se olvidaron no existe en el grueso de los convenios internacionales o cuando existe es porque han acordado el tema de la jurisdicción, como prefieren los anglosajones, porque para ellos el tema de la jurisdicción es más importante que la ley aplicable, porque los jueces del common law si tienen jurisdicción aplican sus precedentes conf. a sus tradiciones y no tienen que pensar necesariamente como procedería un juez extranjero. En mis cincuenta años de profesión no he visto ningún convenio internacional de alguna entidad, en el que las partes se hayan "olvidado" de pactar una ley aplicable, luego de que sus abogados, le aconsejen no aplicar la Convención. Por ende, tendremos que referirnos a si la ley elegida o aceptada está en sintonía con nuestras propias normas de derecho internacional privado contenidas en el título IV arts. 2594 y ss. del Cód. Civil y comercial para determinar la validez de una cláusula específica (15). Si se

ración de los mismos. Alternativamente, se podría simplemente agregar que la resolución procede cuando el acreedor acredite cualquiera de las siguientes condiciones, dejando las mismas previstas en el art. 1084 actual.

(15) El art 2594 dispone que las normas jurídicas aplicables a situaciones vinculadas con varios ordenamientos jurídicos nacionales se determinan por los tratados y las convenciones internacionales vigentes de aplicación

debiera aplicar nuestro derecho. visto la norma transcrita más abajo, en el primer caso el abogado, deberá cerciorarse en primer lugar si fuera aplicable la convención de Panamá o las normas del Mercosur, y sus Protocolos, si se tratara de una relación que le fuera aplicable, o los tratados de Montevideo de 1989 y 1940.

Por ello el asesor de cualquier cliente deberá referirse a dichas normas para verificar si la ley aplicable en virtud de un tratado o elegida en su ausencia prevé que sucede con el contrato de CV, en caso de incumplimiento, cuando se invoca la pandemia se hace necesario invocar un hecho concreto que pueda calificar como un evento de fuerza mayor o instituto comparable, llámese imposibilidad objetiva o frustración de finalidad o invocar si cuadra la teoría de la imprevisión prevista en los arts. 1090-1 de nuestra ley y para su aplicación se debe tener en claro que la norma de derecho internacional privado de la ley aplicable puede conducir al derecho argentino, por ser el lugar de cumplimiento de la obligación, y nuestro código dispone que ese envío no es a las norma de conflicto o de derecho internacional privado nacional, sino que el Código prevé la aplicación de la norma interna. Seguramente el abogado tendrá que enfrentarse antes de la firma del contrato con un sistema cultural diferente con principios jurídicos diferentes a nuestra tradición románica francesa y con la pretensión de aplicar su propia ley, que podrá ser una ley latinoamericana, o una del common law que tiene sus bemoles como hemos anticipado. Además la ley aplicable en una negociación previa a la firma de un contrato internacional implica en los hechos que la contraparte si cede pida y elija la jurisdicción del domicilio de su cliente, sea este vendedor o comprador y así designar al tribunal que tenga jurisdicción para conocer en el litigio.

Alternativamente, según si no hay acuerdo sobre la jurisdicción tal vez puede acordarse por ambos letrados convenir un arbitraje sujeto a las normas procesales de un tercer país neutral al conflicto entre las partes y ese tribunal al que someten ambos tendrá pactado la ley que rija el contrato y la jurisdicción de la sede arbitral para

en el caso, y en defecto de normas de fuente internacional, se aplican las normas del derecho internacional privado argentino de fuente interna.

aplicar la normas procesales que se acuerden, como medio de solución del diferendo, después de transitar una mediación previa. Pero nuestro letrado deberá sopesar las chances de su caso según sea asesor del comprador o del vendedor y quien en el caso concreto su cliente o la contraparte debe invocar la fuerza mayor y acreditarla. El análisis del caso será parecido pero acotado por lo que se ya se encuentre firmado.

En el caso que corresponda la ley argentina su análisis dependerá de si su cliente es el que necesita invocar la fuerza mayor y por ello está en condiciones de invocar la pandemia para suspender el cumplimiento de sus obligaciones hacia la otra parte, por el termino de las medidas de aislamiento más un plazo prudencial hasta que su negocio pueda recobrar un flujo de fondos positivo. Obviamente que cuando se levante el aislamiento en el país, su cliente estará en una situación económica que podrá ser más precaria o no que la que tenía anteriormente pero que se podrá acotar en el convenio de espera, atento la particular situación originada por la pandemia. El plazo dependerá si la cesación de pagos le ocurrió a quien estuvo en condiciones de operar por estar excluido del DNU 297/2020 o SI quien invoca la fuerza mayor estuvo cerrado, el plazo será más largo y puede dar lugar a una resolución del contrato por el acreedor conf. al art. 1090 por frustración de la finalidad (16). Si el caso es puramente interno y todos los afectados vieron cerrar su fuente de ingresos, no pudieron trabajar, ni pagar salarios o alquileres u otras obligaciones y tuvieron que incumplir sus obligaciones con terceros, invocando el caso fortuito y la fuerza mayor o la imposibilidad de cumplimiento prevista en el 955,1732 y 1733 del Código. Es posible que lleguen a un acuerdo de rescisión mutua y evitan un pleito ya que ambos tienen problemas salvo que los dos hayan asumido expresamente la fuerza mayor/caso fortuito en el contrato expresamente, art.(1730), para lo cual deberá si cerciorarse si tiene chance o seguridad en su planteo, pero atento la pandemia

(16) Art 1090 la frustración definitiva de la finalidad permite resolverlo por una alteración de carácter extraordinario de las circunstancias existentes al tiempo de la celebración, ajena a las partes y que supera el riesgo asumido por la que es afectada y si el tiempo del cumplimiento era esencial por contrato, la podrá resolver aunque la frustración de la finalidad fuera temporaria.

y los términos del dec. 297/20 es posible que el tribunal los invite a llegar a un acuerdo resolutorio o transaccional donde se pacte un plazo luego de la terminación oficial de la pandemia o un plazo específico reconociéndole algún daño. Es claro que la pandemia por sí misma en ausencia del aislamiento y de la imposibilidad de abrir un negocio no excluido no sirve para acreditar el incumplimiento de un contrato, salvo que el virus hubiera matado al obligado, por ser la compraventa una obligación meramente personal, o este solicitara su propia quiebra declarada luego de la fecha en que el contrato debía ser cumplido (17).

Todo dependerá cómo evoluciona la economía del país, si el Gobierno puede y quiere impulsar el desarrollo económico o la economía sigue estancada y aparece la inflación con estancamiento. Nadie desea lidiar con una sucesión o verificar un crédito en una quiebra en un asunto donde no hay expectativas de cobrar rápidamente siempre que la suma debida no constituyera una cantidad relevante para el acreedor, porque los costos de la espera de abogados o de enviar cobradores no producen efecto alguno en tiempos de inflación intensa como advierten los economistas serán los dos próximos años, en función de la cantidad de pesos que la casa de moneda ha emitido para permitir al gobierno socorrer, subsidiar o lisa llanamente ayudar a comer a personas vulnerables en la situación económica actual, donde las ventas en promedio se han desplomado más del 40% aun en aquellos que han estado operando, pero totalmente en aquellos que operan en la economía informal que existe en el país desde hace mucho tiempo al menos desde hace unos 30 en los que se han documentado registros (18).

(17) Ver Rivera Julio. Rev. la ley 22-4-20 Los contratos frente a la pandemia. Donde hace un estudio general de las actitudes de los abogados y los temas a considerar en los contratos para asesorar a las partes frente a las disposiciones del código.

(18) "La economía oculta en la Argentina publicación de la Fundación de Investigaciones Económicas Latinoamericanas", Buenos Aires 2000 ps. 124 y ss. donde se evalúa que la tasa de evasión impositiva oscila entre el 48% y el 50%, se evalúa entonces la tasa de asalariados formales frente a los informales oscila según los sectores siendo el más alto el de la construcción, donde hasta 25 empleados registrabas para 1197 un 81.1% en las empresas de hasta

La Argentina ha tenido el siglo XX muchas crisis económicas graves, y esa experiencia no se olvida fácilmente para los acreedores. Si bien es cierto que los contratos se firman para ser cumplidos, las crisis económicas dejan su huella, ya sea la pandemia declarada por la OMS causa generadora de la invocación de eventos que nunca pudieron ser contemplados por ningún argentino vivo porque ninguno experimentó los efectos de un virus caprichoso, que se propaga con cierta facilidad y, que no tiene tratamiento ni vacuna que inmuniza y que diariamente parece sorprendernos con novedades científicas, como que no solo ataca el pulmón sino otros órganos del cuerpo, lo que no ha sido objeto de versión oficial alguna.

En el caso que el letrado haya aceptado aconsejar usar la Convención de Viena deberá puntualizar que se frustró el cumplimiento de la obligación contraída entre particulares pero agravada por una decisión sanitaria: que la cuarentena y el aislamiento de la población en sus hogares era mejor remedio para el país y obligó a miles de personas se recluyan y salgan lo indispensable, cerrando toda actividad, salvo las necesarias para producir alimentos, fármacos y medicamentos o negocios de entrega de comidas preparadas tratando de ampliarlas según no progresara la pandemia.. Pero lo principal fue que la población no circulase en auto o a pie o se concentrase de cualquier manera. Este hecho del príncipe se dictó en virtud de haber asumido como poder ejecutivo ciertas facultades legislativas que la Constitución le otorga y que debe enviar al Congreso, en un plazo perentorio, pero el Congreso advirtió que no podía sesionar por

25 empleados, del 29.9 para las empresas de 26 a 100 empleados y de 7,6 en las empresas de entre 100 a 500 empleados. Todos los índices son altos para el primer grupo comercio 51.1%, pero se reduce al 22.15% en Alimentos bebidas y tabacos hasta 25 empleado:;(el 51.5%), pero de 100 a 500 empleados baja al 2.7% lo que arroja un 33% de promedio y para la totalidad de los sectores el 37,6% en promedio. En todos los casos la informalidad grave está situada en los negocios pequeños y medianos. Micro y pequeñas/ medianas pymes El trabajo es muy detallado y se hizo en todo el país, para el que tenga interés el trabajo explica cómo se procedió a formularlo y la dificultad más grande resultó en cómo medir las actividades ilegales que no están incluidas en los rubros interiores; droga, lavado de activos etc., en donde la confiabilidad de los datos es siempre dudosa.

que sus sesiones eran presenciales e intenta hacerlo en la actualidad en forma virtual.

En definitiva el cierre forzado de miles de negocios y la reclusión forzosa de millones de ciudadanos para cuidar la salud postergo el lanzamiento de un plan económico ya bien pasados los 100 días de gobierno, y 60 de aislamiento, salvo el dictado de medidas de emergencia para ayudar a muchos necesitados., pero ha generado problemas económicos e incumplimientos contractuales que ninguna de las partes pudo anticipar en enero de este año, si es que celebrosu contrato antes del 15 de febrero de este año y tampoco que causarían un perjuicio substancial a su contraparte a quien privó de recibir lo que ella esperaba del contrato sin poder concertar el negocio como estaba planeado o en muchos casos que lo hacían impracticable, a veces para ambas.

El tema está abierto ya sea que se invoque la fuerza mayor o, se haya vuelto de cumplimiento imposible, porque si el incumplidor afectado carece de medios para pagar a su contraparte, deberá acreditar que por imperio de normas sobrevinientes cayó en cesación de pagos que no pudo ni prever ni anticipar, ni pudo cobrar las ventas efectuadas, ni cobrar los cheques rechazados. Las medidas de apoyo del Gobierno mencionadas fueron insuficientes para revertir su situación, debiendo pedir su propia quiebra para suspender los juicios de sus acreedores. Ya fuera el Comprador interno o internacional es muy posible que el resultado fuera el mismo. Si fuera interno resolvería el contrato con rapidez posiblemente por mutuo acuerdo o porque no habiendo entregado la mercadería al comprador prefiere usualmente, no litigar el caso, atento la escasa posibilidad de no cobrar daños y perjuicios. Si la venta era internacional el comprador preferirá resolverla directamente y no perder el tiempo en litigar en Argentina usando el art 49 de la Convención, con una quiebra mediante, que lo obligara a mayores e improductivos gastos, porque nunca se hará de la mercadería, si no estaba fabricada. Esa es mi experiencia sin pandemia, salvo el de la imposibilidad de cumplimiento, por destrucción del objeto de la prestación, sin participación del obligado que se resuelve por sí solo, y, con mayor razón existiendo el hecho del príncipe que justificó la actitud del vendedor. Esto conduciría

a una resolución del convenio por mutuo acuerdo como una solución aceptable antes de que se presentase en quiebra y previo oponerle la imposibilidad de cumplimiento o si la decisión es tardía para dejar la situación terminada con la conformidad del síndico y el juez.

Recordemos que la Convención no contempla la teoría de la imprevisión, que si está legislada en el derecho argentino en el Cód. Civ. y Com.; atento el ejemplo sería inaplicable no es que la obligación se volvió más onerosa, sino que carece de fondos para pagar su obligación y además se encuentra en quiebra. La Convención habla de impedimentos fuera del control de una parte, ignora la frustración y no regula la imprevisión, por los compromisos alcanzados entre los países que participaron en su gestación principalmente entre los de derecho civil y los anglosajones, para justificar una modificación aceptable de los antecedentes o proyectos preparados que desembocaron en el texto final que contempla el *incumplimiento esencial* ya hemos comentado y al que nos remitimos. Por supuesto que una buena cláusula de fuerza mayor bien redactada en un contrato regido por ella podría excusar el incumplimiento si se ajustase a los artículos de la convención, que como señalamos no tiene definida la fuerza mayor, pero nada obsta que se agregase, al firmarla una buena cláusula de *hardship* como la existente en Unidroit 6.2.2 y 6, 2,3 expresamente, modificando los artículos pertinentes.

En cambio en el Reino Unido y en USA (UCC) las partes listan los eventos sobrevinientes que exceptúan a una parte del cumplimiento de sus obligaciones, y los abogados americanos procuran no solo listar eventos sino atribuirles consecuencias terminantes, p. ej. después de listar la pandemia o una epidemia general, declarados oficialmente, redactar que tales eventos en el territorio donde se encuentra el establecimiento del vendedor o el comprador, según sea el caso, excusan el incumplimiento del contrato en los términos de los art 25, 49 64 y 79 de la Convención, pero habilitan a la parte afectada por los mismos a declarar la resolución del contrato sin responsabilidad alguna frente a la contraparte por el incumplimiento de su obligación sea (de pagar el precio o de entregar la mercadería) con la sola obligación de haber sido diligente en la notificación inmediata del evento o eventos

asociados a la pandemia y no ser imputable de los mismos y en caso de que estos persistan en un plazo razonable que no excederá de X. días calendarios, declarar cancelada la obligación principal involucrada. La cláusula debe ser muy precisa porque los Tribunales americanos son reacios a validar una cláusula de frustración del objeto del contrato, si el cumplimiento es aún posible (19). Pero es importante destacar que El Reino Unido siempre ha buscado la ley del Foro para luego aplicar su propia ley a la controversia y con el paso de los siglos y en atención el diferente tratamiento en los Estados Unidos, que por ser un Estado federal busco en primer término buscar la ley que tenía una relación más significativa entre los Estados que se disputaban un caso y proyecto esa solución, ya a fines del siglo XIX para considerar de la misma manera la ley aplicable cuando había notorios contactos con el extranjero, producto de su expansión comercial (20). Esto fue llamado en su tiempo

(19) Profile Publ & Management Corp APS-vs. Music maker.com Inc. 242 FSupp 2nd 3638S: S.D.N.Y 363 365-2003.

(20) "Cheshire & North's Private International Law", Butterworths co., Londres, 1987, p. 31 y ss. Currie fue el abanderado de este Sistema llamado de los intereses gubernamentales, por el que el Juez debía examinar las políticas expresadas en leyes de fondo en aparente conflicto para decidir un situación fáctica que ocurría en más de un Estado. El Estado prevaleciente si prevalecía aplicaba entonces las leyes del Foro. Sobre las leyes del Foro pretendidas por el otro Estado. Esa regla la aplicaban a conflictos de legislación extranjera y solo consideraban las políticas e intereses de los Estados. Hacia 1933 esa situación cambio y William Reese el Informante del Restatement 2nd al UCC hizo triunfar la ley del Estado que tenía una relación más significativa con la cuestión específica a resolver. Y en ausencia de indicaciones de la ley del Foro sobre choice of law que fueran aplicable, Reese publico 7 puntos que el Juez del caso debería seguir para conformar su decisión, aprobados por el American Law Institute (informe sobre conflicto de leyes), pero al recibir críticas de que no había orden de prelación los magistrados encontraban además difícil entender y aplicar esos factores y en 1977 un autor Leftar publico 5 temas para guiar a los jueces: a) la previsibilidad de los resultados b) mantenimiento de orden interestatal e internacional, c) La simplificación de la tarea judicial. d) contemplar los intereses del gobierno del Foro y e) Aplicar la mejor regla del derecho. Entre los jueces el último factor fue muy bien acogido con el peligro latente que se inclinaran a la ley del Foro que es la ley que conocen. En cambio los ingleses siguieron otra teoría la de Jurisdiction selection. En virtud de ellas los jueces ingleses primero deciden si tiene jurisdicción y luego enfocan si deben aplicar la ley

Rule selection, mientras los ingleses practicaban el jurisdiction selection.

Asimismo, interpretan las cláusulas eximentes de responsabilidad de manera estricta y excusan el incumplimiento solo si el acontecimiento imprevisto determina que el contrato carezca completamente de valor para una parte y que el evento sea un cataclismo totalmente no esperable. Por eso la soluciones pueden variar según los tiempos de cada contrato, habida cuenta de la fecha de conclusión, la fecha de incumplimiento, y la fecha de declaración oficial de una pandemia, ya que tanto en el Reino Unido como en USA en el Uniform commercial Code, la fuerza mayor no está legislada y por ende el quejoso debe incluir los supuestos específicos expresamente en el contrato, para poder excusar su incumplimiento. En el common law además de requerir la notificación oportuna a la contraria, o en su defecto, deben recurrir al statute law, que contempla el mistake o la impracticability (21), o a precedentes basados en el hardship, que permite una renegociación de un contrato al producirse hechos posteriores a su celebración, que afectan el equilibrio plasmado,

interna del Foro o la ley extranjera, y su primer debate fue si eso no implicaba una abdicación de soberanía, para finalmente admitir que no es que la ley extranjera tenga en Inglaterra una fuerza de ley por sí misma, sino que una ley inglesa está mejor dotada para resolver asuntos internos ingleses pero no necesariamente adecuada para juzgar asuntos o casos que contienen elementos extranjeros. No hay directiva única o principios a seguir como en USA, pero cuando la ley interna de un país extranjero, provee una solución más justa, más conveniente o más de acuerdo con las expectativas de las partes, un juez ingles no hesitara en dar efecto a esas leyes extranjeras dependiendo de los casos a decidir y aplicando la ley de celebración o la ley de cumplimiento, o la de la sede." Nuestros autores conceden que el derecho internacional privado ingles no es una ciencia exacta como tampoco lo es la ley inglesa, no está científicamente basada en el razonamiento de juristas, pero esta golpeada por el yunque de la experiencia" estupendo afirmación del autor. Óp. cit. p. 39.

(21) FARNSWORTH, E. Allan, ob. cit., nota 22, p. 617 y ss. El derecho de los Estados Unidos tiene tres figuras para sortear que el principio de que los contratos deben ser cumplidos conf. fueron negociados: a saber el "mistake", la "impracticability" y la "frustration". El primero abarca una creencia errónea sobre los hechos (misunderstanding) en que se basa la acción o a veces el derecho ignorando el aforismo que la ley se presume conocida. Veremos los restantes en detalle.

y la ecuación económica, de las prestaciones debidas por una de las partes o la frustration, que tampoco están legislados, en el UCC, ni en los restatements pero son usados en el contract law y admitidos por los jueces.

El frustration es de origen inglés luego del famoso caso inglés *Krell vs Henry* de 1902), que originó la doctrina de la frustración del objeto y que se asemeja a la teoría de la frustración del fin, art 1090 del Cód. Civ. y Com. pero los ingleses no legislaron sobre la imprevisión o mayor onerosidad sobreviniente legislada en el art 1091 del Cod. Civ. y Com. Todos estos institutos fueron desarrollados por precedentes o usos. En el derecho anglosajón donde el juez crea derecho es necesario analizar las normas del contrato para ver si un supuesto de fuerza mayor bajo el derecho civil está comprendido en algún supuesto del derecho anglosajón tradicional o en el Statute Law condensado en el “Uniform Commercial Code” y el Restament “Por eso los norteamericanos prefieren redactar cuidadosamente en el mismo contrato todos los supuestos que configuran un evento que posterga o cancela su obligación, sin que esa invocación pueda ser rechazada por haber sido convenida bajo la autonomía de la voluntad y aceptada al negociar y le permiten cancelar el convenio si existiera esa cláusula de epidemia solamente, que seguramente sería invocada” (22).

(22) Conf. FARNSWORTH E. Allan - MC COMARCK, Alfred professor of law Columbia Univ, “Reporter-contracts third edition”. Señala que el origen del UCC descansa en la ley de los comerciantes, constituida por un cuerpo de usos y costumbres relacionados con el ejercicio del comercio hasta el siglo XVII y los tribunales que la aplicaban. Estas prácticas siguieron desarrollándose y dos siglos más tarde los ingleses la recogieron en el British Sale of Goods Act. de 1893 y luego la comisión de revisión de las leyes inglesas en reunión con el American Law Institute y presentaron la primera versión del Uniform Commercial Code que entró en vigencia en todos los estados de la unión para 1961 menos Louisiana que sigue el código francés. y él se basa que el contrato es la ley de las partes y sus disposiciones pueden ser dejadas sin efecto por la voluntad de las partes como las de la Convención de Viena, mientras los europeos siguieron esas reglas con la excepción de las reglas imperativas en sus legislaciones. Farnsworth, óp. cita pág. 31-38 Aspen law inc. 1998. Con los años el congreso comenzó a pasar leyes para diferentes y nuevos problemas conocidas como Statute Laws, pág. 425 y ss. Este distinguido autor participó en la delegación americana que discutió Los principios de Unidroit y la Convención de Viena. Y explica claramente

No debe olvidarse que las leyes del contrato en USA y en el reino Unido sólo requieren que exista una “consideration” para validar un contrato aunque el mismo Farnsworth reconoce que la Convención de Viena no lo exige óp. Cita p. 45 afirmando que en el Restatement 2nd al UCC el bargain o acuerdo es suficiente cuando no hay ningún otro requisito que beneficie al promitente o que vaya en detrimento del prometido. Restatement segundo (2 & 71) mientras el UCC no contiene siquiera esa definición de bargain. En concreto la doctrina de la consideration desde nuestra visión civil implica que ambas partes pactan una contraprestación suficiente que cada una de ellas ofrece a la otra. Es difícil seguir a la casuística americana bajo las normas del

que la ley de contratos surge del acuerdo de partes para crear sus derechos y obligaciones aunque muchos diferencias entre las partes surgen de discutir el alcance y naturaleza de los derechos acordados que versan sobre la interpretación de lo que negociaron (law of the contract) que se llamó contract law. El statute law es subsidiaria y se aplica generalmente a nuevas áreas, del derecho o reglando algunos aspectos del contract law en forma supletoria, si nada se previó, incorporando nuevos aspectos al régimen del contract law, El restatement second del UCC alentó a los tribunales a formular principios generales para contratos sobre buena fe en el cumplimiento y ejecución o dictando normas contratos aberrantes como principios generales, que trascendían al contract law, a pesar de la tendencia del siglo XX a legislar sobre temas especiales. De allí resulta que resulta muy importante el tener un contrato bien escrito (well drafted) con conceptos precisos sobre el alcance de best efforts frente a reasonable efforts. Estos contratos contienen habitualmente “boiler plate clauses” o cláusulas standard copiado de otros acuerdos o existente en libros sobre formatos usuales, donde se recoge esas diferencias. Por eso la atención al detalle resulta primordial. De ahí vemos los larguísima convenios americanos donde cada cláusula es usualmente larga y contempla diversos supuestos que caracterizan el hecho que permite una especie de fuerza mayor. Había que escuchar a A. Farnsworth dar clase en Columbia explicando todos los matices que involucra el bargain frente al consideration, en la evolución de la doctrina contractual americana y en su interpretación por los tribunales. Lo relevante para establecer un bargain es la mutua voluntad e intención de las partes al contratar, bien escrita. Eso no quiere decir que los contratos no tienen ambigüedades producto de bad drafting que los jueces deben dilucidar y que hace que los abogados discutan el significado de lo que quisieron pactar, sujeto al contract law, como la ley de las partes, que interpretan según los precedentes en base a los hechos del caso que representan para intentar resolver en los que no hay precedentes claros o el tema es nuevo y justifica una decisión estableciendo un nuevo precedente.

precedente, que crean incertidumbre al doctrinario, pero es necesario tenerlo presente cuando el contrato en cuestión está sometida a una ley aplicable en jurisdicción del common law, por elección de partes, conf. lo permite el art. 2651 del Cód. Civil que establece: “Los contratos se rigen por el derecho elegido por las partes en cuanto a su validez intrínseca, naturaleza, efectos, derechos y obligaciones. La elección debe ser expresa o resultar de manera cierta y evidente de los términos del contrato o de las circunstancias del caso. Dicha elección puede referirse a, la totalidad o a partes del contrato” complementado por reglas que comentaremos respecto de puntos de interés en otros aspectos del trabajo. Me parece relevante igualmente en la. nota siguiente efectuar una breve síntesis del pensamiento de un autor de la talla de E. Allan Farnsworth al respecto (23) quien intervino por

(23) FARNSWORTH, “Contratos”, ob. cit., p. 621 y ss. Explica el “Mistake que se traduce normalmente como error, pero en ley y tradición americana implica la errónea creencia —donde en un contrato ambas partes adjudican in mente retenta,” diferentes significados a los que expresaron verbalmente, incluyendo la situación cuando una parte contratante tiene una creencia errónea sobre una ley, norma o decisión judicial o sobre las consecuencias legales de sus actos. Conf. Farnsworth en su obra Contracts pág. 19 que conduce a firmar un contrato debido a esa creencia errónea., resulta anulable. Algunos tribunales solo aplican el mistake a los hechos. y otros solo a cuestiones legales. El principio *ignorantia legis neminem excusat*, la ignorancia de la ley no es excusa para nadie, puede ceder frente al mistake. Pero Farnsworth señala que en una visión moderna la ley es considerada un hecho y por lo tanto la creencia errónea es un mistake de las leyes y sobre hechos existentes al tiempo de celebración del Convenio. Pero no a cualquier error sino aquellos que constituyen la base fáctica del acuerdo, pero no a las pobres estimaciones sobre temas futuros. Esos tienen que ver con la “Impracticability y frustration., pero en algunos casos la línea divisoria entre mistake y las otras dos figuras es borrosa. El ejemplo de nuestro autor es dos personas contratan sobre un terreno para hacer un club de tenis con facilidades natatorias, sin saber ninguno de ellos que unos días antes la autoridad municipal publicaron una noticia sobre la intención de prohibir esas actividades en el futuro Es un mistake sobre los hechos o una pobre predicción del futuro? El mistake puede unilateral o bilateral el primero es claro pero en el segundo cuando ambos estaban equivocados el contrato usualmente se resuelve. La doctrina de la imposibilidad es de interpretación restrictiva, negando en el common law la doctrina de *impossibilium nulla obligatio est*, negando su aplicación si lo hechos en que se basaba existían o eran conocidos a la fecha de celebración y se torna en absoluta poniendo como ejemplo la prohibición de entregar un

EEUU en Viena como en los principios de *Unidroit* por su país. Por eso podemos contar con su opinión explicando porque la Convención de Viena no requiere contar con el principio de la buena fe en la celebración del contrato y la respuesta fue que los americanos se opusieron terminantemente, porque la buena fe en la celebración no es un requisito legal de un contrato como lo es la existencia de la *consideration*.

Esta solución es coherente con las normas del art. 2595 a) (24). Nótese que habla de principios

bien en el extranjero, que es prohibido poco antes de la fecha de la entrega o cuando se imponen requisitos nuevos que la hacen imposible más que impracticable, pero la casuística del common law es enorme y no se es fácil predecir cuando la impracticabilidad es rechazada por un tribunal, p. ej. un granjero que comprometió una cierta cantidad de grano y la cosecha fue muy pobre no fue excusado sino obligado a comprar el faltante en el mercado soportando la pérdida. Luego en el UCC surgió una doctrina de acreditar 4 condiciones: a) el cumplimiento de un evento ulterior debe hacer la prestación impracticable b) El evento que lo genero debe haber sido una asunción básica de las partes a la celebración del convenio. c) la impracticabilidad debe haber ocurrido sin culpa de la parte que la invoca y d) la parte que la invoca no debe haber asumido una obligación mayor a la impuesta por la ley. Una serie de casos sonados fueron los originados en el cierre del canal de Suez. En que el tribunal falló que la entrega por vía marítima de la mercadería se podía efectuar a través del Cabo de Buena Esperanza dando la vuelta a África. *American Power Light vs Shell Intl. Marine* sobre la base de que los contratos no habían establecido que el pasaje por Suez era el único método, a pesar de que la tarifa está pensada en esa vía, pero Shell se vio obligada a pagar el mayor costo. Y eso fue usado en numerosos casos que no hacían imposible la promesa sino más onerosa. El resultado puede ser diferente aplicando el art 79 de la Convención de Viena en lugar del UCC 2-615 aplicado a Suez.

(24) Faltaría incluir la cláusula de *hardship* o mayor onerosidad sobreviniente, pero lo hace con una propuesta diferente en su enfoque que parece atinado transcribir: “i) las partes de un contrato deben cumplir sus obligaciones contractuales, aun cuando las circunstancias hayan convertido su cumplimiento más gravoso de lo que razonablemente podrían haber previsto al tiempo de celebración del contrato. ii) No obstante lo dispuesto en el apart. 1, cuando una parte pruebe que a) continuar con el cumplimiento de sus obligaciones contractuales ha devenido excesivamente gravoso debido a un hecho fuera de su control razonable, que no era razonablemente previsible que se hubiese tenido en cuenta al tiempo de la celebración del contrato; y que b) razonablemente no podría haber evitado o superado el hecho en cuestión o sus consecuencias, las partes estarán obligadas, dentro

fundamentales pero no usa la palabra esenciales como si expresaran conceptos diferentes, ES de notar que la segunda acepción de esencial, es substancial para la real academia y no fundamental. Fundamental en el mismo diccionario, es aquello que sirve de fundamento, o parte principal de una cosa (piedra fundamental) y fundamentar es construir los cimientos de un edificio (25). No discutiremos los derechos y obligaciones de las partes para no alargar en demasía este trabajo, pero analizaremos primero las normas actualizadas de la ICC sobre fuerza mayor antes de tratar los efectos del incumplimiento contrastándolos con las normas del Cód. Civil y Comercial.

La ICC ha publicado cláusulas modelo de fuerza mayor para contratos internacionales, con la intención de brindar un puente entre la concepción del common law y morigerar el concepto civilista, buscando con fundamento en el principio de la autonomía de la voluntad que permite variar los conceptos de la Convención de Viena para contratos internacionales, no olvidando que en nuestro sistema la fuerza mayor es un concepto claro pero que el Cód. Civ. y Com. permite que una parte lo asuma, en el cumplimiento de sus obligaciones tomando a su cargo el mayor riesgo contractual en los contratos paritarios ya que no puede invocarlo para eximirse de responsabilidad, según lo dispone el 1730 del Cód. Civ. y Com., mientras los anglosajones directamente no la tienen legislada como tal ni en Inglaterra ni en el UCC, pero si usan otros conceptos, pautados como indicamos ut supra y que determinan que los abogados americanos sean muy cuidadosos al elegir el tribunal competente en contratos complejos, al analizar la jurisprudencia de ese tribunales

de un plazo razonable desde que esta cláusula sea invocada, a negociar condiciones contractuales alternativas que permitan razonablemente superar las consecuencias del hecho, o pedir la resolución juntos o la adaptación del contrato o su resolución o directamente o si no pueden acordarlo o adaptarlo, cualquiera puede pedir la resolución del contrato judicialmente. Esta cláusula es una cláusula pulida por la ICC pero corriente en medios anglosajones, y pertenece al *contract law*, sino está en el contrato éste solo puede resolverse por *impracticability*.

(25) "Diccionario de la real Academia Madrid", ps. 565 y 642 respectivamente. Nosotros llamamos a la constitución ley fundamental, pero la Academia la usa en cuarta acepción como ley fundamental de un Estado.

sobre los alcances de la fuerza mayor que permiten, de acreditar su existencia, llegar a resolverlos o simplemente no considerar que el contrato ha sido incumplido.

Dado que la "force majeure" es conocida en la actualidad por todos los sistemas legales la ICC ha tratado de presentar dos cláusulas modelo basadas en prácticas internacionales y en la recomendación de expertos definiendo la fuerza mayor y ofreciendo casos concretos de exoneración de cumplimiento en dos versiones, una cláusulas en formato largo y una en formato abreviado con la idea de que no dependan de leyes de un país en particular tratando de aprovechar las prácticas de pactar cláusulas generales en los contratos internacionales. A esos efectos la ICC propone un modelo balanceado de fuerza mayor en ambos formatos el Long Form y el Short Form y una breve y concisa cláusula sobre hardship (imprevisión) para uso en los contratos internacionales, que serán objeto de transcripción y breve análisis.

Me apresuro a señalar que el formato Long Form será el formato más usado, porque acorta los largos modelos americanos pero lo hace en forma sucinta y le agrega una explicación novedosa en su formulación. En efecto la cláusula modelo contiene una definición y luego una listas de eventos de fuerza mayor que las partes asumen constituyen casos de fuerza mayor de modo que las partes pueden usar el formato agregando, modificando o suprimiendo eventos, pero no imponiendo la totalidad de las mismas con la salvaguarda que la definición de fuerza mayor implica fijar un umbral, diría conceptual, menor que aquel que se formularia para redactar una cláusula de imposibilidad de cumplimiento./ La consecuencia es que la invocación exitosa de la fuerza mayor libera a la parte que lo invoca de su obligación de cumplir o ser responsable del pago de daños y perjuicios, ni reclamar costos adicionales./ desde la fecha que ocurrió debidamente notificada y en caso de que el impedimento sea temporal hasta su cese- Dado el carácter global de la pandemia entiendo que una epidemia que disminuya su capacidad de hacer frente a sus obligaciones en tiempo oportuno, seguramente sería aceptada por un juez del Common law, cuando este soportada por hechos concretos pactados, porque las partes son libres de convenirlo y con ma-

yor razón si puede asumirla contractualmente. Asimismo si la fuerza mayor invocada por un contratante es ocasionada por un tercero contratado para cumplir su obligación como contratista la parte contratante sólo puede invocar la fuerza mayor invocada si esta afecta igualmente al tercero contratado, exigiendo en ese caso, el uso de la razonabilidad para invocar un impedimento que justifique la exoneración del incumplimiento. Será interesante ver que depara el futuro en materia de interpretaciones o precedentes.

Finalmente los actos en los que se presume la existencia de fuerza mayor no requieren la prueba exigida en los incisos a) y b) precedentes del párr. 1 de la definición, pero debe probar la parte que la invoca la existencia de la condición bajo c) postulando que la parte que invoca el impedimento no pudo razonablemente evitarlo o superarlo. Lo único que puede hacer en el caso de esta pandemia es que adopto las medidas recomendadas para no contraerla. Queda como novedad la razonabilidad que tendrá que juzgar un tercero en caso de disputas y como el balanceo de las obligaciones redactado en la cláusula de la ICC obliga al que invoca la fuerza mayor a tener que probar el inciso (c) mencionado precedentemente. Los eventos presumidos como que tipifican casos de fuerza mayor que se presumen son 7 [24] y su redacción es un poco desprolija, porque son muy generales en algunos supuestos, así que no se deben copiar literalmente sino suprimir alguno o especificarlos con más cuidado; dado que las partes son libres de agregar o eliminar eventos sugeridos o limitarlos, sin perjuicio de tener que cumplir la condición del inciso c) Finalmente los efectos del impedimento temporario no obstan a la obligación de mitigar daños por la parte que invoca exitosamente la fuerza mayor en caso de terminación del contrato por esa causa o, si alguna de las partes obtuvo una ventaja desmedida en caso de haberse enriquecido indebidamente debe responder ante la otra haciéndolo participar en dicho beneficio. Asimismo la fuerza mayor que posterga temporariamente un contrato no debe exceder de 120 días luego cualquiera de las partes puede resolver el contrato, mediante una notificación cursada mediando un plazo razonable.

A veces sucede que la resolución del contrato le permitió celebrar otro en términos más favo-

rables Lo que la cláusula no dice es cómo participa la otra parte en el beneficio, que el abogado tendrá que discutir con su contraparte antes de firmar la cláusula, si es cuidadoso (26). Siempre puede haber supuestos excepcionales. Un contrato de CV fue celebrado durante 2019 y la mercadería debería haberse entregado por el vendedor argentino el 31 de marzo de 2020. La parte argentina alega la fuerza mayor y la otra parte, muchas veces tiene como estrategia dilatar un asunto para obtener una transacción o un resultado diverso. La transacción surge de la experiencia, basada en que el costo de cierto acuerdo a corto plazo es mejor financieramente que el costo de un pleito exitoso, a largo plazo, base de la teoría de los costos transaccionales, en determinadas circunstancias.

La Convención de Viena trata del tema en el Art. 64 donde dispone que el Vendedor puede declarar resuelto el contrato por demora del comprador reteniendo el derecho a reclamar daños: a) si la falta de pago o incumplimiento del comprador importa un incumplimiento fundamental del contrato por el comprador, b) Si el comprador, dentro del periodo adicional fijado por el vendedor, de acuerdo con el art 63 par. 1 de la convención, no cumple con el pago del precio o recibe las mercaderías, o si declara que él no hará tales cosas en dicho período. C) Si antes de la fecha de cumplimiento fuera patente que una de las partes incurrirá en incumplimiento esencial del contrato, la otra parte podrá declararlo resuelto, Seguramente, si el comprador no está cumpliendo con ningún contrato y no da seguridades que puede cumplir en circunstancias normales en el common law podrá encontrar un juez que confirme su decisión de rescisión ante la falta de constitución de seguridades y mucho más si declara el deudor comprador que no podrá cumplir. Sin embargo si el Comprador paga el precio, el Vendedor pierde el derecho de declarar resuelto el contrato por causa del comprador. Asimismo la parte que resuelve un contrato debe tomar medidas para mitigar la pérdida incluyendo la pérdida de utilidades. Si no lo hace la parte incumplidora puede solicitar una reducción de los daños oca-

(26) Conf. IUD, Carolina, "Autonomía en la materia de determinación del derecho aplicable a los contratos internacionales en el Cód. Civ. y Com.," Rev. de Derecho Comercial 279, 2016, ps. 265 y ss.

sionados por dicha pérdida. Otro problema que comenta Bonell es que la Trad. francesa es más estricta que la inglesa acercándose a la imposibilidad de cumplimiento en la interpretación del art 79, de la inglesa tendría cabida la teoría de la imprevisión (27) o incluso la fuerza mayor redactada en la cláusula modelo de la ICC.

El art 79 permite excusar la falta de cumplimiento por un impedimento fuera de su control que él no pudo razonablemente anticipar, al tiempo de conclusión del contrato incluyendo el incumplimiento de un tercero, subcontratado por el incumplidor siempre que éste fuera afectado por un impedimento fuera de su control como el que tuvo la parte incumplidora. Cabe agregar que la frustración o la teoría de la imprevisión no están contempladas expresamente en la Convención aunque hoy en día están contempladas en muchas leyes locales o domésticas, como en nuestro país y justamente quienes reclaman la actualización de la convención de Viena reclaman que se incorporen a sus contenido y se precisen alguno (28) de sus térmi-

(27) Bianca y Bonell ob. cit. p. 572-592 stresses that the fault 'plays no role in this section and give no role to domestic systems which support force majeure, frustration or impracticability pointing out that section 79 deals with the effects as to the non performing party but it remains silent as to the consequences for the other party, leaving the matter to sect 66, which covers the loss or damage that is not due to an act or omission of the seller. Por último señala que el art 79 exceptúa el incumplimiento de cualquier obligación sin referencia al plazo, lo que deja algunas dudas de interpretación. ps. 576-677.

(28) ETCHEVERRY, Raúl - GARRO, Alejandro - VISCONSILLAS, María del Pilar han publicado una recopilación de decisiones judiciales y laudos arbitrales en la Rev. de Derecho comercial y de las Obligaciones N 273 julio/ agosto de 2015, p. 1061 y ss., donde reseñan las primeras 15 opiniones del Consejo Consultivo del AC CISG (Consejo Asesor de la CISG). Se considera caso fortuito o fuerza mayor el hecho que no ha podido ser previsto o que habiendo sido previsto, no ha podido evitarse El 1031 dispone la suspensión del cumplimiento en los contratos bilaterales de cumplimiento simultaneo una de las partes puede suspender el cumplimiento de su prestación hasta que la otra ofrezca cumplir el 2032 autoriza a una de las partes a suspender su propio cumplimiento si sus derechos sufriesen una grave amenaza de daño porque la otra parte ha sufrido en 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. Ambos están inspirados en la textos de la convención de Viena.

nos en materia de entrega y de incumplimiento. Resta mencionar el art. 71 de la convención que dispone que cualquiera de las partes podrá diferir el cumplimiento del contrato, si después de su celebración resulta manifiesto que la otra parte no cumplirá un parte substancial de sus obligaciones por un grave menoscabo de su capacidad de cumplirlas o de su solvencia Asimismo si hubiera despachado las mercaderías pero no hubieran llegado a destino puede oponerse a que se entreguen, salvo que la otra parte constituya seguridades de que los cumplirá. Como vemos por esta vía incidental la Convención puede resolver el contrato a falta de garantías de cumplimiento aunque no haya opuesto que el COVID-19 era imprevisible e irresistible.

Los jueces del common law son prácticos, probablemente resolverán el caso por la falta de garantías, porque se preferirá resolver el caso porque las mercaderías fueron despachadas, pero no entregadas ni retiradas porque dejen de constituir las garantías, resolviendo el caso por incumplimiento patente, de acuerdo con el 71.2 de la Convención, por falta de constitución de la garantías sin pérdida del vendedor de accionar por gastos, pero no por daños y perjuicios conf. al 79.5. En la nota 28 al pie transcribo los arts. 1031 y 1032 del Cód. Civ. y Com. que consideraran el tema con la perspectiva de la suspensión del cumplimiento. De todos modos es bueno considerar como puede operar teóricamente el uso de la pandemia desde que fue declarada como tal por la OMS. Dejo de lado que el vendedor o el comprador fallecieron, por el virus. Nadie va a exigir el cumplimiento de un contrato bajo esta circunstancia excepcional. Pero lo que ha provocado en algunas jurisdicciones la pandemia es la paralización de actividades o indirectamente a través de las cuarentenas la baja pronunciada de las ventas de productos industriales o de pequeños negocios, quienes podrán aducir que ciertas medidas indirectamente causadas por la pandemia provocaron el cierre de sus negocios, la rotura de su cadena de pagos y el incumplimiento contractual lo que deberá ser materia de prueba. Alternativamente, podríamos, invocar la frustración de la finalidad prevista en el art 1090, si el la entrega en tiempo era de la esencia del contrato.

Debemos considerar dos situaciones desde el punto de vista de la Convención: Para resol-

ver un convenio el art 25 declara que el incumplimiento debe ser esencial en el sentido que el incumplimiento de la obligación le privo substancialmente de lo que tenía derecho a esperar del contrato, salvo que el incumplidor al momento de la celebración no lo pudiera haber previsto y una persona razonable de su misma condición tampoco. El contrato no prevé la pandemia como causa de excusación, si lista una epidemia como causal y supongamos que la fecha de celebración fue octubre de 2019. La entrega de la mercadería debía hacerse FOB buenos aires en enero 30 de 2020, el vendedor de la mercadería pidió una prórroga de 30 días hasta el 28 de febrero, pero no pudo cumplir con su propio plazo. El comprador lo intimó a cumplir el contrato en el plazo de 72 horas bajo apercibimiento de resolución. Plazo que tampoco fue cumplido y el comprador resolvió el contrato unilateralmente invocando incumplimiento esencial por los arts. 49 y 64 de la convención y contesto un pedido telefónico aclarando que ya no le interesa esa mercadería porque se pudo aprovisionar de la misma en otro lugar del mundo a un precio mayor, reservándose reclamar por dicho perjuicio.

La pandemia fue declarada por la OMS. El 11 de marzo el gobierno puso en emergencia pública al país en materia sanitaria por un año. El día 19 de marzo se dictó el DNU 297 que paralizó al país y lo puso en cuarentena, a partir del día 20 de marzo hasta el 31 de marzo y el vendedor debió cerrar su negocio a partir del 20 de marzo, ya tenía el producto terminado, pero no lo podía retirar del negocio para entregarlo o ponerlo a disposición en condición FOB Puerto de buenos aires. Desde esa fecha el Gobierno argentino por las mismas razones prorrogó la cuarentena hasta el 26 de abril y recientemente la extendió hasta mayo 24 de 2020 (29). En dicho lapso el proveedor no pudo abrir su negocio ni su personal bajo la ley argentina concurrir, ni tampoco pudo vender la mercadería a futuro. Consulta a su abogado sobre sus derechos y este le confirma que el comprador se ajustó al contrato, pero su única defensa es que no pudo

(29) Dec. 459 del 11 de mayo de 2020 manteniendo en todo el país el asilamiento obligatorio pero facultando a los gobernadores a disponer flexibilizaciones en áreas de sus territorios menos poblados, pero manteniéndolo en toda ciudad de más de 500.000 habitantes.

entregar la mercadería FOB puerto de embarque de buenos aires, por un acto de Gobierno del Poder Ejecutivo que le impedía trasladarse al lugar donde debería haber efectuado la entrega, que por otra parte el comprador necesitaba para una fecha anterior. Alegando que no hubo incumplimiento esencial bajo el derecho argentino y solicitar a un juez local que así lo declare, fundándolo en que el Cód. Civ. y Com. exige para configurar un incumplimiento este debe ser esencial para la finalidad el contrato y el incumplimiento se configura conf. al art 1084 probando entre otras condiciones que el incumplimiento debía ser intencional.

Pero el letrado agregó que era un tema discutido en doctrina porque se sostenía alegaba que las condiciones no eran acumulativas y el tema no estaba resuelto por lo que no podía darle más de un 40% de probabilidades, teniendo en cuenta que él había incumplido el contrato y además que había ocurrido el problema antes de la fecha en que fue declarada la pandemia y la posterior reacción del gobierno. Su cliente le manifestó que no había entregado en término pero, no había sido intencional, había terminado la mercadería poco antes del decreto del 20 de marzo, pero que la embaló y contactó a la empresa que hacía el despacho el mismo día de entrada en vigencia del decreto y por ese motivo no la había podido retirar ni despachar. El vendedor decidió que no valía la pena el esfuerzo de litigar en esas condiciones por lo que los gastos podían ser improductivos sin resultado positivo.

En cuanto al common law si en el listado de la fuerza mayor estaba la palabra epidemia es dable suponer que si bien aceptaría la fuerza mayor aplicaría la teoría de la impracticidad y resolvería contra las pretensiones del vendedor en razón de que la decisión del Gobierno Argentino es un hecho del Príncipe no revisable. Al respecto Bonell en su obra deja en claro que la noción americana de impracticability cubre por definición tanto la frustración (30) como la imposibilidad. Asimismo el mismo autor puntualiza que el art 79 deja mucho espacio en el common law para la interpretación judicial buscando un punto entre impracticidad y justicia para defender a la parte cumplidora. También

(30) BONELL, Bianca, ob. cit., p. 592.

señala que el art. 79 trata los derechos de la parte que incumple, pero nada dispone sobre las consecuencias que sufre la otra parte sosteniendo que para ello es necesario recurrir a la teoría de los riesgos, cubierta por arts. 66 a 70. Pero además trae a colación que el texto inglés incorporo el vocablo *impediment*, que no es calificado como en el texto francés “independent de sa volonté” subjetivándolo, ni menos en el español que sigue a la francesa y el italiano que lo califica como un “inedempime derivante da circostanze estranee alla sfera di controllo” (31). De todos modos es importante recordar que la Convención no atribuye efectos a la negligencia o la falta. Esto hace más dificultoso para el asesor que debe evaluar una solución dentro de la Convención o del common law, por cuanto el common law se maneja aplicando precedentes y creando precedentes., dos temas difíciles para abogados del civil law.

No he incorporado una discusión detallada de los principios y de Unidroit porque ellos pueden ser dejados expresamente sin efecto por la voluntad de las partes y en realidad no se usan frecuentemente en nuestro país a pesar de que los europeos los utilizan y doctrinariamente los consideran ya como parte de la *lex mercatoria* y los aplican en caso de que no exista ley pactada (32)

(31) Al respecto Bonell dice que en la doctrina alemana entiende como juega la impracticabilidad en el mercado doméstico donde si la prestación de vuelve impracticable, por ser más onerosa se hace jugar la imprevisión y se pide una reducción de la obligación. Bonell cita a Honnold John al comentar al 79.4 quien sostiene que el juez debe guiarse por el derecho comparado al abordar este tema del impedimento p. uniform Law 434 Bonell agrupa las categorías de fuerza mayor y el “fait du prince” por la creciente intervención estatal en el comercio internacional Honnold sostiene que el reemplazo de la palabra circunstancia en el art 79,1 por impedimento representa una versión subjetiva el primero y objetiva el segundo y también que explica la sutil diferencia entre la versión inglesa y la francesa en el 792 cuando califica al impedimento ajeno a su voluntad reflejadas en la versión francesa y en un impedimento a secas de la inglesa.

(32) El art 1.5 de los principios dispone que “las partes pueden excluir la aplicación de los Principios o derogarlos o variar el efecto de cualquiera de sus disposiciones, excepto regla en contrario que lo admita”. El preámbulo dispone que serán aplicables cuando las partes en sus contratos han convenido que sus contratos queden gobernados por ellos son dispónibles.

siempre que las partes lo acepten (33). Su Preámbulo que aclara los propósitos prevén asimismo que pueden aplicarse cuando las partes hayan acordado que el contrato se rija por “los principios generales del derecho, la *lex mercatoria* o principios o expresiones semejantes o interpretar o suplementar textos internacionales de derecho uniforme o servir de modelo para la legislación a nivel Nacional o internacional sobre un punto controvertido, cuando no sea posible determinar cuál es la regla de derecho (rule of law) aplicable a dicho contrato. El Artículo 717 regula la fuerza mayor siguiendo al art 79 ap. 1 de la Convención como modelo, pero más claramente que la versión castellana del mismo y sugiere interpretarlo en conjunción con el art 6.2.2 que trata de *hardship* (excesiva onerosidad), cuyo texto de la ICC está basado en la versión de los principios de 2004 junto con otros antecedentes, que transcribimos en nota al pie para darle el lector la comodidad de tener los dos textos (34). Los efectos de la excesiva onerosidad dan derecho a solicitar la renegociación del contrato y si no se acepta, a peticionar ante un tribunal la extinción del contrato y este tiene la potestad de acordar la terminación o adaptar el contrato, a su juicio, de modo de restablecer su equilibrio. Art 6.2.3 Esta última potestad justifica para muchos la razón por la cual no es popular en América latina, una cosa es resolver el contrato, otra adaptarlo a juicio del juez para restablecer el equilibrio. Mientras dura ese proceso la parte en desventaja no está autorizada a suspender su cumplimiento (35).

(33) Los principios dejan en claro que las partes se encuentran obligadas a cumplir sus prestaciones aunque se vuelvan más onerosas para una de ella salvo en caso de *hardship*.

(34) Este es definido en art 6.2.2 disponiendo “existe *hardship* cuando ocurren sucesos que alteran fundamentalmente el equilibrio del contrato, ya sea por el incremento en el costo de la prestación a cargo de una de las partes, o bien por una disminución de la prestación a cargo de la otra, cuando dichos sucesos ocurren o son conocidos por la parte en desventaja después de la celebración del contrato; b) dichos sucesos no pudieron ser razonablemente previstos por la parte en desventaja en el momento de celebrarse el contrato, c) dichos sucesos escapan al control de la parte en desventaja y d) la parte en desventaja no asumió el riesgo de tales sucesos.

(35) Art. 6.2.3. Efectos de la excesiva onerosidad. En caso de “excesiva onerosidad”, la parte en desventaja puede solicitar la renegociación del contrato. Tal soli-

En cuanto a la Convención de Viena existe mucha jurisprudencia europea, poca en norte américa y muy poca proveniente de nuestro país en cuanto se pretende unificar no ya las normas sobre las que no hubo acuerdo internacional (36), pero si jurisprudencia sobre el alcance del significado de determinados artículos de la Convención., según tribunales arbitrales o judiciales. Estas recopilaciones de jurisprudencia europea son útiles para analizar contratos que no hayan decidido excluirla expresamente como lo hacen también los americanos muy proclives a ignorar todo aquello que no está en la órbita del common law. Al respecto varias universidades como la Carlos III Columbia y Uncitral o la universidad del rosario en Colombia que conozco personalmente tienen base de datos sobre el particular, para buscar jurisprudencia sobre el art. 79 y cc. de Viena esos artículos actualizados.

ciudad deberá formularla sin demora injustificada, indicando los fundamentos en que se basa. 1. La solicitud de renegociación no autoriza en sí misma, a la parte en desventaja a suspender el cumplimiento de sus obligaciones. 2. En caso de no llegarse a un acuerdo en un plazo prudencial, cualquiera de las partes podrá recurrir a un tribunal. 3. Si el tribunal determina que se presenta una situación de excesiva onerosidad (hardship) y siempre que lo considere razonable, podrá: 4. A) dar por terminado el contrato en una fecha determinada y en los términos que al efecto se determine, o 5. B) adaptar el contrato de modo de restablecer su equilibrio. En cambio en materia de fuerza mayor el art 7.1.7 de los principios sigue a Viena disponiendo 1) El incumplimiento de una parte es excusable cuando se debió a un impedimento ajeno a su control y que no cabía esperar razonablemente al momento de celebrarse el contrato o que podía haber evitado o superado tal impedimento o sus consecuencias 2) cuando el impedimento sea solo temporal, la excusa tendrá efecto durante un período que sea razonable en función del impedimento en el cumplimiento del contrato 3) la parte incumplidora deberá comunicar a la otra el impedimento y su efecto sobre su aptitud para cumplir el contrato. Si la comunicación no fuere recibida en un plazo razonable contado a partir de que es a parte incumplidora supo o debió saber del impedimento, esta parte será responsable del daño que le llegare a causa a la otra dicha falta de recepción. 4) Nada de lo dispuesto en este artículo impedirá a una parte ejercitar el derecho de dar por terminado el contrato, o a aplazar su cumplimiento o a reclamar intereses por el dinero que debe.

(36) El 3.4 y 3.5 tratan del error (mistake) que consiste en una concepción equivocada sobre los hechos o el derecho, que debió existir al tiempo de la celebración del contrato.

No quedaría completo este capítulo sin tocar el tema de la jurisdicción argentina en la materia sin mencionar las principales disposiciones del Cód. Civ. y Com. aplicables, entre ellas la norma del 2606 que dispone que el juez elegido por las partes tiene competencia exclusiva, excepto que ellas decidan expresamente lo contrario. Esta disposición me recuerda el viejo concepto de la ley inglesa, llamada por ellos mismos local law theory, desarrollada por Walter W Cook quien señaló que los jueces del foro aplican y ejecutan derecho locales, excluyendo totalmente toda ley extranjera, pero cuando están confrontados con un caso que tiene elementos extranjeros comenzaron por razones de conveniencia, que el resto de Europa llamaba de comity desde hacía mucho tiempo, a acomodar su decisión tan cerca como fuera posible a ley del país donde ocurrieron los hechos particularmente en la ley de torts, pero también en la contractual con la validez de documentos emanados del extranjero En las palabras de Cook textuales El Juez del Foro valida y ejecuta, no un derecho extranjero., sino un derecho creado por su propia ley, exactamente lo contrario de lo que nos hablaba Savigny./ Felizmente de a poco como hemos visto en nota precedente el derecho ingles llego a aceptar la aplicación de la ley extranjera cuando la solución brindada a un caso con elementos foráneos era inconveniente y no resultaba ni justa, ni aceptable al juez ni a las partes y por ello aplicaba dicha ley sobre la base de la experiencia y del precedente.

Esta norma está completada por el art. 2605 que establece que en materia patrimonial internacional las partes están facultadas para prorrogar jurisdicción en jueces o árbitros fuera de la república, excepto que los jueces argentino tengan jurisdicción exclusiva o que la prórroga estuviese prohibida por la ley, como en caso de patentes y marcas derechos reales o validez o nulidad de las inscripciones practicada en registros argentinos, por disposiciones específicas, o en leyes de navegación. Empero hay un artículo nuevo en nuestra legislación que crea el foro de necesidad donde se dispone que aunque las reglas del presente código no atribuyen jurisdicción internacional a los jueces argentinos estos pueden intervenir *excepcionalmente* con la finalidad de evitar la denegación de justicia siempre que sea razonable exigir la iniciación de la demanda en el extranjero y en tanto la situación

privada presente contacto suficiente con el país, se garantice el derecho de defensa enjuicio y se atienda a la conveniencia de dictar una sentencia eficaz. Se agregó este artículo de excepción en el Cód. Civ. y Com. Su uso en la justicia aún no aparece reflejado en casos relevantes publicados conocidos por el suscripto., aunque el tema fue debatido en otras jurisdicciones en el pasado, y es de esperar que se ejerza con tino o mesura.

IV. El futuro de los efectos de la pandemia y algunas reflexiones

La pandemia es una epidemia global provocada por un virus desconocido y del cual no hay aún vacuna que lo cure, por ende su aparición y difusión global es materia de gran preocupación no solo porque mata, sino que el remedio más eficaz es realmente algo primitivo no hay algoritmos, nuevas tecnologías, inteligencia artificial o biotecnología que nos defiendan del virus que tengan claro como contenerlo, salvo la del aislamiento, la no concentración de personas, y una serie de cuidados personales que obligan a un cambio en las costumbres la limitación de la producción y en nuestro país el cierre de miles de negocios y actividades y el consejo oficial de permanecer en los respectivos domicilios en cuarentena, reiteradas por televisión en forma permanente. Este, inesperadamente, parece el mejor remedio para controlar una enfermedad contagiosa en el siglo XXI. En todos los casos este aislamiento forzoso, con salidas limitadas para compras de cercanías de medicamentos y alimentos, provistos de barbijos, la eliminación de contactos personales, y el mantenimiento de distancias mínimas entre personas en el transporte y en el aprovisionamiento, afecta a millones de personas en nuestro país, provocando situaciones risueñas, actitudes cansinas o peleas domésticas, además de haber contribuido a un aumento del malhumor en la ciudadanía, aunado con una necesidad física y mental como económica de que el Gobierno apesquere la flexibilización del régimen y la rápida habilitación de miles de establecimientos cuyos propietarios luego de más de Dos meses de cuarentena sienten que la vacación forzada ha sido suficiente y que necesitan ocuparse de sus negocios porque las cuentas sigan llegando, los gastos e impuestos también, pero los ingresos suspendidos o menguados necesitan atención y empeño, ya

sean profesionales o comerciantes desean abrir sus puertas y además vender.

Circulan cada vez más autos por la vía pública, corresponden a personas que están excluidas : Fuerzas armadas personal de seguridad., todo el personal afectado a la salud no solo médicos sino enfermeros, personal de servicio, de mantenimiento de seguridad privadas y las industrias de la alimentación, actividades petroleras, energía, electricidad, gas o teléfonos que viajan con permiso de circulación. El grueso de la población y es resto de las actividades excluidas no pueden ejercerse de acuerdo con los decretos de necesidad y urgencia vigentes a partir del DNU 297 y su prórroga DNU 325/2020 y DNU 355 del 11-04-2020 hasta el 26/04/2020, o el 459/2020 que dispuso y autorizo a intendentes o provincias a permitir flexibilizaciones en áreas poco pobladas y siempre menores de 500.000 personas a permitir salidas de esparcimiento de una hora en un radio de 5 cuadras de su residencia junto con niños y menores. Pero por otro lado exceptúa del dec. 297/20 a la industria automotriz, electrónica. Metalurgia juguetes, tabaco Cemento, química Grafica plásticos Cerámicas, bicicletas y motos. Al mismo tiempo la salida de presos de cárceles por hacinamiento, sin hacerse en forma discriminada, permitieron la salida de condenados por crímenes graves para que sigan cumpliendo sus penas en sus domicilios ha provocado indignación en la sociedad que lo repudió.

El 44% autorizada a operar ha visto sus ingresos disminuidos en un 25%, pero lo más grave es que todavía no se ha reglamentado como se transportarán todas las personas de las industrias exceptuadas que estaban cerradas por orden del Gobierno para controlar la pandemia y evitar los contagios y todos sus empleados y trabajadores, suman decenas de miles, a quienes se facilita volver a trabajar. La otra cara es que el gobierno publicó la menor actividad empresarial, e informó que 390.000 empresas han pedido ayuda salarial. A las que califiquen, el gobierno se comprometió a pagar próximamente una parte de sus salarios del mes de abril. Se han publicado los rubros empresarios que disminuyeron o tuvieron menor actividad durante las últimas 8 semanas, por caídas de ventas. De ese modo las bajas promedio fueron las siguientes: Industria Hotelera -turismo 57%; Artísti-

cas 55.4%, Actividades. Manufactureras 25.9%; Transporte 23.7%; comercio 22.9%, Estas sensibles reducciones en la actividad generan gastos mayores y menores ingresos.

Por otra parte las normas del DNU 297 son indisponibles e imperativas y el código nuevo le da prelación a las normas indisponibles de leyes especiales como lo es por el momento el DNU mencionado, sobre las normas particulares del contrato, art 963 del Cód. Civ. y Com., prevaleciendo sobre toda norma supletoria o contractual y sobre los usos y costumbres por aplicación del art 1730, constituyendo un caso fortuito o fuerza mayor, o por aplicación del art 1732 una imposibilidad de cumplimiento objetiva y absoluta (37), no imputable al obligado que alegan todos los que no puedan pagar. En efecto en la medida de que exista fuerza mayor que claramente será invocada (38), se deberá notificar y suspenderá el cumplimiento de las obligaciones por el término de duración de dicha fuerza mayor. Es claro que las medidas dispuestas por el Poder Ejecutivo en razón de la pandemia declarada a raíz del COVID-19 reúnen las cuatro características de la fuerza mayor. No pudo ser prevista, fue inevitable, irresistible, actual y no le es imputable, a ninguno de los afectados por las medidas dispuestas por el PE, en términos generales a quien la invoque, salvo algún supuesto

(37) Nota: El art. 1732 reitera al art 955 del Cód. Civil eliminando el pago de una indemnización por los daños causados, pero disponiendo que no existe responsabilidad si la obligación se extinguió por incumplimiento objetivo y absoluto no imputable al obligado. y esta imposibilidad debe ejercerse de buena fe y no abusivamente, Si el deudor hubiera sido negligente por causa que le fuera imputable y la prestación u obligación se vuelve imposible por su intervención por pérdida del objeto sería responsable conf. al art 730 del Cód. Civil por daños y si fuera solo temporaria se aplicaría para dicho supuesto el art 956 del código que la vuelve definitiva en dos supuestos : si el plazo es esencial, o cuando su duración frustra el interés del acreedor de modo irreversible.

(38) Art. 1730 Cód. Civ. y Com. Se considera caso fortuito o fuerza mayor el 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. Sus requisitos son a) que el suceso sea imprevisible, b) INEVITABLE c) actual y d) inimputabilidad del deudor. Conf. ALTERINI, Atilio - AMEAL, Oscar - LÓPEZ CABANA, Roberto, "Curso de obligaciones," Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1993, t. 1, ps. 358 y ss.

excepcional, dado que el país mismo no la previó, ni la pudo anticipar. Esa fuerza mayor puede asumirse, contractualmente, pero esa cláusula a la luz de una fenómeno como la pandemia COVID-19, podrá ser tachada de abusiva, porque nunca antes en la práctica corriente constituyó siquiera un hecho conocido. Pero si la entrega tenía fecha fija e inmutable de la cosa a suministrar, la pandemia prevalece por medio del DNU 297/2020 al constituir un suceso no esperable ni siquiera conocido, inevitable e irresistible, que obligó por decisión del estado y por el bien común a las empresas o personas a abstenerse de trabajar durante su transcurso a partir del 20 de marzo de 2020. Hasta el 24 de mayo de este año. Peor aún si prosiguieron los aislamientos o cuarentenas hasta junio, como ha pasado con la universidad, constituye un caso de incumplimiento objetivo y absoluto no imputable al obligado y que lo libera completamente de su obligación contraída., a condición de que acredite que no tenía recursos líquidos le era materialmente imposible o sumamente gravoso cumplir con su obligación.

Es decir una compraventa puede verse frustrada sin que haya culpa alguna de la parte incumplidora pero el primer efecto es correr o postergar el incumplimiento sin penalidad, pero en el mundo de los negocios la fuerza mayor luego de un tiempo razonable le quita y lo priva de finalidad, carece de causa y cuando se hace preciso arreglar un oleoducto o la cañería de una propiedad afectados por dicha circunstancia generalmente se resuelve con una rescisión bilateral de común acuerdo (39) o la resolución del contrato por imposibilidad objetiva o por la impracticabilidad de recibir mercadería que se necesitabas en una línea de producción a cierta fecha, vencida tiempo atrás, como ocurre en los convenios de suministro de la industria automotriz que ante un atraso mayor a cierta fecha cancela la orden automáticamente porque el atraso en la línea de producción causa un daño mayor, al requirente, que al proveedor, quien no está en condiciones de asimilar ni responder.

(39) Art. 1076 del Cód. Civ. y Com. que se aplica a todo tipo de contrato bilateral o unilateral sin que importe si las prestaciones están a cargo de una o de ambas partes. Conf. ALTERINI, Jorge, "Cód. Civil y comercial comentado", t. 5, La Ley sociedad anónima, 2016, t. 5, p. 696.

Allí el art 1090, frustración del fin del contrato, es aplicable claramente.

Todo parece indicar que la pandemia puede seguir, pero sus efectos sobre el trabajo, ingresos o ventas también, esperemos que la vida retome lentamente su curso en julio. Antes de esa fecha la economía en receso, y en cesación de pagos, obligará a seguir abriendo fabricas o comercios cerrados, -con las dificultades de que abrir no asegura vender todo lo que se puede fabricar o distribuir. La pérdida es privada, pero el Estado hasta el momento ha solventado el mayor gasto imprimiendo papel moneda abultando su gasto sobre un presupuesto desconocido porque nunca lo presentó al Congreso, y su ministro de Economía tampoco ha hablado de ello. Se supone que lo saben los acreedores del Estado, pero no los ciudadanos., los empleados de la administración pública no han sufrido o visto su salario deteriorado o reducido, pero el déficit fiscal ha aumentado el 820% entre los resultados de diciembre de 2019 y marzo de 2020. La inflación se hará sentir, no es gratis aumentar la masa monetaria, y todo esto contando que la negociación de la deuda externa, por ahora sin acuerdo, porque ha sido rechazada masivamente por los acreedores externos privados, debe aún resolverse, sin default. Pero queda claro que el Estado no ha hecho ajuste alguno ni presentado aún un plan económico para que los ciudadanos puedan tomar conocimiento, las industrias hacer sus planes y los acreedores estudiarlos y aceptarlos. Es cierto que se han tomado medidas de salvataje de muchas empresas pequeñas y medianas, hasta ahora no ha dictado ni anunciado medidas de apoyo para que el país retome la producción, sacando a la economía en recesión y promoviendo el crecimiento legítimo con medidas de estímulo. Eso dependerá de qué tipo de economía quiera alentar, lo que no está claro.

Temas concretos que necesita abordar el país. Controlado el tema salud y contagios, Argentina solo podrá salir creciendo, y exportando, siguiendo un plan pensado con metas concretas aceptable para el grueso de la población y para las industrias también. La industria automotriz tiene sus peor año de ventas desde hace muchos años, por ende tampoco sus proveedores la están pasando bien El futuro dirá si el Estado decide reducir parte de su estructura, y promueve

una salida económica rápida estimulando emprendimientos que puedan exportar su producción con disminución de la carga impositiva para aquellas que logren captar mercados externos, y donde Argentina tiene ciertas ventajas comparativas que deben ser aprovechadas para participar en un mercado globalizado, dedicando mucha energía a pensar el futuro con programas robotizados ; capacitando a una masa obrera que necesita actualizaciones, fomentando oportunidades laborales genuinas, que si no abundan, es porque necesitan empresas competitivas. El estado y el cuerpo político han salido indemne de todas las crisis que provocaron políticas que nos han tocado vivir. El Rodrigazo de 1975, la salida abrupta de la tablita de 1985, la hiperinflación de 1989 y la de 2001 y la cuadruplicación del valor del dólar, por la salida de la convertibilidad. Todo esto lo sufrió el cuerpo social, con privaciones (40), pero ni los políticos decidieron acompañar el tema con una rebaja de sus ingresos en el Parlamento, ni se disminuyó el ingreso del personal del estado. No se advierte por el momento que se mencione este tema y por el contrario se piensa en incrementar impuestos.

Por otra parte el congreso debe dar soporte legal a todos los DNU que el congreso considere adecuados y que no ha objetado hasta ahora, no se ha reunido desde hace meses, por el requisito de tener que sesionar en el recinto, consultando a la Corte Suprema si podía sesionar virtualmente, hasta que la Corte Suprema le contesto que ella no da opiniones consultivas y la notifico que la decisión pertenece a las cámaras que son las que usan los reglamentos que pueden modificar disponiendo sobre el tema que es resorte exclusivo de los miembros del Congreso y ambas cámaras están tratando de poner en marcha un programa virtual y transparente en funcionamiento, habiendo hechos sesiones de prácticas mixtas,(virtuales y presenciales) en ambas Cámaras.

Otras reflexiones sobre el objeto del trabajo. Hemos dedicado demasiado tiempo a la pandemia y sus efectos que no se han de olvidar

(40) Conf. MEDINA, G., "Del cumplimiento al incumplimiento contractual ante el COVID-19", Rev. La ley, 22-4-20, donde hace una prolija y exacta Rev. local y de derecho comparado del tema.

fácilmente, pero que dejan paso a un tema ineludible, como crecerá el país: con costo argentino prebendario y el Estado a cargo de dirigir o administrar la economía, un asunto que nunca funcionó bien o busque consensos reales y reglas claras para vigilar lo que los expertos, esta vez en economía, le propongan como solución que nos permita volver a crecer y devolver al país en el futuro al lugar que se ganó en el concierto de las naciones.

En lo que concierne a los efectos de la pandemia en los contratos al considerar los incumplimientos contractuales, tanto locales, como en el orden internacional existen para consideración del asesor legal, según las circunstancias de cada contrato, las clásicas normas de fuerza mayor o la imposibilidad de cumplimiento en el derecho civil o el *mistake* (creencia errónea) definida como error de hecho o derecho en los Estados Unidos concepto el primero recogido en las normas de Unidroit. (Art 3.4), así como el *hardship* (6.2 y 6.2.3), o la impracticabilidad de cumplimiento muy limitada y la frustración del contrato, de los anglosajones, que no es posible abordar sin conocer el manejo de los precedentes de los jueces del common law que enmarcan y afinan a cada uno de esos conceptos., y en el caso de la Convención que está muy influida por el common law, donde la fuerza mayor no está legalmente regulada como tal, ni en el Reino Unido, ni en los Estados Unidos y tampoco cuadran las definiciones de fuerza mayor en nuestro Código con Viena. Cuando las comparamos ambas definiciones son diferentes sutilmente porque en la fuerza mayor local pudo haber previsto el impedimento, pero no lo pudo evitar subsiguientemente *después de la celebración*. En cambio en la convención de Viena solo cabe razonablemente esperar que no tuviese en cuenta el impedimento al momento de la celebración, *pero no el impedimento sobreviniente*.

Las opciones que presenta el uso de contratos de compraventa internacional para la partes hoy en día exige concentración no solo en las cláusulas contractuales sino en los propósitos que se buscan en defensa de las conveniencias del cliente, quien los va a utilizar. Una vez que la estrategia y sus posibilidades están claras es más sencillo encarar su aceptación. Internet mediante, existen modelos de contratos internacionales, pero la labor de los abogados es ve-

rificar que parte le puede resultar útil y cuales partes no son aceptables y alertarlos de los inconvenientes o los matices que presenta aceptar la convención de Viena, aun modificando parte de sus términos, o las opciones alternativas, en caso de rechazar su aplicación conf. a su art 6, frente a la opción de someterse a un contrato orientado a la ley de un país del common law, que tienen principios de derecho parecidos en sus enfoques, pero diferentes en su esencia, que solo se suelen descubrir tardíamente.- La tercer opción es lograr se acepte la ley argentina que regule la validez del contratos sus derechos y obligaciones y transigir con la jurisdicción competente o el arbitraje en un país neutral.

Al momento de preparar el presente me llevo una comunicación (41) de TDM, fechada el día de ayer sobre una resolución de la Corte Suprema del Pueblo, china, que resumo y comento por entender que es de interés: La Suprema corte del pueblo Chino emitió pautas sobre cómo tratar casos civiles donde se discuta el efecto de COVID-19. La comunicación de la Corte está fechada el 6 de abril del año en curso y recomendación como tratar y aplicar estrictamente la doctrina de fuerza mayor ante la pandemia. Señalando que en disputas civiles donde se invoca la fuerza mayor y si esta se encuentra justificada, como tratarla conf. a la ley.: En principio quien la invoca tiene el *onus probandi* y debe probar como el evento indicado puede constituir un caso de fuerza mayor., determinando el grado de *causalidad entre la pandemia y la falta de cumplimiento contractual*, así como el efecto de la pandemia, en otras áreas y en otras industrias indicando otros casos decididos.

Específicamente si la pandemia solo causó *dificultades* en el cumplimiento del contrato, las partes deben ser invitadas a renegociar y el Tribunal en tales casos puede no acoger el pedido de fuerza mayor o cancelación del contrato. No obstante si continua cumpliendo el contrato y este es “extremely unfair”, extremadamente gravoso, a pedido de la parte afectada, el tribu-

(41) Ogemid Trans. National Dispute Management Comunicacion del 10 de mayo de 2020 sobre norma emanada s por la Suprema corte de China para gua de los tribunales inferiores relativa a como considerar el uso de la fuerza mayor invocada por litigantes en China para resolver contratos incumplidos.

nal puede ordenar la modificación del contrato. Finalmente si la parte que incumplió el convenio recibió subsidios por la pandemia, dispensas de impuestos o deudas, o cualquier ayuda de terceros, los jueces pueden tener estos antecedentes en consideración para determinar si el cumplimiento del contrato debe ser continuado. Además de sorprender la guía emitida para los tribunales inferiores deseo destacar que no busca una solución facilista pero si equitativa: La lectura dice la ayuda no es gratis y la parte no puede usar la pandemia libremente tiene que mitigar el daño a la otra parte, en la medida que los jueces decidan. Solución que para cada caso puede ser muy atinada y despojada de favoritismos ideológicos. Ciertamente traigo este tema a colación dado que solo en China podría una Corte Suprema dar estas pautas que están fuera de la cuestión en nuestro país, porque Nuestra Corte Suprema no da pautas de cómo se deben leer las leyes, carece de atribuciones para emitir opiniones consultivas sino en casos concretos donde se ventilan intereses contrarios.

Finalmente sugiere apoyar a los dadores de trabajo pero los invita a adoptar acuerdos flexibles con sus trabajadores y rechaza por otra parte los reclamos de los empleadores cancelando contratos de trabajo basados en que el empleado se encuentra infectado o sospechado de estar infectado con neumonía debida al COVID-19. Además recomienda aplicar debidamente daños punitivos para proteger derechos de los consumidores, y suspende la prescripción por el término de los procedimientos litigiosos, donde se discute la pandemia, así como a dar asistencia judicial y adoptar acuerdos s flexibles otorgando alivios provisorios (no aclara a quien ni en que supuestos) pero enfatiza que todos los acuerdos se basan en leyes existentes, agregando que su aplicación se debe utilizar en procesos pendientes donde se invoca la pandemia, de modo de dar certidumbre a los tribunales locales y a los procesos arbitrales que sirven de referencia para entender la ley China aplicable.

Francamente, creo las pautas emanadas de la Suprema Corte china procuran solucionar de un manera rápida y temprano el aluvión de casos que muchos imaginan para excusar el cumplimiento de las obligaciones contraídas con una vara razonable. ES cierto que esa vara existe implícita en la función judicial pero su uso ati-

nado en nuestros país será siempre en un caso concreto me parece saludable y en forma voluntaria, para evitar usos abusivos y contrarios a la buena fe como dispone nuestro Cód. Civil en su art. 1732 que juzga la imposibilidad de cumplimiento imponiendo ambos criterios a las partes y los jueces. Está, a mi juicio, es una norma imperativa, y por ende cualquiera sea la ley que se pacte esta norma no puede ser ignorada o soslayada y mucho menos asumida por una parte contractualmente, por ser una norma de policía, de aplicación inmediata y que deja sin efecto cualquier norma en contrario.

Por todo eso creo que el curioso procedimiento chino de dar oficialmente sus puntos de vista a los tribunales, que muchas veces requiere de intermediarios es saludable, pero notoriamente difícil de seguir salvo para crear una nueva conciencia en que no hay persona en una pandemia que tenga la razón absoluta. Sirva esa guía para ser minucioso en el análisis, pero la filosofía del equilibrio en esta materia y en nuestro país debiera ser seguida., ante la panoplia de posibilidades cuya finalidad es permitir en materia de compraventa, postergar el cumplimiento de las prestaciones por fuerza mayor, o cancelar la obligación del contrato por imposibilidad de cumplimiento absoluta, utilizando normas existentes en nuestro derecho pero basándose en como realmente afectó al quejoso la pandemia, y como realmente sufrió el perjudicado en la misma situación, con el fin de arribar a una solución donde se compensen y transen los intereses contrarios de una forma razonable.

Esta es la tendencia en el derecho comparado que pretende bajo el manto de la razonabilidad que preside Unidroit y que está en el Código nuestro, suavizar las pretensiones contrarias de las partes, objeto de las instituciones que hemos pasado Rev. tanto en la Convención, como en el sistema del Common law, con el listado de casos de fuerza mayor o los principios de Unidroit o en nuestro Código, aplicando criterios existentes y buscando fórmulas al amparo de un cataclismo global para minimizar sus efectos con independencia de que se use a la teoría del imprevisión, la imposibilidad del cumplimiento o la frustración del fin o la fuerza mayor que proveen soluciones legales claras, pero no siempre equitativas Tal vez la pandemia y el costo que cada país debe pagar por el COVID-19 en su te-

territorio sirva para propósitos como los enunciados. Desde ahora en China, con su propio sistema intenta una solución similar.

Por ello se debe tratar de resguardar siempre que sea factible al formular o discutir un contrato internacional que se negocia por correo o electrónicamente, si se contempla que se cumpla en el país, la selección de la ley interna argentina y la exclusión de toda otra, como lugar de cumplimiento, criterio aplicable también a otros contratos como la distribución el suministro o la franquicia, de productos o servicios si la contraparte se domicilia en el exterior, pero que se cumplen en el país pero que involucren la compra de productos en el extranjero para re-

venderlos o usarlos, caso de la franquicia, en el país. En tal caso, advierto, es casi imposible que se acepte, además, la jurisdicción argentina, decisión que será determinada por el vendedor o el comprador según el caso, si no hay acuerdo, o, como última opción, negociar o recurrir a un arbitraje en un país extranjero neutral, en lugar de aceptar la jurisdicción de los tribunales del domicilio de la contraparte. Espero que las conclusiones precedentes puedan ser útiles, para encarar el estudio negociación de los contratos de compraventa internacional entre una parte domiciliada en Argentina y una parte extranjera no residente en Argentina; ni con negocios en dicho país neutral, en casos de arbitraje.

Coronavirus: ¿Un jaque a los *smart contracts*?

Carlos Mirassou Canseco
Andrés O. Hadad

Sumario: I. Introducción.— II. Los contratos inteligentes o smart contracts.— III. Su funcionamiento.— IV. La autoejecución como una de sus principales características.— V. Inconveniencia del tipo contractual para ciertos supuestos.— VI. Irrazonabilidad de la autoejecución en tiempos de Pandemia.— VII. Reflexiones finales.

I. Introducción

Sin dudas la humanidad se enfrenta a una crisis global, quizás la mayor crisis de nuestra generación. Las decisiones que se tomen en las próximas semanas probablemente darán forma al nuevo orden mundial en el que vivirán nuestros hijos/as y nietos/as. Darán forma no solo a nuestros sistemas económicos y de salud, sino también a nuestra manera de ver la política, moldearán nuestra cultura y de ello, como de todo, se hará eco nuestro sistema jurídico, nuestro Derecho; y ello se traduce en la obligación de cada uno de nosotros de actuar de la manera más rápida e inteligente posible.

Una pregunta que subyace en el pensamiento de las personas en situaciones inéditas es la referida a las consecuencias (más allá de lo sanitario o estrictamente económico) que tendrá la pandemia en la sociedad.

Como no podía ser de otra manera, el mundo de la tecnología cobra un papel fundamental en estos tiempos de batalla contra la pandemia. Así, varios gobiernos ya han desplegado las nuevas herramientas de vigilancia. El caso más notable es China. Al monitorear de cerca los teléfonos inteligentes de las personas, hacer uso de cientos de millones de cámaras que reconocen la cara y obligan a las personas a verificar e informar sobre su temperatura corporal y condición médica, las autoridades chinas no solo pueden identificar rápidamente portadores sospechosos de coronavirus, sino también rastrear sus movimientos e identificar a cualquier

ra con quien hayan entrado en contacto. Una variedad de aplicaciones móviles advierte a los ciudadanos sobre su proximidad a los pacientes infectados. Israel, por su parte, recientemente autorizó a la Agencia de Seguridad a desplegar tecnología de vigilancia normalmente reservada para luchar contra terroristas para rastrear pacientes con coronavirus. Cuando el subcomité parlamentario pertinente se negó a autorizar la medida, el Primer Ministro la aplicó con un “Decreto de emergencia” (1).

De igual manera también encontramos un gran incremento de descargas de aplicaciones destinadas a romper el aislamiento social, pero desde la silla de nuestras casas. Estamos hablando de las estrellas de esta cuarentena, las apps de videollamadas.

Todos estos datos nos demuestran que si hay algo que no podemos negar es que el COVID-19 logró atravesar la sociedad de manera transversal. Todo lo que alguna vez conocimos del mundo, se verá modificado, o al menos, influenciado por la presencia de la gran pandemia que se vive a nivel mundial.

La actual emergencia sanitaria y las medidas adoptadas en consecuencia para enfrentar la pandemia, como el “aislamiento social preventivo y obligatorio” han provocado obviamente

(1) HARARI, Yuval Noah, El mundo después del coronavirus, publicado en Financial Times, 20/05/2020. Disponible en <https://www.ft.com/content/19d90308-6858-11ea-a3c9-1fe6fedcca75>.

una restricción de la actividad comercial en diversos sectores de la economía, impactando de sobre manera en sectores como el de las pymes.

Este escenario irrumpe fuertemente en las relaciones jurídicas contractuales generando incertidumbre y desequilibrios económicos, pues el contrato, antes de ser una institución jurídica es un negocio económico, por lo tanto, las incertidumbres de la economía pueden, y de seguro lo hacen, afectar al contrato.

Estas variantes de las condiciones macroeconómicas, pondrán a los contratantes en situación de conflicto dificultando, o hasta incluso, imposibilitando de modo absoluto afrontar los compromisos contraídos, lo que conllevará dudas (y en el mejor de los casos) a una alta conflictividad jurídica.

El año pasado cuando escribimos el artículo “Nuevo paradigma contractual: los *smart contracts*” (2), nunca nos hubiésemos imaginado que apenas unos meses más tarde nos encontraríamos repensando nuevamente de una de sus virtudes más características, esto es, su autoejecución.

De manera muy breve, refrescaremos algunas ideas y conceptos trazados en aquella oportunidad.

II. Los contratos inteligentes o *smart contracts*

En oportunidad de aquel trabajo, apuntábamos a que, en la actualidad, el concepto estático del contrato se encontraba superado. Hoy se lo piensa de una manera mucho más dinámica, como un “proceso” que liga a sus partícipes y se dirige a una finalidad específica (el cumplimiento), que atraviesa diversas fases en su desarrollo, comenzando desde las tratativas, pasando por la conclusión y ejecución, y hasta incluso pudiendo alcanzar el período poscontractual.

(2) Para una mayor amplitud sobre la temática, ver HADAD, Andrés O. - MIRASSOU CANSECO, Carlos D., “Nuevo paradigma contractual: los *smart contracts*”. Publicado en Sup. Esp. “LegalTechII: El Derecho ante la Tecnología”, dirigido por Gastón E. BIELLI, Santiago J. MORA y DIEGO FERNÁNDEZ, 11/10/2019, 49. Cita Online: AR/DOC/3578/2019.

De esta manera vemos cómo el contrato es una figura con vida propia que lejos de nacer y morir en un mismo momento, hoy tiende a prolongarse y extenderse, situación que conlleva a que pueda estar sujeto a mayores eventualidades. Bajo ese contexto, nos introducimos de lleno en el tema que hoy nos convoca.

En primer lugar, en relación con la definición de *Smart Contract*, a pesar de que su nombre da indicios acerca de qué se tratan, para entender qué son realmente y cómo funcionan es necesario realizar una explicación más profunda y técnica, la cual intentaremos desarrollar a continuación, debido a que nuestro derecho todavía no los contempla expresamente ni contamos con precedentes judiciales que ayuden al respecto.

Los contratos inteligentes se pueden definir entonces como programas informáticos que facilitan, aseguran, hacen cumplir y ejecutan acuerdos registrados entre dos o más partes (personas físicas o jurídicas). Se utilizan algoritmos que operan con la característica principal de no poder ser controlados por ninguna de las partes y de ser autoejecutables, es decir, su ejecución se encuentra automatizada.

III. Su funcionamiento

Como hemos sostenido, el tema del funcionamiento de este tipo de contratos no es tan complejo como aparenta.

El programa funciona con líneas de código de programación de las conocidas como *if-then* o *if then else*. Esta función resulta útil para crear una variedad de elementos calculados de distintas maneras para filtrar, agrupar y volver a rotular, excluir o segmentar los resultados. Si se usa *if then else*, se tiene que proporcionar un elemento o condición que sirva para probar y ciertos valores que sirvan para reflejar los resultados dependiendo si la expresión se cumple o no.

Esta expresión puede definirse de dos maneras (3):

(3) Cfr. PUTERBAUGH, Dan, “The future of contracts: automation, blockchain, and smart contracts”, publicado en Association of Corporate Counsel (www.acc.com), nro. 34, 12/2016, p. 50.

— *IF* (condición booleana, es decir, que solo admite dos respuestas posibles) *THEN* (valor verdadero) *ELSE* (valor falso) *ENDIF*: el resultado devuelto dependerá de si la condición se cumple o no.

— *IF* (condición booleana) *THEN* (valor verdadero) *ENDIF*: el resultado devuelto siempre será el resultado verdadero. Si eliminamos el “*ELSE*” los resultados se filtran. Si la expresión condicional no se cumple, el resultado estará vacío.

La verificación de que la condición preestablecida no se realizará también producirá consecuencias. En efecto, la no concurrencia de las condiciones prefijadas se suele incluir en el término *else*, de manera que desencadenará una acción distinta; por ejemplo, la devolución del dinero anticipado depositado en una cuenta.

Es como si fuera un sistema de respuesta pre-determinadas y automáticas, si ocurre “*A*” entonces sucede “*Y*”, pero la diferencia radica en que se realiza de una manera que interactúa con activos reales. Es decir, dos partes o más (probablemente a través de sus abogados) se ponen de acuerdo en las cláusulas que los obligarán, arman el programa en base a ello y lo suben al sistema *blockchain* (probablemente con la ayuda de un programador); a partir de ahí, el contrato se encarga de ir analizando las condiciones, ejecutando un algoritmo u otro, dependiendo de lo que vaya aconteciendo.

Si bien normalmente también se componen de una interfaz de usuario y a veces emulan la lógica de las cláusulas contractuales, cuando se dispara una condición preprogramada, no sujeta a ningún tipo de valoración humana, el contrato “inteligente” ejecuta la cláusula contractual correspondiente de manera automática.

Un factor interesante se presenta en la búsqueda de información externa.

Aquí aparece el concepto de oráculo (más conocido por su nombre en inglés, *Oracle*). Es la herramienta informática que le permite al *smart contract* autoejecutarse al verificar previamente cierta información (por ejemplo, precios oficiales de divisas, cotización de acciones, informa-

ción de la torre de control sobre el despegue de los vuelos en el ejemplo arriba mencionado, resultado de algún partido deportivo en donde se hayan realizado apuestas, etc.).

Como dijimos en aquella oportunidad, esto puede resultar un claro inconveniente (4), consistente en una “tercerización” de la información que justamente este tipo de contratos pretende evitar, porque para ello siempre habrá que recurrir a una fuente externa y por lo tanto un intermediario por fuera de la *blockchain*, perdiendo así parte de la confianza tan publicitada.

IV. La autoejecución como una de sus principales características

Estos tipos de contratos fueron creados con el objetivo de brindar una seguridad superior al contrato tradicional y reducir costos de transacción asociados a la contratación, como los relacionados con la ejecución por incumplimiento. Esa característica distintiva llamada “autoejecución” es la que lo dota de ciertas particularidades que lo diferencian cabalmente de los contratos tradicionales.

Las partes acuerdan que el contrato se vaya ejecutando directamente según el cumplimiento o no de lo pactado y sin necesidad de terceros. En este sentido, no debemos olvidar que nos encontramos ante un algoritmo o “código informático” que existe en una cadena de bloques compartida, con la característica de no poder ser modificada por las partes.

Este el carácter automático de la ejecución conlleva que no sea necesaria la intervención del ser humano para desencadenar la consecuencia establecida (realizar una determinada prestación, por ejemplo) ni para comprobar su cumplimiento: es la propia cadena la que, verificando de manera objetiva que concurren las condiciones predeterminadas, ejecutan lo establecido para tal evento.

Aun cuando señalamos que las máquinas “ejecutan una prestación escrita en el código”,

(4) Un interesante artículo que profundiza un poco más al respecto de estos oráculos: <https://blog.chainlink/oracles-the-key-to-unlocking-smart-contracts/>.

en sí mismo, los ordenadores “solamente” manejan datos y, actuando de acuerdo con unas reglas o algoritmos prefijados, producen otros resultados; en definitiva, procesan de manera automatizada datos según órdenes previamente establecidas. Al “producir” esos “nuevos datos” lo que, en realidad, están haciendo es “ejecutar” la prestación de que en cada caso se trate contenida en el acuerdo y de una manera automática (5).

Por ello, no se precisa entonces de un intermediario de confianza (una de las partes, un tercero o la autoridad judicial) que ejecute o lleve a término el acuerdo previsto: los ordenadores son los que desempeñan tal papel. En consecuencia, la confianza en que la ejecución será correcta reside en el propio contrato; esto es, en la configuración del software que aplicará automáticamente la consecuencia establecida (6).

La idea de este trabajo, entonces, será reflexionar acerca de cómo esta característica que es una de las principales atracciones que tienen este tipo de vínculos jurídico, (en un contexto en el cual el mundo sufre una crisis global e inminente por esta pandemia) se puede convertir en su propia Espada de Damocles.

V. Inconveniencia del tipo contractual para ciertos supuestos

Como idea previa, en este tópico, nos interesa reflexionar acerca de la aplicabilidad de los *smart contract* en la vida contractual moderna y con ello queremos hacer énfasis (concretamente) en el carácter no omnicompreensivo de estos contratos.

(5) V. LEGERÉN-MOLINA, Antonio en “Los contratos inteligentes en España: La disciplina de los smart contracts”, publicado en Revista de Derecho Civil de España; 2, ISSN 23412216, vol. V (04-06/2018), ps. 193-241. Disponible en <http://nreg.es/ojs/index.php/RDC>.

(6) Cfr. LLOPIS, “Blockchain y profesión notarial”, <https://goo.gl/M6rjAn>. En igual sentido ver SAVELYEV, Alexander en “Contract law 2.0: ‘Smart’ contracts as the beginning of the end of classic contract law”, *Communications Technology Law*, 26. 1-19. 10.1080/13600834.2017.1301036, año 2017, p. 8. Allí se afirma textualmente “but in contrast to classic contracts, where trust is put in the personality of the other party to the contract, in smart contracts such trust is put in the computer algorithm standing behind the agreement”.

Para ello, es preciso indicar que aun cuando los *smart contracts* constituyan una alternativa posible a los contratos “tradicionales” (con muchas utilidades en el contexto actual), solo pueden ser aplicables a supuestos que resulten verificables de manera objetiva y automática (7).

Imaginar un futuro en donde el comercio se realice exclusivamente utilizando contratos inteligentes, en lo inmediato, sería un gran error. El mundo no está preparado para ello.

Pretender lo contrario, es decir, reemplazar el sistema de contratación tradicional por el de los *smart contracts*, seguramente implicaría generar costos más severos que los que busca evitar.

Las condiciones que han de verificarse y a que se anudan las consecuencias que en cada caso se establezcan, pueden consistir en el desarrollo de una actividad por una de las partes o que tengan lugar a raíz de determinados eventos. En cualquier caso, han de ser objetivamente comprobables.

En este sentido, este tipo de contratos no sería aconsejable en supuestos que requieran cláusulas susceptibles de interpretación para ser verificadas, como así tampoco será deseable al momento de la programación la utilización de conceptos jurídicos indeterminados (buena fe, consumidor medio, buen padre de familia, diligencia debida, interés superior del menor, fuerza mayor, caso fortuito, etc.).

Si, como se prevé, el denominado “internet de las cosas” (*IoT*, por sus iniciales en inglés) se expandirá en un futuro próximo de manera que el número de dispositivos conectados y que “emitan” información se multiplique exponencialmente (afectando, por ejemplo, a elementos habituales de viviendas inteligentes como cañerías, electrodomésticos, etc.), el ámbito de los contratos inteligentes crecerá (8). Será, enton-

(7) Cfr. PUTERBAUGH, Dan, “The future of contracts: automation, blockchain, and smart contracts”, ob. cit., p. 51.

(8) En referencia a como se puede llegar a alterar la naturaleza de las transacciones comerciales ver también BARRIO ANDRÉS, Moisés en “Internet de las cosas”, Ed. Reus, Madrid, 2018. Disponible en <https://www.edito->

ces, más sencillo utilizar este tipo de contratos, por ejemplo, en materia de responsabilidad o de seguros de hogar.

Pero hasta entonces, el número de sectores en que los *smart contracts* tienen perfecta cabida continuará siendo relativamente limitado. Y, aun en el caso futuro ya mencionado, entendemos que seguirá habiendo ámbitos que no utilizarán los contratos inteligentes. Por ejemplo, cuando estén en juego cláusulas de exclusión de responsabilidad basadas en conductas personales, culposas o dolosas, pues tal concepto parece difícilmente reducible de manera completa a las cláusulas *if/then/else* y a elementos perfectamente objetivables (9).

VI. Irrazonabilidad de la autoejecución en tiempos de Pandemia

Ahora sí, entramos de lleno en el tema que la actualidad requiere.

Hasta ahora todo parece ir por un carril bastante aceitado: los *smart contract* aparecen como una atractiva salida frente a un panorama en donde acceder a la justicia es lento y oneroso, a lo que se le suma (en gran porcentaje) un descrédito de la población en los encargados de ejercer la función jurisdiccional.

Sin embargo, esta autoejecución trae aparejada consigo una inflexibilidad, que como trataremos de explicar (en ciertas ocasiones) es una de las causales que puede sacudir la lógica de este nuevo paradigma.

Aquí cabe mencionar las limitaciones con la que cuentan este tipo de contratos a la hora de su “redacción”, las cuales lógicamente se traducirán en una incompleta determinación del código, el cual nunca podrá capturar el dinamismo del mundo real, resultando poco factible que algún contrato, del tipo que sea, refleje la totalidad de las eventualidades que pueden suceder.

rialreus.es/static/pdf/primeraspaginas_9788429020380_internetdelascosas.pdf.

(9) Cfr. JOHNSON, Gary L., en “Planning the future, Blockchain Technology and the Insurance Industry”, artículo publicado en 2017. Disponible para consulta en https://www.rbm.com/wp-content/uploads/2017/10/16j1065-GLJ-BLOCKCHAIN-TECHNOLOGY_.pdf.

Además, un contrato de este tipo nunca puede contener un término que tenga cierto significado al momento de su programación y otro distinto al momento de su ejecución.

A ello pueden agregarse contingencias novedosas, como por ejemplo que (en tanto las transacciones son irreversibles) un error o un contrato inteligente mal programado pase a bloquear eternamente los fondos recibidos (10).

Por otro lado, también encontramos que a pesar de que la inmutabilidad del contrato sea un punto a favor en cuanto a seguridad, ello puede convertirse también en una desventaja ante distintas eventualidades, ya que en muchas ocasiones puede haber agentes externos que puedan alterar el acuerdo por alguna razón, por ejemplo, casos fortuitos o de fuerza mayor.

Así vemos, tal como referimos en nuestra publicación anterior, que “... a los contratos inteligentes no les importa si la ejecución puede resultar injusta ni tampoco importan los hechos o los comportamientos sociales efectivos en torno a ellos. En el mismo sentido, dado que una vez que se activan los contratos inteligentes las partes pierden control sobre su ejecución y no se pueden dejar de cumplir, deberá analizarse cómo se conjuga ello con el régimen de vicisitudes de los contratos, entre otras cuestiones” (11).

Este último punto resulta interesante, sobre todo en un contexto como el que estamos atravesando, en donde palabras como “principios generales”, “valores jurídicos”, “buena fe”, “razonabilidad”, “casos fortuitos”, “fuerza mayor”, entre muchas otras, cobran un valor primordial en la interpretación del derecho.

Estos conceptos jurídicos “indeterminados” que forman parte del derecho en su conjun-

(10) Ver MORA, Santiago J., “La tecnología blockchain. Contratos inteligentes, ofertas iniciales de monedas y demás casos de uso”, LA LEY 01/04/2019, 1; cita online: AR/DOC/537/2019.

(11) Ver HADAD, Andrés O. - MIRASSOU CANSECO, Carlos D., “Nuevo paradigma contractual: los smart contracts”. Publicado en Sup. Esp. “LegalTechII: El Derecho ante la Tecnología”, dirigido por Gastón E. BIELLI, Santiago J. MORA y Diego FERNÁNDEZ, 11/10/2019, 49. Cita Online: AR/DOC/3578/2019.

to, más allá de la comprobación de los hechos como tales, no son realmente aptos para la inteligencia artificial. De ahí que, pese a que se ha intentado avanzar en este terreno, las herramientas de inteligencia artificial de debate, jurídico o no, no van más allá de la sugerencia, porque son incapaces de proceder a esa ponderación, tan difícil también para el ser humano (12). En cambio, si pensamos (por ejemplo) en la figura de un Juez, este posee al menos la defensa y el deber de la motivación, que tiene en cuenta armas de la retórica que difícilmente puede utilizar de manera completamente oportuna una máquina.

Siempre que se piensa críticamente en la inteligencia artificial se afirma que no es humana, pese a que es tan humana como cualquier otra creación nuestra. Pero al margen de ello, lo que se suele querer significar con esa afirmación es que la “máquina” no pretende impartir justicia. Dicho de otra manera, la inteligencia artificial se limita a la exactitud en el cumplimiento de su programa (13), a diferencia del Derecho que (para explicarlos en términos Alexyanos) lleva ínsita una pretensión de corrección, es decir, una pretensión de justicia, de ser correcto (14).

Al decir algo así, se da por hecho que quienes tienen la potestad de interpretar el derecho, cuentan con tal pretensión, y que por lo tanto con ello se espera que no se aplique todo el rigor de las leyes de manera automática, sino que sea capaz de adaptarlas a lo que nos parece justo en cada caso concreto, cuestión que invariablemente se mezcla, como ya se ha dicho, con la capacidad de “razonar”.

(12) V. ATIENZA, Manuel en “Curso de Argumentación jurídica”, Ed. Trotta, ps. 645 y ss.

(13) Uno de los pasajes más famosos de la película “Terminator” (1985) que puede servir para explicar con palabras de una misma máquina lo que acabamos de decir: “That terminator is out there. It can’t be bargained with. It can’t be reasoned with. It doesn’t feel pity, or remorse, or fear. And it Absolutely will not stop, ever, until you are dead”.

(14) Para un desarrollo del concepto de “pretensión de corrección”, ver, entre muchas otras obras del mismo autor, ALEXY, Robert, “Teoría de la Argumentación Jurídica”, Ed. Centro De Estudios Políticos y Constitucionales, 2000, 2ª ed.

Sin embargo, para el concreto caso de los *smart contracts*, las partes contratantes, simplemente, han decidido traducir el vínculo jurídico pretendido a un lenguaje computacional para delegar la ejecución del contrato al código, con la intención de automatizarlo. Así, el uso del *blockchain* se justifica al querer las partes hacer uso de un mecanismo de aceptación que no permita modificaciones en el contenido de la prestación, y que deje de lado la contingente, pero poderosa, posibilidad de incumplir o no recibir. La pregunta que cabe hacerse entonces es... ¿puede esto implicar riesgos adicionales?

Es claro que la inalterabilidad del contenido del contrato (característica propiciada por el uso del *blockchain*) ofrece beneficios a los que resulta difícil mirar con desdén. Sin embargo, la unión de la inmodificabilidad con la ejecución automática del contrato, si bien consolida unívocamente una posibilidad de cumplimiento, crea un “riesgo de actuación”.

De esta manera, como ya dijimos, las partes se enfrentan a un escenario precontractual en el que están obligadas a trazar en detalle, no pudiendo cometer errores en la descripción, con grados agresivos de acuciosidad, cada una de las facetas y vías por las que el contrato debe desenvolverse. Deben incluir en el código también las respuestas a contextos previsibles e imprevisibles que se opongan al contrato y a su desempeño. Y la posibilidad de que los contratos se sigan ejecutando, a pesar de las prohibiciones legales que puedan afectarles, es altísima (15).

Tal es el caso que actualmente estamos padeciendo. Infinidad de contratos se están ejecutando en estos momentos frente a la imposibilidad de las partes de interrumpir aquella ejecución alegando la teoría de la imprevisión (art. 1091 del Cód. Civ. y Com.) (16), un supuesto de caso

(15) Cfr. HERNÁNDEZ DÍAZ, Julián en “Decodificando el Smart-Contract: Naturaleza Jurídica y Problemas de uso”, noviembre 2018, disponible en <https://www.researchgate.net/publication/328661229>.

(16) Art. 1091. Imprevisión. Si en un contrato conmutativo de ejecución diferida o permanente, la prestación a cargo de una de las partes se torna excesivamente onerosa, por una alteración extraordinaria de las circunstancias existentes al tiempo de su celebración, sobrevinida por causas ajenas a las partes y al riesgo asumido por la que es afectada, esta tiene derecho a plantear extrajudi-

fortuito o fuerza mayor que frustre el uso y goce de la cosa (art. 1203 del Cód. Civ. y Com.) (17), la alegación para ciertos casos de la teoría del hecho del príncipe, entre otras opciones legales con las que sí cuentan los contratantes “tradicionales”. Esto lleva a pensar que los implicados podrían responder por los perjuicios ocasionados con posterioridad, aunque por otro lado tales consecuencias llevarían a un razonamiento injusto al intentar una acción alegando como fundamento nuestra propia torpeza (en la programación o determinación del negocio contractual).

Es que, para casos como estos, parecería existir una especie de máxima, que podría resumirse como “las partes deben determinar los alcances del contrato bajo apercebimiento de que lo que no se pacte, no existe”. Ello conduciría a afirmar que para los *smart contracts* no rigen los principios generales, o teorías indeterminadas del derecho; ya que las partes desean una forma única de despliegue contractual y por tanto deben esforzarse, hasta lo imposible, para arrostrar cualquier mal que el azar les depare, incrementando los costos de transacción en la fase precontractual; y si así no lo hicieren, correrán cada uno con la suerte de lo contratado.

Otra incógnita que suele presentarse es la referida a los famosos “*Bugs*” o errores de software, los cuales en términos técnicos podrían llegar a ser considerados casos fortuitos. ¿Quién responderá frente a su ocurrencia?

De nuevo, la inalterabilidad y la autoejecución del contenido del contrato, muy a pesar de que se presente como algo ideal, esconden pe-

cialmente, 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.

(17) Art. 1203. 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 esta no puede servir para el objeto de la convención, puede pedir la rescisión del contrato, o la cesación del pago del precio por el tiempo que no pueda usar o gozar de la cosa. Si el caso fortuito no afecta a la cosa misma, sus obligaciones continúan como antes.

ligrosas consecuencias. ¿Pueden las partes solicitar la intervención de un juez en el contrato? ¿Tendrán motivos suficientes para solicitar una indemnización de perjuicios? ¿Cómo probarían el incumplimiento? ¿Cómo puede el juez interpretar el contrato? ¿Interpretará el código o el contrato que se tradujo? (18).

Todo ello hace preguntarnos Si la ejecución del contrato pende de la validación de la ocurrencia de las transacciones enunciadas en el marco condicional, cómo puede cerciorarse el código si los mismos están enfrascados en situaciones externas.

En efecto, en muchas ocasiones, como se dijo, es preciso el elemento de la interpretación, incluso para analizar, por ejemplo, la legitimidad o capacidad de las partes. Y, no pocas veces son las mismas partes las que no quieren “automatizarlo” todo a fin de dejar margen de negociación y adaptar así la ejecución en atención a las circunstancias sobrevenidas que suelen darse en los contratos.

De lo contrario, sería fácil para los eventos en los que una fecha determinada, una corrida del dólar, o una suba o baja de las acciones activen el código. Pero frente a otros supuestos, dentro de los cuales se puede ubicar la pandemia que estamos atravesando, es casi imperativo hacer uso de un agente externo que de fe de la ocurrencia de los hechos.

Con esto, nos estamos refiriendo a los eventos “*off chain*” (conocidos como *off chain events*, es decir, eventos que ocurren por “fuera de la cadena”). Debe haber una fuente de información que acredite su ocurrencia. Para tales supuestos, lo habitual es que los *Smart Contracts* recurran a los denominados “oráculos” ya mencionados, los cuales, se nos ocurre que de, así pactarlo, pueden suspender la autoejecución de las obligaciones contractuales a partir de la obtención de datos externos que verifiquen (con la certeza requerida) algún supuesto de “caso fortuito”, “fuerza mayor”, “epidemia”, “pandemia”, “toque de queda”, “inundación”, los cuales lógicamente para su monitoreo y efectiva comprobación demandarán un esfuerzo extra al

(18) V. nuevamente HERNÁNDEZ DÍAZ, Julián en “Decodificando...”, ob. cit., supra.

momento de la configuración o programación como tales, reflejándose —se nos ocurre— en su costo de realización. En estos supuestos, una solución razonable podría llegar a ser que el mismo *smart contract* notifique a todas las partes contratantes en las direcciones electrónicas fijadas como válidas (emails, números telefónicos, WhatsApp, etc.) para que en el plazo que allí se consigne, puedan renegociar las condiciones pactadas, o caso contrario (silencio de las partes o falta de acuerdo) se procederá a la rescisión automática del mismo, quedando expeditas las acciones de reclamación judicial que cada uno crean convenientes.

Creemos que estos “oráculos” representan mecanismos confiables que facilitan la comunicación entre los contratos inteligentes y el mundo externo, lo cual es vital para la adopción global de *blockchains*, toda vez que al ser entes descentralizados tienen el potencial de introducir mecanismos de salvaguarda que podrían eliminar muchos riesgos sistémicos del ecosistema digital. Sin oráculos, los contratos inteligentes tendrían que depender solo de la información que ya está dentro de sus redes, lo que (sin dudas) limitaría considerablemente sus capacidades.

Una crítica que suele aparecer en relación a ello es que la necesaria la participación de un tercero, fuera de la cadena, estaría borrando de un plumazo la supuesta “autonomía” del código. Por otro lado, pero relacionado con ello, también puede aparecer la desconfianza, en tanto no sabemos si esa fuente externa siempre contará la verdad del “evento” o el grado de error que ostenta en la verificación de los mismos.

Y si bien es cierto que se está trabajando en una *blockchain* con la posibilidad de ser modificada, esto quitaría el aspecto más beneficioso de esta, ya que al permitir dicha acción podría facilitar los ataques informáticos para alterarla.

VII. Reflexiones finales

Desde finales de siglo XX asistimos a una nueva etapa signada por el desarrollo de formas de producción de bienes y servicios habilitadas por nuevas tecnologías que irrumpen y se difunden rápidamente, posibilitando una competencia y acceso a los mercados mucho mayor, derrum-

bando de tal manera muchas ventajas competitivas.

La nueva realidad representada por tecnologías innovadoras, nos enfrenta a cambios de paradigmas que sustituyen parte del trabajo del ser humano por algoritmos más precisos y menos conflictivos, permitiendo una centralización decisoria que posiblemente reemplazará la dispersión de centro de decisión que traducen y ejecutan la infinita cantidad de interrelaciones que se producen en la sociedad.

Este cambio, a pesar del temor y rechazo que seguramente en muchos genera, no se va a detener. Creemos que la clave se encuentra en cómo posicionarnos desde el derecho frente a semejante avance tecnológico.

Nos encontramos así frente a un mundo jurídico que, por un lado, se encuentra permeado indefectiblemente por este fenómeno y, por el otro, está signado por tendencias conservadoras en donde la primera reacción por lo general consiste en alertar acerca de los peligros de la innovación en vez de por descubrir sus ventajas (19).

Esta primera reacción que es aislarse, cerrarse exteriormente y así prolongar el actual estado de cosas, trae consigo la inevitable consecuencia del retraso en la carrera tecnológica y por lo tanto la incompetencia de nuestras estructuras jurisdiccionales frente a estos temas.

Como todo, estos contratos cuentan con sus ventajas y desventajas (o, mejor dicho, con obstáculos por superar). Sin dudas, creemos que la falta de flexibilidad en los *smart contracts* representa el mayor desafío para la escalabilidad de la tecnología. No obstante, hay que señalar que, al estar en permanente desarrollo, se continúa trabajando para optimizar su funcionamiento al máximo.

Y más allá de todo lo expuesto, cuestiones como las expuestas hacen de esta novedosa figura un desafío apasionante, no solamente para

(19) Para un mayor desarrollo de la actitud de los operadores jurídicos frente a las tecnologías disruptivas, ver ACCIARI, Hugo A. en “Smart Contracts, criptomonedas y el Derecho”, LA LEY 02/05/2019, 1; cita online: AR/DOC/1017/2019.

los profesionales del derecho sino también para programadores, procesadores de datos, ingenieros en sistema, informáticos, etc.; como así también para las Universidades que deberán revisar el contenido de la currícula, en particular la manera de enseñar los contratos y las obligaciones, para adecuarla a las exigencias actuales de regulación de estas novedosas formas negociales. Sobre todo, vemos que esta exigencia interpela de especial manera al Poder Judicial, quien deberá —en situaciones como la actual— enfrentarse con esta realidad al tener que interpretar el contenido y alcance de este tipo de institutos.

Sin dudas, al programar un gran número de respuestas se reducirán considerablemente las posibilidades de conflicto extrajudicial y judicial, pero ello no quita que a la vez esta figura pueda considerarse como un *phármakon*, es decir, como un remedio y veneno al mismo tiempo. Si bien nos traerá la celeridad y certeza en las soluciones por contar con decisiones anticipadas, por otro lado, ante la rigidez, inflexibilidad e inalterabilidad que traen consigo, hay

ciertas vicisitudes o incidencias que de configurarse volverían un tanto injusta la autoejecución del contrato en la forma pactada, evidenciando de esta manera la insuficiencia o (mejor dicho) la necesidad del complemento humano para una razonable valoración del caso.

Así entonces, hay quienes sostienen que las crisis son las mejores oportunidades que pueden sucedernos, porque traen indefectiblemente un progreso posterior, una inventiva, una obligación de resiliencia, que bien ejecutada nos puede llevar a encontrar grandes estrategias y soluciones. Quien supera la crisis se supera a sí mismo. Quien atribuya a la crisis sus fracasos, violenta su propio talento y respeta más a los problemas que a las soluciones. La verdadera crisis, creemos, es la crisis de la incompetencia. El inconveniente de las personas y los países es la pereza para encontrar soluciones. En vez de esto, tenemos la opción de trabajar duro para acabar así, de una vez, con la única crisis amenazadora, que es la tragedia de no querer luchar por superarla.

La mora del deudor en tiempos de coronavirus

Silvia Y. Tanzi
Marcelo A. Lencina

Sumario: I. La pandemia del coronavirus.— II. La mora del deudor.

I. La pandemia del coronavirus

Tal como lo sostiene la CIDH en su resolución 1/2020 “La pandemia del COVID-19 puede afectar gravemente la plena vigencia de los derechos humanos de la población en virtud de los serios riesgos para la vida, salud e integridad personal que supone el COVID-19; así como sus impactos de inmediato, mediano y largo plazo sobre las sociedades en general, y sobre las personas y grupos en situación de especial vulnerabilidad.”

En el actual escenario mundial la Organización Mundial de la Salud (OMS) ha declarado una emergencia sanitaria a nivel internacional por el brote del coronavirus (COVID-19) teniendo como principal preocupación la afectación de derechos humanos elementales para todos los habitantes del mundo, entre ellos el Derecho a la Salud. El derecho a la salud, tal como lo garantiza la Declaración Universal de Derechos Humanos, consagra el derecho a acceder a atención médica, el derecho a acceder a información, la prohibición de la discriminación en la prestación de servicios médicos, la libertad para no recibir tratamiento médico no consentido, entre otros derechos contemplados en la Declaración que en nuestro país goza de jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22, CN).

Ahora bien, más allá de que la principal afectación del coronavirus impacta directamente en la salud de la población de todos los países del mundo (sin distinción), causando miles de muertes y millones de infectados, existen otros derechos que resultan afectados como efectos colaterales de las medidas que los Estados deben implementar para paliar el colapso de los sistemas sanitarios internos.

En función de las experiencias de los países que resultaron golpeados primeramente en el tiempo, es que el resto del mundo ha ido decretando medidas en todos los ámbitos sanitarios, económicos, políticos y sociales; y claro está la Argentina no ha sido la excepción en la determinación de medidas tendientes a soportar de manera más llevadera la repercusión del virus en sus habitantes. Es por ello, que el Gobierno ha dictado mediante decreto de necesidad y urgencia 297/2020 la obligatoriedad del aislamiento social y preventivo para todas las personas que habitan en el país o se encuentren en él en forma temporaria, desde el día 20 de marzo del 2020, circunstancia que se ha extendido y prorrogado en atención a la necesidad de su continuidad por la situación epidemiológica que atraviesa nuestra sociedad. Demás está decir que tal medida ha tenido implicancias incalculables en términos económicos, la inactividad del sector productivo económico (tanto público como privado) es actualmente prácticamente nula. Como en la mayoría de los países de América Latina, la precarización del empleo es una variante económica que afecta a nuestro país a lo que debemos sumar los trabajos informales que implican ingresos diarios de un gran sector de la población.

Más allá de la afectación macroeconómica que genera una situación de pandemia como la que azota a nuestro país, y que excede a nuestro análisis, nos hemos planteado qué implicancias tienen todas estas medidas políticas en las situaciones de los deudores que dificultan o impiden el cumplimiento de las obligaciones contraídas. ¿Qué papel juega la mora del deudor en el marco de una pandemia de características mundiales?

II. La mora del deudor

Ahora bien, en este contexto de crisis sanitaria y económica se presentan a diario innumerables situaciones en que un deudor que ha asumido una prestación (sea de dar o de hacer) en los términos del art. 724 del CCCN, y como consecuencia de la recesión laboral o simplemente por el solo hecho de tener que cumplir el aislamiento social preventivo y obligatorio y no estar su actividad contemplada en aquellas que se eximen del deber de cuarentena, este sujeto pasivo de la obligación se ve impedido de cumplir con la prestación debida, generando su incursión en un estado de retardo material del cumplimiento. Ahora bien, ¿esta demora en el pago encuadra en la caracterización del presupuesto “Mora” a los fines de tener por configurado un incumplimiento objetivo que dé lugar al ejercicio de las acciones por parte del acreedor tendiente a satisfacer su interés? Debemos analizar el instituto de la Mora para evacuar esta cuestión.

La Mora se define como el incumplimiento material jurídicamente relevante, es decir que no solo hablamos de una simple demora en el pago, sino de deben adunarse una serie de requisitos para su configuración como tal:

- a) La demora.
- b) Que esa demora sea imputable al deudor.
- c) La constitución en mora del deudor (sea automática por el simple transcurso del tiempo o que se requiera de una interpelación por parte del acreedor).

De un estudio de los requisitos para su configuración cabe detenernos en analizar sí en una situación como la que nos toca vivir como humanidad la demora del deudor en el cumplimiento de su obligación le puede ser imputable a título subjetivo (culpa o dolo) u objetivo (garantía, equidad, deber de seguridad, etc.) Entendemos que en este caso en particular el

deudor podría alegar su falta de culpabilidad o la existencia de una causa ajena basada en un caso fortuito tendiente a acreditar que la demora no le es imputable.

En esa dirección el art. 888 del CCCN sostiene: “Para eximirse de las consecuencias jurídicas derivadas de la mora, el deudor debe probar que no le es imputable, cualquiera sea el lugar de pago de la obligación”.

Con lo cual si llegásemos a esa conclusión corresponde establecer si en la actual situación de afección mundial por un virus con efectos nunca vistos por la humanidad se acreditan los caracteres que permiten tener por configurado un caso fortuito. El art. 1730 del CCCN refiere: “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...”. La extraordinariedad e intensidad de letalidad del virus COVID-19 y sus devastadoras consecuencias para las economías regionales de todos los países del mundo nos pone ante un hecho absolutamente imprevisible e inevitable para cualquier deudor, con lo cual su dificultad de cumplir no puede de modo alguno serle imputada a los fines de la configuración de su estado de Mora. Ello, no quiere decir que cesada la causal una vez rehabilitadas las economías y cesada la situación de aislamiento social el deudor se verá constreñido al cumplimiento de la obligación atendiendo a sus posibilidades de cumplimiento definitivo.

Nos encontramos en una situación de nos exige hoy más que nunca centrar nuestras relaciones jurídicas en una de las más importantes premisas de nuestro ordenamiento jurídico “La Buena Fe”. Es por eso que nuestro CCCN en su art. 729 la consagra expresamente: “Deudor y acreedor deber obrar con cuidado, previsión y según las exigencias de la buena fe” como el principio que debe guiar la interpretación del derecho Justo en aras a la protección del más débil de la relación jurídica obligacional.

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. Res. 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.— VII. Cancelación del servicio.— VIII. Conclusiones.

“El trabajo educativo implica la más grave responsabilidad social.”
José INGENIEROS, “Las fuerzas morales”, Buenos Aires, 1925.

I. Introducción

Cuando la Organización Mundial de la Salud declaró la Pandemia mundial en virtud del COVID-2019, 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 Zarate 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 Pcia. de Bs. As. otorgado por Colproba (2017). Titular del Estudio Jurídico Cruz Matteri y Asociados.

(**) 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 Privado IV, “Contratos” para las carreras de Abogado y Martillero Público (UNNOBA).

Muchos argentinos nos encontramos de repente ante la misma situación: fronteras cerradas, viajes cancelados, vuelos demorados, entre otros.

El Gobierno Nacional mediante la res. 131/2020, publicada el 17 de marzo de 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 Argentina, sino también en el resto del mundo. Mediante un simple clic podemos adquirir pa-

quetes 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 palpita, en cierta medida, un aspecto novelesco o poético, ya que pertenece a lo más recóndito de la naturaleza humana la ansiedad y curiosidad por conocer otras tierras, lugares y gentes y, entonces, la función de aquel se enlaza con esta última para posibilitar que los sueños puedan hacerse 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, 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

(1) FOLCHI, Mario, "Las relaciones del agente de viajes y el transporte aéreo", LA LEY, 2005-A, 1343.

los contratos son celebrados a través de compañías radicadas exclusivamente en el exterior, 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 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 "[l]a 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 en 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 con-

(2) SCOTTI, Luciana B.z., "Gobernanza global: alternativas para la regulación jurídica del ciberespacio", Ed. Thomson Reuters - La Ley, Buenos Aires, 2015, 1ª ed., p. 135.

(3) OYARZABAL, Mario J. A., "La lex electrónica: ¿Un common law de la Internet?", en DREYZIN - KLOR, Adriana - FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P. (dirs.), Revista DE CITA 03.2005. Derecho del Comercio Internacional. Temas y actualidades. Inversiones Extranjeras, Ed. Zavalía, Buenos Aires, 2005, p. 138.

sensual, bilateral, oneroso, conmutativo, comercial (de empresa), atípico, por adhesión a condiciones generales predispuestas, de ejecución continuada, 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 del art. 3º de la ley 24.240 y del art. 1092 del Cód. Civ. y 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), 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

(4) Turismo y Responsabilidad. Disponible en <http://derechodelturismo.net/ver/157/turismo-y-responsabilidad>.

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 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 SCBA también fue clara al decir “[l]a 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 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 res. 131-2010, aun cuando la empresa este radicada en el extranjero siempre que el contrato lo hubiera celebrado a través de una empresa argentina.

(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 LP C 98790 S 12/08/2009 Juez Genoud (SD). Carátula: “Licciardi, Francisco c. Fratelli de Brassi SA s/ daños y perjuicios”.

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 sujetos 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. (ley 24.240, art. 40).

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”.

(7) LORENZETTI, Ricardo L., “Tratado de los Contratos”, Ed. Rubinzal-Culzoni, t. III, ps. 187-188.

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, lo que más favorezca a este grupo vulnerable. En este sentido, el mismo “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

(8) RIVERA, Julio C. - MEDINA, Graciela (dirs.), “Código Civil y Comercial de la Nación Comentado”, t. III, p. 725.

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 desarrolle, 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 instaura.

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 de la 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 CCV otorga un mínimo de protección a los usuarios, el cual puede ser ampliado a favor de aquellos por los estados adherentes (11).

(9) CNFed. Civ. y Com., sala III, “Meraviglia, Graciela R. c. Costa Cruceros SA s/ lesión y/o muerte de pasajero”.

(10) ECHEVESTI, Carlos - SILVESTRE, Norma, ob. cit., p. 39.

(11) BARREIRO, Karina, “El derecho del Consumidor y las Agencias de Viaje. Perspectivas y Previsiones frente al cambio”. Publicado en Derecho del Turismo, Ed. Fundación Universitaria. Disponible en [Tampoco considero óbice a la conclusión señalada el hecho de que la Convención refiera a “ciertas categorías de viajeros”, pues la falta de 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 \(art. 19, CN\) \(12\).](http://derecho-</p>
</div>
<div data-bbox=)

El art. 40 de la ley 24.240 (tras la reforma introducida por el art. 4º de la 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 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, aún por aquellos que él no pudo prever, o escapan 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 el cual 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

delturismo.net/ver/30/el-derecho-del-consumidor-y-las-agencias-de-viajes-%20y#_ftn1.

(12) *Ibidem*.

(13) *Ibidem*.

el art. 40 en cuanto establece la responsabilidad objetiva y solidaria de todos los factores de la cadena comercial, incluyendo intermediarios.

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”, 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 24.240 de Defensa del Consumidor (efectuada por el art. 4º de la ley 24.999 BO 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 solida-

riamente por cualquier incumplimiento o daño ocurrido en el desarrollo de los servicios incluidos en el paquete turístico, aún por aquellos 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”. “CC0100, SN 10565, S 17/09/2013. Carátula: Giuliano, Adrián Fabio c. Herrlein Lucas s/ daños y perjuicios”. Tribunal Origin: 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 en 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 este demuestre que ha obrado como un diligente organizador de viajes, el factor de atri-

(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, citado en KEMELMAJER, CARLUCI, Aida, ob. cit., p. 132.

(15) RITTO, Graciela, “Contrato de Turismo. Ratio Iuris”, Revista de Derecho Privado, 2, Año I, 2013 ISSN: 2347-015131.

bución de la responsabilidad es de garantía, que cede sin lugar a dudas cuando demuestra que 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 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. Res. 131-2020 y frustración del fin del contrato

El 17 de marzo de 2020, ya comenzada y declarada la pandemia mundial en torno al Coronavirus, el Ministerio de Turismo y Deporte de la Nación dictaron la presente Resolución en el marco de la Emergencia Pública en materia sanitaria declarada por la ley 27.541 y el decreto 260 de Necesidad y Urgencia.

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 tuviere 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 nada dice 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).

(16) RINESSI, Antonio Juan, "Responsabilidad del organizador de viajes", en Revista Derecho de Daños, Ed. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2000, vol. 7, p. 249, ob. cit. en "Giambelluca, Emilia c. Navil Travel Service SRL y otro s/ daños y perjuicios", sala C, 11/07/2002.

(17) ALTERINI, Atilio A., "Contratos Civiles. Comerciales. De Consumo. Teoría General", Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009, 2ª ed., p. 413.

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 “... [l]a teoría de la ‘frustración del fin del contrato’, facultaba a los actores a pedir 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 arts. 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. Civil: 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 para-

(18) MARCADE, V., “Explication Theorique et Pratique du Code Civil”, Delamotte et Fils. Editeurs, Septieme Edition, París, 1875, Tome Sixieme, p. 467, art. 1722.

(19) VÉLEZ, N. A. 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) *Ibidem*.

digma 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.

(22) “Krell vs. Henry Audiencia ante la Court of Appeal [of England and Wales, civil division]”, 11 de agosto de 1903 ([1903] 2 K. B. 740. Véase Lecciones y Ensayos, 90, 2012 KRELL, V. Henry, “Audiencia ante la Court of Appeal...”, ob. cit., ps. 301-313 Trad. María Soledad Manin, Notas Carlos Adrián Garaventa.

(23) GIANFELICI, Mario C., “Contrato de turismo y frustración del fin del contrato” Publicado en RCyS 2017-IV, 65. Cita online AR/DOC/565/2017.

Conforme el art. 1090 del 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 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

VI.1. Incumplimientos contractuales

Siguiendo el razonamiento arriba expuesto, sería válido demandar en 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 pro-

veedor, 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.2. Incumplimientos al deber de información y seguridad al consumidor frente al COVID-2019

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),

(24) FAYT, Carlos S., “Los Derechos de Tercera Generación en la Doctrina y en la Jurisprudencia de la C.S.J.N”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2014, 1ª ed., p. 181.

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 contrato, sino que, además, debe existir mientras dure la relación contractual. Todos los cambios, alteraciones, 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 afectar los mismos. 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 estable-

ce: “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).

Acorde 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 a las condiciones generales del contrato de viaje sino también todas las condiciones particulares que hacen al mismo y que preferentemente la información debe darse en soporte *escrito* (28).

(25) ECHEVESTI, Carlos - SILVESTRE, Norma, “Responsabilidad Civil de las Agencias de Viajes”, Ed. La Ley, p. 42.

(26) CCont. Adm. y Trib. CABA, sala I, 12/11/2003, “Eves SA c. Ciudad de Buenos Aires”, LA LEY 2004-B, 770.

(27) BARREIRO, Karina M., “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) CCont. Adm. y Trib. CABA, Sala I, 12/11/2003, “Eves SA c. Ciudad de Buenos Aires”, LA LEY 2004-B, 770.

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 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. 3º).

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 quien 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 oculta-

(29) PÉREZ, Marta D., “El deber de información y el deber de seguridad en el turismo”, disponible en <http://congresos.seguridadturistica.org/ponencias/SEGURIDAD/06-MartaPerez.pdf>.

miento, 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, el cual en este trabajo son objeto de análisis, que alteran la igualdad buscada en este tipo de relación.

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. 5º y 6º de la ley 24.240, a). De consuno, “por virtud del standard 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 de-

(30) *Ibidem*.

(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, Comapagnucci de Caso, Vázquez Ferreyra, Llovers de Resk, Juanes, Pizarro, Vallespino, Gesualdi, Vergara, Baarbier, Aguirre Céliz, Zentner, Burgos, Arminchiardi, Boragina, Meza, Agogliá.

rivación 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 *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 24.40, 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 brinda en este contexto tranquilidad y respuestas a los consumidores y usuarios frente a esta pandemia mundial respecto al destino de sus viajes contratados. Postergar este derecho implica prolongar el estado de incertidumbre y angustia que la misma pandemia per se genera.

VI.3. *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 misma prestación, excluyendo tratos discriminatorios, arbitrarios, o abusivos. Este reúne el carácter de un derecho irrenunciable e inherente al ser humano del cual no puede admitirse, siquiera, algún tipo de disminución.

(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.

(33) *Ibidem*, ps. 256 y ss.

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 los tratados internacionales (34).

Realizando un *raconto* 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 los mismos, 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 resolución ministerial 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 lo siguiente:

Si debido a circunstancias operativas, técnicas o de índole comercial, el transportador cancela o demora un vuelo o la entrega de equipaje

(34) N. del A.: Véase art. 1º de la Declaración Universal de Derechos Humanos 1948.

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 lo siguiente:

— 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.

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 con 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 Consumidor, 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 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.

La pandemia por COVID-19 y su incidencia en los contratos de cumplimiento diferido o de tracto sucesivo

Carolina Dell Orefice (*)
Hernán V. Prat (**)

Sumario: I. Introducción.— II. La pandemia por COVID-19: marco normativo.— III. Incidencia de la pandemia sobre los contratos, distintas soluciones.— IV. Conclusiones.

I. Introducción

Producto de la pandemia que estamos sufriendo como consecuencia del COVID-19 se han dictado en nuestro país como en casi la totalidad de los países, que conforman nuestro planeta, normas jurídicas de emergencia, sanitarias, económicas y de políticas inmigratorias, que tienen directa incidencia sobre una buena parte de los contratos de cumplimiento diferido o de tracto sucesivo.

Ya antes de que se declarara esta situación, en Argentina nos encontrábamos ante un contexto de emergencia económica, sanitaria, previsional, administrativa, energética, social, fiscal y tarifaria regulado por la ley 27.541, promulgada el día 23/12/2019.

Con motivo de la situación de peligro colectivo y social que el virus COVID-19 produce, se dictaron en los dos últimos meses una serie de decretos de necesidad y urgencia que ampliaron la emergencia sanitaria. Estas normas expresan un modelo intervencionista y revisor sobre los contratos, a través de la utilización de una pluralidad de instrumentos, que pueden satisfacer

a las distintas necesidades que se presenten en la realidad social.

La idea de este trabajo es analizar cómo afecta la pandemia, por el COVID-19, y las normativas dictadas al respecto, a las prestaciones que las partes deben cumplir en los contratos celebrados y la posibilidad de adaptación o de extinción de estos según las nuevas circunstancias. También, le dedicaremos un punto final a la tutela preventiva contractual que puede actuar en forma simultánea o autónoma.

Asimismo, a lo largo de la exposición tendremos en cuenta la normativa del Derecho del Consumidor, pues no es lo mismo debatir el régimen de emergencia en el marco de una relación de consumo que en otro tipo de relaciones. Es probable que se renueven debates, analizados luego de la emergencia del año 2002, acerca de la constitucionalidad del régimen de emergencia y el derecho del consumidor. Sobre esta cuestión nuestra CS se ha expedido en varias oportunidades, una de ellas fue en el año 2007, en la causa “Longabardi, Irene G. y otros c. Instituto de Educación Integral San Patricio SRL” (1), en donde expresó que “las medidas de orden público adoptadas por el Estado para conjurar la crisis económica y social (del año 2002) no resultan medios regulatorios desproporcionados

(*) Abogada.

(**) Juez titular del Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial N.º 1 del Departamento Judicial San Nicolás, provincia de Buenos Aires.

(1) L971XL, del 18-12-207, Fallo 330-5345, consid. 21.

con relación a la finalidad perseguida ni carecen de la razonabilidad necesaria para sustentar su validez constitucional” agregando en el precedente “Rinaldi, Francisco Augusto y otro c. Guzmán Toledo Ronal Constante s/ ejecución hipotecaria” (2), que la mirada que se debe tener en una relación de consumo debe ser diferente a la que se tiene en aquellas relaciones que no son de consumo, y que la existencia de acontecimientos extraordinarios justifican remedios extraordinarios.

En ese orden, habrá dos cuestiones que serán esenciales: una es la interpretación de las normas de emergencia a la luz de las normas del derecho del consumidor, a través del dialogo de fuentes y la otra la integración normativa entre ellas ya que las normas de emergencia no alcanzan para captar todas las situaciones que pueden presentarse, por lo cual, en este punto también adquiere una resignificación el Derecho del Consumidor para integrar las mismas (3).

II. La pandemia por COVID-19: marco normativo

En diciembre de 2019 a partir de la alerta emitida por las autoridades sanitarias de la ciudad de Wuhan, Provincia de Hubei, en China, que detectaron una serie de casos de neumonía producida por una causa desconocida, se determinó la existencia de un nuevo virus al que llamaron COVID-19. A raíz que este novel virus se diseminó por todo el planeta en días, la Organización Mundial de la Salud lo calificó el 11/03/2020 como una “pandemia”.

Advirtiéndolo la evolución de contagios en el mundo y en virtud de las proyecciones de su impacto en nuestro país, el Poder Ejecutivo Nacional dictó el DNU 260/2020 que amplió la emergencia pública en materia sanitaria (ley 27.541) por el plazo de un año a partir de su publicación en el Boletín Oficial, lo que ocurrió el

(2) R320 XLII, Fallo 330-855, voto de los Dres. Lorenzetti y Zaffaroni.

(3) HERNÁNDEZ, Carlos, “Jornadas de Emergencia y derecho del Consumidor”, parte I, en https://youtu.be/Bg4cFaJ_0JM.

día 12/03/2020 (4). Seguidamente, adoptó una serie de disposiciones tendientes a minimizar su avance lo que confluyó en el dictado del dec. 297/20 que determinó, que 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 allí indicados desde el día 20/03/2020 hasta el 31/03/2020, pudiéndose prorrogar este plazo por el tiempo que se considere necesario en atención a la situación epidemiológica. Lo que motivó que luego fuera prorrogado primero hasta el 12/04/2020 por DNU 325/2020, después hasta el 26/04/2020 por el DNU 355/2020 y luego hasta el 10/05/2020 por el DNU 408/2020 probablemente cuando se publique este artículo ya se haya extendido por cuarta vez la misma.

Asimismo, el art. 6º del DNU 297/2020 (prorrogado por el dec. 408/2020), ampliado entre otras por las decisiones administrativas APN-JGM 429/2020, 450/2020 y siguientes, reguló las actividades, que por ser consideradas esenciales, quedan exceptuadas del cumplimiento del “aislamiento social, preventivo y obligatorio” y de la prohibición de circular; aunque tales exenciones solo son para el estricto cumplimiento de esas actividades y servicios.

III. Incidencia de la pandemia sobre los contratos, distintas soluciones

La pandemia declarada es un hecho que sobrevino en forma abrupta, que emergió con efectos disvaliosos y provocó una situación de grave riesgo social o peligro colectivo, que legitimó la adopción por parte del gobierno de medidas que restringen el ejercicio de las garantías y derechos reconocidos constitucionalmente, afectando indirecta y directamente a las relaciones contractuales. Por ejemplo, mediante dec. 319/20 se reguló en materia de créditos hipotecarios, disponiéndose la suspensión de las ejecuciones, y mediante el dec. 320/20 se congelaron los precios de los alquileres desde el 31/03 hasta el día 29/09/2020.

Estas normas (como expusimos en la introducción, siguiendo al Dr. Héctor Hernández) expresan un modelo intervencionista por parte del Estado sobre los contratos, mediante la

(4) BO 34.327.

utilización de una pluralidad de instrumentos, como ser, prórrogas de plazos, suspensión de ejecuciones judiciales, congelamiento de precios, entre otros instrumentos, que satisfacen a la realidad social. En definitiva, estas medidas revisionistas tienden a la readecuación de las relaciones contractuales de manera razonable y han sido avaladas por la CS al fallar (5) que "... la prohibición de las leyes que alteren las obligaciones de los contratos no impide al Estado ejercer los poderes de que se halla investido para promover el bien público o que son necesarios para el bienestar general del público, aunque por ello puedan ser afectados los contratos celebrados entre individuos. Este poder, que en sus varias ramificaciones es conocido como el poder de policía, es un ejercicio del soberano derecho del gobierno para proteger la vida, salud, moral, solaz ("comfort") y bienestar general del pueblo, y es superior a cualesquiera derechos emergentes de los contratos entre los individuos. La reserva del poder del Estado, apropiada para esas condiciones extraordinarias, debe considerarse que es parte de todos los contratos, como es la reserva del poder del Estado a fin de proteger el interés público..."

Ahora bien, en el caso que alguna de las partes pretenda el cumplimiento del contrato celebrado en las mismas condiciones pactadas, la parte perjudicada en su prestación por la pandemia podrá exonerarse de su obligación a través de las figuras del caso fortuito o de la imprevisión, como veremos en el ítem III.1.

En el supuesto que las partes consideren la necesidad de adecuar el negocio contractual a las circunstancias sobrevenidas por la pandemia de COVID-19, esto nos lleva a tener que acudir a la herramienta de la revisión, que incluye a la renegociación y la revisión judicial, como expondremos en el ítem III.2.

En caso, que la misma fracase o que las partes decidan directamente dar por concluido el contrato, podrán acudir a los institutos de la rescisión o de la resolución, que puede apoyarse en la figura de la frustración del fin del contrato,

(5) *In re* "RINALDI, Francisco A. y otro c. GUZMÁN TOLEDO, Ronal C. s/ ejecución hipotecaria", R320 XLII, Fallo 330-855.

como veremos en el ítem III.3. Finalmente, en forma paralela o autónoma, la parte perjudicada podrá ampararse en la tutela preventiva contractual, como analizaremos en el ítem III.4.

III.1. Eximición de cumplimiento de las prestaciones

Como principio, se presume que el incumplimiento de la prestación estipulada en un contrato hace nacer la responsabilidad del incumplidor, quien debe indemnizar a la otra parte los daños y perjuicios que haya sufrido [art. 730 inc. 3º (6) del CCC]; para eximirse de las consecuencias jurídicas derivadas de la mora o el incumplimiento, el deudor debe probar que esos extremos no le son imputables [art. 888 (7) CCC]. Es así que el principio general de la presunción de imputabilidad del incumplimiento tiene, entre otras excepciones, la imposibilidad de cumplimiento que deriva del caso fortuito [art. 955 (8) del CCC]. El deudor es liberado de sus obligaciones cuando la inexecución no le es imputable, porque ella es causada por la fuerza mayor, también denominada caso fortuito (9).

III.1.a. La figura del caso fortuito o fuerza mayor: está definida en el art. 1730 del CCC que establece: "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".

(6) Art. 730: "La obligación da derecho al acreedor a: inc. c) obtener del deudor las indemnizaciones correspondientes".

(7) Art. 888: "Para eximirse de las consecuencias jurídicas derivadas de la mora, el deudor debe probar que no le es imputable, cualquiera sea el lugar de pago de la obligación".

(8) Art. 955: "La imposibilidad sobrevenida, objetiva, absoluta y definitiva de la prestación, producida por caso fortuito o fuerza mayor, extingue la obligación, sin responsabilidad. Si la imposibilidad sobreviene debido a causas imputables al deudor, la obligación modifica su objeto y se convierte en la de pagar una indemnización de los daños causados".

(9) LÓPEZ MESA, Marcelo J. "Caso fortuito y fuerza mayor (Cód. Civ. y Com.)", LA LEY 24-4, 2015, La Ley online AR/DOC/1264/2015.

En materia contractual, el caso fortuito como factor de eximición debe compatibilizar tres principios jurídicos fundamentales: a) las obligaciones se contraen para cumplirse; b) el derecho no puede exigir imposibles y c) nadie contrata para arruinarse.

Las obligaciones deben cumplirse porque para eso nacen, pero cuando se tornan de cumplimiento imposible, cede el primer principio ante la primacía de la realidad, y entonces la fuerza mayor puede liberar al deudor de una prestación, cuya imposibilidad de cumplimiento pone un límite a su exigibilidad (10). Su nota esencial es la imprevisibilidad del evento que torna materialmente imposible el cumplimiento del deudor.

Cabe señalar que la imposibilidad a que se refiere el precepto citado no debe existir al momento de la celebración del contrato, sino que debe ser sobrevinida a la constitución de la obligación y ajena al deudor, siendo indiferente la naturaleza de la imposibilidad siempre que esta sea absoluta y permanente.

Si bien el caso fortuito exonera de responsabilidad a la parte por su incumplimiento de su obligación, existen diversos supuestos en los cuales esta regla no resulta aplicable, y son los enumerados en el art. 1733 (11) CCC, complementado por el art. 1732 (12) CCC. La prime-

(10) LÓPEZ MESA, Marcelo J., ob. Cit.

(11) Art. 1733: "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 esta 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 quede 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".

(12) Art. 1732: "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".

ra es cuando se dejó establecido en el contrato la asunción del caso fortuito por alguno de los contratantes. Las partes son libres para celebrar un contrato y determinar su contenido [art. 958 (13) CCC] y lo que acuerden será obligatorio para ellas [art. 959 (14) CCC]. Aunque esta cláusula no podrá invocarla el predisponente en un contrato por adhesión, pues dicha cláusula sería abusiva [art. 988, inc. b (15), CCC], ni resulta de aplicación a los contratos de consumo [arts. 988, inc. b, 1117 (16) y 1119 (17) CCC].

La segunda cuando el deudor se encuentra en mora al momento de configurarse el caso fortuito. Ello es así porque uno de los efectos de la mora es la traslación del riesgo de la prestación al solvens. Sin embargo, la norma permite, igualmente, que el deudor se exonere si logra acreditar que la prestación habría perecido igualmente en caso de haberse encontrado en poder del acreedor.

La emergencia sanitaria por el COVID-19 es un caso de fuerza mayor o caso fortuito que servirá como exoneración para el cumplimiento de obligaciones que se tornaron por el mismo imposible. En efecto, con motivo del aislamiento, social, preventivo y obligatorio, el art. 9º del decreto del PEN 260/20 dispuso la suspensión de los vuelos internacionales de pasajeros pro-

(13) Art. 958: "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".

(14) Art. 959: "Todo contrato válidamente celebrado es obligatorio para las partes. Su contenido solo puede ser modificado o extinguido por acuerdo de partes o en los supuestos en que la ley lo prevé".

(15) Art. 988: "En los contratos previstos en esta sección, se deben tener por no escritas: ... b) las que importan renuncia o restricción a los derechos del adherente, o amplían derechos del predisponente que resultan de normas supletorias...".

(16) Art. 1117: "Se aplican en este Capítulo lo dispuesto por las leyes especiales y los arts. 985, 986, 987 y 988, existan o no cláusulas generales predispuestas por una de las partes".

(17) Art. 1119: "Sin perjuicio de lo dispuesto en las leyes especiales, es abusiva la cláusula que, habiendo sido o no negociada individualmente, tiene por objeto o por efecto provocar un desequilibrio significativo entre los derechos y las obligaciones de las partes, en perjuicio del consumidor".

venientes de las “zonas afectadas”, durante el plazo de treinta [30] días. También, estableció que la autoridad de aplicación podrá prorrogar o abreviar el plazo dispuesto, en atención a la evolución de la situación epidemiológica. A su vez, la resolución 144/2020, de la Administración Nacional de Aviación civil (18) normó que las Líneas Aéreas que operan servicios de transporte aéreo de pasajeros desde, hacia o dentro del territorio nacional podrán comercializar pasajes aéreos con fecha de inicio de operaciones a partir del 01/09/2020. Por su parte, el art. 1º del dec. 274/2020 (19) estableció la prohibición de ingreso al territorio nacional, por un plazo de quince días corridos, de personas extranjeras no residentes en el país, a través de puertos, aeropuertos, pasos internacionales y centros de frontera y cualquier otro punto de acceso. Dicho plazo puede ser ampliado por el Ministerio del Interior, previa intervención de la autoridad sanitaria nacional, conforme a la evolución de la situación epidemiológica. Dicho plazo se prorrogó hasta el 10/05/2020.

Por lo tanto, si alguien celebró un contrato de turismo, antes de dictarse las normas mencionadas, para ser ejecutado dentro del país o fuera del mismo, en una fecha que se encuentra comprendido por la cuarentana con la prohibición de ingreso (lugar de destino) o egreso (lugar de origen) o de venta de pasajes, estamos ante una imposibilidad de cumplimiento (20).

(18) BO del 27/04/2020. Art. 1º: “Establécese que las Líneas Aéreas que operan servicios de transporte aéreo de pasajeros desde, hacia o dentro del territorio nacional podrán reprogramar sus operaciones regulares o solicitar autorizaciones para operaciones no regulares a partir del 01/09/2020”. Art. 2º: “Autorícese a las Líneas Aéreas que operan servicios de transporte aéreo de pasajeros desde, hacia o dentro del territorio nacional a comercializar pasajes aéreos con fecha de inicio de operaciones a partir del 01/09/2020”.

(19) Publicado en el BO del 16/03/2020.

(20) Art. 2º del dec. 297/2020, BO del 20/03/2020: “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

También, si alguien compró boletos para un espectáculo público o la inscripción a una competencia deportiva dentro del país o fuera del mismo, a realizarse en una fecha que se encuentra comprendida por la cuarentana con la prohibición de ingreso (lugar de destino) o de egreso (lugar de origen), o la prohibición de realizar eventos sociales o deportivos (en el lugar de destino), estamos ante una imposibilidad de cumplimiento.

Otro supuesto de imposibilidad puede ser en un contrato de obra, cuando la actividad no sea una de las autorizadas por el Estado para desarrollarse durante el aislamiento social, preventivo y obligatorio y se exija su cumplimiento en el plazo acordado, que se consideraba esencial para las partes.

El Cód. Civ. y Com. además regula en forma particular dicha figura en distintos contratos, entre ellos cabe mencionar el de locación [arts. 1201 (21), 1203 (22) y 1206 (23)], el de

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, solo podrán realizar desplazamientos mínimos e indispensables para aprovisionarse de artículos de limpieza, medicamentos y alimentos”. Art. 5º del dec. 297/2020, BO del 20/03/2020: “Durante la vigencia del ‘aislamiento social, preventivo y obligatorio’ no podrán realizarse eventos culturales, recreativos, deportivos, religiosos, ni de ninguna otra índole que impliquen la concurrencia de personas. Se suspende la apertura de locales, centros comerciales, establecimientos mayoristas y minoristas, y cualquier otro lugar que requiera la presencia de personas.

(21) Art. 1201: “El locador debe conservar la cosa locada en estado de servir al uso y goce convenido y efectuar a su cargo la reparación que exija el deterioro originado en su calidad o defecto, en su propia culpa, o en la de sus dependientes o en hechos de terceros o caso fortuito”.

(22) Art. 1203: “Si por caso fortuito o fuerza mayor, el locatario se ve impedido de usar o gozar de la cosa, o esta no puede servir para el objeto de la convención, puede pedir la rescisión del contrato, o la cesación del pago del precio por el tiempo que no pueda usar o gozar de la cosa. Si el caso fortuito no afecta a la cosa misma, sus obligaciones continúan como antes”.

(23) Art. 1206: “El locatario debe mantener la cosa y conservarla en el estado en que la recibió. No cumple con esta obligación si la abandona sin dejar quien haga sus veces. Responde por cualquier deterioro causado a la cosa, incluso por visitantes ocasionales, pero no por ac-

obra [arts. 1258 (24) y 1268 (25)], el de depósito [arts. 1371 (26) y 1376 (27)], el de caja de seguridad [art. 1413 (28)] y el de comodato [art. 1536 inc. d (29)].

III.1.b. La imprevisión: La teoría de la imprevisión es un instituto de justicia contractual destinado a abordar situaciones en las que el cumplimiento de una prestación convenida en un contrato se ha tornado excesivamente onero-

ción del locador o sus dependientes; asimismo responde por la destrucción de la cosa por incendio no originado en caso fortuito’.

(24) Art. 1258: “Si los bienes necesarios para la ejecución de la obra o del servicio perecen por fuerza mayor, la pérdida la soporta la parte que debía proveerlos”.

(25) Art. 1268: “La destrucción o el deterioro de una parte importante de la obra por caso fortuito antes de haber sido recibida autoriza a cualquiera de las partes a dar por extinguido el contrato, con los siguientes efectos: a) si el contratista provee los materiales y la obra se realiza en inmueble del comitente, el contratista tiene derecho a su valor y a una compensación equitativa por la tarea efectuada; b) si la causa de la destrucción o del deterioro importante es la mala calidad o inadecuación de los materiales, no se debe la remuneración pactada aunque el contratista haya advertido oportunamente esa circunstancia al comitente; c) si el comitente está en mora en la recepción al momento de la destrucción o del deterioro de parte importante de la obra, debe la remuneración pactada”.

(26) Art. 1371: “El hotelero no responde si los daños pérdidas son causados por caso fortuito o fuerza mayor ajena a la actividad hotelera. Tampoco responde por las cosas dejadas en los vehículos de los viajeros”.

(27) Art. 1376: “Los propietarios de casas de depósito son responsables de la conservación de las cosas allí depositadas, excepto que prueben que la pérdida, la disminución o la avería ha derivado de la naturaleza de dichas cosas, de vicio propio de ellas o de los de su embalaje, o de caso fortuito externo a su actividad. La tasación de los daños se hace por peritos arbitradores”.

(28) Art. 1416: “El prestador de una caja de seguridad responde frente al usuario por la idoneidad de la custodia de los locales, la integridad de las cajas y el contenido de ellas, conforme con lo pactado y las expectativas creadas en el usuario. No responde por caso fortuito externo a su actividad, ni por vicio propio de las cosas guardadas”.

(29) Art. 1536: “Son obligaciones del comodatario: ... d) responder por la pérdida o deterioro de la cosa, incluso causados por caso fortuito, excepto que pruebe que habrían ocurrido igualmente si la cosa hubiera estado en poder del comodante...”

so para alguna de sus partes, o para todas ellas, por razones ajenas a los contratantes.

El art. 1091 del CCC, recepta la teoría de la imprevisión, que es una causal legal no solo de resolución sino de revisión para adecuar el contrato a las nuevas circunstancias y dice “Si en un contrato conmutativo de ejecución diferida o permanente, la prestación a cargo de una de las partes se torna excesivamente onerosa, por una alteración extraordinaria de las circunstancias existentes al tiempo de su celebración, sobrevinida por causas ajenas a las partes y al riesgo asumido por la que es afectada, esta tiene derecho a plantear extrajudicialmente, o pedir ante un juez, por acción o como excepción, la resolución total o parcial del contrato, o su adecuación. Igual regla se aplica al tercero a quien le han sido conferidos derechos, o asignadas obligaciones, resultantes del contrato; y al contrato aleatorio si la prestación se torna excesivamente onerosa por causas extrañas a su alea propia”.

En consecuencia, la imprevisión procede en los contratos conmutativos de ejecución diferida o permanente, cuando la prestación a cargo de una de las partes se torna excesivamente onerosa, por acontecimientos extraños e imprevisibles. El acontecimiento debe reunir los mismos requisitos que el caso fortuito, extraordinario, imprevisible, irresistible, extraño a las partes y sobreviniente a la celebración del contrato. El presupuesto de excesiva onerosidad es esencial para la aplicación de este artículo, aunque no debe llegar al extremo de tornar imposible el cumplimiento, porque si no constituiría un supuesto de caso fortuito. El instituto está fundado en la buena fe, en el principio de equidad y en el de equivalencia de las prestaciones.

En concreto el precepto exige como requisitos: 1) una alteración extraordinaria de las circunstancias existentes al tiempo de la celebración; 2) que esa modificación sea sobreviniente al nacimiento del vínculo contractual; 3) que genere una excesiva onerosidad sobreviniente que afecte el cumplimiento de las obligaciones pendientes a cargo de, al menos, una de las partes; 4) la parte que la invoque no debe estar en mora y 5) que la parte afectada sea ajena al hecho y que no haya asumido el riesgo del mismo o renunciado a invocar la teoría de la imprevisión en forma general o particulari-

zada para determinados supuestos, lo que puede admitirse solo en contratos que no sean de consumo, ya que cuando se impone la renuncia al consumidor, ello no está permitido en razón de lo establecido en el art. 1117 (30) CCC. En ese orden, la CS ya se pronunció en un fallo (31) considerando: “que la cláusula convencional que prohíbe invocar la imprevisión es, en este excepcional caso, inoponible, toda vez que se trata de un contrato que puede ser calificado dentro de una relación de consumo fácilmente identificable, así como un supuesto de afectación de derechos fundamentales, lo cual permite su declaración de abusividad”.

Ahora bien, la teoría de la imprevisión no se aplica cuando una norma legal prevé que una determinada situación quedará subsumida en determinado régimen legal, por ejemplo, en el año 2002 como consecuencia de la sanción del dec. 214/02, que contenía un período de renegociación y luego un proceso con diversas etapas, la doctrina sostuvo que no procedía el régimen de la imprevisión, ya que el mencionado decreto provocó una suerte de “sustracción de materia” en el conflicto de valores y en consecuencia quitó virtualidad a dicha teoría (32).

El planteo puede ser hecho en el ámbito extrajudicial o en un proceso judicial y, en este caso, por acción iniciada por el afectado para lograr de su contraparte una revisión de los términos del contrato, o por medio de una excepción por ella interpuesta ante una demanda de cumplimiento planteada por la otra parte. En el ámbito judicial, el afectado por la excesiva onerosidad puede solicitar el dictado de una medida cautelar que, de permitirlo la naturaleza del contrato, suspenda los plazos de cumplimiento hasta tanto se agote el debate o varíen las circunstancias desequilibrantes.

(30) Art. 1117: “Se aplican en este Capítulo lo dispuesto por las leyes especiales y los arts. 985, 986, 987 y 988, existan o no cláusulas generales predisuestas por una de las partes”.

(31) *In re* “Rinaldi, Francisco A. y otro c. Guzmán Toledo, Ronal C. s/ ejecución hipotecaria, R320 XLII, Fallo 330-855.

(32) NICOLAU, Noemí, “Fundamentos de derecho contractual”, Ed. La Ley, 2009, t. I, p. 274.

La pandemia no solo fue un hecho imprevisible de acuerdo al nivel de información que una persona razonable pudo haber tenido al momento de contratar, sino que fue inevitable frente a una diligencia normal y provocó un cambio de circunstancias ajenas a la actuación de las partes, por lo que cuando una de las prestaciones pactadas se torne excesivamente onerosa por tal motivo, puede tener lugar la solución prevista en la norma.

Una situación podría plantearse con los suscriptores de planes de ahorro para fines determinados, quienes como consecuencia de la pandemia vean afectado su patrimonio por un aumento de la cuota como consecuencia del aumento del dólar, o bien ante la reducción de los ingresos.

III.2. La revisión

Consiste en el análisis de las estipulaciones convenidas, previa interpretación e integración, lo que debe hacerse a la luz de determinados criterios o pautas, para concluir en mantenerlas o modificarlas (33). Los objetivos de esta son: a) modificar el contrato desequilibrado, b) cambiar la cláusula desequilibrante del contrato y c) volver el contrato al equilibrio inicial.

La revisión puede ser: a) voluntaria, cuando las partes deciden de común acuerdo practicarlas sin que existan previsiones contractuales o legales (renegociación) u b) obligatoria, sea impuesta por el contrato (cláusula de renegociación) o por la ley. A su vez esa revisión obligatoria puede asumir la forma de: 1) auto revisión, es decir, practicada por las partes, sea por una cláusula de renegociación o impuestas por una norma y 2) hetero revisión, es decir practicada por el juez (34).

A los fines de poder afrontar y solucionar los conflictos que se susciten por la pandemia, po-

(33) MOSSET ITURRASPE, “Contratos”, Ed. Rubinzal Culzoni, ed. actualizada, ps. 365-368.

(34) Art. 960 del CCC: “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”.

demos utilizar diferentes herramientas de la revisión:

III.2.a. La renegociación: que es uno de los modos posibles de revisión del negocio contractual, la podemos definir como la actividad que desenvuelven las partes de un contrato, en forma espontánea como emergente de la buena fe o como consecuencia de una obligación convencional o legal, en razón de la modificación de circunstancias originarias, a fin de adecuar la modalidad y extensión de las obligaciones a la nueva situación **(35)**. Es un remedio contractual que procura el encauzamiento de una relación convencional ya establecida, que fue afectada por la modificación de circunstancias sobrevenidas. Esta figura se asocia a la idea de que quienes mejor pueden distribuir y redistribuir los riesgos de un determinado acuerdo son las partes.

La renegociación tiene por objeto una prestación de hacer, que puede surgir de la existencia de una cláusula de renegociación pactada o emerger del deber de la buena fe [arts. 958 **(36)** y 961 **(37)** CCC]. Por su parte, las cláusulas de renegociación constituyen un acuerdo de los contratantes conforme al cual ante la ocurrencia de un hecho posterior a la celebración, que modifica aspectos económicos o normativos del contrato, los celebrantes se obligan a efectuar tratativas con la finalidad de lograr un nuevo acuerdo que permita equilibrar el sinalagma contractual **(38)**.

A falta de un procedimiento regulado en el contrato o de indicaciones normativas que determinen las pautas a seguir es adecuado acudir

(35) ARIZA, Ariel, "Renegociación y revisión del contrato", en Libro de Ponencias de las XIX Jornadas Nacionales de derecho Civil, Rosario, t. I, p. 429.

(36) Art. 958: "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".

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

(38) ARIZA, Ariel, ob. cit., p. 431.

por vía de la integración al procedimiento regulado por la UNIDROIT.

En ese orden, el art. 6.2.3. establece como primer paso el envío de una solicitud de renegociación con indicación de los fundamentos del pedido. Esta solicitud puede incluir una propuesta, que puede consistir en ampliar los plazos de cumplimientos, suspensión temporaria de la ejecución, rescisión parcial de la operación, entre otras. Por supuesto, que las prestaciones con fuente en el contrato originario que no fueran incluidas en la renegociación deben cumplirse durante el período que dure la misma.

La renegociación, como señalamos al principio, también puede darse por la voluntad de una fuente legal que se dicte al respecto, dado que es procedente imponer legalmente a las partes la obligación de renegociar el contrato cuando circunstancias sobrevenidas y extraordinarias modifiquen las bases del negocio **(39)**, como ya ocurrió en nuestro país ante las crisis del año 2001, con el art. 11 de la ley 25.561 **(40)**. Tam-

(39) NICOLAU, Noemí, "La Obligación de renegociar el contrato", en Libro de Ponencias de las XIX Jornadas Nacionales de derecho Civil, Rosario, t. I, p. 579.

(40) Art. 11: "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: 1) las prestaciones serán canceladas en pesos a la relación de cambio un peso (\$) = un dólar estadounidense (US\$ 1), en concepto de pago a cuenta de la suma que, en definitiva, resulte de los procedimientos que se establezcan seguidamente; 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 que resulte de la aplicación de lo dispuesto en el art. 2º de la presente ley, durante un plazo no mayor a ciento ochenta [180] días. Acordadas las nuevas condiciones, se compensarán las diferencias que, eventualmente, existan entre los pagos dados a cuenta y los valores definitivamente acordados; 3) de no mediar acuerdo entre las partes, las mismas quedan facultadas para seguir los procedimientos de mediación vigentes en las respectivas 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 acla-

bién, los arts. 6° (41) y 7° (42) del dec. 319/20, de emergencia pública que regula la suspensión de las hipotecas, norman que las partes podrán pactar una forma de pago distinta a la estipulada en el primer párrafo de dichos artículos siempre que ella no sea más gravosa. La misma cláusula la encontramos en los últimos párrafos de los artículos 6° y 7° del dec. 320/20 sobre alquileres.

En caso de que estuviese la cláusula de renovación y no se cumpliera dará lugar a la parte

ratorias y reglamentarias sobre situaciones específicas, sustentadas en la doctrina del art. 1198 del Cód. Civil y el principio del esfuerzo compartido”

(41) Art. 6°: “La diferencia entre la suma de dinero que hubiere debido abonarse según las cláusulas contractuales y la suma de dinero que efectivamente corresponda abonar por aplicación del congelamiento del monto de las cuotas dispuesto en el art. 2°, podrán abonarse en, al menos, tres [3] cuotas sin intereses, mensuales, iguales y consecutivas, con vencimiento, la primera de ellas, en la misma fecha del vencimiento de la cuota del crédito que contractualmente correspondiere al mes de octubre del corriente año. Si el número de cuotas pendientes del crédito con posterioridad al 30 de septiembre del corriente año, fueren menos de tres [3], la parte acreedora deberá otorgar el número de cuotas adicionales necesarias para cumplir con ese requisito. En ningún caso se aplicarán intereses moratorios, compensatorios, ni punitivos ni otras penalidades previstas en el contrato. Las partes podrán pactar una forma de pago distinta que no podrá ser más gravosa para la parte deudora que la establecida en el párr. 1° de este artículo”.

(42) Art. 7°: “Las deudas que pudieren generarse desde la fecha de entrada en vigencia del presente decreto y hasta el 30 de septiembre del año en curso, originadas en la falta de pago, en pagos realizados fuera de los plazos contractuales pactados, o en pagos parciales, podrán abonarse en, al menos, tres [3] cuotas mensuales, iguales y consecutivas, con vencimiento, la primera de ellas, en la misma fecha del vencimiento de la cuota del crédito que contractualmente correspondiere al mes de octubre del corriente año. 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, pero no podrán aplicarse intereses moratorios, punitivos ni ninguna otra penalidad. Este procedimiento para el pago en cuotas de las deudas contempladas en este artículo será de aplicación aun cuando hubiere operado el vencimiento del contrato. Las partes podrán pactar una forma de pago distinta que no podrá ser más gravosa para la parte deudora que la establecida en el párr. 1° de este artículo”.

perjudicada a reclamar la indemnización correspondiente [art. 730 (43) del CCC].

III.2.b. La revisión judicial: está contemplada en el art. 960 (44) del CCC que estipula: “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”.

Este precepto contiene una regla clara: “Los jueces no tienen facultades para modificar las estipulaciones de los contratos...”; la primera excepción a la regla consiste en la autorización dada al juez para cambiar el contenido del contrato cuando lo pida alguna de las partes en situaciones autorizadas por la ley como es la facultad de reducir los intereses cuando exceden el costo medio del dinero para deudores y operaciones similares en el lugar donde se contrajo la obligación [art. 771 (45) del CCC] o en supuestos de fuerza mayor [arts. 955 (46) y 956 (47) del CCC] o en la reducción de la cláusula penal [art. 794 (48) 2° párr. CCC] o en los créditos para

(43) Art. 730: “La obligación da derecho al acreedor a: ... c) obtener del deudor las indemnizaciones correspondientes”.

(44) El Cód. Civil derogado no contenía ninguna norma equivalente, no obstante, ello autorizaba la revisión o adecuación del contenido de los contratos en los casos de lesión (art. 954) e imprevisión (art. 1198). La fuente del precepto es el art. 907 del Proyecto de 1998.

(45) Art. 770: “Los jueces pueden reducir los intereses cuando la tasa fijada o el resultado que provoque la capitalización de intereses excede, sin justificación y desproporcionadamente, el costo medio del dinero para deudores y operaciones similares en el lugar donde se contrajo la obligación...”

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

(47) Art. 956: “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”.

(48) Art. 794: “Para pedir la pena, el acreedor no está obligado a probar que ha sufrido perjuicios, ni el deudor puede eximirse de satisfacerla, acreditando que el acree-

consumo [art. 36 (49) de la ley 24.240]. En tales casos la modificación autorizada consiste en la eliminación del desequilibrio o en la supresión de la excesiva onerosidad.

Asimismo, el precepto habilita al juez a modificar el contenido del contrato (a pedido de parte o de oficio) cuando se afecta de modo manifiesto el orden público. Si bien la sanción para un contrato en el cual existen disposiciones que afectan el orden público es la nulidad, en función del principio de conservación del negocio se autoriza la modificación de la cláusula que perturba al orden público.

La revisión judicial debe practicarse de manera prudente, tratando de conservar la autonomía de la voluntad de los contratantes, el equilibrio económico y analizando como incide el hecho sobreviniente sobre la finalidad del contrato y la conducta de las partes. El equilibrio entre prestaciones debe ser considerado como un criterio interpretativo, orientativo de la labor judicial y como principio jurídico. Ahora, lo que no puede el juez es redactar un nuevo contrato.

La renegociación, como la revisión judicial, constituye una herramienta para la supervivencia del contrato a diferencia de otras que conducen directamente a su extinción, como la resolución.

III.3. Extinción del contrato

Si las partes ya no quieren la adaptación del contrato a las nuevas circunstancias sino su extinción puede recurrirse a la rescisión o a la resolución del mismo.

dor no sufrió perjuicio alguno. Los jueces pueden reducir las penas cuando su monto desproporcionado con la gravedad de la falta que sancionan, habida cuenta del valor de las prestaciones y demás circunstancias del caso, configuran un abusivo aprovechamiento de la situación del deudor”.

(49) Art. 36: “.. Cuando el proveedor omitiera incluir alguno de estos datos en el documento que corresponda, el consumidor tendrá derecho a demandar la nulidad del contrato o de una o más cláusulas. Cuando el juez declare la nulidad parcial simultáneamente integrará el contrato, si ello fuera necesario

III.3.a. La rescisión: se encuentra regulada en el art. 1076 (50) del CCC y es la finalización del contrato por común acuerdo de las partes, es decir, por mutuo disenso. Supone, la existencia de un negocio perfectamente válido y regularmente celebrado pero que contribuye a obtener un resultado injusto, aunque las partes no tienen por qué manifestar el motivo o la causa que lo lleva a la rescisión.

La rescisión es un acto jurídico bilateral, es un nuevo contrato celebrado entre las partes para extinguir uno anterior (el distracto). No obstante, ello se reconoce que también puede ser unilateral, que es cuando la realiza una sola de las partes, sin que sea necesario invocar la causa. Se entiende en tal supuesto que existió el mutuo consentimiento de las partes cuando se incluyó la cláusula que faculta la rescisión al celebrar el contrato (51). Esta rescisión puede ser convencional, cuando está contemplada en el contenido contractual, habiéndose pactado expresamente en una cláusula que cualquiera de las partes o solamente una de ellas, pueda dejar sin efecto el contrato por su sola voluntad o legal, cuando la facultad rescisoria de una o cualquiera de las partes deriva de la ley. Por ejemplo, una la persona que alquilaba un local para una actividad comercial que no fue incluida dentro de las actividades esenciales habilitadas para abrir durante la cuarentena, puede rescindir unilateralmente el contrato si transcurrieron los primeros seis meses de la locación (art. 1221, inc. a).

La rescisión también puede ser parcial [art. 1077 (52) del CCC]. En todos los supuestos

(50) Art. 1076: “El contrato puede ser extinguido por rescisión bilateral. Esta extinción, excepto estipulación en contrario, solo produce efectos para el futuro y no afecta derechos de terceros”. La fuente inmediata es el art. 1040 del Proyecto de Código Civil de 1998 para la República Argentina. También fue recibido en el art. 937 del proyecto el Poder Ejecutivo de 1993.

(51) NICOLAU, Noemí, “Fundamentos de derecho contractual”, Ed. La Ley, 2009, t. I, p. 329.

(52) Art. 1077: “El contrato puede ser extinguido total o parcialmente por la declaración de una de las partes, mediante rescisión unilateral, revocación o resolución, en los casos en que el mismo contrato, o la ley, le atribuyen esa facultad”.

el art. 1076 (53) del CCC, dispone que la rescisión bilateral solo produce efecto hacia el futuro, es decir, *ex nunc*, aunque las partes pueden acordar que la rescisión bilateral produzca efecto *ex tunc*, *ergo* retroactivo.

III.3.b. La resolución: Las partes también pueden acudir a la resolución del contrato como modo de extinción de este, que es la vicisitud extintiva que opera por voluntad de una de las partes y tiene que estar necesariamente fundada en una causal convencional o legal (54). Las causales de resolución son múltiples (55) destacándose dentro de las legales, la frustración del fin del contrato, que puede ser una herramienta esencial para las convenciones que se ven afectados por la pandemia y las normas que se dictan en su consecuencia.

En cuanto a los efectos de la resolución deberá estarse a lo normado por los arts. 1078 (56) y

(53) Art. 1076: “El contrato puede ser extinguido por rescisión bilateral. Esta extinción, excepto estipulación en contrario, solo produce efectos para el futuro y no afecta derechos de terceros”.

(54) NICOLAU, Noemí, “Fundamentos de derecho contractual”, Ed. La Ley, 2009, t. I, ps. 330-331.

(55) Entre las contractuales cabe mencionar: la condición resolutoria (arts. 347 y 348 del CCC), el plazo resolutorio (art. 350 del CCC), el pacto comisorio expreso (art. 1086 del CCC) y entre las legales: la excesiva onerosidad sobreviniente (art. 1091 del CCC) y la imposibilidad de cumplimiento (art. 955 del CCC). Dado lo amplió de cada uno de estos temas, no pueden ser todos abarcados en el presente trabajo.

(56) Art. 1078: “Excepto disposición legal o convencional en contrario, se aplican a la rescisión unilateral, a la revocación y a la resolución las siguientes reglas generales: a) el derecho se ejerce mediante comunicación a la otra parte. La comunicación debe ser dirigida por todos los sujetos que integran una parte contra todos los sujetos que integran la otra; b) la extinción del contrato puede declararse extrajudicialmente o demandarse a ante un juez. La demanda puede iniciarse aunque no se haya cursado el requerimiento previo que pudo corresponder; en tal situación se aplica el inc. f); c) la otra parte puede oponerse a la extinción si, al tiempo de la declaración, el declarante no ha cumplido, o no está en situación de cumplir, la prestación que debía realizar para poder ejercer la facultad de extinguir el contrato; d) la extinción del contrato no queda afectada por la imposibilidad de restituir que tenga la parte que no la declaró; e) la parte que tiene derecho a extinguir el contrato puede optar por requerir su cumplimiento y la reparación de daños. Esta

1079 (57) del CCC, siendo lo más destacado que la misma tiene efecto retroactivo entre las partes y no afecta el derecho adquirido a título oneroso por terceros de buena fe.

Que la resolución tenga efectos retroactivos implica que las partes deben restituirse lo que han recibido debido al contrato [art. 1080 (58) del CCC] en forma recíproca y simultánea, por lo que las prestaciones cumplidas por una de las partes antes de producido el acontecimiento frustrante serán repetibles, salvo las prestaciones ya cumplidas que sean equivalentes y divisibles que deben quedar firme [art. 1081 inc. (59) del CCC]. Por ejemplo, si se celebró un contrato de locación de una quinta por cuatro fines de semanas seguidos y transcurrido el primero se decretó el aislamiento social, preventivo y obligatorio, con prohibición de transitar, por lo que no se pudo ir a la quinta a disfrutar de los tres restantes fines de semana, el pago por el primer fin de semana que se la uso no es repetible.

demanda no impide deducir ulteriormente una pretensión extintiva; f) la comunicación de la declaración extintiva del contrato produce su extinción de pleno derecho, y posteriormente no puede exigirse el cumplimiento ni subsiste el derecho de cumplir; pero, en los casos en que es menester un requerimiento previo, si se promueve la demanda por extinción sin haber intimado, el demandado tiene derecho de cumplir hasta el vencimiento del plazo de emplazamiento; g) la demanda ante un tribunal por extinción del contrato impide deducir ulteriormente una pretensión de cumplimiento; h) la extinción del contrato deja subsistentes las estipulaciones referidas a las restituciones, a la reparación de daños, a la solución de las controversias y a cualquiera otra que regule los derechos y obligaciones de las partes tras la extinción”.

(57) Art. 1079: “Excepto disposición legal en contrario: a. la rescisión unilateral y la revocación producen efectos solo para el futuro; b. la resolución produce efectos retroactivos entre las partes, y no afecta el derecho adquirido a título oneroso por terceros de buena fe”.

(58) Art. 1080: “Si el contrato es extinguido total o parcialmente por rescisión unilateral, por revocación o por resolución, las partes deben restituirse, en la medida que corresponda, lo que han recibido en razón del contrato, o su valor, conforme a las reglas de las obligaciones de dar para restituir, y a lo previsto en el artículo siguiente”.

(59) Art. 1081, inc. b: “Si se trata de la extinción de un contrato bilateral: ... b. las prestaciones cumplidas quedan firmes y producen sus efectos en cuanto resulten equivalentes, si son divisibles y han sido recibidas sin reserva respecto del efecto cancelatorio de la obligación”.

También, consideramos que si antes del acontecimiento frustrante, una de las partes realizó gastos causalmente relacionados con la prestación que se hallaba a su cargo, tendrá derecho, en esa misma medida a su reembolso o a retener el importe.

III.3.c. La frustración del fin del contrato: se encuentra regulada en el art. 1090 del CCC (60): “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”.

La frustración del fin del contrato es la vicisitud sobrevenida al negocio, que impide su efectividad, en razón de no poder alcanzarse el motivo determinante de la voluntad de las partes, por la modificación imprevisible de sus circunstancias objetivas (61). El sometimiento de la palabra subsiste en la medida en que las circunstancias que determinaron a cada una de las partes a contratar se mantengan en el período funcional, no debe olvidarse que el derecho contractual está inserto en la realidad social, que es cambiante.

(60) El instituto no existía en el Cód. Civil de Vélez, aunque su utilidad hizo que se invocase y aplicase frecuentemente en la jurisprudencia y la doctrina a través de la teoría de la causa fin contenida en los arts. 500, 501, 502 y particularmente en el ámbito del contrato de locación en los arts. 1522, y 1604, del Cód. Civil. Se propició su incorporación legislativa en el art. 943 del Proyecto de 1987, sancionado por ley 24.032 y vetada por dec. 2719/1991, de donde pasó a los proyectos de 1993, el del PEN (art. 1204) y el de la Comisión Federal de la Cámara de Diputados (art. 1200) y de allí al precedente inmediato que es el art. 1059 del Proyecto de Código Civil de 1998 para la República Argentina.

(61) NICOLAU, Noemí, “La frustración del fin. Un modo de realizar la cooperación debida en el contrato”, LA LEY 1993-A, 882, cita online AR/DOC/10398/2001.

Cada contrato posee una finalidad objetiva, que es igual en todos los contratos típicos de la misma categoría (fin económico social), y además, responde a una causa fin subjetiva, que las indujo a celebrar el negocio. La causa fin es el motivo determinante e individual que impulso a las partes a concluir el contrato [art. 1065 inc. c (62) del CCC]. Cada parte puede tener un móvil diferente, lo importante es que se la haya manifestado a la otra, en forma expresa o tácita, generando la posibilidad que la conozca, o que surja de la naturaleza de la relación.

Para poder hablar de frustración de la finalidad, ella debe ser esencial, de manera que, si no se alcanza, la parte que contrató en consideración a ese resultado ve fallido su interés negocial y como consecuencia de ello, pierde su intención de seguir cumpliendo. En la frustración a diferencia del caso fortuito el cumplimiento de la obligación es posible pero el contratante la considera inútil porque perdió el interés que buscaba satisfacer al contratar.

Para que se configure la frustración del contrato se hacen necesarios ciertos presupuestos: 1) que estemos en presencia de un contrato válido, si el contrato fuera inválido la cuestión debería ser analizada desde el instituto de la nulidad por vicios; 2) que se trate de contratos de cumplimiento diferido o de tracto sucesivo; 3) la finalidad de las partes debe haber sido manifestada en forma expresa o tácitamente o pueda deducirse de la naturaleza del negocio; 4), el hecho que frustra la finalidad del contrato no debe haber sido provocado por culpa de quien la invoque. Cuando quien la alega ha producido o contribuido a producir el acontecimiento sobrevenido, que afecta el fin del negocio, debe ser rechazada su pretensión, 5) la parte que la invoca no debe estar en mora y 6) el acontecimiento debe ser algo anormal e inesperado y tener la entidad suficiente para lograr eliminar la finalidad como elemento estructural del contrato (63) pero no debe impedir el cumplimiento material de la prestación debida, en caso

(62) Art. 1065: “Cuando el significado de las palabras interpretado contextualmente no es suficiente, se deben tomar en consideración: ... c) la naturaleza y finalidad del contrato”.

(63) STIGLITZ, Rubén, “Objeto, causa y frustración del contrato”, Ed. Depalma, 1992, ps. 28-29.

contrario (si lo impidiese) sería un supuesto de fuerza mayor **(64)**.

Malograda la finalidad del contrato, se produce la desaparición de uno de los elementos estructurales del mismo y da lugar al ejercicio de la pretensión resolutoria. Cabe reiterar que la parte no está imposibilitada de realizar su prestación como en el caso fortuito, sino que se desvanece el interés en cumplir.

El juez deberá averiguar el sentido del contrato, deduciéndolo no solo del texto mismo, sino también de las circunstancias subyacentes o de la naturaleza del negocio [art. 1065 inc. c del CCC] y luego, analizar si ese contrato, requiere para su desarrollo la admisión de la existencia de un determinado estado de cosas, es decir, debe abordar la dimensión social que es donde se encuentra la finalidad del contrato.

Por ejemplo, si alguien contrató un viaje o alquilo un inmueble antes de dictarse las normas mencionadas, para participar o ver una competencia específica o un espectáculo público, dentro del país o fuera del mismo, en una fecha que se encuentra comprendida en la cuarentena, con la prohibición de ingreso (en el lugar de destino) o egreso (en el lugar de origen), o de realizar actividades deportivas o espectáculos públicos, el fin del contrato se encuentra frustrado, dado que la finalidad del viaje o de la locación, que era participar o ver un espectáculo desapareció.

Si la causa fin subjetiva que reviste para los contratantes está expresada en el contrato, el esfuerzo probatorio es considerablemente menor que si la causa se encontrara implícita. Por otra parte, cabe advertir que, en los contratos en masa, será más difícil encontrar la causa fin subjetiva.

La frustración del fin del contrato, faculta a la parte perjudicada a solicitar su resolución. Lo contrario, pretender el cumplimiento de un contrato a ultranza, cuando la finalidad perseguida se ha frustrado, significa obrar de mala fe

(64) LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P., en Cód. Civ. y Com., MEDINA, Graciela - RIVERA, Julio César (dirs.) - ESPER, Mariano (coord.), Ed. La Ley 2014, ps. 2558 y ss.

o incurrir también en un ejercicio abusivo del derecho a la ejecución del contrato.

Por último, debemos mencionar que conforme el art. 1075 **(65)** del CCC la frustración del fin del contrato puede aplicarse a los contratos conexos cuando se acredite su conexidad.

III.4. Tutela preventiva contractual

La parte perjudicada por la pandemia y la normativa dictada al respecto, en forma paralela o autónoma, a la revisión o extinción del contrato, puede en los contratos de ejecución diferida o de tracto sucesivo ampararse en la tutela preventiva contractual para desactivar la prestación que se encuentre a su cargo.

La tutela de la prevención del daño se fundamenta en el art. 19 de la CN y constituye un nuevo paradigma del Derecho Privado, que es receptada en todo el cuerpo normativo. Se sostiene con acierto que el Cód. Civ. y Com. elevó la prevención del daño a la categoría de principio de Derecho **(66)**.

Los fundamentos generales que sustentan la prevención del daño adquieren ahora una impensada dimensión en la pandemia del coronavirus. En materia obligacional y contractual puede actuar como anticipación del daño de conformidad con lo previsto en el art. 1032 **(67)** del Cód. Civ. y Com. Esta figura novedosa en la legislación nacional opera cuando: a) existe amenaza de daño para una parte, derivada de la presunta insolvencia o de la aptitud para cumplir de un contratante (por cualquier causa o

(65) Art. 1075: "Según las circunstancias, probada la conexidad, un contratante puede oponer las excepciones de incumplimiento total, parcial o defectuoso, aún frente a la inejecución de obligaciones ajenas a su contrato. Atendiendo al principio de la conservación, la misma regla se aplica cuando la extinción de uno de los contratos produce la frustración de la finalidad económica común".

(66) GALDÓS, Jorge M., "La tutela preventiva del coronavirus en el Cód. Civ. y Com.", LA LEY 07/04/2020.

(67) Art. 1032: "Una parte puede suspender su propio cumplimiento si sus derechos sufriesen una grave amenaza de daño porque la otra parte ha sufrido un menoscabo significativo en su aptitud para cumplir, o en su solvencia. La suspensión queda sin efecto cuando la otra parte cumple o da seguridades suficientes de que el cumplimiento será realizada".

motivo) y b) habilita al cumplidor a suspender temporariamente sus prestaciones c) hasta que la contraria cumpla o de garantías suficientes. Se trata, en definitiva, de suspender o postergar el cumplimiento de la obligación de la parte cumplidora ante la probabilidad objetiva de que la otra no pueda satisfacer el interés del acreedor, por las causales previstas en la norma.

En la pandemia la pretensión preventiva contractual constituye una novedosa herramienta que podrá utilizarse con fundamento en esta norma. Si una parte declara, antes del vencimiento de un contrato, su imposibilidad cumplir o bien obra de tal modo que una persona razonable comprenda que no cumplirá su obligación, la otra parte puede suspender su propio cumplimiento hasta que la otra parte cumpla o de garantías. No tiene sentido obligar a una parte a cumplir su prestación cuando es seguro que la parte contraria no lo hará. Se trata de acción preventiva de tutela del crédito. El supuesto de hecho activante no es la lesión como ocurre en la responsabilidad contractual, sino la afectación de una expectativa de cumplimiento.

Lo importante es que el precepto se aplica no solo frente a la insolvencia de la contraparte sino también de cara a un “menoscabo significativo en su aptitud para cumplir”, lo cual abarcaría, verbigracia, el caso de fuerza mayor que imposibilite temporalmente la ejecución de la obligación a cargo de la otra parte, permitiendo de esta forma conservar al contrato con vida hasta que dicha imposibilidad desaparezca.

IV. Conclusiones

La pandemia, por el COVID-19, declarada es un hecho que sobrevino en forma abrupta, que emergió con efectos disvaliosos y provocó una serie de situaciones impensadas, como el aislamiento social, preventivo y obligatorio. En virtud de ella se han dictado en nuestro país como en casi la totalidad de los países del mundo, normas jurídicas de emergencia, sanitarias, económicas y de política inmigratorias, que tienen directa incidencia sobre una buena parte de los contratos de cumplimiento diferido o de tracto sucesivo.

A lo largo de este trabajo, expusimos algunas de las respuestas que el ordenamiento jurídico prevé para las diferentes posturas que las partes pueden tener con respecto al contrato afectado por la pandemia.

Será cuestión de analizar en cada caso particular cual es el remedio más adecuado para abordar la relación contractual en crisis, teniendo en cuenta los principios de buena fe, razonabilidad y conservación del contrato, desalentando las conductas maliciosas. Consideramos que son las partes quienes están en mejores condiciones para reencausar sus intereses por las alternativas propuestas, ya sea mediante la renegociación o la revisión contractual, y si esto fracasa por falta de acuerdo entonces, se podrá recurrir a las demás herramientas estudiadas, sea la rescisión o la resolución, como medios de poder satisfacer sus necesidades a la luz de la actual situación de emergencia.

Contratos de locación y el COVID-19

Bárbara Elizabeth Pruski

Sumario: I. Introducción.— II. *Pacta sunt servanda*.— III. Nociones generales sobre el contrato de locación y su aplicación frente al COVID-19.— IV. Conclusión.— V. Bibliografía.

I. Introducción

Antes de comenzar a analizar el artículo sobre los contratos de locación, y el COVID-19 debemos aclarar que esta situación que estamos atravesando como seres humanos a nivel global pone en juego todo un sistema normativo y los derechos fundamentales consagrados en los pactos internacionales, las convenciones internacionales sobre derechos humanos y la Constitución Nacional deben prevalecer sobre el resto de los otras convenciones y legislaciones.

Debemos resaltar que la vida es el bien supremo el cual en momentos como estos deben ser tenidos en cuenta y ser cuidado sobre el resto de los otros derechos.

Así la Constitución Nacional establece en su art. 75, inc. 22 que Congreso está autorizado a “Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; la

Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Solo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara. Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (Asamblea ONU, 16/12/1948); La Declaración Universal de Derechos Humanos (IX Conferencia Internacional Americana Bogotá, 1948, dec.-ley 9983/1957) - La Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica, 1969, ley 23.054). El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Asamblea general de la UN del 16/12/1966, ley 23.313); El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo (Asamblea general de la UN del 16/12/1966, ley 23.313); -La Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (Asamblea general de la UN del 09/02/1948, ley 6286/56); La Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (Asamblea general de la UN del 21/12/1965, ley 17.722); La Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (Asamblea general de la UN del 18/12/1970, ley 23.179); La Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes (Asamblea general de la

UN del 10/12/1984, ley 23.338); -La Convención sobre los Derechos del Niño (Asamblea general de la UN del 20/12/1989, ley 23.849) (1).

El art. 75, inc. 22 sienta como principio general, el de la supra legalidad de los tratados internacionales de toda clase: en donde estos tratados prevalecen sobre las leyes. En estos tratados el bien supremo consagrado es la vida.

Habiendo aclarado esto, o sea que la vida es el bien supremo fundamental el cual no puede ser desatendido y teniendo en cuenta que estamos ante una situación anómala, extrema y de fuerza mayor pasaremos a analizar como conjugar esta situación excepcional con la práctica habitual de los contratos de locación y el COVID-19.

1.1. Dec. 320/2020

Atento la emergencia pública que es de conocimiento mundial, el Estado Nacional a través del dec. 320/2020 (DECNU-2020-320-APN-PTE) Alquileres.

Ciudad de Buenos Aires, 29/03/2020 ha dispuesto que: Atento que con fecha 11 de marzo de 2020, la Organización Mundial de la Salud (OMS) declaró el brote del nuevo coronavirus como una pandemia, luego de que el número de personas infectadas por COVID-19 a nivel global llegara a 118.554 y el número de muertes a 4281, afectando hasta ese momento a 110 países.

Que por el dec. 260 del 12/03/2020 se amplió en nuestro país la emergencia pública en materia sanitaria establecida por la ley 27.541, por el plazo de un [1] año, en virtud de la pandemia declarada.

Que, según informara la Organización Mundial de la Salud (OMS) con fecha 26/03/2020, se ha constatado la propagación de casos de COVID-19 a nivel global llegando a un total de 522.746 personas infectadas, 23.628 fallecidas y afectando a más de 158 países de diferentes continentes.

(1) Fuente: <https://rednoalaexplotacion.wordpress.com/2015/04/13/art-75-inciso-22-en-argentina-declaraciones-convenciones-y-pactos-complementarios-de-derechos-y-garantias/>.

Y que, en virtud de la situación epidemiológica y con el fin de proteger la salud pública, obligación indelegable del Estado, se estableció por el dec. 297/2020 de Necesidad y Urgencia, para todas las personas que habitan en el país o se encuentren en él, la obligación de permanecer en "aislamiento social, preventivo y obligatorio", desde el día 20 de marzo hasta el día 31 de marzo del año en curso inclusive, pudiéndose prorrogar ese plazo por el tiempo que se considere necesario en atención a la evolución de la epidemia.

Que también se estableció la prohibición de desplazarse por rutas, vías y espacios públicos, con el fin de prevenir la circulación y el contagio del COVID-19 y, esta situación, en el marco del aislamiento social, preventivo y obligatorio dispuesto, sin dudas significará una merma en la situación económica general y también en las economías familiares.

Que nos encontramos ante una emergencia sanitaria que obliga al gobierno a adoptar medidas y decisiones con el objetivo de velar por la salud pública, pero, también, para paliar los efectos de las medidas restrictivas dispuestas, que afectarán el consumo, la producción, la prestación de servicios y la actividad comercial, entre otros muchos efectos. Esta situación exige extremar esfuerzos para enfrentar no solo la emergencia sanitaria, sino también la problemática económica y social. En efecto, el Estado debe hacerse presente para que los y las habitantes de nuestro país puedan desarrollar sus vidas sin verse privados de derechos elementales, como el derecho a la salud, pero sin descuidar otros, como el derecho a la vivienda.

Que la emergencia antes aludida, con sus consecuencias económicas, torna de muy difícil cumplimiento, para una importante cantidad de locatarios y locatarias, hacer frente a sus obligaciones en los términos estipulados en los contratos, redactados para una situación muy distinta a la actual, en la que la epidemia producida por el coronavirus ha modificado la cotidianeidad, los ingresos y las previsiones de los y las habitantes del país.

Que, además, muchos trabajadores y trabajadoras, comerciantes, profesionales, industriales y pequeños y medianos empresarios, ven afectado

tados fuertemente sus ingresos por la merma de la actividad económica, lo que origina una reducción en los mismos, con la consecuente dificultad que ello genera para afrontar todas sus obligaciones en forma íntegra y para disponer lo necesario para costear su alimentación, su salud y su vivienda.

Que, en este contexto, se dificulta para gran cantidad de locatarios y locatarias 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.

Que, ante estas situaciones, muchos locatarios y locatarias, en el marco de esta coyuntura, pueden incurrir en incumplimientos contractuales, y ello, a su vez, puede desembocar, finalmente, en el desalojo de la vivienda en la cual residen. Ello agravaría aún más la compleja situación que atraviesan y las condiciones sociales imperantes.

Que, asimismo, la obligación de cumplir con las medidas de aislamiento social, preventivo y obligatorio dificulta aún más la posibilidad de buscar y hallar una nueva vivienda.

Que el resguardo jurídico al derecho a la vivienda está amparado por diversas normas contenidas en los Tratados de Derechos Humanos ratificados por nuestro país, con el alcance que les otorga el art. 75, inc. 22 de nuestra CN, como así también en la recepción que de tal derecho realiza su art. 14 bis.

Que, en este sentido, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales establece en su art. 11, párr. 1º: “Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia. Los Estados Partes tomarán medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho, reconociendo a este efecto la importancia esencial de la cooperación internacional fundada en el libre consentimiento”.

Que el decreto de necesidad y urgencia que se dicta es una medida transitoria que se encuen-

tra enmarcada en la emergencia declarada en los decretos mencionados al inicio.

Que las disposiciones del presente decreto tienen como finalidad proteger el interés público, y los medios empleados son justos y razonables como reglamentación de los derechos constitucionales (CS, “Avico c. De la Pesa”, Fallos 172:21).

Que, asimismo, la CS ha reconocido la constitucionalidad de las leyes que suspenden temporaria y razonablemente los efectos de los contratos como los 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 conveniente, con el límite 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).

Que las medidas adoptadas por el presente decreto son razonables, proporcionadas con relación a la amenaza existente, y destinadas a paliar una situación social afectada por la epidemia, para evitar que se agrave y provoque un mayor deterioro en la salud de la población y en la situación social.

Que, en este contexto, se implementan decisiones necesarias y urgentes, de manera temporaria y razonable, con el objeto de contener una grave situación de emergencia social que puede llevar a que una parte de la población se vea privada del derecho a la vivienda.

Que la norma que se dicta establece criterios objetivos para su aplicación.

Que, en el marco de la emergencia aludida, se dispone en el art. 2º, la suspensión temporaria, hasta el 30 de septiembre del año en curso, de los desalojos de los inmuebles detallados con claridad en el art. 9º. También se dispone, en

forma temporaria, la prórroga de la vigencia de los contratos de locación hasta la misma fecha, con acuerdo de la parte locataria.

Que, en el art. 4º, se dispone temporariamente, hasta el 30 de septiembre próximo, el congelamiento del precio de las locaciones respecto de los mismos inmuebles aludidos anteriormente, debiéndose abonar, durante ese período, el canon locativo correspondiente al mes de marzo próximo pasado.

Que en el art. 6º se establece una forma de pago en cuotas para abonar la diferencia entre el precio pactado en el contrato y el que resulte de la aplicación del presente decreto, y también un mecanismo para el pago de las deudas que pudieren originarse hasta el 30 de septiembre, por falta de pago, pago parcial o pago fuera de plazo.

Que, en el marco de la emergencia, también se contempla la situación de la parte locadora en estado de vulnerabilidad, que necesita del cobro del canon locativo para cubrir sus necesidades básicas o las de su grupo familiar primario conviviente, extremo que deberá ser probado en debida forma.

Que, en este orden de ideas, y con el fin de evitar dispendios jurisdiccionales, se contempla la mediación obligatoria previa al proceso judicial, para las controversias que pudiere suscitar la aplicación del presente decreto.

Que la evolución de la situación epidemiológica y la grave situación social imperante exigen que se adopten medidas rápidas, eficaces y urgentes, por lo que deviene imposible seguir los trámites ordinarios para la sanción de las leyes.

Que la ley 26.122 regula el trámite y los alcances de la intervención del Honorable Congreso de la Nación respecto de los Decretos de Necesidad y Urgencia dictados por el Poder Ejecutivo Nacional, en virtud de lo dispuesto por el art. 99, inc. 3º de la CN.

Que la citada ley determina que la Comisión Bicameral Permanente tiene competencia para pronunciarse respecto de la validez o invalidez de los Decretos de Necesidad y Urgencia, así como para elevar el dictamen al plenario de

cada Cámara para su expreso tratamiento, en el plazo de diez [10] días hábiles.

Que el art. 22 de la ley 26.122 dispone que las Cámaras se pronuncien mediante sendas resoluciones, y que el rechazo o aprobación de los decretos deberá ser expreso conforme lo establecido en el art. 82 de la Carta Magna.

Que ha tomado intervención el servicio jurídico pertinente.

Que la presente medida se dicta en uso de las atribuciones conferidas por el art. 99, incs. 1º y 3º de la CN.

Por ello, el Presidente de la Nación Argentina en acuerdo general de Ministros

Decreta: Art. 1º. Marco de emergencia: El presente decreto se dicta en el marco de la emergencia pública en materia económica, financiera, fiscal, administrativa, previsional, tarifaria, energética, sanitaria y social establecida por la ley 27.541; la ampliación de la emergencia sanitaria dispuesta por el dec. 260/2020 y su modificatorio, lo dispuesto por el dec. 297/2020 y sus normas complementarias.

Art. 2º. Suspensión de desalojos: Suspéndase, en todo el territorio nacional, hasta el día 30 de septiembre del año en curso, la ejecución de las sentencias judiciales cuyo objeto sea el desalojo de inmuebles de los individualizados en el 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.

Art. 3°. Prórroga de contratos: Prorrógase, 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.

La referida prórroga también regirá para los contratos alcanzados por el art. 1218 del Cód. Civ. y Com.

La parte locataria podrá optar por mantener la fecha del vencimiento pactado por las partes o por prorrogar dicho plazo por un término menor al autorizado en este artículo. El ejercicio de cualquiera de estas opciones deberá notificarse en forma fehaciente a la parte locadora con antelación suficiente que deberá ser, por lo menos, de quince [15] días de anticipación a la fecha de vencimiento pactada, si ello fuere posible.

En todos los casos, la extensión del plazo contractual implicará la prórroga, por el mismo período, de las obligaciones de la parte fiadora.

Art. 4°. Congelamiento de precios de alquileres: Dispónese, hasta el 30 de septiembre del año en curso, el congelamiento del precio de las locaciones de los contratos de locación de inmuebles contemplados en el art. 9°. 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.

Art. 5°. Subsistencia de fianza: 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°, párr. 3°, 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.

Art. 6°. Deudas por diferencia de precio: La diferencia que resultare entre el monto pactado contractualmente y el que corresponda pagar por la aplicación del art. 4°, deberá ser abonada por la parte locataria en, al menos tres [3] cuotas y como máximo seis [6] mensuales, iguales y consecutivas, con vencimiento la primera de ellas, en la misma fecha del vencimiento del canon locativo que contractualmente corresponda al mes de octubre del corriente año, y junto con este. Las restantes cuotas vencerán en el mismo día de los meses consecutivos. Este procedimiento para el pago en cuotas de las diferencias resultantes será de aplicación aun cuando hubiere operado el vencimiento del contrato.

No podrán aplicarse intereses moratorios, compensatorios ni punitivos, ni ninguna otra penalidad prevista en el contrato, y las obligaciones de la parte fiadora permanecerán vigentes hasta su total cancelación, sin resultar de aplicación los arts. 1225 y 1596, incs. b) y d) del Cód. Civ. y Com.

Las partes podrán pactar una forma de pago distinta que no podrá ser más gravosa para la parte locataria que la establecida en el primer párrafo de este artículo.

Art. 7°. Deudas por falta de pago: Las deudas que pudieren generarse desde la fecha de entrada en vigencia del presente decreto y hasta el 30 de septiembre del año en curso, originadas en la falta de pago, en pagos realizados fuera de los plazos contractuales pactados o en pagos parciales, deberán abonarse en, al menos, tres [3] cuotas y como máximo seis [6], mensuales, iguales y consecutivas, con vencimiento, la primera de ellas, en la misma fecha del vencimiento del canon locativo que contractualmente correspondiere al mes de octubre del corriente año. 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. 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.

Las partes podrán pactar una forma de pago distinta que no podrá ser más gravosa para la parte locataria que la establecida en el primer párrafo de este artículo.

Durante el período previsto en el primer párrafo del presente artículo no será de aplicación el inc. c) del art. 1219 del Cód. Civ. y Com.

Art. 8º. Bancarización: La parte locadora, dentro de los veinte [20] días de entrada en vigencia del presente decreto, deberá comunicar a la parte locataria los datos necesarios para que esta pueda, si así lo quisiera, realizar transferencias bancarias o depósitos por cajero automático para efectuar los pagos a los que esté obligada.

Art. 9º. Contratos alcanzados: Las medidas dispuestas en el presente decreto se aplicarán respecto de los siguientes contratos de locación:

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).

Art. 10. Excepción, vulnerabilidad del locador: Quedan excluidos de lo dispuesto en el art. 4º del presente decreto los contratos de locación cuya parte locadora dependa del canon convenido en el contrato de locación para cubrir sus necesidades básicas o las de su grupo familiar primario y conviviente, debiéndose acreditar debidamente tales extremos.

Art. 11. Exclusión: Quedan excluidos del presente decreto los contratos de arrendamiento y aparcería rural contemplados en la ley 13.246 con las excepciones previstas en el art. 9º, inc. 4º, y los contratos de locación temporarios previstos en el art. 1199 del Cód. Civ. y Com.

Art. 12. Mediación obligatoria: Suspéndase por el plazo de un [1] año, a partir de la entrada en vigencia del presente decreto, la aplicación del art. 6º de la ley 26.589, para los procesos de ejecución y desalojos regulados en este decreto.

Invítase a las Provincias y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a establecer la mediación previa y obligatoria, en forma gratuita o a muy bajo costo, para controversias vinculadas con la aplicación del presente decreto.

Art. 13. Facultase al Poder Ejecutivo Nacional a prorrogar los plazos previstos en el presente decreto.

Art. 14. El presente decreto es de orden público.

Art. 15. La presente medida entrará en vigencia a partir de su publicación en el Boletín Oficial.

Art. 16. Dese cuenta a la Comisión Bicameral Permanente del Honorable Congreso de la Nación.

Art. 17. Comuníquese, publíquese, dese a la Dirección Nacional del Registro Oficial y archívese. *Alberto Fernández - Santiago Andrés Cafiero - Eduardo Enrique de Pedro - Felipe Carlos Solá - Agustín Oscar Rossi - Martín Guzmán - Matías Sebastián Kulfas - Luis Eugenio*

Basterra - Mario Andrés Meoni - Gabriel Nicolás Katopodis - Marcela Miriam Losardo - Sabina Andrea Frederic - Ginés Mario González García - Daniel Fernando Arroyo - Elizabeth Gómez Alcorta - Nicolás A. Trotta - Roberto Carlos Salvarezza - Tristán Bauer - Claudio Omar Moroni - Juan Cabandié - Matías Lamens - María Eugenia Bielsa. e. 29/03/2020 Nro. 16159/20 v. 29/03/2020.

Fecha de publicación 29/03/2020.

II. *Pacta sunt servanda*

Más allá de lo dictaminado a través del dec. 320/2020 estimo necesario analizar los principios generales del derecho contractual y el contrato de locación el particular.

El principio general de los contratos establece la noción de *pacta sunt servanda*, o sea que los contratos se establecen y se firman para ser cumplidos

Este uno de los principios que preside la teoría general del contrato y que expresa que los contratos relacionan a las partes. Los contratos son obligatorios, tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse al tenor de los mismos.

Conforme el principio general la obligatoriedad de los convenios es independiente de la forma en que se hayan celebrado y se producirá siempre que concurren los elementos esenciales.

La fuerza que vincula a los contratantes procede de la voluntad de ambas partes, y no como, por ejemplo, del juramento que pudieran hacer esta

Tampoco existirán cuando solo haya voluntad de uno, como ocurriría si la validez y el cumplimiento del contrato se hubiera dejado al arbitrio de uno de los contratantes, supuesto este de nulidad del contrato.

Los contratos son obligatorios desde el consentimiento contractual a menos que exijan alguna formalidad para su perfección.

Ahora bien, este principio general no puede aplicarse en su totalidad y queda limitado atento la situación excepcional del COVID-19.

III. Nociones generales sobre el contrato de locación y su aplicación frente al COVID-19

De acuerdo con la información general es importante resaltar algunos de los aspectos principales de los contratos de locación que deberían ser modificados ante la situación del COVID-19.

III.1. Ajustes

En cuanto a los ajustes ya sea que se trate de contratos de locación de vivienda o de locación comercial, el principio general establece el precio del alquiler actualmente se fija por período de seis meses y se actualiza conforme, un índice mixto conformado por el índice de precios al consumidor (IPC) y la remuneración imponible promedio de los trabajadores estables (RIPTE).

Esta situación excepcional del COVID-19 merece un replanteo del presente debiendo las partes prorrogar el pago de los períodos impagos, máximo 3 meses, en caso de que el locatario no pueda abonar los mismos y prorrateando el abono de alquileres en los meses posteriores del contrato.

Ejemplo de esto sería si el locatario no puede abonar lo convenido en el contrato ya sea total o parcialmente, el mismo podrá convenir con el locador el pago de los meses adeudados por esta situación excepcional, en un plazo de 12 meses desde la firma del contrato independientemente de lo que reste para la conclusión de este.

En el supuesto de reste menos de 1 año para la conclusión del contrato el período impago deberá continuar aun habiendo concluido el mismo.

En caso en que las partes no puedan ponerse de acuerdo sobre la forma de pago de los alquileres debidos será el juez de la jurisdicción a las cuales las partes se han sometido el que decidirá sobre la interpretación aplicación y cumplimiento del convenio.

Asimismo, se deberían suspender los juicios por desalojo hasta la reanudación completa de las actividades judiciales. En cuanto a la actuali-

zación de la locación, normalmente en los contratos de alquiler se establece una actualización cada 6 meses, frente a lo cual y en caso de prórroga de la cuarentena el monto de la locación debería ser congelado.

III.2. Lugar de pago

El principio general establece en los contratos en cuanto a lugar de pago que las partes deberán pactar el lugar de pago ya sea que se abonen los alquileres en el domicilio del locador, locatario o a través de transferencia bancaria a la cuenta del locador.

Actualmente y debido a la situación excepcional del COVID-19 ante el impedimento de circular por las calles y la cuarentena obligatoria, las partes deberán acordar el pago de la locación a través de la transferencia bancaria.

III.3. Pago de facturas de provisión de servicios

En cuanto el pago de las facturas por provisión de servicio de suministro ya sea que este mos en presencia de suministro eléctrico, b) el pago de las facturas por provisión de servicio de suministro de gas natural, c) el pago de las facturas por provisión de servicio de cable para televisión (optativo, si correspondiese), d) el pago de las facturas por provisión de servicio de telefonía (optativo, si correspondiese), e) el pago de las facturas por provisión de servicio de acceso a Internet (optativo, si correspondiese), f) El pago de las Expensas comunes u ordinarias, g) El pago del servicio de Aguas (AYSA), y h) El pago del Impuesto municipal (hay que diferenciarlo del impuesto inmobiliario que, de acuerdo al Cód. Civ. y Com. en principio estaría a cargo del propietario, salvo que se disponga lo contrario) y Tasa de ABL. El principio general establece que el locatario deberá abonar las mismas, salvo que las partes hayan pactado el pago por parte del locador de determinados rubros.

Las facturas de estos servicios deberán ser abonadas y entregadas en su original con el pago del alquiler al/la Locador/a o a su representante. En caso de ser instalado el servicio de agua medido, el consumo será abonado por el/la Locatario/a. La falta de pago de estos conceptos por parte del/la Locatario/a, será reputado como grave incumplimiento contractual y justificada causal

de desalojo, como si se tratara de alquileres impagos, aunque estos estén abonados al día. Sin perjuicio de ello, si el/la Locador/a para evitar sanciones o acciones judiciales de los organismos y empresas o de quien corresponda percibir esos conceptos, abonare los importes impagos con sus intereses y punitorios, el/la Locatario/a deberá reintegrar el monto pagado, debidamente actualizado desde la fecha en que se pagó, hasta el día del reintegro, con más un interés punitorio del sin perjuicio de los intereses punitorios, y dichos importes adeudados podrán ser exigidos promoviendo el correspondiente juicio de cobro ejecutivo, reservándose el/la Locador/a el derecho de iniciar el correspondiente juicio de desalojo, si así lo creyera conveniente para proteger sus intereses.

En esta situación excepcional del COVID-19 en principio, se suspenden los juicios por falta de pago de facturas en cuanto a luz, agua y servicios esenciales y los mismos dejarían de ser reputados como un grave incumplimiento contractual.

La falta de pago de estos servicios tampoco autoriza el desalojo, el cual quedará suspendido como medida judicial hasta el restablecimiento completo de la actividad judicial.

En cuanto al abono de intereses punitorios los mismos son dejados sin efecto, y solo se reanudarán en el momento en que el país comience con su desarrollo normal y habitual, así como la práctica tribunalcia.

Entiendo que tampoco deberían aplicarse el cobro de intereses en forma retroactiva siendo esta una situación excepcional.

Al ser de imposible cumplimiento el párrafo que establece que las facturas deben ser entregadas en su original con el pago del alquiler al locador o a su representante, las mismas deberán ser enviadas por el locatario mediante medios electrónicos, o luego de la cuarentena entregar los períodos abonados.

III.4. Plazos

El contrato de locación de inmueble, cualquiera sea su destino, si carece de plazo expreso y determinado mayor, se considerará celebrado

por el plazo mínimo legal de tres años cuando se trata de locaciones comerciales. Ahora bien, cuando estamos frente a locaciones para vivienda el plazo es de 2 años.

Este párrafo no merece mayor comentario atento a que los plazos del contrato de locación se mantienen iguales.

III.5. Gastos de conservación

El principio general en los contratos de locación determina que los gastos de conservación y mantenimiento del inmueble locado, así como sus artefactos y accesorios de la propiedad, como también la reparación de los desperfectos menores provocados por el buen uso, serán a cargo del/la Locador/a (art. 1201 del Cód. Civ. y Com.). Así también se determina que serán a cargo del Locatario los gastos de conservación y mantenimiento del inmueble locado debidos al mal uso de este, sin que por ello puedan reclamar compensación alguna. Si por caso fortuito o fuerza mayor el inmueble sufriera daños o deterioro que tornara imposible la continuidad normal de la locación, el contrato quedará rescindido sin responsabilidad alguna de las partes, debiendo el Locador reintegrar al Locatario el depósito entregado.

En el supuesto de este párrafo ante la situación de emergencia del COVID-19 entiendo que no modifica las responsabilidades de las partes en cuanto a los desperfectos ya sea que se trate del uso normal y habitual de la cosa o en los supuestos de fuerza mayor o caso fortuito, llámese inundaciones, tornados, etcétera.

III.6. Mejoras y modificaciones

Es de práctica común y habitual que en los contratos de locación se establezca que el Locatario no realice modificaciones de ninguna naturaleza en la propiedad, sin consentimiento previo por escrito (puede ser por correo electrónico) del Locador. Asimismo, queda expresamente prohibido que se perforen o agujereen cerámicos o azulejos en cocina y baños, como tampoco en las juntas de estos. Tampoco podrá el Locatario tener en la propiedad cosas que pudieran afectar la seguridad de las personas, objetos e instalaciones ni realizar actos que contraríen las normas municipales vigentes. Asi-

mismo, se firma en el contrato que el Locatario declara conocer y se obliga a cumplir, las disposiciones legales sobre la Propiedad Horizontal y las establecidas por el Reglamento Interno del edificio.

Este artículo no debería ser modificado por la situación excepcional del COVID-19, sino que debe ser cumplido por ambas partes.

III.7. Inspección

En cuanto a la posibilidad de visitar el inmueble locado ya sea para uso comercial o de vivienda es de práctica normal y habitual que se estipule que el Locador por sí o por intermedio de la persona que lo represente, se reserva el derecho a inspeccionar el inmueble locado, previa notificación fehaciente del Locador con una antelación mínima de cinco [5] días a la fecha de inspección, para lo cual el Locatario deberá facilitar el acceso al bien con el fin de cumplir con la revisión del estado y conservación del mismo, y permitirán la ejecución de todo trabajo que sea necesario para su conservación o mejora, sin derecho a cobrar indemnización alguna.

El presente párrafo no es de viable aplicación atento la situación excepcional de cuarentena por el COVID-19 impide al locador ya sea por sí mismo o por intermedio de la persona que lo represente, inspeccionar el inmueble locado.

Esto deberá realizarse una vez retomado el desarrollo de la vida cotidiana.

III.8. Rescisión

En el supuesto de rescisión del contrato de locación, suele establecerse que en el supuesto que el Locatario no cumpliera con cualquiera de las obligaciones y condiciones que por su calidad asumen o las impuestas por este contrato, el Locador podrá rescindir de pleno derecho el presente contrato y el Locatario deberá restituir la vivienda dentro de los determinados días hábiles libre de toda ocupación y deuda. Sin perjuicio de ello, serán expresas causales de rescisión del presente contrato, la violación o incumplimiento de algunas o cualquiera de las siguientes pautas tenidas como esenciales por las partes para la firma del presente contrato: a) la falta de pago en tiempo y forma del precio de la locación en la

moneda y condición pactada, b) la falta de cancelación de ... (establecer número de facturas en letra y números) facturas de cualquiera de los servicios y/o impuestos, cuyo pago toma a su cargo el/la Locatario/a, c) en caso de contravenir la prohibición de subarrendar, sin perjuicio de las acciones por daños y perjuicios que pudieran corresponder, d) transferir el contrato no obstante la prohibición convenida de no hacerlo, transferencia que las partes acuerdan como nula, e) en el supuesto que el/la Locatario/a cambie el destino del inmueble sin la autorización expresa del/la Locador/a, f) en el caso que el/la Locatario/a imposibilite o se nieguen a las inspecciones al inmueble locado al/la Locador/a o a su representante. El/la Locatario/a puede resolver el contrato si el/la Locador/a incumple: a) la obligación de conservar la cosa con aptitud para el uso y goce convenido, o b) la garantía de evicción o la de vicios redhibitorios (art. 1220 del Cód. Civ. y Com.). En caso de rescindirse por parte del/la Locador/a, el/la Locatario/a tendrá ... determinados días hábiles para desalojar los inmuebles bajo apercibimiento de la penalidad prevista en la cláusula decimacuarta. El/la Locatario/a abonará por ese período, el valor locativo mensual establecido antes de la controversia, l) Sin perjuicio de los intereses devengados por mora en la cláusula decimacuarta, la falta de pago ... (número de meses sin abonar en letras y en números) mensualidades en el tiempo y lugar convenidos o el incumplimiento de cualquier otra obligación establecida en el presente contrato, dará pleno derecho al/la Locador/a a resolver el contrato, solicitando el inmediato desalojo del inmueble, siendo innecesaria cualquier interpeleación judicial o extrajudicial. Previamente a la demanda de desalojo por falta de pago de alquileres, el/la Locador/a deberá intimar fehacientemente el pago de la cantidad debida, otorgando para ello un plazo que nunca será inferior a ... (plazo en letras y en números) días corridos contados a partir de la recepción de la intimación, consignando el lugar de pago.

En cuanto al presente párrafo debemos analizar cada inciso en particular a fin de evaluar cuáles serán los supuestos que continúen en vigencia aún en situación extraordinaria del COVID-19 y cuáles no.

En cuanto a la rescisión del mismo por falta de pago de alquiler en tiempo y forma no es apli-

cable hasta el momento de la reanudación de la situación normal y habitual de la economía argentina.

Atento la imposibilidad de concurrir a los lugares de trabajo y la disminución de ingresos de la mayoría de la sociedad, debería quedar sin aplicación el inc. a) del presente párrafo.

En el momento en que se reanude la economía se debería prorratear los meses adeudados en el resto de las cuotas contractuales hasta un plazo de 12 meses.

Entonces debería dejarse sin efecto por cuestiones de fuerza mayor la rescisión del contrato de locación por falta de pago de este.

En cuanto a la falta de pago de los servicios como luz, gas, teléfono, expensas, entiendo que debería aplicarse lo mismo fue expresado *ut supra*, dejando sin efecto la rescisión contractual por cuestiones de fuerza mayor (caso puntual COVID-19) en particular.

En relación a la rescisión contractual por transferencia del convenio cuando las partes han convenido la nulidad de la misma, esta deberá aplicarse en caso de incumplimiento, pero la implementación de la medida de rescindir, deberá posponerse hasta el momento de la reanudación normal y habitual de los Tribunales.

Se debería aplicar la rescisión contractual en el caso de que el locatario cambie el destino del inmueble sin autorización expresa, aclarando que la implementación de la medida deberá ser pospuesta al momento de la reanudación normal y habitual de las prácticas judiciales.

En cuanto la inspección del inmueble no sería aplicable la rescisión del contrato atento a que la situación de fuerza mayor actual prohíbe el traslado al inmueble a fin de verificar el estado del mismo, salvo situación de extrema urgencia.

Si sigue en vigencia la obligación de conservar la cosa con aptitud para el uso y goce convenido y en caso de no cumplir con ello la implementación de la medida de rescisión contractual deberá posponerse al momento de reanudación de los tribunales junto a la acción de daños y perjuicios. Esto sería en líneas generales, salvo situación extrema donde los usos de la cosa

locada sea utilizada para fines contrarios a la moral y las buenas costumbres, en cuyo caso entiendo debería intervenir la fuerza policial para el desalojo y rescisión contractual.

En cuanto al desalojo del inmueble, salvo situación de extrema urgencia, el mismo deberá dejarse para luego de la reanudación del desarrollo normal y habitual de los tribunales y deberían ser dejados sin efecto los intereses convenidos.

III.9. Cláusula penal, mora, multa

Las partes suelen convenir en forma expresa que el mero vencimiento del plazo o por incumplimiento de las obligaciones que asumen, hará incurrir al/la Locatario/a en mora de pleno derecho. Para el caso que el/la Locatario/a incurriese en la mora, se establece una multa penal equivalente a un porcentaje diario del valor locativo mensual, que deberá pagar el/la Locatario/a al/la Locador/a o a su representante por cada día de atraso y hasta su efectiva cancelación. Igual importe se fija en concepto de multa sin perjuicio de las acciones por desalojo, cobro de alquileres y daños y perjuicios que pudieran corresponder, para el caso que llegado el vencimiento del plazo de la locación el/la Locatario/a no desocupare de personas y/o cosas el inmueble locado sin hacer entrega de las llaves del mismo al/la Locador/a o a la persona que lo represente.

Este párrafo debe ser dejado sin efecto en la situación extrema del COVID-19 atento como se explicó con anterioridad la situación de no poder concurrir a los lugares de trabajo por situaciones de fuerza mayor, disminuye el poder adquisitivo de las personas y se prioriza el uso del dinero en la compra de alimentos y productos medicinales. Asimismo, el concepto de interés o multa es una sanción aplicable por falta de pago en tanto y en cuanto la parte incumplidora no tiene voluntad de hacerlo.

En el supuesto del COVID-19 esta falta de voluntad es ajena y no imputable al locatario, por ello el interés o multa no debe ser aplicado.

III.10. Depósito en garantía

A fin de garantizar el fiel cumplimiento de los contratos de locación y de todas las obligaciones contraídas por el/la Locatario/a, este suele entregarse al/la Locador/a una suma determinada en concepto de depósito sirviendo el contrato como carta de pago y suficiente recibo en forma. El/la Locatario/a no podrá imputar el depósito como pago de alquileres. Dicha suma le será devuelta al/la Locatario/a, dentro de determinados días corridos, al finalizar el contrato y reintegrado el inmueble completamente desocupado y a entera satisfacción del/la Locador/a. Dicha suma le será devuelta al/la Locatario/a una vez liquidados todos los importes que forman parte de esta locación, es decir alquileres, expensas, impuestos, servicios, daños, perjuicios, reacondicionamiento, etc., que se pudieren adeudar o se hayan generado y luego de recibido de conformidad el inmueble y las llaves del mismo, es decir que el reintegro se efectuará vencido no solamente el plazo sino las consecuencias del mismo y en el plazo establecido en esta cláusula, y en el importe neto que surja de deducir del monto del depósito, todos los importes que se mencionan en esta cláusula.

El presente párrafo refiere una situación que a mi entender podría aplicarse en esta situación en excepcional.

Sería beneficioso para el locador el poder percibir el alquiler y utilizar el depósito que se ha realizado al comienzo del contrato a fin de no cortar la cadena de pago.

Este supuesto se aplicaría en caso de que el locatario no pudiera abonar el mes en curso lo que correspondiera.

Ahora bien, esa suma en vez de ser devuelta al finalizar el contrato de locación sería imputable a la falta de abono del mes correspondiente.

En el supuesto de que al finalizar el contrato de locación se debieran impuestos, servicios o reacondicionamientos, y el depósito se haya utilizado para abonar el alquiler en la situación del COVID-19 las partes acordarán un monto de pago de lo que se adeuda, sometiendo la situación a los Tribunales de la Jurisdicción pactada en caso de no estar de acuerdo.

Si no es necesario utilizar ese depósito, el mismo quedaría sin ser utilizado y se le devolvería al locador al finalizar el contrato.

III.10. Resolución anticipada

Las partes suelen acordar que, el/la Locatario/a podrá transcurridos los seis [6] primeros meses de vigencia de la relación locativa, resolver anticipadamente la contratación, debiendo notificar en forma fehaciente su decisión al/la Locador/a. El/la Locatario/a de hacer uso de la opción resolutoria, deberá abonar al/la Locador/a, en concepto de compensación por resolución anticipada, una suma equivalente a un mes y medio de alquiler vigente al momento de desocupar el departamento si dicha resolución se produce entre el mes número seis [6] y el mes doce [12] del presente contrato y la de solo un mes si la opción la ejerce transcurrido dicho lapso.

A mi entender no es viable en la situación actual del COVID-19 la resolución anticipada del convenio. Tampoco sería aplicable el abono de suma alguna por compensación atento a que al estar en cuarentena la población, la situación debería quedar en un statu quo sin alterar ni modificarse.

III.11. Consignación de llaves

Para el supuesto caso que el/la Locatario/a, al optar por la resolución anticipada, no hiciera entrega del inmueble y de las llaves al/la Locador/a y consignaran las mismas, la rescisión no se considera operada y en consecuencia continuará vigente el contrato, devengándose los alquileres correspondientes. En el caso que al vencimiento del plazo de la locación el/la Locatario/a no hiciera entrega de las llaves al/la Locador/a, en concepto de multa y hasta la restitución del Inmueble, salvo negativa de este de recibir la llave, el/la Locatario/a abonará una suma equivalente al precio diario pactado como precio de locación por cada día de retardo en la entrega y hasta la restitución plena del inmueble libre de personas y/o cosas.

Conforme lo explicado en el punto K, al no ser viable en la situación del COVID-19 la resolución anticipada del contrato, la consignación

de llaves por este supuesto tampoco sería procedente.

III.12. Indemnidad

En caso de daños a terceros producidos por el/la Locatario/a, dependientes de este, bienes o cosas pertenecientes al inmueble alquilado de las cuales se deriva o por la actividad que desarrolla dentro del mismo, el/la Locatario/a asume la totalidad de las consecuencias producidas y se compromete a mantener indemne al/la Locador/a por dichas contingencias, tomando a su exclusivo cargo todos los importes que pudiesen resultar de eventuales demandas o reclamos judiciales o extrajudiciales.

El presente párrafo es de total aplicación aún en el presente momento, pero el reclamo judicial deberá posponerse hasta el momento de la reanudación de los Tribunales.

III.13. Responsabilidades

Conforme es de práctica normal y habitual establecer en los contratos, el/la Locador/a no se responsabiliza por los daños y perjuicios que pudieran producirle al/la Locatario/a o a terceros en sus personas y/o en sus bienes, los originados por inundaciones, filtraciones, desprendimientos provenientes de roturas o desperfectos de caños o techos o cualquier otro accidente producido en las unidades locadas.

Este párrafo sigue en vigencia y el reclamo por daños y perjuicios por parte del locador se realizará luego de la reanudación de los Tribunales.

III.14. Condiciones de entrega del inmueble

Al momento de devolución del inmueble el/la Locatario/a manifiesta conocer y aceptar que el inmueble objeto del presente, lo reciben desocupado, con todos sus accesorios en buen estado, instalación y funcionamiento, obligándose a conservar el inmueble en las mismas condiciones de habitabilidad, y a pagar el importe de los objetos que faltaren o estuvieren rotos al momento de entregar lo arrendado al/la Locador/a, salvo los deterioros que resulten del buen uso y la acción del tiempo. Forman parte del presente contrato de locación (descripción de los accesorios, instalaciones y/o muebles que se encuentran en la propiedad locada).

Este párrafo también se mantiene y en caso de no cumplimiento de lo expuesto se podrá realizar el reclamo correspondiente luego de la reanudación de los Tribunales en la jurisdicción en donde las partes hayan convenido al firmar el contrato.

III.15. Garantía

La constitución de las garantías ya sean reales, o cauciones bancarias, etc. siguen en vigencia.

En cuanto a las variables de Garantías: El locatario propondrá al menos dos opciones, el locador deberá aceptar alguna de las siguientes garantías, siempre que la misma cubra razonablemente las obligaciones emergentes del contrato: 1) Garantía real, 2) Aval Bancario, 3) Seguro de Caucción, 4) Garantía de fianza, 5) Garantía personal del locatario, que se documentará con recibo de sueldo, certificado de ingresos, o cualquier otro medio fehaciente. Serán devueltas al momento de la restitución del inmueble, actualizado mediante el mismo procedimiento de ajuste utilizado durante el transcurso del contrato.

En el supuesto que se haya optado por la garantía real el/la Garante del presente contrato, es quien se constituye como fiador/a solidario/a, liso, llano, co-deudor/a y principal pagador/a de todas las obligaciones asumidas por el/la Locatario/a y las sumas que estos pudieran adeudar como consecuencia de este contrato y los juicios que puedan promoverse a su respecto y hasta cuando concluya el pleito, inclusive respecto de los daños y perjuicios que resulten al/la Locador/a raíz de incumplimientos imputables al/la Locatario/a, así como los gastos y costas que pudieran generarse en dichos juicios, renunciando a los beneficios de división y excusión y a la interpelación previa al deudor, comprometiéndose a no modificar las condiciones dominiales, ni gravarlos durante el lapso mencionado. En caso de que resulte necesario hacerlo, deberá comunicar dicho hecho al/la Locador/a por escrito, debiendo ofrecer el/la Locatario/a otro u otros bienes a satisfacción del Locador en sustitución del que se pretende desafectar. Hasta tanto esto ocurra, el inmueble señalado en esta cláusula continuará afectado a la garantía. Si el mismo fuera transferido por cualquier medio o gravado sin

el consentimiento del/a Locador/a y no fuese sustituido por otro, dicha situación producirá la rescisión automática del contrato, habilitando al/la Locador/a para solicitar el desalojo del inmueble, con más los daños y perjuicios correspondientes, sin que ello afecte la vigencia de la garantía respecto al/la Garante. Queda entendido que, bajo esta situación, todos los gastos que pudiere demandar la sustitución de la garantía, quedan a cargo exclusivo de/la Garante, o en su defecto, del/la Locatario/a. La garantía expresada subsistirá hasta la entrega efectiva de la tenencia del inmueble al/la Locador/a por parte del/la Locatario/a o por medio de lanzamiento judicial, cuando se trate de un contrato vencido. En cualquier momento que el/la Locador/a lo juzgue conveniente en razón de eventuales insolvencias del/la Garante, podrá exigir otro garante solvente que asuma las mismas obligaciones contractuales que la anterior, comprometiéndose el/la Locatario/a a presentar el nuevo garante a plena satisfacción del/la Locador/a y en un plazo no mayor de determinado tiempo establecido por las partes en determinada cantidad de días, contrariamente, se considerará rescindido el presente contrato de locación y el/la Locador/a quedará facultado para solicitar el inmediato desalojo del/la Locatario/a.

Este párrafo también se mantiene en la situación de emergencia, aunque quedará para el momento de la reanudación de los Tribunales la ejecución de la garantía en los casos de incumplimiento por parte del locatario ya sea mediante la garantía real, el aval bancario seguro de caucción, etcétera.

Debemos aclarar que no se ejecutarán las garantías por la falta de pago de 3 meses de alquiler, contando los mismo desde la disposición del Poder Ejecutivo que establece el aislamiento obligatorio, atento la excepcionalidad que plantea la situación del COVID-19.

III.16. Interpretación y aplicación

Como es de práctica normal y habitual los contratantes se someten para cualquier divergencia que pudiera surgir a la interpretación y aplicación del presente contrato, inclusive la acción de desalojo, a la jurisdicción de los ... (tribunales a los que se someten en caso de con-

troversia), renunciando a todo otro fuero o jurisdicción.

Esto también se mantiene aún en la situación del COVID-19 y si existen controversias entre las partes, será la jurisdicción a las cuales el locador y el locatario se han sometido la que resolverá la aplicación e interpretación del contrato.

Conforme las disposiciones del poder judicial en caso de controversia sobre la interpretación del convenio, las partes deberán pedir habilitación de feria judicial y presentar escritos a fin de resolver la situación.

III.17. Domicilios especiales

Las partes pactan que los efectos legales los firmantes constituyen siguientes domicilios especiales, en los que serán válidas todas las notificaciones y diligencias que se practiquen, aunque los interesados no vivan o no se encuentren en ellos.

Este párrafo sigue siendo válido en situación de COVID-19 pero a mi entender deberían instrumentarse domicilios electrónicos (llámese nro. de CUIT o CUIL) y que el estado regule la implementación del mismo a fin de notificar lo necesario y que la notificación sea válida ya sea entre las partes y con terceros.

IV. Conclusión

En resumen, hemos resaltado y subrayado con mayúsculas que la vida es el bien supremo que está por encima de todos los derechos.

En todos los pactos de derechos internacionales contemplados en la CN en el art. 75, inc. 22 establece que Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes. En estos reitero la vida está por encima de todos los restantes derechos.

Ahora bien, en situaciones anómalas como las que actualmente estamos atravesando cual es la cuarentena obligatoria dispuesta por el Estado Nacional y que tiene por fin preservar la vida, ante el COVID-19 debemos también analizar situaciones cotidianas que actualmente

carecen de regulación por tratarse de una situación excepcional.

El principio general de *pacta sunt servanda*, que contempla los principios del derecho quedan ajustados a las decisiones que un ente superior, llámese Poder Ejecutivo, Legislativo o Judicial, puedan adoptar en situaciones de fuerza mayor.

Es cierto que los contratos son celebrados para cumplirse, pero en el caso actual del COVID-19 deberá ser postergados ciertos derechos y obligaciones a fin de preservar el bien supremo vida y dejar para el momento del desarrollo normal y habitual de la sociedad, todas las acciones que tienen las partes y las cuales han firmado al momento de la celebración del contrato de locación.

Quisiera recalcar ciertos aspectos del presente artículo que son de suma importancia a mi leal saber y entender cuáles son.

En cuanto a los pagos del contrato de locación, en el supuesto en los que los mismos no puedan ser afrontados por el locatario, el plazo máximo de incumplimiento contractual será de 3 meses desde la firma del convenio y estos meses impagos deberían ser prorrateados por 12 meses siguientes desde la disposición del Poder Ejecutivo de asilamiento obligatorio.

Los intereses quedan suspendidos ya sea que se trate de rescisión anticipada o falta de pago de la cuota del convenio o falta de pago de los servicios como luz, agua, etc. atento a que la intención del contrato es que el mismo continúe sin dejar al locatario sin vivienda o sin su lugar de trabajo, en este último supuesto en locación comercial, y poder seguir con cierta normalidad a pesar de la situación anómala que estamos viendo.

Entiendo y sugiero que el monto del depósito debería ser utilizado en esta situación excepcional del COVID-19 a fin de garantizar el pago del convenio siempre y cuando el mismo no pueda ser abonado por el locatario.

Luego de finalizado el contrato, si el depósito ha sido utilizado para el pago del alquiler y existen deudas pendientes de servicios no abonados

o reparaciones para realizar en el inmueble el locatario deberá abonar los mismos en caso de que correspondiere.

En cuanto al congelamiento del monto del alquiler, es de práctica normal y habitual que las partes firmen convenios de locación en donde quede estipulado el aumento de los mismos cada seis meses con lo cual solo sería de aplicación el congelamiento del monto del convenio en el supuesto de no haber contemplado esta situación por las partes.

V. Bibliografía

<https://rednoalaexplotacion.wordpress.com/2015/04/13/art-75-inciso-22-en-argentina-declaraciones-convenciones-y-pactos-complementarios-de-derechos-y-garantias/>.

<https://listadodirecto.com/info/modelo-contrato-alquiler-locacion-vivienda/>.

<https://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primer/227247/20200329>.

Mora contractual y coronavirus

Claudio Fabricio Leiva

Sumario: I. Objetivos del presente trabajo.— II. La noción de mora en el marco del Código Civil y Comercial de la Nación.— III. Nociones implicadas en el incumplimiento obligacional (contractual).— IV. Mora e incumplimiento obligacional (contractual).— V. El caso fortuito o fuerza mayor como eximente de responsabilidad contractual.— VI. Influencia de la pandemia en materia de mora.— VII. Reflexiones finales.

I. Objetivos del presente trabajo

En estas líneas, pretendemos plantear algunos interrogantes acerca de la temática que anticipamos en el título: incidencia de la pandemia provocada por el COVID-19 en la vida de las personas que han asumido vínculos obligacionales, y más propiamente, de origen contractual.

El día 11/03/2020, la Organización Mundial de la Salud (OMS) declaró el brote del nuevo coronavirus como una pandemia, y sin vacilaciones, varios Estados dictaron normas (leyes, decretos, resoluciones) ante la emergencia, algunas direccionadas exclusivamente al área de la salud, para evitar el crecimiento de la propagación de la pandemia, otras al área laboral, en vista a resguardar derechos de los trabajadores, y otras tantas, a regular la relación de consumo, frente a los abusos de precios (1).

(1) ITALIANO, Matías A., “De la constitucionalidad del aislamiento social, preventivo y obligatorio”, LA LEY 02/04/2020, 7. Para este autor, el DNU 297/2020 resulta constitucional y cumple con el debido proceso adjetivo y sustantivo antes mencionado. Esta norma cumple los requisitos que permiten la justificación del dictado de un decreto de las características en estudio: por un lado, la existencia de una necesidad que coloque al gobernante ante la decisión extrema de emitir normas para superar una grave crisis o situación que afecte la subsistencia y continuidad del Estado o de grave riesgo social; en tal sentido, la emisión del acto ha de ser inevitable e imprescindible, y su no dictado, ser susceptible de generar consecuencias de muy difícil, sino imposible, reparación ulterior; por otro lado, una proporción adecuada entre la finalidad perseguida y las medidas que prescribe el reglamento; y, por último, la premura con que deben dictarse las normas para evitar o prevenir graves riesgos comunitarios. Advierte, además, que, de la gravedad de

Puntualmente, nos ocuparemos del funcionamiento de la mora contractual ante esta situación que ha sorprendido por la rapidez con la que el Virus se propaga, produciendo serias consecuencias no solo en materia de salud pública, sino también en materia económica, y obligando a los Estados a adoptar medidas acordes con la situación por todos conocida, poniéndose en jaque, en muchas circunstancias, la validez constitucional del medio utilizado para disponer dichas medidas, como son los decretos de necesidad y urgencia regulados en el art. 99, inc. 3º de la CN.

El decreto de necesidad y urgencia (DNU) 260/2020 puso en marcha el mecanismo estatal de mitigación de la pandemia a través de diversas medidas de gobierno que no pueden transitar el trámite ordinario legislativo, debido a la velocidad de los acontecimientos y la imperiosa necesidad de neutralizar lo que podría calificarse como una auténtica emergencia sanitaria, sin precedentes. Luego, el DNU 297/2020 estableció el denominado el aislamiento social preventivo y obligatorio, desde el 20 al 31/03/2020,

la emergencia, surge la necesidad de soluciones urgentes y perentorias, y estas normalmente son incompatibles con los tiempos de los trámites legislativos. No se debe perder de vista que el propio decreto hace referencia a que la dinámica de la pandemia y su impacto sobre la salud pública hacen imposible seguir con el trámite para la sanción de las leyes. Por ello, resulta de importancia un rol activo del Congreso Nacional, independientemente del control normado por la ley nacional 26.122. (Puede verse también: WERNER, Alexis M., “Cuando la emergencia sanitaria es verdaderamente un estado de “necesidad y urgencia”: ¿respetan las pautas constitucionales los decretos de necesidad y urgencia 260/2020, 274/2020 y 297/2020?”, LA LEY, 07/04/2020, 1, AR/DOC/899/2020)

para ser extendido hasta el 12/04/2020 por el DNU 325/2020, que, a su vez, fue prorrogado por el DNU 355/2020 hasta el día 26/04/2020, y nuevamente prorrogado por el DNU 408/2020 hasta el 10/05/2020 (2).

Nos abocaremos, entonces, a delinear algunos puntos certeros sobre la mora contractual y, a partir de estas nociones, determinar qué efectos produce la pandemia: ¿puede hablarse técnicamente de mora? ¿Hay caso fortuito o fuerza mayor? ¿Hay imposibilidad de cumplimiento?

II. La noción de mora en el marco del Código Civil y Comercial de la Nación

Siguiendo a Wierzba, la mora ha sido definida como el retardo imputable al deudor, que no impide su cumplimiento posterior. Se trata de un estado transitorio, que se diferencia del mero retraso pues resulta imputable al incumplidor, es decir, concurre un factor de atribución, y cuenta con relevancia jurídica, en tanto el acreedor aún mantiene interés el cumplimiento posterior.

La mora del deudor, que es la que se presenta con mayor frecuencia, ha sido definida como una situación específica de incumplimiento relativo en donde se afecta el término de cumplimiento (plazo), con responsabilidad en el deudor y caracterizada por el interés que aún guarda el acreedor en tal cumplimiento.

(2) Boico reseña que el DNU 260/2020 amplió la emergencia sanitaria declarada por ley 27.541 (art. 1º); facultó a la autoridad sanitaria a realizar distintas acciones tendientes a mitigar los efectos de la pandemia (art. 2º), a través de mecanismos de difusión pública, de coordinación y suministro de medicamentos, contrataciones de personal de la salud y técnicos especializados, adquisición directa de bienes, servicios y equipamientos necesarios para atender la emergencia, recomendaciones de todo tipo referentes a la pandemia, entre otras; previó un aislamiento obligatorio, como acción preventiva, por el plazo de catorce [14] días, para los que revistan como casos sospechosos, quienes posean confirmación de haber contraído el COVID-19, contactos estrechos, etc. (art. 7º); dispuso la obligación de reportar síntomas (art. 8º); la suspensión temporaria de vuelos (art. 9º); la coordinación de los distintos Ministerios (arts. 11 a 15); la suspensión de eventos masivos (art. 18); y las consecuencias de la infracción de normas de emergencia sanitaria (art. 22). De él también se desprende una serie importante de normas. (BOICO, Roberto J., "Constitución, coronavirus y aislamiento obligatorio", LA LEY 06/04/2020, 1).

1. Retardo o retraso: la demora en el cumplimiento caracteriza a la mora. Tiene lugar cuando la obligación se ha tornado exigible por vencimiento de su plazo o por cumplimiento de la condición suspensiva y permanece temporalmente insatisfecha la prestación.

2. Factor de atribución: tradicionalmente se afirmaba que la inexecución debía ser imputable al deudor a título de culpa o dolo. No obstante, una posición mayoritaria, que probablemente quede consolidada en base al régimen establecido por el Cód. Civ. y Com., considera suficiente la presencia de un factor de atribución subjetivo (culpa o dolo), o bien objetivo (p. ej., riesgo creado, garantía, seguridad), para que se configure la situación jurídica de mora. En este sentido, debe distinguirse la situación de las obligaciones de medios o de diligencia (art. 774, inc. a del Cód. Civ. y Com.), donde el factor imputativo es subjetivo y basado en la culpabilidad, del caso de obligaciones de resultado, donde se aplica un factor de atribución objetivo (art. 774, incs. b y c del Cód. Civ. y Com.). Este criterio, sería aplicable tanto a la mora, como al incumplimiento absoluto y a la responsabilidad civil que pudiere derivar en ambos casos.

Cualquiera sea el factor de atribución aplicable, no habrá mora si el retardo deviene del caso fortuito o fuerza mayor. Tampoco la habrá, si para el cumplimiento de la prestación a cargo del deudor resultaba necesaria la cooperación por parte del acreedor, que no cumplió con la misma, como un deber impuesto por la buena fe.

3. Interés del acreedor en el cumplimiento: si debido a la demora el acreedor ha perdido todo interés en el cumplimiento de la obligación, no corresponde ya hablar de mora sino de incumplimiento definitivo. Es el caso de las obligaciones de plazo esencial en las que la mora no tiene cabida por cuanto la ejecución de la prestación fuera de término impide en forma absoluta satisfacer el interés del acreedor (p. ej.,: entrega del vestido de novia el día posterior al casamiento, o la orquesta contratada para la bola cuyos integrantes no concurren ese día, pretendiendo hacerlo con posterioridad) (3).

(3) WIERZBA, Sandra M., "Régimen actual de la mora", SJA 10/05/2017, 1, JA 2017-II, 1036; CALVO COSTA, Car-

Este último supuesto tiene una regulación especial en materia de resolución por incumplimiento, pues el art. 1084 lo prevé expresamente como un supuesto de incumplimiento esencial en orden a la obtención de la finalidad del contrato en el inc. b) al precisar que “el cumplimiento tempestivo de la prestación es condición del mantenimiento del interés del acreedor”, y en materia de cláusula resolutoria implícita, si se trata de un plazo esencial, no se requiere del emplazamiento previsto en el art. 1088, inc. c), pues se trata de respetar el interés del acreedor que no puede concretarse en un cumplimiento ulterior al inicialmente previsto. En este caso, la resolución total o parcial del contrato se produce cuando el acreedor la declara y la comunicación es recibida por la otra parte.

En este orden de ideas, sostiene Pizarro que la mora es una situación eminentemente dinámica y transitoria, que habrá de concluir en el cumplimiento tardío, o en la realización de ofertas reales de cumplimiento, o en la renuncia del acreedor a los derechos que le confiere el estado de mora de su deudor, o en el incumplimiento definitivo. Pertenece, de tal modo, al género de los incumplimientos relativos. A diferencia del incumplimiento absoluto (o definitivo), que tiene carácter irreversible, la situación de mora presupone una prestación exigible, pero retardada en su ejecución temporal por causas imputables al deudor, que todavía es posible y útil para satisfacer el interés del acreedor. De allí su inescindible asociación a la idea de cumplimiento tardío (4).

Ahora bien, delimitada la noción de mora, ingresaremos en el bosquejo de los grandes lineamientos de su regulación en el Cód. Civ. y Com.

El Código no ha definido la mora del deudor. Por lo tanto, a partir de los textos relacionados con ella, es posible definirla como la situación de retraso que se produce por el solo transcurso del tiempo fijado para el cumplimiento sin que el deudor, por causa imputable, haya satisfecho

los A., “Derecho de las obligaciones”, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2016, t. 1, ps. 421 y ss.

(4) PIZARRO, Ramón D., “La mora del deudor en el Proyecto de Código”, LA LEY 2012-E-872.

el interés lícito del acreedor, que tiene derecho a demandar la ejecución forzada específica y, en su caso, la reparación del daño moratorio. Entre ellos los arts. 724 (definición de obligación), 730 (efectos de la obligación con relación al acreedor), 871 (tiempo de pago), 886 a 888 (mora del deudor), 899, inc. d (presunción de pago del daño moratorio), etc. (5).

El art. 886 dispone: “Mora del deudor. Principio. Mora automática. Mora del acreedor. La mora del deudor se produce por el solo transcurso del tiempo fijado para el cumplimiento de la obligación”, estableciendo en el párr. 2º: “El acreedor incurre en mora si el deudor le efectúa una oferta de pago de conformidad con el art. 867 y se rehúsa injustificadamente a recibirlo”.

El art. 887 regula las excepciones al principio general. “Excepciones al principio de la mora automática. La regla de la mora automática no rige respecto de las obligaciones:

a. Sujetas a plazo tácito; si el plazo no está expresamente determinado, pero resulta tácitamente de la naturaleza y circunstancias de la obligación, en la fecha que, conforme a los usos y a la buena fe, debe cumplirse;

b. Sujetas a plazo indeterminado propiamente dicho; si no hay plazo, el juez a pedido de parte, lo debe fijar mediante el procedimiento más breve que prevea la ley local, a menos que el acreedor opte por acumular las acciones de fijación de plazo y de cumplimiento, en cuyo caso el deudor queda constituido en mora en la fecha indicada por la sentencia para el cumplimiento de la obligación.

En caso de duda respecto a si el plazo es tácito o indeterminado propiamente dicho, se considera que es tácito”.

En el Cód. Civ. y Com., la mora recibe un tratamiento general dentro del campo obligacional, por considerarse un concepto aplicable a un género de situaciones muy amplio, que excede el ámbito de la responsabilidad civil. Metodológicamente, se ubica su tratamiento dentro

(5) WAYAR, Ernesto C., “Mora: ejecución forzada específica y cumplimiento por equivalente”, LA LEY 2016-F-735.

de una sección especial del capítulo correspondiente al tratamiento del “Pago” (6).

Pizarro advierte que el Código adopta un enfoque dogmático y metodológico realista del fenómeno obligacional, del cumplimiento y del incumplimiento absoluto o relativo, debe conducir a emplazar a dichas figuras en una etapa previa a la posible responsabilidad civil que pueda derivar de estas últimas situaciones jurídicas. El cumplimiento supone ejecución de la prestación fiel, exacta y puntual por parte del obligado y consiguiente extinción de la obligación, satisfacción del interés del acreedor y liberación del deudor como de manera muy depurada lo pone de relieve el art. 880 del Cód. Civ. y Com. Es a partir de la falta de cumplimiento obligacional (o sea del incumplimiento, absoluto o relativo) que se desarrollan todos los efectos que hacen a la tutela satisfactiva, resolutoria y resarcitoria del crédito, y también algunos que hacen a la llamada tutela conservatoria del mismo (7).

El art. 871 regula dentro de la exactitud del pago el principio de temporalidad, en estos términos: “Tiempo del pago. El pago debe hacerse:

(6) WIERZBA, Sandra M., “Régimen actual de la mora”, SJA 10/05/2017, 1, JA 2017-II-1036. Wayar sostiene que “ahora el régimen de la mora está situado, ya no entre los primeros artículos del Título de las obligaciones, sino en el cap. 4º a continuación de las disposiciones generales relativas al pago. De esta ubicación se puede colegir que, llegado el tiempo de cumplimiento, la consecuencia normal debe ser el pago (arts. 865, 866); en su defecto o ausencia, hay incumplimiento, una de cuyas especies es la mora (art. 886), incumplimiento que abre camino, entre otros importantes efectos, a la responsabilidad del deudor. Ahora bien, habiéndose unificado el régimen de responsabilidad con la supresión de las órbitas, el régimen de la acción de reparación del daño por incumplimiento debe reunir requisitos y producir efectos similares o análogos al régimen de la acción para reclamar la indemnización del daño que tiene su fuente en la violación del deber general de no dañar (art. 1716). Sin embargo, cuestiones puntuales, como la ‘reserva’ mencionada en el art. 899, inc. d, en caso de recepción de un pago tardío y la figura del cumplimiento por equivalente, que se infiere, entre otros, de los arts. 781 y 782, imponen la necesidad de efectuar una serie de distingos. Nos proponemos formular algunas breves reflexiones sobre estos temas”. (WAYAR, Ernesto C., “Mora: ejecución forzada específica y cumplimiento por equivalente”, LA LEY 2016-F-735).

(7) PIZARRO, Ramón D., “La mora del deudor en el Proyecto de Código”, LA LEY 2012-E-872.

a. Si la obligación es de exigibilidad inmediata, en el momento de su nacimiento; b. si hay un plazo determinado, cierto o incierto, el día de su vencimiento; c. si el plazo es tácito, en el tiempo en que, según la naturaleza y circunstancias de la obligación, debe cumplirse; d. si el plazo es indeterminado, en el tiempo que fije el juez, a solicitud de cualquiera de las partes, mediante el procedimiento más breve que prevea la ley local”.

En materia de obligaciones de exigibilidad inmediata, se entiende que deben ser cumplidas en el momento de su nacimiento. Se identificaban con las obligaciones puras y simples, que son aquellas no sujetas a modalidad alguna y en su caso, tradicionalmente se requería de interpelación para la constitución en mora. El ejemplo clásico y que generó, incluso, discusiones en la jurisprudencia, fue el de los honorarios del abogado o del escribano, cuando no se había previsto un plazo, muchos entendían que había que interpelar para constituir en mora, teniendo repercusión si la mora era automática o no, en aquellos casos en que había un proceso inflacionario en que de exigirse la interpelación, la deuda podía quedar licuada si transcurría algún tiempo por efecto del deterioro del poder adquisitivo de la moneda.

Para el Cód. Civ. y Com., si la obligación es de exigibilidad inmediata y el deudor no cumple, se presume que el acreedor no ha consentido tal situación, evitándose, de este modo, el hecho que además de soportar el incumplimiento, se interprete que el acreedor ha otorgado un plazo tácito de cumplimiento. Con esta solución normativa, queda claro que el acreedor no debe interpelar al deudor como requisito para la constitución en mora en estos casos.

En las obligaciones a plazo determinado, cierto o incierto, el plazo debe ser expreso, es decir que su determinación debe resultar en forma explícita, sea por un acuerdo entre las partes, por disposición legal, etc. En estos supuestos, la mora opera automáticamente y el pago debe efectivizarse el día de su vencimiento.

Dentro de esta categoría, el Cód. Civil incluye: a) Obligaciones a plazo cierto, que son aquellas en las que el término se ha fijado para una fecha determinada, o bien este se computa desde

la fecha de la obligación u otra cierta; b) Obligaciones de plazo incierto, son aquellas referidas a un hecho futuro necesario, que no se sabe exactamente cuándo tendrá lugar.

La mora es automática en las obligaciones a plazo determinado, cierto o incierto, superando, con esta regulación, las discusiones doctrinarias que se habían generado en torno a si en las obligaciones de plazo incierto, había o no que interpelar, si la mora era automática, o bien si había que enviar una comunicación recepticia al deudor como una derivación de la buena fe a fin de que tomara conocimiento del acaecimiento del hecho que producía el vencimiento de la obligación (8).

En los supuestos de plazo indeterminado, como es el ejemplo del pago a mejor fortuna, el acreedor, transcurrido un plazo razonable sin que el hecho que produce el vencimiento de la obligación haya acaecido, puede solicitar al juez la fijación del plazo para que el deudor cumpla. Esta solución estaba contenida en el art. 509 del Cód. Civil derogado, reformado por la ley 17.711 de 1968.

Como novedad, se incorpora la posibilidad de que cualquiera de las partes solicite la fijación del plazo, es decir, tanto el acreedor, como el deudor, cuestión que venía siendo admitida por la doctrina. El acreedor puede acumular la acción de fijación de plazo con la acción de cumplimiento.

En los casos de plazo tácito, que son aquellos en los que el plazo se infiere de la naturaleza y circunstancias de la obligación, tradicionalmente, no había duda de que se debía recurrir a la interpelación para constituir en mora al deudor, cuestión reafirmada en el art. 509, párr. 2º del Cód. Civil de Vélez, de acuerdo con la modificación introducida por la ley 17.711.

En el caso del art. 871, inc. c) del Cód. Civ. y Com., la mora en este tipo de obligaciones se produce “en el tiempo en que, según la naturaleza y circunstancias de la obligación, debe cumplirse”, en concordancia con lo dispuesto por el

art. 887, inc. a) en que se precisa que “si el plazo no está expresamente determinado, pero resulta tácitamente de la naturaleza y circunstancias de la obligación, en la fecha que, conforme a los usos y a la buena fe, debe cumplirse”. Esta solución no era la prevista originalmente en el Anteproyecto del Cód. Civ. y Com., elaborado por la Comisión redactora (9).

Las obligaciones a plazo tácito son aquellas en las que el plazo no está expresamente determinado, pero resulta tácitamente de la naturaleza y circunstancias de la obligación, como, por ejemplo, la contratación de un albañil para la realización de una pileta, en donde no se ha fijado un plazo, pero surge implícitamente de la naturaleza de la obligación que debe estar terminada para ser utilizada en el verano. Este plazo vence en la fecha que, conforme a los usos y a la buena fe, la obligación deba cumplirse.

Esta disposición genera enormes discusiones, en cuanto plantea serias dudas acerca de cómo y quién determinaría la producción de la mora en este supuesto.

Es así que la doctrina ha entendido que hubiera sido preferible conservar la redacción del Cód. Civil originario, que exigía interpelación para la constitución en mora en estos casos. De hecho, la interpelación seguirá siendo necesaria una vez vencido el plazo previsto en dicha disposición, pues sus pautas impiden establecer de manera inequívoca en qué momento se produce la mora en las obligaciones a plazo tácito (10).

En este supuesto, y a fin de evitar equívocos o confusiones, remarcamos que se estima conveniente que el acreedor interpele al deudor para constituirlo en mora, tal como se venía haciendo en aplicación del art. 509, apart. 2º del Cód. Civil derogado, de acuerdo con la modificación de la ley 17.711 (11).

(9) PIZARRO, Ramón D., “La mora del deudor en el Proyecto de Código”, LA LEY 2012-E-872.

(10) WIERZBA, Sandra M., “Régimen actual de la mora”, SJA 10/05/2017, 1, JA 2017-II-1036.

(11) CALVO COSTA, Carlos A., “Derecho de las obligaciones”, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2016, t. 1, p. 428-429.

(8) WIERZBA, Sandra M., “Régimen actual de la mora”, SJA 10/05/2017, 1, JA 2017-II-1036.

III. Nociones implicadas en el incumplimiento obligacional (contractual)

La palabra comprometida libremente por las partes en el contrato debe ser respetada, pero su aplicación no puede ser mecánica ni indiscriminada, puesto que no debemos olvidar que dentro del ordenamiento jurídico existen otras normas rectoras que el juzgador tiene el deber de no omitir, como es la previsión del art. 10 del Cód. Civ. y Com., según el cual los derechos que pretendan ser reconocidos no revisten un carácter absoluto, sino que su ejercicio debe ser regular, es decir, adecuado a los fines que se han tenido en vista al reconocerlos, y destacando principalmente que, en materia negocial, esa aplicación regular, debe ser efectuada con las reglas de la seriedad, lealtad, probidad y buena fe, principios todos ellos que deben presidir los contratos, y en general, todos los actos jurídicos (12).

Las partes también deben ceñir su conducta a las exigencias de la recíproca lealtad, debiendo cumplir sus obligaciones sin apartarse de esa buena fe-probidad. No solo de esta forma deben cumplirse los contratos, sino que además deben concertarse sin lesionar esas exigencias de la buena fe del tráfico jurídico. La exteriorización de la voluntad será en forma honesta y razonable, constituyendo un imperativo de justicia y de seguridad en el ámbito de los tratos, como así también en el ámbito de todo el derecho privado (13).

Como pauta general, puede sostenerse que la observancia de la buena fe objetiva de parte de los contratantes (acreedor y deudor) significa que el acreedor no debe pretender más en el ejercicio de su crédito y el deudor no puede dar menos en el cumplimiento de la obligación, de lo que exige el sentido de la probidad, teniendo en cuenta lo que la finalidad del contrato requiere.

La buena fe objetiva es una regla del comportamiento a la cual deben atenerse las partes

(12) MOSSET ITURRASPE, Jorge - PIEDECASAS, Miguel A., "Responsabilidad contractual", Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2007, ps. 159 y ss.

(13) LÓPEZ FIDANZA, Alberto J., "El principio de la buena fe", LA LEY 24/08/2004, 1.

del contrato, y más en general, los supuestos de cualquier relación obligacional.

Por su naturaleza de cláusula general, la buena fe no impone, sin embargo, un comportamiento de contenido prestablecido, sino que encierra comportamientos diversos, positivos u omisivos, en relación con las concretas circunstancias de actuación del vínculo obligacional. De allí que, aplicada en la fase de ejecución del contrato, la buena fe es siempre una regla objetiva que concurre a determinar el comportamiento debido (14).

El incumplimiento puede ser definido como la situación anormal de la relación de obligación, originada en la conducta antijurídica de cualquiera de los sujetos vinculados que impide u obstaculiza su realización. Tal incumplimiento incide sobre el vínculo en dos sentidos: extinguiéndolo, frustrando al acreedor, o prolongándolo, impidiendo la liberación del deudor. Es siempre conducta contraria al derecho, con fuerza suficiente para modificar el desenlace normal de la obligación que nació para cumplirse, pero que puede tener un fin muy distinto (15).

El incumplimiento objetivo obligacional, en cualquiera de sus manifestaciones, importa una violación al derecho de crédito y constituye siempre, en sí propio, una conducta antijurídica. Quien incumple una obligación en forma absoluta o relativa, total o parcial, obra antijurídicamente pues contraviene los deberes que le atañen derivados de un vínculo preexistente, salvo que medie una causa de justificación relevante. Idénticas consideraciones caben respecto

(14) MAYO, Jorge A., "La buena fe en la ejecución de los contratos", DJ 2002, 3, 1061.

(15) NICOLAU, Noemí, "El incumplimiento considerado en sí propio y la concepción objetiva del contrato", en El incumplimiento considerado en sí propio. Perspectivas de la responsabilidad civil contemporánea, Número especial de Responsabilidad Civil y Seguros, "Homenaje al Dr. Atilio Aníbal Alterini", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2009, ps. 307 y ss. En esta misma obra, puede verse: CIURO CALDANI, Miguel Ángel, "Perspectivas integrativistas del incumplimiento considerado en sí propio", ps. 111 y ss.; CASIELLO, Juan José, "El incumplimiento de la obligación ¿es un ilícito?", ps. 97 y ss.; PARELLADA, Carlos, "El incumplimiento considerado en sí propio (enfoque objetivo del ilícito civil)", ps. 355 y ss.

del incumplimiento contractual, en sentido estricto: quien incumple un contrato no obra conforme al ordenamiento jurídico. Los aspectos valorativos que hacen a dicho incumplimiento (los parámetros axiológicos que pueden llevar a tornarlo relevante para el derecho-dolo, culpa, factores objetivos de atribución) que, conjugados con otros presupuestos pueden generar, eventualmente, responsabilidad civil u otros posibles efectos, constituyen una cuestión distinta al incumplimiento objetivamente considerado.

Minoritariamente, se ha dicho que el incumplimiento contractual estaría emplazado fuera del campo de la antijuridicidad (ilicitud), pues el deudor tendría siempre la alternativa de cumplir o no cumplir, en cuyo caso, quedaría sometido a la indemnización correspondiente. Ese razonamiento no parece correcto: en el estado actual de la doctrina, no cabe duda de que quien incumple un contrato, procede ilícitamente, contrariando la previsión del art. 1197 del Cód. Civil (hoy arts. 958 y 959 del Cód. Civ. y Com.), lo que permite al acreedor imponer al deudor el cumplimiento que, de no ser realizado, le acarreará la sanción indemnizatoria como remedio subsidiario (arts. 505 y cc. del Cód. Civil; 730 y cc. del Cód. Civ. y Com.).

El incumplimiento obligacional importa siempre una noción objetiva, por cuanto constituye la violación de una obligación preexistente y consecuentemente, del derecho de crédito del acreedor. Si bien ordinariamente es provocado por el deudor, nada impide que pueda reconocer su origen en la propia conducta de acreedor o de un tercero extraño (16).

(16) "El incumplimiento obligacional ocupa un lugar preponderante dentro de la teoría general de la obligación. Su tratamiento requiere, hoy más que nunca, una visión congruente por parte de los operadores jurídicos, y, al decir de Pantaleón Prieto, la formulación de una disciplina sustancialmente unitaria para toda desviación del programa contractual (obligacional). Una vez gestada la obligación, surge la necesidad de su cumplimiento voluntario, lo cual significa que el deudor habrá de cumplir espontáneamente como de ordinario ocurre, el deber jurídico que pesa sobre él, dando satisfacción al interés del acreedor. Ante el incumplimiento de dicha prestación, parece lógico y razonable sentar un principio fundamental: como regla, el deudor debe asumir las consecuencias económicas negativas que su actitud ha generado al acreedor. Parece claro, a esta altura, que toda la teoría

En el art. 865 del Cód. Civ. y Com. se dispone: "Definición. Pago es el cumplimiento de la prestación que constituye el objeto de la obligación". El objeto de la obligación es un plan de conducta, que debe luego ser concretado. Estos dos "momentos" siempre existen, aun cuando la obligación nazca y se extinga en un mismo instante, pues es posible separarlos intelectualmente.

Siendo que el pago es el cumplimiento fiel y exacto de la prestación, y que constituye un acto jurídico (art. 856), para que se verifique deben concurrir las siguientes circunstancias.

a) El objeto. Realización de la conducta proyectada. Se trata del hecho material (dar, hacer o no hacer) que debe ser obrado tal cual estaba previsto (originariamente, o en función de alguna modificación que hubiera acontecido), por lo cual debe reunir los requisitos de identidad, integridad, puntualidad y localización (art. 867).

b) El sujeto que realiza el pago (solvens): el deudor. Debe ser el deudor (o su representante) quien obre la conducta. Si él no lo hace y es otro quien actúa (aun cuando el acreedor lo reciba),

del incumplimiento contractual debe necesariamente redimensionar el valor del incumplimiento, como noción jurídica idónea para producir numerosos y muy importantes efectos jurídicos. Y, lo que es igualmente trascendente, como elemento aglutinador a partir del cual pueda elaborarse una regulación armónica y adecuada de sus efectos. La responsabilidad por incumplimiento contractual (obligacional) es uno de los grandes instrumentos jurídicos que deben utilizarse para la defensa de la seguridad y de la celeridad del tráfico jurídico. A través de una política adecuada, que mire con disfavor el incumplimiento obligacional, podrá inducirse a las partes a comportarse con la diligencia que requiere el tráfico moderno, en las actuales condiciones de mercado, con indudable beneficio para toda la comunidad, merced a la incidencia que ello tiene en la idónea redistribución de los recursos económicos. La responsabilidad, el daño, la diligencia y la buena fe no son otra cosa que los términos de una ecuación; y al variar su valor se obtiene el modelo de responsabilidad que mejor puede ser utilizado para lograr una óptima y más rápida distribución de los recursos. Esta idea lleva a una conclusión todavía más extrema, que habremos de exponer oportunamente: la necesidad de una mayor objetivación de las bases de una responsabilidad civil por incumplimiento obligacional, que de hecho tiende a concretar en nuestro sistema". (PIZARRO, Ramón D. - VALLESPINOS, Carlos G., "Instituciones de Derecho Privado. Obligaciones", Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2006, t. II, ps. 485 y ss.).

no puede predicarse con propiedad la existencia de pago, al menos de la obligación tal cual se encontraba primigeniamente proyectada (podría existir una modificación de la obligación); y se abre un interesante abanico de posibilidades y situaciones; algunas, inclusive, con efecto extintivo de la obligación. Resulta, por cierto, acertado desde lo conceptual que en el Cód. Civ. y Com. el antes mal llamado pago por tercero, sea ahora denominado como “ejecución de la prestación por un tercero” (arts. 881 y 882), agregándose que no extingue el crédito. Si bien ello no es así en todos los casos, de todas maneras, deja en claro que debe ser el deudor quien obre la conducta debida, caso en el cual habrá “pago”.

c) La recepción de la prestación por el acreedor y otros legitimados. En principio es el acreedor quien debe recibir la prestación, entendido el vocablo recepción en sentido amplio, incluso de las obligaciones de no hacer o de hacer no cosificadas. También, aunque en los hechos no lo haga, cuando se produce a favor de alguno de los sujetos indicados en el art. 883, e inclusive en el supuesto de pago por consignación (art. 907), pues en todos los casos la prestación ingresa al patrimonio del acreedor. No es la satisfacción del interés del acreedor lo que siempre importa, sino la recepción de la prestación, que es algo a veces diferente.

d) Forma del pago. En principio es un acto no formal, pero si se ha impuesto alguna forma bajo pena de nulidad, el acto no será válido, y, por ende, no habrá cumplimiento (17).

En el régimen del Cód. Civ. y Com., se diferencia el incumplimiento relativo (configurado por la mora) y el incumplimiento absoluto. Este último se encuentra emplazado en los modos extintivos de la obligación y se establece que, si es por “causas imputables al deudor”, nace la responsabilidad de este (art. 955), de modo que el factor de atribución puede ser subjetivo u objetivo.

Advierte Ossola que, en el Cód. Civil, de corte netamente subjetivista, se empleaban las expresiones “con culpa” y “sin culpa” del deudor, mientras que en el Cód. Civ. y Com. se hace re-

ferencia, en general, a las causas “imputables” al deudor o al acreedor (arts. 888, 955, etc.), lo que resulta técnicamente adecuado, pues permite considerar ambos factores de atribución, más si se tiene en cuenta la distinción entre obligaciones de medios y de resultados.

Es relevante el efecto de la imposibilidad absoluta imputable al deudor: la obligación modifica su objeto, convirtiéndose en la de pagar daños y perjuicios. De manera algo confusa se ha receptado la doctrina del *id quod interest*, porque, en rigor de verdad, la modificación obligatoria a la que se hace referencia únicamente puede predicarse del valor de la prestación debida, que ha resultado frustrada a raíz del incumplimiento, y desde esta óptica, se estaría ante un equivalente dinerario, y no con una indemnización de daños y perjuicios. La expresión de la norma es, en parte, contradictoria, pero lo relevante es la consideración de la modificación de la obligación, pues no se señala que se extinga por la imposibilidad, sino que se convierte. En definitiva, no obsta a que se adicione la responsabilidad por otros daños derivados del incumplimiento obligacional, que se rigen por lo dispuesto en los arts. 1708 y ss. del Cód. Civ. y Com. (18).

IV. Mora e incumplimiento obligacional (contractual)

Conforme a lo que venimos exponiendo, la mora queda configurada como una situación, y no un mero hecho circunstancial, que parte de un incumplimiento que es el retardo, es decir, es un retraso temporal del cumplimiento en el plazo correspondiente a esa obligación.

Existe, entonces, una relación de género a especie, entre el incumplimiento y la mora, pues esta se identifica con el incumplimiento relativo de la obligación, pues se viola el principio de temporalidad que hace a la exactitud del pago por el deudor.

Es un incumplimiento relativo en tanto no está sellada la suerte de la obligación, toda vez que el acreedor aún guarda interés en el posterior cumplimiento de la prestación.

(17) OSSOLA, Federico A., “Responsabilidad por incumplimiento obligacional en el nuevo Código. Las bases de la teoría general”, RCyS 2016-IX-5.

(18) OSSOLA, Federico A., “La teoría general de las obligaciones en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación”, JA 2015-I-869.

Como componente de la mora, debe darse el retardo, tradicionalmente conocido como elemento objetivo, pero la mora no se identifica con el simple retraso, sino que debe adicionarse el factor de atribución subjetivo u objetivo. De allí que la doctrina ha destacado este aspecto, asignándole efectos diferentes al mero retardo y a la mora, encontrándose entre los efectos más importantes de esta última, la responsabilidad que la ley le impone al deudor por los daños que pudiera ocasionarle con ello al acreedor.

Apunta Wayar que cuando una obligación se encuentra en situación de mora, se retrasa el cumplimiento de la prestación debida, y por ello debe distinguirse del incumplimiento definitivo. La mora, en estricto sentido, se caracteriza por ser una situación en la que, a pesar del retraso, el cumplimiento específico, en especie, sea por la actuación del deudor o la de un tercero (art. 730, incs. a y b del Cód. Civ. y Com.) aún es materialmente posible y útil para el acreedor. Por el contrario, el incumplimiento definitivo se presenta cuando por razones físicas o jurídicas sobrevinientes a la formación del vínculo, no es posible realizar la prestación específica o, aun siendo posible, el acreedor ha perdido interés en percibirla.

Si el deudor constituido en mora no ofrece pagar lo que debe, el acreedor tiene, frente a tal incumplimiento, el derecho a obtener forzosamente la satisfacción de su interés (art. 724) empleando los medios legales a que se refiere el art. 733. Por lo general, incentivado seguramente por razones económicas, reclamará al mismo tiempo, en una sola demanda el cumplimiento específico y la reparación del daño moratorio, tal como está previsto en el art. 1747. Esa acumulación de acciones diluye el problema sobre el carácter accesorio de la acción indemnizatoria, sin perjuicio de que se prueben los requisitos propios de esta acción (daño, relación de causalidad, etc.) (19).

(19) WAYAR, Ernesto C., "Mora: ejecución forzada específica y cumplimiento por equivalente", LA LEY 2016-F-735.

V. El caso fortuito o fuerza mayor como elemento de responsabilidad contractual

El art. 1730 del Cód. Civ. y Com., define a la fuerza mayor en los siguientes términos: "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".

Esta norma define al caso fortuito y la fuerza mayor como un hecho imprevisible o que previsto no se pudo evitar y que al producirse exime del cumplimiento de la obligación al deudor que se ha visto afectado por ella no pudiendo cumplir con su obligación contractual, salvo disposición en contrario.

Hay caso fortuito o de fuerza mayor cuando un hecho imprevisible o inevitable, ajeno al presunto responsable, viene a constituirse en la verdadera causa adecuada del daño, y desplaza a la conducta del agente. En tal caso, el sindicado como responsable se exime totalmente de responsabilidad. De hecho, el hecho de la víctima y el de un tercero por quien no se debe responder únicamente exoneran si reúnen las notas tipificantes del caso fortuito.

Se está haciendo referencia a la misma cosa: un hecho que, por resultar imprevisible o inevitable, fractura totalmente la cadena causal y se constituye en la verdadera causa adecuada de los daños sufridos por la víctima. En tanto se reúnan tales caracteres, poco importa si la eximente es consecuencia de un hecho de la naturaleza (terremoto, inundación, etc.), o de acciones humanas ajenas al demandado, y que este no puede impedir (hecho del príncipe, etc.).

El caso fortuito o fuerza mayor presenta los siguientes caracteres:

a) Imprevisibilidad: Debe evaluarse teniendo en cuenta no lo que efectivamente previó el agente en el caso concreto, sino lo que podría haber previsto un hombre medio que estuviera en conocimiento de las circunstancias del caso.

b) Inevitabilidad: Si un hecho no ha podido preverse, entonces tampoco pudo evitarse, por lo que el hecho imprevisible es, lógicamente, también inevitable. Sin embargo, cuando el hecho ha sido previsto, se constituirá como caso fortuito o fuerza mayor en tanto y en cuanto constituya un obstáculo invencible, es decir, que el sindicado como responsable no pudo vencer o superar.

c) Ajenidad: El agente no debe haber colocado ningún antecedente idóneo que haga posible el suceso lesivo sobreviniente. El daño no debe haber sido facilitado por la culpa del responsable como que el supuesto caso fortuito no debe constituir una contingencia propia del riesgo de la cosa o la actividad. Este recaudo, si bien no es mencionado por la norma en estudio, surge del art. 1733, incs. d y e, del Cód. Civ. y Com.

El Código establece que, salvo disposición legal en contrario, el caso fortuito “exime de responsabilidad”, lo cual deja claro que siempre que existe un caso fortuito la exoneración es total. Este principio veda la aplicación de la llamada “teoría de la causalidad parcial”, que propicia la posibilidad de adscribir una parte de la eficacia causal al caso fortuito, y otra al hecho del sindicado como responsable. Esta tesis es ajena al sistema seguido por el Cód. Civ. y Com.; si el hecho fue irresistible para el demandado, entonces hay caso fortuito, y si no lo fue, o si fue originado por la culpa del sindicado como responsable, este último responde por el total del daño sufrido por la víctima (20).

Recordamos que el art. 1732 del Código establece: “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”.

(20) PICASSO, Sebastián - SÁENZ, Luis R., Comentario al art. 1730, en HERRERA, Marisa - CAMELO, Gustavo - PICASSO, Sebastián (dirs.), Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, Ed. Infojus, Buenos Aires, 2015, t. III, ps. 443-444.

Tanto en materia extracontractual como en la responsabilidad derivada del incumplimiento de obligaciones el caso fortuito exime de responsabilidad. Sin embargo, mientras que en el primer caso ese efecto deriva de la ruptura del nexo causal entre el obrar del sindicado como responsable y el daño (pues la verdadera causa adecuada del perjuicio viene a ser entonces el caso fortuito), en materia de obligaciones el casus únicamente libera en tanto y en cuanto genera un obstáculo insuperable para el cumplimiento de la prestación a cargo del deudor. La imposibilidad de cumplimiento causada por caso fortuito extingue la obligación (art. 955) y, precisamente por esa circunstancia, libera al solvens de responsabilidad, en tanto no subsiste ninguna obligación incumplida (art. 1732).

La imposibilidad debe ser sobrevinida, esto es, se debe haber producido luego de celebrado el vínculo obligatorio. Si es anterior o concomitante, entonces el negocio será nulo por imposibilidad de su objeto.

Debe ser objetiva, teniendo tal carácter cuando está constituida por un impedimento inherente a la prestación en sí y por sí considerada. Resultan irrelevantes las condiciones personales o patrimoniales propias del deudor, por ejemplo, insolvencia, en la medida en que ellas no se conecten de manera inmediata con la prestación en sí y por sí considerada. Además, la imposibilidad debe ser absoluta, es decir, la prestación no debe poder ser cumplida en modo alguno, y el impedimento no puede ser vencido por las fuerzas humanas.

El artículo impone que la imposibilidad debe apreciarse conforme a las exigencias de la buena fe y la prohibición del ejercicio abusivo de los derechos, a fin de atenuar el carácter absoluto de la imposibilidad, por ejemplo, en casos de la llamada “imposibilidad moral”, como en el ejemplo de la cantante cuyo hijo cae gravemente enfermo el día previsto para la representación.

Para que la imposibilidad exima, también se precisa que no sea imputable a la culpa del obligado (arts. 955 y 1732). Si la prestación se torna imposible por negligencia del deudor, la obligación subsiste, y el obligado deberá el valor de la prestación, aspecto que se regirá por las normas

referidas a la ejecución forzada y los mayores daños que pueda haber causado, con independencia de dicho valor (21).

Solo la imposibilidad definitiva libera totalmente de responsabilidad, pues la imposibilidad transitoria únicamente exime al obligado de la reparación de los daños causados por el retraso, salvo los casos especiales enunciados por el art. 956 (22) del Cód. Civ. y Com. (23).

Dicho en otros términos, el evento fortuito puede imposibilitar el cumplimiento de una obligación de manera definitiva o temporaria, lo que trae aparejados los siguientes efectos, también adecuados a la teoría general del caso fortuito: a) Imposibilidad definitiva: En los casos en que la obligación se extingue por imposibilidad del pago, se extingue no solo para el deudor, sino también para el acreedor a quien el deudor debe volver todo lo que hubiese recibido por motivo de la obligación extinguida. La obligación queda, entonces, extinguida para ambas partes; b) Imposibilidad temporaria: Si la imposibilidad es solamente temporaria, como en el supuesto de que la cosa perdida fuese hallada, la obligación renace en cabeza del deudor, quien podrá cumplirla útilmente, salvo que el acreedor, ante la demora, haya perdido el interés originario que tenía en el pago de la deuda (carencia de finalidad), o se haya prevalido de la facultad de disolver la obligación (24).

(21) PICASSO, Sebastián - SÁENZ, Luis R., Comentario al art. 1732, en HERRERA, Marisa - CARAMELO, Gustavo - PICASSO, Sebastián (dirs.), Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, Ed. Infojus, Buenos Aires, 2015, t. III, ps. 445 y ss.

(22) Art. 956: "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".

(23) PICASSO, Sebastián - SÁENZ, Luis R., Comentario al art. 1732, en HERRERA, Marisa - CARAMELO, Gustavo - PICASSO, Sebastián (dirs.), Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, Ed. Infojus, Buenos Aires, 2015, t. III, ps. 445 y ss.

(24) MAYO, Jorge, "La imposibilidad de cumplimiento objetiva y subjetiva. Absoluta y relativa", en Revista de Derecho Privado y Comunitario, 17, "Responsabilidad Contractual I", Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1998, ps. 33 y ss.

Para cerrar con el cuadro normativo en el que se enmarca el tema abordado en el presente trabajo, mencionamos el art. 1733 que bajo el acápite "Responsabilidad por caso fortuito o por imposibilidad de cumplimiento", dispone: "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 esta 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".

Destacamos que cuando el deudor se encuentra en mora al momento de configurarse la imposibilidad de cumplimiento, deberá responder igualmente frente al acreedor, ya que es consecuencia de que uno de los efectos de la mora es la traslación del riesgo de la prestación al solvens. Sin embargo, la norma permite, igualmente, que el deudor se exonere si la prestación habría perecido igualmente en caso de haberse encontrado en poder del acreedor (25).

En definitiva, 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 (art. 1730), y extinguir la obligación por imposibilidad sobrevenida (arts. 955 y 1732 del Cód. Civ. y Com.). En el ámbito extracontractual, es muy claro el art. 1730, 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 cau-

(25) PICASSO, Sebastián - SÁENZ, Luis R., Comentario al art. 1733, en HERRERA, Marisa - CARAMELO, Gustavo - PICASSO, Sebastián (dirs.), Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, Ed. Infojus, Buenos Aires, 2015, t. III, p. 448; SILVESTRE, Norma O. (dir.), "Obligaciones", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2016, ps. 518 y ss.

salidad para poder cargar sobre sus espaldas el deber de reparar el perjuicio (26).

VI. Influencia de la pandemia en materia de mora

Efectuadas las consideraciones pertinentes, queda evidenciado que la pandemia por la que atraviesa el mundo a raíz de la proliferación del COVID-19 es absorbida como un supuesto claro de caso fortuito o fuerza mayor, tal como se enuncia del art. 1730 del Cód. Civ. y Com., en tanto reviste los caracteres de imprevisible, inevitable y ajeno al ámbito del deudo en el plano obligacional.

Gasquet destaca el cambio significativo que ha provocado la pandemia del coronavirus sobre la vida de millones de personas en todo el mundo, lo cual lleva a preguntarse si esta situación nos enfrenta ante un nuevo paradigma de fuerza mayor que va a modificar las relaciones en todo el mundo y en particular en nuestro derecho positivo. La particularidad de esta pandemia es que la sociedad productiva ingresó en un estado de parálisis absoluto en que se encuentra sumida en la actualidad quedando afectado, prácticamente, de una manera permanente el desarrollo del proceso productivo. Los efectos permanentes del cambio climático en nuestro planeta, el significativo incremento de personas que se trasladan por todo el mundo, y la alta densidad poblacional en los grandes centros urbanos, que en el 2018 alcanzaba al 55% de la población mundial, son factores que han colaborado con la propagación de esta pandemia (27).

Como sostiene Calvo Costa, la imposibilidad de cumplimiento sobrevinida, objetiva, absoluta y definitiva de la obligación acarrea como principal efecto la extinción de la obligación, con la consiguiente liberación del deudor, en la

(26) CALVO COSTA, Carlos A., "Imposibilidad de cumplimiento, caso fortuito y fuerza mayor. Importancia y aplicación en situaciones de emergencia", LA LEY 28/04/2020, 1. Al respecto, puede verse: LÓPEZ MESA, Marcelo J., "Requisitos, efectos y prueba del caso fortuito en el nuevo Código", LA LEY 01/06/2015, AR/DOC/1563/2015.

(27) GASQUET, Pablo A., "El coronavirus: ¿un nuevo paradigma de fuerza mayor?", LL AR/DOC/997/2020.

medida en que esa imposibilidad sea producida por un caso fortuito o fuerza mayor y resulte totalmente ajena a la conducta del deudor. La configuración de la prueba liberatoria está a cargo del deudor, 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. La imposibilidad de cumplimiento resulta ser una consecuencia del caso fortuito, por lo cual el deudor deberá demostrar que ese hecho imprevisible, irresistible e inevitable le imposibilita cumplir con la prestación asumida (28).

Probada la existencia de un caso fortuito el acreedor que pretende hacer igualmente responsable al deudor deberá probar la irrelevancia del caso, ya sea por existencia de un pacto de asunción de él, o porque el deudor estaba constituido en mora antes del acaecimiento. El caso fortuito o fuerza mayor exime al deudor de responder; lo libera del cumplimiento de la obligación, como así también del deber de indemnizar los daños (29).

En la medida, entonces, en que el deudor haya incurrido en retardo en el cumplimiento de su obligación luego de la declaración de la pandemia y del aislamiento social preventivo y obligatorio, no habrá mora en cuanto faltará el factor de atribución, esto es, la razón o el motivo por el cual el ordenamiento jurídico le atribuye responsabilidad.

Distinta sería la cuestión si el deudor ya se encontrara en mora con anterioridad a la declaración de la pandemia y del aislamiento social preventivo y obligatorio, pues, habiendo ya incurrido en mora, no se libera de las consecuencias derivadas del caso fortuito que lo coloca en la situación de incumplimiento obligacional (contractual), salvo, como ya lo dijéramos, que si la prestación habría perecido igualmen-

(28) CALVO COSTA, Carlos A., "Imposibilidad de cumplimiento, caso fortuito y fuerza mayor. Importancia y aplicación en situaciones de emergencia", LA LEY 28/04/2020, 1.

(29) MAYO, Jorge, "La imposibilidad de cumplimiento objetiva y subjetiva. Absoluta y relativa", en Revista de Derecho Privado y Comunitario, 17, "Responsabilidad Contractual I", Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1998, ps. 33 y ss.

te en caso de haberse encontrado en poder del acreedor.

VII. Reflexiones finales

Hemos intentado formular una síntesis de la incidencia de la pandemia sobre el ámbito obligacional y/o contractual, teniendo como punto de partida las nociones generales sobre la mora, vinculada con el principio de temporalidad del pago, y diferenciando sus distintos requisitos y proyecciones.

Obviamente, el impacto de la pandemia por el COVID-19 en las relaciones jurídicas, en las vinculaciones personales y familiares y las consecuencias económicas y sociales sorprende a todos los operadores del Derecho, como a los otras especialidades, debido a que se trata de una situación que no tiene precedentes, debido, fundamentalmente, a la intensidad de las comunicaciones y la intensificación de las actividades desplegadas en distintos países, además de las notas características que tiene el virus en cuestión, en lo atinente a su terrible propagación.

En esta situación de emergencia, mencionamos que el DNU 320/2020 dispone la suspensión, en todo el territorio nacional, hasta el día 30 de septiembre del año en curso, de la ejecución de las sentencias judiciales cuyo objeto sea el desalojo de inmuebles de los individualizados en el art. 9º de este 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 alcanza 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.

Este Decreto adopta una medida excepcional en protección del locatario en que, en ciertos casos, dada la amplitud de la formulación de sus términos, la mora parece irrelevante, pues,

la norma tiene en cuenta aún aquel caso en que el locatario pueda ser desalojado por falta de pago, que es lo queda suspendido, lo que supone la existencia de un incumplimiento relativo, o retardo que puede ser imputable, o no, según los supuestos que se puedan presentar (30).

Hay problemas que, seguramente, no encontrarán una solución normativa clara, y será el momento en que los operadores jurídicos deban incentivar la creatividad a fin de encontrar la solución que compatibilice todos los intereses implicados. Sin embargo, ya la doctrina viene destacando una serie de instituciones que podrían aplicarse a los casos concretos que se vayan presentando, como son la imposibilidad de cumplimiento, o eventualmente la suspensión del mismo, la frustración de la finalidad y la teoría de la imprevisión, entre otros (31).

Como sostiene Caramelo, los contratos son instrumentos, herramientas para alcanzar determinados fines a través de conductas programadas de común acuerdo por las partes. Es razonable que se procure mantenerlos vigentes en tanto alcanzar todos o parte de los objetivos originariamente pactados sea razonablemente posible; pero debe subrayarse la exigencia de razonabilidad (32).

Una vez más, los hechos ponen a prueba el Derecho y exigen de parte de todos los operadores del Derecho la adaptación a las circunstancias que nos tocan vivir y que tienen, indudablemente, una repercusión en un sin número de supuestos en los que resultan puestos en pugna derechos fundamentales, incluso derivados de relaciones obligacionales y contrac-

(30) LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F., “*Annus horribilis*: la emergencia locativa en 2020 (La historia no se repite)”; LA LEY 14/04/2020, ps. 2 y ss.; ABATTI, Enrique L. - ROCCA, Ival (h.), “Emergencia locativa. DNU 320/2020. Suspensión de desalojos, prórroga de plazos contractuales, congelamiento de alquileres”; LA LEY 14/04/2020, ps. 5 y ss.; HERNÁNDEZ, Carlos A., “La emergencia en alquileres derivada del coronavirus. A propósito de las locaciones inmobiliarias. Pasado, presente y futuro”; LA LEY 14/04/2020, ps. 12 y ss.

(31) NÚÑEZ NAJLE, Fabio M., “Alquileres comerciales e imposibilidad de uso y goce derivada del COVID-19”; 22/04/2020, MJ/DOC/15298/AR; MJ15298.

(32) CAMELO, Gustavo, “El efecto mariposa y los contratos”; RC D 1599/2020.

tuales. Será hora de ponerse a prueba con las estrategias para la protección efectiva de los derechos, buscando soluciones que descansen en

la buena fe y el ejercicio regular de los derechos en el marco de una emergencia pública sin precedentes.

Thomson Reuters

Consecuencias jurídicas de la pandemia en el contrato de turismo

José A. López Candiotti (*)

Sumario: I. Introducción.— II. La crisis del turismo...— III. La pandemia y sus efectos sobre los contratos. ¿Caso fortuito o de fuerza mayor?— IV. El contrato de turismo y la pandemia.— V. El derecho de los turistas y la responsabilidad de las compañías aéreas y de las agencias de viajes y turismo.— VI. Derecho en crisis, derecho de emergencia, revalorización de los principios generales del derecho y la revisión contractual como una herramienta posible...— VII. Consideraciones finales.

I. Introducción

La realidad nos da muestra de que no admite mayores límites que los que surgen de la imaginación. Así, lo que era una idea de algún cineasta creativo reflejado en películas de ciencias ficción, hoy no choca tan fuerte, que vale concluir, que estamos frente a un escenario increíble. El COVID-19, es real, existe, esta entre nosotros y no lo vemos...

Paradójicamente, el turismo resulta ser uno de los principales canales o puentes que permitió la masiva y vertiginosa propagación del virus en todo el mundo, y paga con creces las consecuencias de la situación mundial.

Lo que parecía una problemática asiática, nos fue llegando con el viento, en clase turista y *business*.

Así por el mes de enero del año 2020 la Organización Mundial del Turismo (OMT) publicó un comunicado que expresaba: “En momentos de crisis, el turismo ha sabido asumir su respon-

sabilidad como parte integral de la sociedad y es consciente de que las personas y su bienestar han de ser su máxima prioridad. La cooperación del sector turístico será vital para detener la propagación del virus y limitar su incidencia en las personas y las comunidades. También los turistas, por su parte, tienen la responsabilidad de informarse antes de viajar para limitar el riesgo de transmisión, y deberían seguir las recomendaciones de la OMS y de las autoridades sanitarias de sus respectivos países... El turismo es vulnerable a los efectos de las emergencias de salud pública y ya está viéndose afectado por este brote. No obstante, es demasiado pronto para estimar los impactos que tendrá” (1).

Meses más tarde la Organización Mundial de La Salud (OMS) declaró que el Coronavirus (COVID-19) es una Pandemia (2). Desde entonces los estados han procurado por distintos medios, recursos y en mayor o menor intensidad implementar medidas tendientes a tutelar la salud pública de sus habitantes.

En nuestro país, el Poder Ejecutivo Nacional dictó en el marco de la ley 27.541, que declara la emergencia pública, incluyéndose la sanitaria,

(*) Abogado (UNL), Escribano (FCJS/UNL), Magister en Derecho de Empresa (Universidad Austral), Profesor de Derecho Civil IV (Derechos Reales), de la FCJS de la UNL; Asesor jurídico de la Asociación Santafesina y Entrerriana de Agencias de Viajes y Turismo (ASEAVyT); Miembro de la Comisión Interamericana de Juristas Expertos en Derecho Aéreo (CIJEDAE).

(1) Fuente: <https://www.unwto.org/es/declaracion-de-la-omt-sobre-el-brote-del-nuevo-coronavirus>.

(2) Ver: <https://www.who.int>.

los Decretos de Necesidad y Urgencia (DNU), 260/2020 y 290/2020 por el cual se dispone el Aislamiento social preventivo y obligatorio con la finalidad de proteger la salud pública y dar batalla a este “enemigo invisible”.

Como corolario de la situación de emergencia se han dictado una batería de decretos, y resoluciones que no es dable citar ahora, sino solo en lo que respecta al tema a tratar. En tal sentido merece destacarse, el DNU 274/2020 del 16/03/2020 que disponía: “... la prohibición de ingreso al territorio nacional, por un plazo de quince [15] días corridos, de personas extranjeras no residentes en el país, a través de puertos, aeropuertos, pasos internacionales, centros de frontera y cualquier otro punto de acceso”.

Por su parte, el dec. 313/2020 del 26/03/2020 amplió los alcances de la prohibición de ingreso al territorio nacional a través de Puertos, Aeropuertos, Pasos Internacionales, Centros de Frontera y cualquier otro punto de acceso, dispuesta por el dec. 274/2020, a las personas residentes en el país y a los argentinos y las argentinas con residencia en el exterior, hasta el 31 de marzo, inclusive, del corriente año 2020.

El cierre de las fronteras fue una medida interna y común en la mayoría de los países del mundo, provocando por vía de consecuencia que salvo las excepciones legisladas (3) el transporte internacional se encuentre prohibido.

II. La crisis del turismo...

Desde la aparición de este flagelo mundial, y ante la falta de una cura definitiva, se ha implementado en escala internacional, y como

(3) DNU 274/2020. Art. 2º.— Exceptúase de la prohibición de ingreso al territorio nacional prevista en el artículo precedente, y de cumplir con el aislamiento obligatorio que correspondiere en virtud de lo dispuesto en el art. 7º del dec. 260/2020 a: a. las personas que estén afectadas al traslado de mercaderías por operaciones de comercio internacional de transporte de cargas de mercaderías, por medios aéreos, terrestres, marítimos, fluviales y lacustres; b. los transportistas y tripulantes de buques y aeronaves; c. las personas afectadas a la operación de vuelos y traslados sanitarios. Lo dispuesto en el presente artículo se aplicará siempre que las personas exceptuadas estuvieren asintomáticas, y den cumplimiento, tanto dentro como fuera del país, a las recomendaciones e instrucciones que disponga la autoridad sanitaria nacional.

medida paliativa para dar lucha al COVID-19, el aislamiento social, preventivo y obligatorio como el arma más fuerte que hace a la defensa de la salud pública. Sumado a ello, deviene el cierre total de las fronteras.

Siendo el turismo una actividad esencial y naturalmente nómada, ha servido, sin quererlo, para propagar el contagio del virus, en un mundo intercomunicado, y además, recibe ahora el azote de una actividad absolutamente parada, y cuyo horizonte no vislumbra buenos augurios.

Cuando este acabe, el mundo no será el mismo, y el turismo tampoco, recibiendo por un buen tiempo el estigma del miedo y la incertidumbre del turista y de cualquiera que enfrenta “algo” que no ve.

En fecha 06/04/2020 la OMT emitió un informe, donde concluye que el 96% de los países del mundo ha impuesto, como consecuencia de la pandemia, restricciones que afectan directamente al turismo, mediante el cierre de sus fronteras, o restricciones de ciertos turistas según su nacionalidad.

El secretario general de la OMT, Zurab Pololikashvili, afirmó: “La COVID-19 ha afectado a los viajes y al turismo como ningún otro evento anterior en la historia. Los gobiernos han antepuesto la salud pública y han introducido restricciones totales o parciales a los viajes. Con el turismo suspendido, los beneficios que genera el sector están amenazados: *podrían perderse millones de puestos de trabajo*, y el progreso alcanzado en los ámbitos de la igualdad y el crecimiento económico sostenible podría revertirse. La OMT, por lo tanto, insta a los gobiernos a revisar de manera continuada las restricciones a los viajes y a *flexibilizarlas o levantarlas* tan pronto como pueda hacerse de forma segura”.

Todo lo expuesto permite concluir que el turismo deberá atravesar una de las peores crisis económicas, con incidencias tangenciales en varios de sus actores intervinientes (Agencias minoristas, mayoristas, compañías aéreas, sector hotelero, gastronómico, etc.).

La estimación en daños económicos es realizada por los organismos y se encuentran publicadas, y resultan tan catastróficas como

escalofrantes que merecen ser omitidas, no solo por su acceso y posible consulta pública, sino además, porque no se pretende ahora, contribuir negativa ni escandalosamente a un escenario complejo, sino aportar, desde el lugar que nos toca, una visión responsable de la problemática.

III. La pandemia y sus efectos sobre los contratos. ¿Caso fortuito o de fuerza mayor?

Deviene necesario realizar un análisis del tema que se anticipa en el título expuesto, en tanto la proliferación de normas dictadas en el marco de la emergencia señalada, pretendiendo con ello confinar una situación de crisis, pero que desde lo estrictamente jurídico trae cierto estado de entropía de normas, y con ello la incertidumbre jurídica se asoma.

Así, hemos visto como la normativa de emergencia ha desdibujado la noción de caso fortuito o fuerza mayor para el caso del contrato de trabajo, al punto de prohibir expresamente su invocación como causal de despido o para la aplicación de suspensiones.

Sin embargo, y en lo que aquí respecta, debemos tomar la concepción dada por la legislación de fondo, dado que al respecto no existe legislación de emergencia para el contrato de turismo y sus implicancias sobre la actividad.

El supuesto de caso fortuito o fuerza mayor tiene regulación genérica en el art. 1730 del Código Civil y Comercial (Cód. Civ. y Com.) que dice: “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”. A continuación, se agrega que “El caso fortuito o fuerza mayor exime de responsabilidad, excepto disposición en contrario”.

En la misma línea, en el art. 1732 (Cód. Civ. y Com.) se dispone que “[e]l 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”.

Por su lado, el art. 955 (Cód. Civ. y Com.) establece: “La imposibilidad sobrevenida, objetiva, absoluta y definitiva de la prestación, produci-

da por caso fortuito o fuerza mayor, extingue la obligación, sin responsabilidad”.

El artículo siguiente expresa que (art. 956 del Cód. Civ. y Com.): “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”.

Si la imposibilidad no reúne esas condiciones, sino que es transitoria existen otros remedios, como la suspensión de cumplimiento (art. 1031 del Cód. Civ. y Com.); y si no hay imposibilidad sino dificultades para el cumplimiento el remedio puede ser la imprevisión (art. 1091 del Cód. Civ. y Com.) que autoriza al afectado a requerir la revisión del contrato o su rescisión (4), todo en coherencia con el principio de conservación del contrato.

Por lo expuesto resulta que el caso fortuito, en nuestro derecho tiene dos manifestaciones principales: como eximente de la responsabilidad y como causa de extinción de las obligaciones.

Esto significa, por ejemplo, que si habiéndose celebrado un contrato de transporte aéreo, y pendiente el mismo de cumplimiento, el acaecimiento del caso fortuito exime al transportista de la obligación de realizar el viaje, sin que ello habilite al pasajero el reclamo de las consecuencias jurídicas (daños) por tal incumplimiento.

Creo necesario agregar, que además de la Pandemia en si como fenómeno que es comprendido en las nociones dadas, las medidas adoptadas por los gobiernos complementan el esquema dado, configurándose a con ello un hecho del príncipe.

Adelantando conclusión al respecto, y de acuerdo con lo expuesto, no caben dudas que los hechos que motivan estas líneas permiten afirmar que estamos frente a un supuesto de caso fortuito o fuerza mayor.

Sin embargo, no creo que la cuestión pueda ser tan sencilla como para encasillar la proble-

(4) RIVERA, Julio César, “Los Contratos frente a la Pandemia”, LA LEY del 21/04/2020.

mática desde una cuestión puramente técnica, sin que ello traiga aparejado profundas consecuencias nocivas que pueden evitarse.

IV. El contrato de turismo y la pandemia

Se pasa por alto la problemática en torno a la noción de contrato de turismo, aun hoy sin regulación expresa, a salvedad hecha por la mención al contrato de viaje en el art. 2655, inc. d del Cód. Civ. y Com., para poner foco en la problemática vigente en ocasión de la situación mundial sanitaria, que produce una afectación sustancial en el vínculo jurídico complejo que tiene como partes en la mayoría de los casos a las Agencias de Viajes, a los Operador mayoristas, al prestador del servicio turístico (compañía aérea, hotel, seguros de asistencia al viajero) y al turista.

A raíz de la situación transitada, los contratos de turismo celebrados, con ejecución de sus prestaciones o aún sin llegar a dicha instancias se han visto afectados. Esto es así, por cuanto cualquiera sea el caso, la realidad es que en la práctica los viajes no han podido ser realizados, y/o en su ejecución, alterados, por lo tanto, han devenido en una cadena imparable las cancelaciones de las compañías aéreas, y de transporte en general.

En otros casos, y con mayor complejidad, turistas varados en otros países sin poder regresar a sus hogares.

En función del devenir de los hechos, es menester distinguir dos momentos que inciden en los efectos del contrato. Aquel en donde la prestación debía hacerse efectiva antes de la declaración de la Pandemia y el cierre de las fronteras al lugar del destino, de aquellos donde la prestación debía celebrarse con posterioridad a ello o estando el contrato en curso de ejecución.

Hasta tanto no sucedió la declaración de Pandemia por parte de la OMS, y el cierre de las fronteras por ciertos países los prestadores de servicios turísticos como así también los intervinientes en la cadena de comercialización, aducían la posibilidad de cumplir con la prestación a cargo y en caso de que el pasajero decidiera cancelar el viaje, hacían efectivo su política de cancelación, rechazándose la pretensión de la

devolución del dinero o reprogramación con aplicación de penalidades.

En rigor, las noticias sobre el avance de la Pandemia hacían eco en todo el mundo, de modo que el temor de los turistas se encontraba fundado, y la cancelación o reprogramación del viaje se tornaba al menos razonable, aun sin que exista, hasta ese entonces, imposibilidad jurídica para cumplir con el contrato celebrado.

Merece mención un fallo dictado en la provincia de San Juan, donde se resolvió “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” (5).

En el caso se condenó a la Agencia de Turismo y a la compañía Aérea demandadas, a reprogramar el viaje sin aplicar penalidad alguna.

Advierto que, hasta ese momento, en el cual no existía un impedimento legal de efectuar un viaje internacional, no estábamos en condiciones de extinguir el contrato bajo la invocación de caso fortuito a fuerza mayor, en tanto no se daban sus presupuestos resultando atendible el conflicto mediante la revisión del contrato, tal cual sucedió en el fallo que se reseña.

La otra instancia temporal que se propone, estaba delimitada por las declaraciones efectuadas por los organismos internacionales y los estados nacionales, que implicaban restricciones a la libertad de tránsito. Con ello devino el cierre de fronteras, la prohibición de prestar alo-

(5) Juzgado Contencioso Administrativo de San Juan, 12/03/2020, “Ibáñez, Mariela y otros c. Falabella Viajes y Latam Airlines Group s/ amparo”, citado por BARREIRO, Karina, “Coronavirus y la mayor crisis del turismo Cancelaciones y responsabilidad de las empresas en medio de la pandemia”, publicado LLOnline en fecha 15/04/2020, AR/DOC/982/2020.

jamiento a turista por parte de los hoteles, etcétera.

Desde entonces, se puede afirmar que se materializaron impedimentos jurídicos para el cumplimiento de las prestaciones contractuales pendientes.

En definitiva, me apresuro a afirmar, que no ha sido el Coronavirus, lo que merece la calificación jurídica como caso fortuito o fuerza mayor, por cuanto aun ante su existencia, y como se señalara, los operadores de turismo expresaban la posibilidad de continuar con la ejecución del contrato celebrado y así lo hacían, sino la emisión de normas que pusieron a las empresas en imposibilidad jurídica de dar cumplimiento a sus obligaciones.

En síntesis, se trata de un típico “hecho del príncipe”, que, si bien no está regulado expresamente por nuestro ordenamiento, merece idéntico tratamiento en cuanto sus caracteres y efectos que el caso fortuito o fuerza mayor, siendo la nota distintiva que el acto emana de la autoridad.

El escenario descrito, pone en contradicción la situación del pasajero, ante la frustración del viaje contratado, y abonado con anticipación, y por el otro a los prestadores de servicios turísticos y a quienes participaron en la cadena de comercialización. El caso más complejo se dará ante la pretensión de reintegro de los pasajeros de las sumas abonadas, que, siendo una tendencia en masa, generara una corrida financiera que no podrá ser frenada con consecuencias devastadoras.

También resulta una situación delicada, la que padece el turista en tránsito fuera de su país de origen, y ante un escenario internación como el que se relata.

V. El derecho de los turistas y la responsabilidad de las compañías aéreas y de las agencias de viajes y turismo

La afirmación de que la situación de crisis configura un supuesto de caso fortuito o fuerza mayor implica la extinción del contrato, y de la responsabilidad de las partes. Sin embargo, deviene el nacimiento de otra obligación consis-

tente en el reembolso de las sumas abonadas por el turista.

Al respecto, se dictó la resolución 131/2020 del Ministerio de Turismo y Deportes de la Nación (6) sobre la devolución por parte de los hoteleros y las agencias de viajes a los turistas usuarios de 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. La resolución tiene una aplicación sustancial y temporal limitada: refiere a las sumas entregadas en concepto de reservas para alojamientos, y que la misma sea para usufructuarse desde la vigencia la resolución y hasta el 31 de marzo de 2020.

En el caso de las compañías aéreas, deberán proceder a la devolución de lo recibido conforme lo prescripto por el art. 12 de la res. 1532/1998 dictada por el entonces Ministerio de Economía Obras y Servicios Públicos sobre “Condiciones Generales del contrato de Transporte aéreo”.

No resultara lícito, que, ante el reclamo de los pasajeros del reembolso de lo abonado, la empresa aérea, pretenda oponer su policita de cancelación, la que supone aplicación de penalidades al pasajero. La misma solo es operativa en aquellos supuestos donde la interrupción del viaje responde a la voluntad o culpa del pasajero, siendo válida, la aplicación de penalidades por parte de la empresa.

Ante, el supuesto de estudio, las compañías deberán proceder a la devolución total, y sin retención alguna, y aun en aquellos supuestos de contratos con cláusula de “pasaje no reembolsable”.

Lo expuesto también alcanza, es idénticos efectos, al resto de los prestadores de servicios turísticos.

Como se dijo, se configura un supuesto de caso fortuito o fuerza mayor, por lo tanto, ante la imposibilidad de cumplir con la prestación pactada, extinguida la obligación y la consiguiente

(6) RESOL-2020-131-APN-MTYD de fecha 18/03/2020.

responsabilidad que de ello podría devenir, sucede una novación legal (art. 941 del Cód. Civ. y Com.), por cuanto el deudor de una determinada prestación, ahora adeuda una suma de dinero en favor del turista.

La situación de las Agencias de Viajes, que en su mayoría son mini o medianas empresas, resulta de extrema vulnerabilidad, por cuanto reciben los reclamos de pasajeros ante la falta de atención de las compañías aéreas, con una lógica impotencia patrimonial para afrontar tal pretensión, mucho más aún, si se tiene en cuenta, que aquellas solo participan en un ínfimo porcentaje de ganancia sobre el valor del contrato, circunscribiendo su ingreso en la comisión por intermediación (3% generalmente).

Ha resultado moneda corriente en esta época de crisis que las empresas aéreas procuran insistentemente persuadir al turista a optar por la reprogramación del viaje, de manera más flexible, sin explicitar la facultad que les asiste de obtener el reembolso. Cuando esto último sucede, han pretendido en algunos casos, en forma ilícita, aplicar penalidades, o en otros posponer la devolución, o el cambio por millas, etcétera.

Ante ello, el reclamo ante la falta de satisfacción de la pretensión del pasajero, es direccionado a la Agencia intermediadora. El objeto del mismo se identifica con el que ha cursado a la compañía aérea, direccionado una idéntica pretensión, solo que esta vez contra David, ante un Goliat que yace desangrándose.

La situación es realmente compleja, y si destartala el esquema financiero de empresas gigantes, a las de turismo las barre de un soplo.

Desde la esfera jurídica no se avizora un panorama alentador, en función de la legislación vigente y la jurisprudencia dictada al respecto, que con fundamento en el art. 40 de la Ley de Defensa del Consumidor (LDC) ha puesto en un pie de igualdad a las empresas intermediadoras con el resto de intervinientes en la cadena de comercialización, por suponer un caso de responsabilidad solidaria, objetiva e integral (7).

(7) CS Tucumán, “Elizalde, Juan Manuel y Giori, Natalia c. Patasa Turismo SRL s/ daños y perjuicios”, LLNOA,

El contrato de viaje global que incluye prestaciones combinadas, como, asimismo, cualquier otro que celebre la agencia de viajes con un turista por un servicio en forma independiente, supone siempre un contrato de consumo, regido por la LDC y las disposiciones del Cód. Civ. y Com. referidas a las relaciones de consumo (8).

Sin embargo, sostengo que la aplicación en forma indiscriminada del art. 40 de la LDC, no es una solución correcta y justa. Así, considero que es un acierto la distinción efectuada por cierta doctrina en cuanto explica que: “... el art. 40 de la ley 24.240 se refiere al supuesto de daños que sufre el consumidor o usuario como consecuencia del vicio o riesgo de la cosa o de la prestación del servicio en íntima vinculación con el art. 5º de la ley que impone al empresario la obligación de evitar riesgos a la salud o a la integridad física. La norma se refiere a todo menoscabo en el derecho del adquirente del bien o servicio y diferencia según el daño provenga del vicio o riesgo de la cosa o que derive de la interrupción o deficiente prestación de un servicio conforme la previsto por los arts. 23 y 30...” (9).

Bajo esta tesis resulta que teniendo como objeto el contrato de viaje la prestación de un servicio, quedaría alejada en principio del concepto de cosa o vicio de la cosa, para entrar en lo que a la esfera de responsabilidad importa, a la noción de “servicio riesgoso”.

Entonces, si el objeto del reclamo radica en las consecuencias padecidas con motivo de los daños en un accidente en ocasión de alguna prestación turística, el caso sería encuadrable bajo la órbita del art. 40 de la LDC. En cambio, si se trata de un mero incumplimiento contractual, distinto al deber de seguridad, no será aplica-

2015.

(8) Conf. ECHEVESTI, Carlos - SILVESTRE, Norma O., “Responsabilidad civil de las Agencias de Viajes”, LLBA, 2006, BORDA, Alejandro, “El contrato celebrado con organizadores de viajes turísticos es un contrato de consumo”, LA LEY, 2003-B, 214, Revista de Responsabilidad Civil. Doctrinas Esenciales, BARREIRO, Karina M., “Derecho del Turismo”, Ed. Ad Hoc, t. I.

(9) Voto de la Dra. Kemelmajer de Carlucci Aída, en SCJ Mendoza, “Rivero, Patricia c. Tornello H. y otros s/ inc. y casación”.

ble aquella norma, sino las disposiciones de los arts. 10 bis, 19 a 31 de la LDC (10).

El razonamiento propuesto, implica que las agencias de viajes no tendrán una responsabilidad solidaria, objetiva e integral. Por lo tanto, no responderán por la falta de devolución o reembolso exigido por los pasajeros ante el incumplimiento de la compañía aérea. En el caso solo podrá ser objeto de reclamo la comisión que por tal intervención ha tenido en el contrato, mas no del reembolso de la totalidad de ticket aéreo.

Lo expuesto, no exime a las Agencias de su deber de asistencia e información, siempre vigente, y exigible.

VI. Derecho en crisis, derecho de emergencia, revalorización de los principios generales del derecho y la revisión contractual como una herramienta posible...

Los dogmatismos jurídicos solo sirven para la academia, que son necesarios, hacen al desarrollo y fortalecimiento del derecho, de ellos devienen, a veces, cuerpos normativos, y allí es la más cercana aproximación de que el derecho no es solo ciencia.

Los afectados en la situación que golpea a esta realidad, merece que la solución sea dada no solo por el ordenamiento jurídico, sino también por el compromiso de hacer un nuevo pacto social.

El apego de los pasajeros a la facultad que el ordenamiento jurídico le habilita a solicitar el reembolso de lo abonado, es un estandarte que desde lo teórico es poco discutible, pero en la práctica implicaría, que, en realidad, poca suerte se tenga con tal cometido. Las empresas, de micro a gran escala no podrán soportar una tendencia masiva en tal sentido. Entonces tendremos turistas con derechos, cuya satisfacción no obtendrán, y empresas en estado de cesación de pagos.

Sucede con esto, un ejemplo donde el derecho no resuelve los conflictos sociales, entonces es necesarios poner en juego principios y valo-

res. Es necesario poner en vigencia un “derecho de emergencia” ante un “derecho en crisis”.

La buena fe, retoma su esencial presencia, ahora con un roll más profundo, y así se traslada en una exigencia hacia las partes del contrato. El equilibrio contractual no debe ser mirado con los ojos de siempre, por cuanto la excepcionalidad que transitamos ha mutado los vínculos contractuales. De hecho, es difícil sostener que ahora el consumidor, con el plexo de normas que lo amparan, sigue siendo la parte débil, cuando en realidad tiene la fuerza para aplastar a las empresas si su postura es irreflexiva y solo apegada al régimen tuitivo que le favorece.

La buena fe que se invoca exige ahora que: “las personas deben actuar de manera correcta; no deben aprovecharse indebidamente de ninguna debilidad, de ninguna dificultad o desconocimiento de aquellos con quienes se relacionen jurídicamente” (11).

Entonces la buena fe debe considerarse no solo como reguladora de las tratativas, la conclusión y la interpretación de los contratos, sino que debe ser también fuente de su integración. En la actualidad, “la sacralidad del contrato se ha por lo tanto erosionado, y... en casos, el juez, bajo ciertos aspectos, hace el contrato para las partes” (12).

La evolución de este principio permite elaborar el de solidaridad: “El principio de buena fe-solidaridad surge de un estándar moral de la sociedad resultante de su evolución social y jurídica, así como de sus modos de vida, costumbres y conocimiento. A su vez se presenta como un faro que ilumina la convivencia, particularmente en las situaciones de crisis y emergencia. Como principio general del derecho, es idóneo para superar contradicciones que se presentan en la emergencia entre la norma y la realidad social en crisis. Entre el Derecho y la emergen-

(11) CÓRDOBA, Marcos, M. (dir.), “Tratado de la Buena Fe en el Derecho”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2004, t. II, p. 134.

(12) ALPA, Guido, “La Buena fe integrativa. Notas acerca de la dirección parabólica de las cláusulas generales”, en CÓRDOBA, Marcos, M. (dir.), Tratado de la Buena Fe en el Derecho, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2004, t. II, ps. 177-188.

(10) Conf. BARREIRO, Karina, ob. cit., t. I, p. 157.

cia. Asimismo, podría proveer al sistema de una idea trascendente en la que colectivamente se podría crear, dotando a la sociedad de mayor cohesión y unión” (13).

“La solidaridad constituye un verdadero principio jurídico rector de todos los principios generales del Derecho, en razón de que todos ellos contienen su noción, al igual que la buena fe, sobre el cual se asientan otros principios y normas que organizan la sociedad... Corresponde poner en decadencia el divorcio entre Derecho y Moral, ya que nociones morales como la buena fe y la solidaridad humanizan el derecho penetrándolo como una sabia bienhechora... La función de los principios y, en este caso concreto, de la solidaridad, es alumbrar con valores el contenido de las normas legales y cubrir sus ausencias y falencias expositivas, participando en la interpretación de la ley con el límite de no causar modificación en las consecuencias que el legislador previó” (14).

Ser solidario exige un comportamiento empático, ponerse en el lugar del otro, cumplir por el otro, adherir a la causa de otro, como si fuese la propia. Asimismo, la solidaridad permite sustentar y promover relaciones jurídicas en sentido horizontal, que incluso pueden proyectarse en cambios, a un nivel social superior.

En épocas de crisis, la solidaridad también deviene en una conducta exigible; y en situación de emergencia, se sanciona más severamente a quien obra de manera contraria a la buena fe y a la solidaridad (15).

El comportamiento solidario implica, además, actuar teniendo en cuenta no solo las necesidades propias, sino también las también del otro en la relación jurídica. Así se establecen vínculos sustentables, con beneficios económicos, en razón de que la sustentabilidad de la

(13) LAJE, Alejandro, “El principio de solidaridad jurídica en época del COVID-19”, LA LEY, 27/04/2020.

(14) CÓRDOBA, Marcos M., “La Solidaridad es un principio general aún no positivizado en el Derecho Argentino”, SJA 01/06/2016, 1; JA 2016-II.

(15) Conf. CASTELLANI, Gabriel, “Seminario Permanente de Filosofía del Derecho”, Centro de Altos Estudios en Ciencias Sociales, CAECS, Universidad Abierta Interamericana, 7 de abril de 2020.

relación provoca que no sea necesaria la sustitución del otro sujeto (16).

Es por esto que la aniquilación del contrato mediante la aplicación de las normas que regulan los efectos del supuesto de caso fortuito o mayor, al caso del contrato de turismo traerá implicancias dañosas irreparables.

La revisión del contrato, como herramienta jurídica vigente es una solución superadora. El art. 1011 del Cód. Civ. y Com. dice en su último párrafo: “... La parte que decida la rescisión debe dar a la otra la oportunidad razonable de renegociar de buena fe, sin incurrir en ejercicio abusivo de los derechos”.

La posibilidad de revisión contractual también surge del supuesto legislado en el art. 1091 del Cód. Civ. y Com., cuando refiere a la facultad de la parte afectada a solicitar la adecuación de las prestaciones.

No se pierde de vista que tales previsiones normativas rigen para contratos paritarios, pero se pone más atención a la situación de crisis, y la propuesta viene de la mano de la construcción de un derecho de emergencia. Ante situaciones extraordinarias las soluciones denotan la misma cualidad.

La revisión a la que refiero, es en el marco de los principios enunciados, y a instancias de las partes del contrato, para que de manera consentida logren reestructurar el acuerdo en crisis, sea planificando el viaje, flexibilizando por parte de la empresa las condiciones en tal sentido, extendiendo los plazos para ello, y lógicamente sin que se apliquen penalidades al turista. Otra solución es la posibilidad de ceder el contrato.

A falta de acuerdo, sería necesario contar con una legislación de emergencia, tal como se ha sancionado para otros contratos (Contrato de trabajo, de locación, tarjeta de crédito, etc.), que permita mitigar los daños que la situación traerá aparejada para la actividad.

Merece la mención las directivas dadas por la Comisión Europea, que a fin de que los contra-

(16) Conf. CÓRDOBA, Marcos M., conferencia en el Máster in Diritto Privato Europeo e della Cooperazione, Università di Roma-La Sapienza, 02/07/2019.

tos de viaje subsistan sin pérdida para el consumidor, se han dictado normas de crisis que permiten las reprogramaciones 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 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 (17).

La solución que se propone, es coherente con los principios enunciados, como así también con la conservación del negocio y la función preventiva del daño.

VII. Consideraciones finales

Cuando todo esto comenzaba, y la información internacional asomaba como una realidad lejana, y casi sin tiempo para imaginarlo, nos encontramos aislados y en cuarentena.

El “virus viajo en avión”, y desde aquellos países que afecto primero surgieron, a modo de prueba y error, las primeras medidas para ganar esta “guerra”. Desde entonces, y hasta la fecha en la cual hasta el momento no existe una vacuna ni un antibiótico, he escuchado por todos los medios que al coronavirus se le gana con “solidaridad”, por eso “quédate en casa”, ha sido el fútil con el que contamos para defendernos entre todos ante este enemigo invisible.

La OMT en una de sus declaraciones internacionales exclama: “¡Quédense en casa, pero

(17) La Comisión Europea dictó directrices para los países de la Unión el día 18/03/2020, en el marco del reglamento 262/2004.

viajen luego!”, “Quedándonos hoy en casa, podremos viajar mañana”.

La etiqueta del título de estas líneas #QuedateencasaViajaDespues resume este lema de solidaridad y esperanza, mediante el que la Organización Mundial del Turismo (OMT) exhorta a la responsabilidad compartida de viajeros y del sector del turismo alrededor del mundo para hacer frente a la pandemia del coronavirus COVID-19.

Realizar un desarrollo jurídico de la problemática, desde el derecho dado, no brinda, según mi opinión, solución alguna. El derecho que nos rige no ha sido estructurado para vivir en situaciones extremas, por eso hay que concebir que el ordenamiento jurídico vigente se encuentra en crisis, lo que deviene en la necesidad de construir un derecho de emergencia, el que debe sostenerse sobre la base de los principios generales del derecho.

La sociedad entera es llamada a reestablecer un pacto social. Se nos imponen pautas de convivencia, limitaciones a nuestros derechos y garantías. Solo estamos dispuesto a ello por concebir que esta problemática no une ante una necesidad de colaboración y cooperación entre todos. Esta nueva dimensión global, debe ser trasladada a los contratos en particular.

Es necesario entonces retroceder hacia los principios para avanzar hacia la justicia. Reformular el principio de buena fe, para elevarlo al de solidaridad, procurando la conservación de los contratos evitando la propagación sin control de los daños.

Quédate en casa, viaja después, implica un esfuerzo compartido de las partes, que pretende poner en valor los derechos en pugna sobre la base del principio de solidaridad.

Un decreto tan oportuno (para inquilinos) como peligroso (para locadores)

A propósito del DNU 320/2020

Facundo M. Bilbao Aranda (*)

Sumario: I. Introducción.— II. Plazo de vigencia de la norma de emergencia en materia de alquileres.— III. Contratos comprendidos.— IV. Exclusiones.— V. Prórroga automática de los contratos.— VI. Fiadores, garantes y codeudores.— VII. Congelamiento de los precios de los alquileres.— VIII. Excepciones al congelamiento de precios de los alquileres.— IX. Incumplimientos.— X. Prohibición de resolución de contratos por falta de pago.— XI. Deber de información del locador.— XII. Desalojos.— XIII. Mediación obligatoria.— XIV. Conclusiones.

I. Introducción

El domingo 29 de marzo de 2020 fue publicado en el Boletín Oficial de la Nación el dec. de Necesidad y Urgencia 320/2020; norma de orden público (1), sancionada en el marco de la emergencia pública en materia económica, financiera, fiscal, administrativa, previsional, tarifaria, energética, sanitaria y social establecida por la ley 27.541; la ampliación de la emergencia sanitaria dispuesta por el dec. 260/2020 y su modificatorio, lo dispuesto por el dec. 297/2020 y sus normas complementarias.

Ya antes de nacer la norma ya había sido materia de opiniones en los medios de comunicación, tanto por expertos en la materia como por el público en general, todos y cada uno de ellos deseosos de un poco de certidumbre en el medio de este escenario inédito que nos toca vivir.

(*) Abogado (UNL), Notario (UNL), Corredor Inmobiliario (UNL), Máster en Derecho Empresario (Univ. Austral).

(1) Conf. su art. 14.

En apretada síntesis, el decreto viene a dar no solo una respuesta sino también cierto grado de justicia y razonabilidad a todas las partes involucradas; sin perjuicio de contener, a mi modo de ver, algunas deficiencias, varios excesos y ciertas lagunas. Veamos entonces uno a uno los distintos supuestos previstos en la flamante legislación de emergencia.

II. Plazo de vigencia de la norma de emergencia en materia de alquileres

La norma alcanza a los contratos de locación vigentes o en ejecución al mes de marzo de 2020 y cuyo vencimiento opere desde el día 20 de marzo hasta el 30 de septiembre de 2020 inclusive.

El mismo decreto aclara que el plazo establecido podrá ser prorrogado (2).

III. Contratos comprendidos

De acuerdo con lo dispuesto en el art. 9º del decreto, las medidas excepcionales dispuestas se aplicarán a los siguientes contratos de locación:

(2) Art. 13.

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 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 INAES (3).

Apunto aquí una crítica a la norma, ya que centra la regulación atendiendo al objeto de las locaciones y no al carácter o calidad del locatario; sujeto a quien en principio tendería a proteger si tenemos en cuenta, incluso, los exactos términos plasmados en los considerandos de la norma (4).

(3) Ante la falta de precisiones en la norma, estimamos que los contratos comprendidos en los incs. 4º y 7º deberán ser definidos de acuerdo con las disposiciones de la ley 24.467 (BO del 23/03/1995), y en las diversas definiciones y categorías establecidas por la Secretaría de Emprendedores y PyMEs de la Nación (<https://www.produccion.gob.ar/area/secretaria-de-emprendedores-y-pymes>). Tengamos en cuenta que una "PyME" es una micro, pequeña o mediana empresa que realiza sus actividades en el país, en alguno los estos sectores: comercial, servicios, comercio, industria o minería o agropecuario; que puede estar integrada por varias personas según la actividad y sus ventas totales anuales en pesos no pueden superar los montos establecidos según su respectiva categoría definidos por la autoridad de aplicación.

(4) En los considerandos del decreto se lee: "En efecto, el Estado debe hacerse presente para que los y las habi-

Así, el Señor presidente de la República marcó en sus consideraciones preliminares al decreto que, precisamente, la emergencia pública en materia sanitaria, con sus consecuencias económicas, torna de muy difícil cumplimiento, para una importante cantidad de locatarios y locatarias, hacer frente a sus obligaciones en los términos estipulados en los contratos, redactados para una situación muy distinta a la actual. Incluso, en los considerandos se enfatiza que "muchos trabajadores y trabajadoras, comerciantes, profesionales, industriales y pequeños y medianos empresarios, ven afectados fuertemente sus ingresos por la merma de la actividad económica, lo que origina una reducción en los mismos, con la consecuente dificultad que ello genera para afrontar todas sus obligaciones en forma íntegra y para disponer lo necesario para costear su alimentación, su salud y su vivienda"; agregando que "... ante estas situaciones, muchos locatarios y locatarias, en el marco de esta coyuntura, pueden incurrir en incumplimientos contractuales, y ello, a su vez, puede desembocar, finalmente, en el desalojo de la vivienda en la cual residen...".

Aunque no lo expresa textualmente, tales consideraciones parecen tener claro que quienes sufrirán las mayores contingencias económicas de esta pandemia son los trabajadores independientes, comerciantes, profesionales, industriales y pequeños y medianos empresarios que deben cumplir con el aislamiento social preventivo y obligatorio no exceptuados por el art. 6º del dec. 297/2020 y demás nomas complementarias, ampliatorias y aclaratorias. Ello, pues resulta claro que, por ejemplo, un trabajador asalariado, del sector público o privado, no sufrirá en lo inmediato consecuencia alguna en sus ingresos habituales, puesto que gozan de un blindaje en sus remuneraciones (5),

tantes de nuestro país puedan desarrollar sus vidas sin verse privados de derechos elementales, como el derecho a la salud, pero sin descuidar otros, como el derecho a la vivienda...".

(5) De acuerdo con las disposiciones de emergencia referentes a trabajadores asalariados, aunque el trabajador se encuentre imposibilitado de prestar sus servicios habituales en el lugar de trabajo y tampoco pueda hacerlo en su domicilio particular, esto es, en el lugar del aislamiento durante la cuarentena obligatoria, el empleador deberá igualmente abonarle la remuneración.

y, en cambio, los monotributistas, profesionales, autónomos, empresarios y comerciantes no excluidos del aislamiento obligatorio sí tendrán serios inconvenientes económicos inmediatos y financieros en el mediano plazo derivados de la imposibilidad de prestar sus servicios normales y habituales.

En tal entendimiento, soy de la idea de que la norma dispuesta por el dec. 320/2020 hubiese resultado estrictamente justa y equitativa si resultaba de aplicación únicamente a los contratos de locación en los que los locatarios revistan tal carácter de damnificados directos del aislamiento social preventivo y obligatorio.

Aplicar estas medidas extraordinarias a todos los alquileres detallados en el art. 9º del decreto sin distinguir el carácter que reviste la parte locataria implica, a mi modo de ver, una exagerada extensión de la excepcionalidad que pretende regular.

No se escapa a esta opinión el hecho de que la situación económica general es crítica desde hace varios meses y que las condiciones sociales imperantes en nuestro país son dramáticas. Tampoco desconozco que es realmente incierto el escenario que enfrentaremos el día después de la pandemia con relación a las posibilidades de todos los ciudadanos de buscar y hallar una nueva vivienda, siendo este un bien jurídico amparado por diversas normas contenidas en los Tratados de Derechos Humanos ratificados por la República Argentina.

Sin embargo, cual norma de excepción que es, creo que debería haber pretendido un alcance más restringido y limitado solamente a aquella parte de la población que realmente sufre las consecuencias directas de la pandemia.

IV. Exclusiones

El art. 11 del decreto excluye de la aplicación del mismo a los contratos de arrendamiento y aparcería rural contemplados en la ley 13.246, salvo que se traten de inmuebles rurales desti-

Es decir que la relación laboral continúa con la misma obligación de pago de las remuneraciones devengadas a favor del trabajador.

nados a pequeñas producciones familiares y pequeñas producciones agropecuarias (6).

También están excluidos de la aplicación del decreto los contratos de locación temporarios previstos en el art. 1199 del Cód. Civ. y Com. (7).

V. Prórroga automática de los contratos

El art. 3º del decreto establece que se prorrogarán hasta el día 30 de septiembre de 2020 la vigencia de los contratos de locación antes detallados cuyo vencimiento haya operado desde el 20 de marzo próximo pasado y la tenencia del inmueble se encuentre en poder de la parte locataria.

La prórroga automática también se aplicará a los contratos cuyo vencimiento esté previsto antes del 30 de septiembre de 2020.

Esta prórroga también alcanza a los contratos ya vencidos en los que el locatario continúe en la tenencia del inmueble sin que haya existido convención o acuerdo entre las partes respecto de los nuevos términos de la locación. En estos casos, y de acuerdo con lo que dispone el art. 1218 del Cód. Civ. y Com., la locación continúa en los mismos términos contratados, hasta que cualquiera de las partes dé por concluido el contrato mediante comunicación fehaciente.

El DNU 320/2020 otorga un derecho a la parte locataria de optar por mantener la fecha del vencimiento pactado originariamente por las partes o por prorrogar dicho plazo por un término menor o plazo anterior al 30 de septiembre de 2020.

(6) Al respecto, me remito a lo dicho en la nota 4.

(7) Art. 1199, Cód. Civ. y Com.: "Excepciones al plazo mínimo legal. No se aplica el plazo mínimo legal a los contratos de locación de inmuebles o parte de ellos destinados a: a) sede de embajada, consulado u organismo internacional, y el destinado a habitación de su personal extranjero diplomático o consular; b) habitación con muebles que se arrienden con fines de turismo, descanso o similares. Si el plazo del contrato supera los tres meses, se presume que no fue hecho con esos fines; c) guarda de cosas; d) exposición u oferta de cosas o servicios en un predio ferial. Tampoco se aplica el plazo mínimo legal a los contratos que tengan por objeto el cumplimiento de una finalidad determinada expresada en el contrato y que debe normalmente cumplirse en el plazo menor pactado".

Cualquiera sea la opción elegida, el locatario deberá notificarla al locador en forma fehaciente con antelación suficiente que deberá ser, por lo menos, de 15 días **(8)** de anticipación a la fecha de vencimiento pactada, si ello fuere posible.

VI. Fiadores, garantes y codeudores

En todos los casos, la extensión del plazo contractual implicará la prórroga, por el mismo período, de las obligaciones de la parte fiadora, sin que sea necesario u obligatorio contar con el consentimiento y firma del fiador.

Basados en los principios generales del derecho aplicables al caso [art. 9º, 10, 961 y ccdd. del Cód. Civ. y Com. **(9)**], será recomendable que la parte locataria anticipe e informe su decisión

(8) Entendemos que días “corridos”, de conformidad a lo dispuesto por el art. 6º del Cód. Civ. y Com.: “Modo de contar los intervalos del derecho. El modo de contar los intervalos del derecho es el siguiente: día es el intervalo que corre de medianoche a medianoche. En los plazos fijados en días, a contar de uno determinado, queda este excluido del cómputo, el cual debe empezar al siguiente. Los plazos de meses o años se computan de fecha a fecha. Cuando en el mes del vencimiento no hubiera día equivalente al inicial del cómputo, se entiende que el plazo expira el último día de ese mes. Los plazos vencen a la hora veinticuatro del día del vencimiento respectivo. El cómputo civil de los plazos es de días completos y continuos, y no se excluyen los días inhábiles o no laborales. En los plazos fijados en horas, a contar desde una hora determinada, queda esta excluida del cómputo, el cual debe empezar desde la hora siguiente. Las leyes o las partes pueden disponer que el cómputo se efectúe de otro modo”.

(9) Art. 9º, Cód. Civ. y Com.: Principio de buena fe. “Los derechos deben ser ejercidos de buena fe”. Art. 10, Cód. Civ. y Com.: Abuso del derecho. “El ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto. La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considera tal el que contraría los fines del ordenamiento jurídico o el que excede los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres. El juez debe ordenar lo necesario para evitar los efectos del ejercicio abusivo o de la situación jurídica abusiva y, si correspondiere, procurar la reposición al estado de hecho anterior y fijar una indemnización”. Art. 961, Cód. Civ. y Com.: Buena fe. “Los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe. Obligan no solo a lo que está formalmente expresado, sino a todas las consecuencias que puedan considerarse comprendidas en ellos, con los alcances en que razonablemente se habría obligado un contratante cuidadoso y previsor”.

a los garantes, fiadores y codeudores firmantes de cada contrato. Sin perjuicio de ello, luego de recibida la comunicación respectiva, será recomendable que el locador o el corredor que administre la propiedad cumpla con tal notificación a todos los efectos legales.

Además, durante el plazo de la prórroga opcional del contrato **(10)**, no será de aplicación 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. **(11)**.

Este art. 1225 del Cód. Civ. y Com. prevé que 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, y exige el consentimiento expreso del fiador para obligarse en la renovación o prórroga expresa o tácita una vez vencido el plazo del contrato de locación, declarando como “nula” a toda disposición anticipada que extienda la fianza del contrato de locación original. Pues bien, la aplicación de esta norma establecida en el Cód. Civ. y Com. (también de orden público) se ve desplazada por imperio del dec. 320/2020.

VII. Congelamiento de los precios de los alquileres

El art. 4º del dec. 320/2020 dispone el congelamiento del precio de las locaciones hasta el 30 de septiembre de 2020. Durante la vigencia de esta medida [que podrá ser prorrogada por el Gobierno **(12)**], se deberá abonar el precio de la locación correspondiente al mes de marzo de 2020.

El precio de la locación a los valores vigentes al mes de marzo de 2020 se mantendrá congelada

(10) Esto es, hasta el 30 de septiembre de 2020, o hasta el plazo mayor que prevea el Gobierno nacional en futuros decretos, o hasta el menor plazo de la prórroga opcional elegida y comunicada por el inquilino.

(11) El art. 1596, en su parte pertinente, dispone que “[l]a fianza se extingue por: ... b) si se prorroga el plazo para el cumplimiento de la obligación garantizada, sin consentimiento del fiador; ... d) si el acreedor no inicia acción judicial contra el deudor dentro de los sesenta días de requerido por el fiador o deja perimir la instancia”.

(12) Art. 13, dec. 320/2020.

do aun en los casos de aquellos contratos en que las partes acordaron un precio total del contrato y cánones locativos escalonados; es decir en aquellos casos en los que técnicamente no existe un “aumento” del precio del alquiler, pues en tales supuestos el precio del alquiler ya estaba fijado de antemano y lo que se suele acordar entre locador y locatario es la modalidad de pago de ese precio convenido inicialmente por todo el período locativo.

No podríamos pretender que una norma de esta naturaleza regule todas y cada una de las situaciones posibles, por ello me permito ahondar en una situación no prevista expresamente en el decreto. Tal, por ejemplo, aquellos casos de contratos de locación ya vencidos con anterioridad al 20 de marzo de 2020 en los que el locatario continúa en la tenencia del inmueble sin que se haya firmado un nuevo contrato de locación y en donde las partes ya han acordado verbalmente un nuevo precio de la locación, el cual incluso ya pudo haber sido pagado en los primeros días del mes de marzo.

En estos supuestos, y a pesar de no existir un contrato firmado entiendo lógico que, al existir ya convención o acuerdo entre las partes (reitero, acordada en forma verbal o electrónica, vía *e-mail*, por ejemplo), extendiendo el espíritu de la regulación de emergencia al caso planteado, las partes deberán congelar el precio de la locación abonado en el mes de marzo hasta el 30/09/2020, tal como se dispone para los contratos de locación de inmuebles contemplados en el art. 9° del decreto.

Luego, y a excepción del precio del alquiler, todas las demás prestaciones de pago periódico asumidas convencionalmente por la parte locataria se registrarán conforme lo acordado por las partes, entre ellas el pago de impuestos, servicios y expensas.

Claramente, esta norma referente al congelamiento de precios de alquileres trae aparejada una contingencia negativa para los locadores que habían previsto un aumento escalonado del precio de los alquileres o que tenían previsto actualizar el precio de las locaciones a partir de los vencimientos de los plazos originariamente pactados.

En este escenario, el art. 6° del DNU 320/2020 solo prevé una solución con relación a las diferencias que resultaren entre el monto pactado contractualmente y el que corresponda pagar por la aplicación del congelamiento (precio vigente al mes de marzo de 2020).

Estas diferencias en el precio podrán ser abonada por el inquilino en cuotas, que podrán pactarse libremente entre las partes entre un mínimo de tres y un máximo de seis cuotas mensuales, iguales y consecutivas, con vencimiento la primera de ellas, en la misma fecha del vencimiento del canon locativo que contractualmente corresponda al mes de octubre del corriente año, y junto con este. Las restantes cuotas vencerán en el mismo día de los meses siguientes.

La norma aclara que este procedimiento para el pago en cuotas de las diferencias resultantes será de aplicación aun cuando, entre el 29 de marzo y el 30 de septiembre, hubiere operado el vencimiento del contrato.

A esta especie de diferimiento del pago de los mayores precios de la locación no podrán aplicarse intereses moratorios, compensatorios ni punitivos, ni ninguna otra penalidad prevista en el contrato. He aquí otro efecto perjudicial para los locadores y beneficioso para los inquilinos. También se ven perjudicados los administradores de los inmuebles que perciben una comisión por tales servicios de administración equivalente a un porcentaje del precio de la locación.

Sin perjuicio de esta regla dispuesta por la norma, las partes podrán pactar una forma de pago distinta, aunque cualquier variante en los pagos que acuerden las partes no podrá ser más gravosa para la parte locataria que la establecida en el dec. 320/2020.

Además, es importante destacar que las obligaciones de la parte fiadora permanecerán vigentes hasta su total cancelación, es decir, hasta la total e íntegra cancelación del plan de pago en cuotas acordado entre locador y locatario.

Empero, debo remarcar que nada impedirá a que el locatario decida libremente pagar los mayores valores locativos en el tiempo y forma convenidos en el contrato a fin de evitarse esa

contingencia y mayor costo a partir del mes de octubre de 2020. Aquí la opción está en cabeza del inquilino y no le está prohibido que decida voluntariamente pagar en los plazos y por los precios originariamente previstos si así decidiera hacerlo con base en una simple decisión financiera que le resulte más conveniente. Lo que está prohibido es su imposición de pago por parte del locador.

En este punto, y atendiendo a la naturaleza de las normas del decreto, lo recomendable es que el locatario extienda un instrumento escrito en el cual refleje su expresa voluntad de pagar en los términos convenidos originariamente, a pesar de haber recibido de parte de la inmobiliaria información suficiente de los alcances del dec. 320/2020, la cual es una norma de orden público conforme lo dispone su art. 14. Creemos que de esta manera quedaría salvaguardada la responsabilidad profesional del corredor o inmobiliaria que interviene en la administración del inmueble en el supuesto en el que el locatario se arrepienta del pago efectuado contradiendo las disposiciones del dec. 320/2020 (el art. 6° dispone expresamente que la diferencia “deberá” ser abonada por la parte locataria en al menos tres cuotas y como máximo seis cuotas mensuales, iguales y consecutivas”).

En otras palabras, durante la vigencia del decreto los locatarios que no puedan abonar los valores actualizados del alquiler podrán pagar solo hasta el importe equivalente al alquiler de marzo de 2020; pero deberán agudizar la prudencia puesto que no les está dispensada la obligación de pago de los nuevos valores sino tan solo se posibilitó diferir su pago a partir de octubre y en cuotas (3 o más cuotas). Por lo tanto, la recomendación general sería que, si están en condiciones económicas de pagar las actualizaciones del precio, lo hagan en el tiempo y forma pactados en el contrato a fin de evitar la acumulación de pagos en el último trimestre del año, pero con la recomendación de que, antes de hacerlo, extiendan su expresa conformidad en hacerlo a pesar de haber recibido suficiente información respecto del tenor y naturaleza de las normas del dec. 320/2020.

El razonamiento precedente tiene su fundamento en el propio espíritu del decreto, puesto que en las consideraciones del Señor Presiden-

te de la República fue remarcado que la razón de ser de la norma de emergencia radica en que “muchos trabajadores y trabajadoras, comerciantes, profesionales, industriales y pequeños y medianos empresarios, ven afectados fuertemente sus ingresos por la merma de la actividad económica, lo que origina una reducción en los mismos, con la consecuente dificultad que ello genera para afrontar todas sus obligaciones en forma íntegra y para disponer lo necesario para costear su alimentación, su salud y su vivienda”.

De forma tal que, a mi juicio, el espíritu del dec. 320/2020 está enfocado a proteger a los locatarios que atraviesen dificultades para dar cabal cumplimiento a la obligación de pago del precio de la locación, quienes, ante estas situaciones y en el marco de esta coyuntura pandémica, pueden incurrir en incumplimientos contractuales, lo que agravaría aún más la compleja situación que atraviesan y las condiciones sociales imperantes. En una palabra, la finalidad del dec. 320/2020 tiende a proteger los intereses económicos de los inquilinos y a resguardar el derecho a la vivienda, amparado por diversas normas contenidas en los Tratados de Derechos Humanos ratificados por nuestro país.

Recordemos que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha señalado en reiteradas oportunidades que, sin perjuicio de que la primera fuente de interpretación de la ley es su letra, la exégesis de la norma debe practicarse sin violación de sus términos o su espíritu (13). Asimismo, el Máximo Tribunal Nacional ha señalado que es misión del intérprete de la ley indagar su verdadero alcance y sentido mediante un examen atento y profundo de sus términos, que consulte la realidad del precepto y la voluntad del legislador, atendiendo a los fines que persigue su texto (14).

Empero, por si alguna duda quedase, bueno será recordar también que la Corte Suprema (15) ha dicho que “uno de los índices más seguros para verificar la razonabilidad de la in-

(13) Conf. CS, Fallos: 330:2286 y arg. 331:866, entre otros.

(14) Conf. arg. CS, Fallos: 312:2177; 325:3435; 327:4201; 329:2876; 330:2932 y 331:866 y 1215, entre otros.

(15) En CS, Fallos: 310:267.

teligencia de una norma y su congruencia con el resto del sistema del que forma parte, es la consideración de sus consecuencias”. Y en cuanto a su interpretación afirmó (16) que “es necesario buscar en todo tiempo una interpretación valiosa de lo que las normas, jurídicamente, han querido mandar, de suerte que la admisión de soluciones notoriamente injustas cuando es posible arbitrar otras de mérito opuesto, no resulta compatible con el fin común de la tarea legislativa y de la judicial. En tal sentido no debe prescindirse de las consecuencias que derivan de cada criterio, pues ellas constituyen uno de los índices más seguros para verificar su razonabilidad y su coherencia con el sistema en que está engarzada la norma” (17).

Así, en tren de probabilidades y avizorando las consecuencias que podría traer el congelamiento para un locatario a quien el precio del alquiler pactado se hubiese ajustado, por ejemplo, en el mes de abril de 2020 y que esté obligado a pagar tal incremento a partir del mes de octubre en al menos tres cuotas, suponiendo además (en un escenario hipotético y meramente ejemplificativo) que según las previsiones contractuales firmadas en el mes de octubre de 2020 el precio del alquiler mensual volviese a tener un incremento previsto, nos encontraríamos con un caso en el que el locatario podría verse obligado a afrontar el pago de dos aumentos del alquiler en solo tres meses, generándosele una complicación económica mayor a la que hubiese tenido en caso de que el dec. 320/2020 no existiera.

Si al caso del ejemplo le sumamos como condimento que el inquilino sea un empleado público o un empleado en relación de dependencia en el sector privado que no vio cercenado su salario, al prohibírsele el pago del alquiler en los términos originariamente pactados con el locador lo situaríamos en un lugar más perjudicial para sus intereses que el existente antes del dictado del decreto.

(16) En CS, Fallos: 310:1797

(17) CSJ Santa Fe, 03/08/1994, “Alcacer, Miguel A. c. Provincia de Santa Fe”, Lexis 70010660.

Por eso, creemos que la interpretación acerca de la opción en cabeza del locatario es la que más se condice con el espíritu de la norma, la cual fue dictada para proteger sus intereses económicos y no para complicarles más su economía.

Esta conclusión sobre el punto se refuerza cuando analizamos el exacto tenor del último párrafo del art. 6° del dec. 320/2020, el cual expresamente dispone que “[l]as partes podrán pactar una forma de pago distinta que no podrá ser más gravosa para la parte locataria que la establecida en el primer párrafo de este artículo”.

Gravoso, según el Diccionario de la Lengua Española (edición del Tricentenario), significa “molesto, pesado y a veces intolerable”, “que ocasiona gasto o menoscabo”; y la única persona que puede definir o afirmar si el pago diferido del precio del alquiler a partir del mes de octubre es más o menos gravoso que pagar el precio del alquiler conforme los términos del contrato firmado es el propio inquilino, no otra persona.

De tal manera, si para el locatario es más gravoso el diferimiento del pago, en mi opinión y con fundamento en lo dispuesto en el último párrafo del art. 6° del dec. 320/2020, podrá elegir pagarlo anticipadamente, de acuerdo con los plazos previstos originariamente en el contrato, ya que, como dije antes, la norma de orden público prohíbe al locador obligarle al locatario a pagar el aumento si este no puede o no quiere hacerlo; pero no le está prohibido al inquilino pagar en el plazo previsto originariamente en el contrato si pagar a partir de octubre le resultase más pesado o intolerable.

Claro que aquí cobrará una clara trascendencia la actuación y gestión del corredor inmobiliario, quien deberá informar y aconsejar adecua y verazmente a cada locatario, propiciando un escenario de conversación y negociación en plena libertad, remarcándole en todo momento que la elección de la fecha del pago de los mayores valores de la locación no puede serle impuesta por el locador, sino que deberá provenir de su más absoluto convencimiento, conveniencia y libre decisión.

VIII. Excepciones al congelamiento de precios de los alquileres

Con independencia de lo dicho hasta aquí, el dec. 320/2020, en su art. 10, establece una excepción a la disposición general del congelamiento de precios prevista en el art. 4º.

Así es: el art. 10 del decreto excluye del congelamiento de precios a los contratos de locación cuya parte locadora dependa del canon conve-nido en el contrato de locación para cubrir sus necesidades básicas o las de su grupo familiar primario y conviviente.

Aquí sí el decreto tiene en cuenta el carácter o calidad que reviste la parte (locador) para establecer la excepción, con toda independencia del objeto o destino de la locación en sí misma.

La excepción prevista en el decreto es lo suficientemente amplia como para incluir en ella a una gran cantidad de casos, ya que en nuestro país son numerosos los casos de pequeños propietarios que durante toda su vida invirtieron sus ahorros en ladrillos o viviendas con el fin de reforzar sus ingresos habituales, ya sea durante su plena actividad económica o laboral como en sus momentos de retiros por jubilación.

En nuestra opinión, se abrirán aquí numerosos planteos y diferencias entre las partes contratantes, cobrando un rol esencial y crucial los corredores, abogados e inmobiliarias en cuanto a la manifiesta necesidad de acrecentar los canales de diálogo, el intercambio de información y el asesoramiento a ambas partes contratantes respecto de la realidad económica que se presente en cada caso como así también respecto de las vicisitudes que podrían enfrentar ambas partes en caso de no arribar a un rápido entendimiento.

La norma solo dispone que el locador debe “acreditar debidamente” tales extremos que lo excluirían de la aplicación del congelamiento, y aquí es donde el sentido común y el asesoramiento proactivo de cada profesional cobrará una vital trascendencia. Máxime si consideramos que el decreto no precisa cómo acreditar la vulnerabilidad del locador, es decir, no fija a qué criterios, mecanismos o medios de prueba deberán apelar las partes a fin de acreditar si el

locador, en cada caso, está comprendido en la excepción o no.

De tal manera, para resolver esta cuestión resultará imperioso que las partes recurran nuevamente a los principios generales del derecho, sobre todo a la buena fe con que deben interpretarse y ejecutarse los contratos. Es que, en este sentido, conviene recordar que la exégesis de la ley requiere la máxima prudencia, cuidando que la inteligencia que se le asigne no pueda llevar a la pérdida de un derecho, o que el excesivo rigor de los razonamientos no desnaturalice al espíritu que ha inspirado su sanción, pues, por encima de lo que las leyes parecen decir literalmente, corresponde indagar lo que dicen jurídicamente. Así, si bien no cabe prescindir de las palabras, tampoco resulta adecuado ceñirse rigurosamente a ellas cuando así lo requiera la interpretación razonable y sistemática (18).

No olvidemos que, en definitiva, las leyes deben ser interpretadas a favor de quienes al serles aplicadas con este sentido consiguen o tienden a alcanzar el ‘bienestar’, esto es, las condiciones de vida mediante las cuales es posible a la persona humana desarrollarse conforme a su excelsa dignidad (19).

En tales condiciones, las maneras o elementos con los que el locador deberá demostrar que se encuentra incluido dentro de la excepción a la regla general del congelamiento variarán de acuerdo con la situación de cada parte, pero básicamente deberán apuntar a la acreditación de su situación patrimonial y a la composición de su grupo familiar. Así, las alternativas serán múltiples y se podrán materializar desde la puesta a disposición del inquilino de sus recibos de haberes, constancias de inscripción ante AFIP, sus declaraciones juradas ante los organismos oficiales, declaraciones juradas sobre la composición de su grupo familiar y de familiares a su cargo, declaraciones juradas sobre los gastos ordinarios y referidos a necesidades básicas del grupo familiar a su cargo (incluyendo alimentos, obas sociales o prepagas, servicios

(18) CS, Fallos: 310:2214; 312:1614; 315:38; causa A.595.XXIII, “Ávila, Carlos Alberto y otros c. Rodrigo SA y otros”, del 17 de marzo de 1992.

(19) CS, Fallos: 289:430, 436; asimismo, CS, Fallos: 293:26, 27, consid. 3º.

públicos, impuestos, etc.), con el debido respaldo documental, por ejemplo, adjuntando copias de las facturas de los últimos períodos consumidos o cualquier otro elemento que demuestre en términos razonables que el precio del alquiler le resulta necesarios para cubrir tales gastos.

A mayor abundamiento, entendemos que la leyenda “grupo familiar primario y conviviente” hace referencia al cónyuge o pareja del locador, sus hijos o nietos (de ambos) y/o sus padres o abuelos (de ambos), en la medida que convivan con el locador en una única vivienda.

Sin embargo, visualizo aquí un latente foco de litigiosidad el cual solo la buena fe de las partes y los buenos oficios de los profesionales intervinientes podrán desactivar, escuchando, dialogando, proponiendo, transmitiendo y asesorando a ambas partes contratantes.

IX. Incumplimientos

El decreto establece que las deudas que pudieren generarse desde el 29/03/2020 y hasta el 30/09/2020 originadas en la falta de pago, en pagos realizados fuera de los plazos contractuales pactados o en pagos parciales, deberán abonarse en al menos, tres cuotas y como máximo seis cuotas mensuales, iguales y consecutivas, con vencimiento, la primera de ellas en la misma fecha del vencimiento del canon locativo que contractualmente correspondiere al mes de octubre del corriente año.

Pero, a diferencia del pago de las diferencias de precio de la locación a los cuales no podrán aplicarse intereses moratorios, compensatorios ni punitivos, ni ninguna otra penalidad prevista en el contrato, a las deudas por falta de pago, atrasos o pagos parciales sí podrán aplicarse intereses compensatorios, los que no podrán exceder la tasa de interés para plazos fijos en pesos a 30 días que paga el Banco de la Nación Argentina (actualmente en el 31% anual, aproximadamente); independientemente de las previsiones contractuales al respecto.

Sin embargo, no podrán aplicarse intereses punitivos ni moratorios, ni ninguna otra penalidad que se haya previsto en los contratos. Aquí vemos otra contingencia negativa para los loca-

dores que hayan previsto alguna sanción más severa en casos de incumplimientos.

Además, y en armonía con el resto de supuestos previstos en la norma, el decreto aclara que las obligaciones de la parte fiadora permanecerán vigentes hasta la total cancelación de las deudas.

El decreto también prevé que las partes podrán pactar una forma de pago distinta que no podrá ser más gravosa para la parte locataria que la establecida en el decreto.

X. Prohibición de resolución de contratos por falta de pago

La norma prevista en el último párrafo del art. 7º es, claramente, una norma potencialmente dañosa, en perjuicio del locador y de los fiadores de cada contrato. Por ello, este es, a no dudarlo, el punto más polémico y riesgoso de la norma de emergencia.

El dec. 320/2020 dispone en el último párrafo del art. 7º que durante los días 29/03/2020 y 30/09/2020 el locador no podrá resolver el contrato por falta de pago de la prestación dineraria convenida durante dos períodos consecutivos.

Esta norma es muy alarmante y peligrosa, atento a las enormes contingencias y perjuicios que puede traer aparejada, tanto para el locador como para las garantías o fiadores que hayan firmado los contratos de locación.

En el punto, cobra una relevancia trascendente la actuación del corredor o inmobiliaria que administre la propiedad, quien con base en sus obligaciones como profesional experimentado en el rubro deberá activar y mantener vivos en forma permanente todos los canales de comunicación con los fiadores a fin de alertarle sobre las contingencias que pueden caer sobre sus hombros ante una falta de pago que se mantenga en el tiempo por varios meses.

Es más, lo recomendable será que las inmobiliarias informen y anticipen estas contingencias a los codeudores de cada contrato, aun antes de que exista siquiera algún incumplimiento.

Reitero: no desconozco el espíritu de la norma y entiendo que su finalidad es proteger a los

más necesitados. Pero no puedo dejar de advertir que resulta extremadamente peligroso impedir al locador la resolución del contrato cuando existe falta de pago de la totalidad del canon locativo durante por lo menos dos períodos ya que las contingencias que trae consigo la solución legal pueden significar un golpe mortal a la economía del locador como a la de los fiadores de tales contratos, quienes se ven expuestos a tener que enfrentar un proceso de cobro de pesos por el equivalente a varios alquileres.

Sin embargo, debo destacar que se mantiene la vigencia y aplicación de las otras dos posibles causales de resolución imputable al locatario previstas en el art. 1219 del Cód. Civ. y Com., esto es, por cambio de destino o uso irregular del inmueble o por falta de conservación de la cosa locada o su abandono sin dejar quien haga sus veces.

XI. Deber de información del locador

El dec. 320/2020 consagra una obligación a cargo de los locadores que resulta de toda lógica y que se emparenta con los estándares de buena fe que debe regir en las relaciones laborales. Así, en su art. 8º se establece que, dentro de los veinte días contados desde la entrada en vigencia de la norma, la parte locadora deberá comunicar a la parte locataria los datos necesarios para que esta pueda, si así lo quisiera, realizar transferencias bancarias o depósitos por cajero automático para efectuar los pagos a los que esté obligada.

Queda claro que el decreto de necesidad y urgencia de ninguna manera dispensa a los inquilinos del pago de los alquileres, pero impone a la parte locadora de una obligación legal de información, a fin de evitar o complicaciones en los pagos, en la medida que al locatario le sea posible efectuar pagos por medios electrónicos o bancarios y si así este lo quisiera.

Estimamos que dentro el concepto de parte locadora debemos incluir a los corredores e inmobiliarias que prestan el servicio de administración de las propiedades alquiladas; todo ello en consonancia con la obligación impuesta por el inc. c) del art. 1347 del Cód. Civ. y Com. que prevé entre las obligaciones del corredor el de-

ber de comunicar a las partes todas las circunstancias que sean de su conocimiento y que de algún modo puedan influir en la conclusión o modalidades del negocio, pues tal diligencia es la que corresponde a una persona prudente y que se supone experta en los negocios inmobiliarios en quien las partes han depositado su confianza.

XII. Desalojos

En lo que podría ser la parte más sensible desde el punto de vista social, el decreto suspende en todo el territorio nacional de la República Argentina y hasta el día 30 de septiembre del año 2020, la ejecución de las sentencias judiciales cuyo objeto sea el desalojo de inmuebles, 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.

El art. 2º del decreto aclara, además, que esta medida alcanza también a los lanzamientos ya ordenados en procesos judiciales ya iniciados con anterioridad y en los que no se hubieran efectivizado los desalojos a la fecha de entrada en vigencia de la norma.

Asimismo, la norma de emergencia prevé que hasta el día 30/09/2020 quedan suspendidos los plazos de prescripción en los procesos de ejecución de sentencia respectivos.

Cabe aclarar que la norma suspende “la ejecución de las sentencias judiciales cuyo objeto sea el desalojo”, lo que no implica que no puedan iniciarse y tramitarse procesos judiciales con tal objeto, aunque el desahucio no se pueda materializar hasta tanto siga en vigencia el decreto.

XIII. Mediación obligatoria

Finalmente, el decreto invita a las provincias y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a establecer la mediación previa y obligatoria, en forma gratuita o a muy bajo costo, para controversias vinculadas con la aplicación del mismo.

Habrà que estar atentos a cómo se implementa esta norma en las distintas jurisdicciones del país.

XIV. Conclusiones

Ya vendrá el momento, en los próximos días, para que las Honorables Cámaras de Diputados y Senadores de la Nación se pronuncien respecto a esta legislación de emergencia nacida desde el dictado de decretos de necesidad y urgencia, pero adelanto mi opinión en el sentido de que las normas contenidas en el dec. 320/2020 aparecen como oportunas y razonablemente justas, atendiendo a que, como se referencia en los considerandos del decreto, acontecimientos extraordinarios justifican remedios extraordinarios.

Solo estimo como criticable dos aspectos del decreto: el primero, la decisión presidencial respecto al ámbito de aplicación de la norma, que atendió al objeto de las locaciones y no al carácter o calidad del locatario, pues, como señalé, no todos los locatarios se encuentran en las mismas condiciones ante la emergencia derivada de la pandemia.

El otro, la peligrosidad ínsita que trae consigo la norma prevista en el último párrafo del art. 7° en tanto y en cuanto prohíbe al locador resolver el contrato por falta de pago de la prestación dineraria convenida durante dos períodos consecutivos. Como sostuve anteriormente, interpreto que esta norma es muy peligrosa atendiendo a las enormes contingencias y perjuicios que puede traer aparejada, tanto para el locador como para las garantías o fiadores que hayan firmado los contratos de locación.

Amén de ello, estoy convencido que los argentinos (en el caso, locadores, locatarios y profesionales del mundo inmobiliario) nos merecemos tener, aunque sea, un poco de certidumbre en el medio del caótico escenario que nos toca vivir como consecuencia de la pandemia de COVID-19.

Podría decirse que los menos beneficiados (o los más perjudicados, dependiendo con la lupa con que se lo mire) con la nueva norma resultan ser aquellos propietarios locadores de contratos de locación que vencen con posterioridad

al 20/03/2020 y en los que el locatario continúa en la ocupación del inmueble, ya que no pueden actualizar el precio de la locación mientras permanezca en vigencia el decreto.

En cambio, nada dice el decreto respecto a nuevos contratos de locación a celebrarse a partir del día de mañana y en adelante. Parecería que todo nuevo contrato podría prever cualquier condición libremente acordada entre las partes, sin sujeción a ninguna limitación.

En términos razonables, solo podría entenderse que la norma invita a las partes a mantener el mismo precio de la locación desde su inicio y hasta el 30 de septiembre de 2020 inclusive; aunque no existe una disposición expresa que así lo prevea.

Tal como están dadas las cosas, y atendiendo a los términos y espíritu del decreto, en forma indirecta deja tareas importantes en manos de distintos profesionales del rubro inmobiliario (abogados, corredores, inmobiliarias), que asumirán un rol decisivo para acercar a las partes al diálogo y a la comprensión de las diversas vicisitudes de cada contrato.

Soy de la idea de que en una emergencia de esta magnitud (mundial) todos perderemos un poco, y todos aprenderemos mucho. Todos los que podamos atravesar esta guerra contra la pandemia (y ojalá yo mismo sea uno de ellos), saldremos heridos, pero a la vez fortalecidos, porque en situaciones como esta necesitamos agudizar nuestro ingenio para encontrar soluciones que resulten lo más justas y humanas que nos sea posible.

Y a ese tren me subo e invito a que participen de él todos los profesionales del derecho y del mercado inmobiliario, porque la emergencia sanitaria y los exactos términos de este decreto nos dan la oportunidad de cumplir una función esencial en el mantenimiento de la paz social y en la reconstrucción armónica de una economía que sufrirá un severo impacto en todos los sectores de la sociedad.

La cuarentena no implica la imposibilidad de celebrar contratos

Facundo M. Bilvao Aranda^(*)

Sumario: I. Modos de manifestar la voluntad de obligarse en el Código Civil y Comercial.— II. El silencio como manifestación de la intención de obligarse.— III. Las ofertas o propuestas de contrato.— IV. La aceptación.— V. Modalidades de envío de la oferta y la aceptación en épocas de aislamiento social preventivo y obligatorio.— VI. Comentarios finales.

En épocas de aislamiento social preventivo y obligatorio (1), resulta muy útil recordar una vía para la celebración e instrumentación de contratos, tan poco usada como poco conocida por profesionales del derecho en general y en el mercado inmobiliario en particular. En concreto, esta rama de tráfico comercial se ha visto especialmente paralizada como consecuencia de la pandemia de COVID-19 (2).

(*) Abogado (UNL), Notario (UNL), Máster en Derecho Empresario (Univ. Austral), Corredor Inmobiliario (UNL).

(1) Dispuesto por el DNU 297/2020 (BO 19/03/2020), prorrogado por el DECNU 325/2020 (BO 31/03/2020), hasta el 12/04/2020.

(2) Recordemos que el domingo 29/03/2020 fue publicado en el Boletín Oficial de la Nación el DNU 320/2020; norma de orden público, sancionada en el marco de la emergencia pública en materia económica, financiera, fiscal, administrativa, previsional, tarifaria, energética, sanitaria y social, mediante la cual, entre otras disposiciones, se previó que el plazo de los contratos de locación detallados en el art. 9º del decreto y cuyo vencimiento haya operado desde el 20 de marzo próximo pasado y la tenencia del inmueble se encuentre en poder de la parte locataria, se prorrogarán hasta el día 30 de septiembre de 2020, aplicándose la misma solución a los contratos cuyo vencimiento esté previsto antes del 30 de septiembre de 2020 y a los contratos ya vencidos en los que el locatario continúe en la tenencia del inmueble sin que haya existido convención o acuerdo entre las partes respecto de los nuevos términos de la locación. Además, El art. 4º del dec. 320/2020 dispone el congelamiento del precio de las locaciones hasta el 30 de septiembre de 2020, y que du-

Ocurre que, al estar obligados a respetar la cuarentena, resulta oportuno preguntarnos si solo el documento suscripto concomitantemente por ambas partes en un mismo instrumento será la única fuente de nacimiento de contratos o si, por el contrario, también estará permitido la formalización de acuerdos contractuales mediante cartas ofertas. Para dilucidar este interrogante, debemos echar manos a las actuales previsiones de nuestra ley de fondo en la materia.

I. Modos de manifestar la voluntad de obligarse en el Código Civil y Comercial

Según lo dispone el art. 262 del Cód. Civ. y Com.: “Los actos pueden exteriorizarse oralmente, por escrito, por signos inequívocos o por la ejecución de un hecho material”. Además, en relación con las manifestaciones “tácitas” de voluntad, el Cód. Civ. y Com. dispone en el art. 264 que “La manifestación tácita de la voluntad resulta de los actos por los cuales se la puede conocer con certidumbre. Carece de eficacia cuando la ley o la convención exigen una manifestación expresa”.

De tal manera, lo esencial será analizar de qué manera los constituyentes del negocio exteriorizan su voluntad y su consentimiento so-

rante la vigencia de esta medida (que podrá ser prorrogada por el Gobierno), se deberá abonar el precio de la locación correspondiente al mes de marzo de 2020.

bre los términos del negocio que desean llevar a cabo. Este consentimiento, elemento esencial del contrato (3), se entiende como una declaración o exteriorización de voluntad unilateral que formula cada uno de los contratantes; y es la conjunción de esas declaraciones de voluntad unilaterales lo que da origen a la llamada declaración de voluntad común (4).

El art. 284, Cód. Civ. y Com. consagra la denominada “libertad de formas” de los actos jurídicos disponiendo que, si la ley no designa una forma determinada para la exteriorización de la voluntad, las partes pueden utilizar la que estimen conveniente, pudiendo convenir las partes, incluso, una forma más exigente que la impuesta por la ley (5).

En cuanto a la expresión escrita, esta puede tener lugar por instrumentos públicos, o por instrumentos particulares firmados o no firmados (6), excepto en los casos en que determinada instrumentación sea impuesta. Puede hacerse constar en cualquier soporte (7), siempre que su contenido sea representado con texto

(3) Garrido y Zago nos señalan que es evidente que el consentimiento en el momento de la celebración del contrato es elemento esencial para la existencia del acuerdo que reglará como la ley misma la actuación posterior de las partes (GARRIDO, Roque F. - ZAGO, Jorge A. “Contratos civiles y comerciales, parte general”, Ed. Universidad, Buenos Aires, 1995, p. 96).

(4) SPOTA, Alberto O., “Instituciones de derecho civil, Contratos”, vol. 1, p. 235.

(5) El Cód. Civ. y Com. dispone que aquel acto que no se otorgue en la forma exigida por la ley no queda concluido como tal mientras no se haya otorgado el instrumento previsto, pero vale como acto en el que las partes se han obligado a cumplir con la expresada formalidad, excepto que ella se exija bajo sanción de nulidad (art. 285).

(6) Según el art. 287, Cód. Civ. y Com. los instrumentos particulares pueden estar firmados o no. Si lo están, se llaman instrumentos privados. Si no lo están, se los denomina instrumentos particulares no firmados; esta categoría comprende todo escrito no firmado, entre otros, los impresos, los registros visuales o auditivos de cosas o hechos y, cualquiera que sea el medio empleado, los registros de la palabra y de información.

(7) Entendido como cualquier material en cuya superficie se registra información, como el papel, la cinta de video o el disco compacto (Conf. “Diccionario de la Lengua Española”, ed. del Tricentenario, www.rae.es).

inteligible, aunque su lectura exija medios técnicos.

Luego, es preciso destacar que la firma (8) de cada instrumento prueba la autoría de la declaración de voluntad expresada en el texto al cual corresponde, y que, en los instrumentos generados por medios electrónicos, el requisito de la firma de una persona queda satisfecho si se utiliza una firma digital, que asegure indubitablemente la autoría e integridad del instrumento.

En cualquiera de estos formatos puede exteriorizarse y enviarse una manifestación de voluntad con intención de obligarse, es decir que el principio de libertad de formas resulta de plena aplicación a las ofertas de contratos y a sus respectivas aceptaciones. En esta inteligencia es que el art. 957 del Cód. Civ. y Com. define al contrato como “el acto jurídico mediante el cual dos o más partes manifiestan su consentimiento para crear, regular, modificar, transferir o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales”, norma que se complementa con lo dispuesto por el art. 971 del Cód. Civ. y Com. que dispone que “Los contratos se concluyen con la recepción de la aceptación de una oferta o por una conducta de las partes que sea suficiente para demostrar la existencia de un acuerdo”.

A todo evento, debemos tener presente que, según lo dispone el art. 983 del Cód. Civ. y Com., la manifestación de voluntad de una parte se considerará “recibida” por la otra cuando esta la conoce o “debió conocerla”, ya sea que se trate de una comunicación verbal, de la recepción en su domicilio de un instrumento pertinente (carta documento, carta certificada, etc.), o de otro modo útil; siempre, claro está, de acuerdo al curso normal y natural de las cosas y actuando con una razonable y adecuada diligencia exigida por las circunstancias de cada caso.

II. El silencio como manifestación de la intención de obligarse

¿Y qué ocurre con el silencio? ¿Sirve este como expresión de voluntad? El silencio se enmarca dentro de las declaraciones indirectas o tácitas de voluntad, y sus efectos están regula-

(8) Según el art. 288, Cód. Civ. y Com., debe consistir en el nombre del firmante o en un signo.

dos en el art. 263 del Cód. Civ. y Com. en estos términos: “El silencio opuesto a actos o a una interrogación no es considerado como una manifestación de voluntad conforme al acto o la interrogación, excepto en los casos en que haya un deber de expedirse que puede resultar de la ley, de la voluntad de las partes, de los usos y prácticas, o de una relación entre el silencio actual y las declaraciones precedentes”.

Según Demogue: “Hay silencio en el sentido jurídico, cuando una persona, en el curso de esta actividad permanente que es la vida, no manifiesta su voluntad con relación a un acto jurídico, ni por una acción especial destinada a este efecto (voluntad expresa) ni por una acción de la que puede inferirse su voluntad (voluntad tácita)”. Esta definición significa, pues, que frente a un acto o una interrogación la parte nada dice, se abstiene, omite pronunciarse, calla. A diferencia del adagio del derecho canónico, de que “el que calla otorga”, en nuestro derecho el silencio no importa ni sí ni no: no es aceptación o consentimiento, pero tampoco rechazo o negación. Nuestro código sigue esa línea y establece el principio de que el silencio no puede valer como consentimiento, pero contempla excepciones a ese principio (9).

De esta manera, para considerar al silencio como voluntad declarada, la ley requiere que se refiera a una conformidad a un acto o a una interrogación, debiendo existir un nexo entre ese acto o interrogación y las declaraciones precedentes. Claro que, para que el silencio tenga virtualidad como expresión de voluntad, se requerirá que, de manera previa al envío de la propuesta, hayan existido tratativas y negociaciones lo suficientemente avanzadas que motiven la remisión de la oferta. Sin estos antecedentes, no habrá obligación de expedirse a causa de una relación entre el consentimiento actual y las declaraciones precedentes. Si estos antecedentes precontractuales existieron, sí nacerá en cabeza del destinatario de la oferta una verdadera obligación de expedirse. Explica Santos Cifuentes que la tercera excepción que contempla la norma es cuando el juez interpreta que el silencio actual, comparado con declaraciones anteriores,

significa consentimiento o aceptación, se lo considera como una inferencia propia de la manifestación tácita de la voluntad. Si, p. ej., señala este autor, un comerciante minorista escribe a su proveedor mayorista con el tratado habitualmente durante años, que como siempre para carnaval les envíe mercaderías destinadas a esas fiestas (disfraces, máscaras, pirotecnia, etc.) y el proveedor mayorista guarda silencio, ello equivale a la aceptación del pedido, pues es lo que anteriormente ocurría. En el contrato de trabajo, si la parte empleadora guardó silencio ante la intimación del trabajador para que lo considere despedido y lo indemnice, se considera que ha reconocido tácitamente la pretensión, pues se debe atender a la relación anterior de trabajo y a lo que establece la ley sobre los derechos del trabajador (10).

En esta inteligencia, se ha sostenido que “quien, teniendo la concreta posibilidad, el interés y el deber de hablar, y en especial de contradecir, omite conscientemente el hacerlo frente a aquellos a quienes debería declarar su oposición, hace una declaración silenciosa de consentimiento o manifiesta indirectamente su asentimiento” (11). Por ello, dice Spota, siempre que medie relación entre el silencio actual y las declaraciones precedentes y, en general, cuando las circunstancias prueben que el silencio integra una declaración indirecta de voluntad, no es posible negar que media una voluntad declarada. Agregado a ello la buena fe-creencia y la buena fe-lealtad que debe existir en el mundo de los convenios, resulta lógico y propende a un resultado valioso deducir del silencio, según las circunstancias, el consentimiento contractual (12).

Es que, con carácter general, nadie está obligado a contestar a ofertas impertinentes y no solicitadas (13). No obstante, han de distin-

(10) SANTOS CIFUENTES, “Elementos de derecho civil, parte general”, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1992, p. 286.

(11) Conf. SALAS - TRIGO REPRESAS - LÓPEZ MESA, “Cód. Civil anotado”, Ed. Desalma, t. 4-A, p. 392.

(12) SPOTA, Alberto O., “Instituciones de derecho civil, Contratos”, vol. 1, ps. 258-259.

(13) Cfr. VON TUHR, A., “Tratado de las obligaciones”, Ed. Reus, Madrid, 1999, t. I, p. 134; BROX, Hans, “Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs”, Carl

(9) SANTOS CIFUENTES, “Elementos de derecho civil, parte general”, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1992, ps. 285-286.

guirse el silencio y la aceptación tácita, que se produce cuando la declaración de voluntad se manifiesta por el destinatario de la oferta a través de un comportamiento concretado en actos concluyentes (así, consumir inmediatamente el producto recién ofrecido), y que sí constituirá una auténtica aceptación constitutiva de contrato (14).

III. Las ofertas o propuestas de contrato

Las denominadas “propuestas de contrato” o lisa y llanamente “ofertas”, resultan ser ni más ni menos que una exteriorización o declaración de voluntad unilateral y recepticia que tiene por destinatario al aceptante (15). El Cód. Civ. y Com. la define en el art. 972 de esta manera: “La oferta es la manifestación dirigida a persona determinada o determinable, con la intención de obligarse y con las precisiones necesarias para establecer los efectos que debe producir de ser aceptada”.

De modo tal que la oferta es una declaración unilateral de voluntad que dirige una parte a otra para celebrar un contrato, en términos ta-

les, que para que este quede perfecto, basta con que el destinatario de la oferta simplemente la acepte (16). En otras palabras, la oferta constituye una declaración de voluntad por la cual una parte (el oferente o proponente) realiza una propuesta de contrato, manifestando su intención de formarlo y estableciendo los requisitos del mismo, de manera que dicho contrato quede formado al recaer la aceptación (17).

Se dice que la oferta es “recepticia” porque está dirigida a una persona que deberá recibirla y a quien, implícita o expresamente, se le requerirá una respuesta a la misma. No será (aun) un negocio jurídico, sino que, si existe solo la oferta, será solo una exteriorización unilateral de voluntad destinada a la otra parte (18) a fin de que esta la acepte o la rechace. Si la propuesta u oferta es aceptada, ya sea expresa o tácitamente, nacerá allí el contrato. En consecuencia, la aceptación, manifestación unilateral de una de las partes, complementa la otra manifestación unilateral, exteriorizada por la oferta, y al unirse ambas, dan nacimiento al contrato (19).

(16) OVSEJEVICH, “El consentimiento: sus términos”; Buenos Aires, 1971, p. 286.

(17) Cfr. VON TUHR, A., “Tratado de las obligaciones”, Ed. Reus, Madrid, 1999, t. I, p. 134; BROX, Hans, “Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs”, Carl Heymanns, Colonia, 1989, 13ª ed., p. 86; LACRUZ BERDEJO, José L. et al., “Derecho de obligaciones, Elementos de Derecho Civil II”, J. M. Bosch Editor, Barcelona, 1994, 3ª ed., vol. I, p. 395; Díez-PICAZO, Luis, “Fundamentos del Derecho civil patrimonial”, Ed. Civitas, Madrid, 5ª ed., vol. I, 1996, p. 396; ROGEL VIDE, Carlos, “Derecho de obligaciones y contratos”, J. M. Bosch Editor, Barcelona, 1997, p. 124; LARENZ, Karl, “Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts”, actualizado por Manfred WOLF, C. H. Beck, Munich, 2004, 9ª ed., p. 554; SCHACK, Haimo, “BGB - Allgemeiner Teil”, C. F. Müller, Heidelberg, 2006, 11ª ed., p. 55; MEDICUS, Dieter, “Allgemeiner Teil des BGB”, C. F. Müller, Heidelberg, 2006, 9ª ed., p. 142; LASARTE, Carlos, “Contratos. Principios de Derecho Civil III”, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2013, 15ª ed., p. 54; todos citados por JIMÉNEZ MUÑOZ, Francisco J., “La formación del consentimiento contractual en el nuevo Código y el Derecho Comparado”, LA LEY 26/08/2015, I, LA LEY 2015-D, 1178, cita online AR/DOC/2857/2015.

(18) Cfr. SPOTA, Alberto O., “Instituciones de derecho civil Contratos”, vol. 1, p. 261.

(19) Cfr. GARRIDO, Roque F. - ZAGO, Jorge A., “Contratos civiles y comerciales, parte general”, Ed. Universidad, Buenos Aires, 1995, p. 109.

Heymanns, Colonia, 1989, 13ª ed., p. 86; LACRUZ BERDEJO, José L. et al., “Derecho de obligaciones, Elementos de Derecho Civil II”, J. M. Bosch Editor, Barcelona, 1994, 3ª ed., vol. I, p. 395; Díez-PICAZO, Luis, “Fundamentos del Derecho civil patrimonial”, Ed. Civitas, Madrid, 5ª ed., vol. I, 1996, p. 396; ROGEL VIDE, Carlos, “Derecho de obligaciones y contratos”, J. M. Bosch Editor, Barcelona, 1997, p. 124; LARENZ, Karl, “Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts”, actualizado por Manfred WOLF, C. H. Beck, Munich, 2004, 9ª ed., p. 554; SCHACK, Haimo, “BGB - Allgemeiner Teil”, C. F. Müller, Heidelberg, 2006, 11ª ed., p. 55; MEDICUS, Dieter, “Allgemeiner Teil des BGB”, C. F. Müller, Heidelberg, 2006, 9ª ed., p. 142; LASARTE, Carlos, “Contratos. Principios de Derecho Civil III”, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2013, 15ª ed., p. 54; todos citados por JIMÉNEZ MUÑOZ, Francisco J., “La formación del consentimiento contractual en el nuevo Código y el Derecho Comparado”, LA LEY 26/08/2015, I, LA LEY 2015-D, 1178, cita online AR/DOC/2857/2015.

(14) JIMÉNEZ MUÑOZ, Francisco J. “La formación del consentimiento contractual en el nuevo Código y el Derecho Comparado”, LA LEY 26/08/2015, I, LA LEY 2015-D, 1178, cita online AR/DOC/2857/2015.

(15) GARRIDO, Roque F. - ZAGO, Jorge A., “Contratos civiles y comerciales, parte general”, Ed. Universidad, Buenos Aires, 1995, p. 102. También: SPOTA, Alberto O., “Instituciones de derecho civil, Contratos”, vol. 1, p. 261.

El Cód. Civ. y Com. agrega que la oferta obliga al proponente, a no ser que lo contrario resulte de sus términos, de la naturaleza del negocio o de las circunstancias del caso; y que la oferta hecha a una persona presente o la formulada por un medio de comunicación instantáneo, sin fijación de plazo, solo puede ser aceptada inmediatamente; mientras que cuando se hace a una persona que no está presente, sin fijación de plazo para la aceptación, el proponente queda obligado hasta el momento en que puede razonablemente esperarse la recepción de la respuesta, expedida por los medios usuales de comunicación **(20)**.

Además, la norma de fondo aclara que los plazos de vigencia de la oferta comienzan a correr desde la fecha de su recepción, excepto que contenga una previsión diferente. Es decir, en este supuesto se contempla la posibilidad de que una de las personas intervinientes en el proceso de la negociación se obligue a mantenerse inmune en su oferta por un tiempo determinado, conducta que encuadra claramente en una causa fuente obligacional **(21)**, cuya violación engendra un deber de reparar para su autor (arts. 1716 y ss. del Cód. Civ. y Com.) **(22)**.

Sobre el punto, compartimos la idea acerca de la irresponsabilidad del oferente por el retiro de la oferta aun no aceptada, pues así lo dice expresamente el art. 975, Cód. Civ. y Com., por medio del cual se autoriza a la retractación de esta si la comunicación y su retiro es recibida por el destinatario antes o al mismo tiempo que la oferta. Esto así puesto que el simple apartamiento de la oferta constituye el ejercicio regular de un derecho en los términos del art. 10 del Cód. Civ. y Com., salvo cuando esta sea intempestiva, arbitraria, sin motivos, y de tal manera que lesione las “justas expectativas” de la otra parte **(23)**.

(20) Art. 974, Cód. Civ. y Com.

(21) Art. 726, Cód. Civ. y Com.

(22) JALIL, Julián E., “La responsabilidad precontractual en el código civil y comercial”, RCyS 2019-VII, 3, cita online AR/DOC/396/2019.

(23) JALIL, Julián E., “La responsabilidad precontractual en el código civil y comercial”, RCyS 2019-VII, 3, cita online AR/DOC/396/2019.

Entonces, de acuerdo con lo preceptuado por el art. 972, Cód. Civ. y Com., para que exista una oferta debe estar “dirigida a persona determinada o determinable, con la intención de obligarse y con las precisiones necesarias para establecer los efectos que debe producir de ser aceptada”. Es decir que deberá tratarse de una exteriorización de voluntad de tal envergadura y claridad que coloque al destinatario **(24)** en la necesidad de aceptarla o rechazarla. De allí que la oferta deberá ser autosuficiente, es decir, completa. En sí, debe contener, por lo menos, todas las condiciones y cláusulas esenciales del contrato que se pretende formalizar. Así, podrá no transcribirse condiciones generales o situaciones que podrán solucionarse de acuerdo con las normas generales. Ante la duda sobre la existencia o no del contrato, la balanza deberá inclinarse por el lado de la inexistencia del contrato, ya que hasta tanto no exista una clara coincidencia (voluntad concurrente y claramente exteriorizada) sobre todos los elementos esenciales del contrato que eviten toda indeterminación del fin perseguido por las partes debe entenderse que no nació contrato alguno. A través de este acto voluntario, ejecutado con discernimiento, intención y libertad (art. 260, Cód. Civ. y Com.), cuyo fin inmediato consiste en la adquisición, modificación o extinción de relaciones o situaciones jurídicas (art. 259, Cód. Civ. y Com.), la parte emisora busca la aceptación de la otra **(25)**.

Destacamos aquí además que la oferta no tiene plazo vinculatorio, pudiendo ser retractada mientras no hubiere mediado aceptación mandada al proponente. Así, de acuerdo con lo dispuesto por el art. 975, Cód. Civ. y Com.: “La oferta dirigida a una persona determinada puede ser retractada si la comunicación de su retiro es recibida por el destinatario antes o al mismo tiempo que la oferta”. De acuerdo con esta norma, el oferente puede renunciar a su derecho de revocar la oferta o bien fijar un plazo de vigencia de su propuesta. En este caso, el destina-

(24) La oferta debe ir dirigida a alguien en especial, para que pueda existir aceptación obligatoria (GARRIDO, Roque F. - ZAGO, Jorge A., “Contratos civiles y comerciales, parte general”, Ed. Universidad, Buenos Aires, 1995, p. 104).

(25) Conf. LÓPEZ FIDANZA, Roberto J., “La oferta contractual y las tratativas precontractuales”, LA LEY, 2000-B, sec. doctrina, p. 1124.

rio de la oferta poseerá desde la recepción de la oferta la facultad de aceptarla o no durante la vigencia de este plazo. De esta norma deviene como principio que toda oferta contractual es revocable, es decir que no tiene fuerza obligatoria para el proponente, salvo que estemos en presencia de una oferta en firme, vinculante o irrevocable, la que se presenta cuando el propio oferente expresa su inequívoca intención de no ejercer su derecho a la revocación (*ius revocandi*), obligándose unilateralmente a mantener la propuesta por un plazo de tiempo determinado o directamente renunciando a revocarla (26); esto es, que exista por parte del oferente una declaración unilateral, recepticia o no, que hace surgir un deber jurídico a cargo del ofertante sin mediar el consentimiento de la otra parte (27).

De esta manera el ejercicio del derecho a retractarse deja de ser regular cuando se actúa con displicencia o desconsideración sobre los intereses ajenos y se genera la lesión a las justas expectativas del negociante. En este orden, se ha señalado que corresponde responsabilizar a una empresa vendedora de lotes de terreno por los daños derivados del rechazo de una propuesta de compra formulada en calidad de reserva *ad referendum*, si aquella comunicó al potencial comprador, el rechazo de la oferta, una vez vencido en exceso el plazo estipulado al efecto pues, dicha circunstancia permite tener por configurado un supuesto de culpa *in contrahendo* en virtud de haber mediado un ejercicio abusivo de la libertad de no contratar (28).

Por otra parte, es importante destacar que, si el contrato ha de ser celebrado por varias partes, y la oferta emana de distintas personas, o es dirigida a varios destinatarios, no habrá contrato sin el consentimiento de todos los interesados, excepto que la convención o la ley autoricen a la mayoría de ellos para celebrarlo en nombre de

(26) Cfr. SPOTA, Alberto O., "Instituciones de derecho civil - Contratos", vol. 1, p. 273.

(27) *Ibidem*, p. 276.

(28) Conf. CNCom., sala C, 30/04/2010, "Gómez, María de los Ángeles c. Cordis SA y otro", LL AR/JUR/21725/2010, citado por JALIL, Julián E., "La responsabilidad precontractual en el Código Civil y Comercial", RCyS 2019-VII, 3, cita online AR/DOC/396/2019.

todos o permitan su conclusión solo entre quienes lo han consentido (29).

Finalmente, debemos tener presente que de conformidad con lo dispuesto por el art. 976, Cód. Civ. y Com., cuando el proponente o el destinatario de ella fallecen o se incapacitan, antes de la recepción de su aceptación. Luego, el que aceptó la oferta ignorando la muerte o incapacidad del oferente, y que a consecuencia de su aceptación ha hecho gastos o sufrido pérdidas, tiene derecho a reclamar su reparación. Es decir que el artículo otorga el derecho al reembolso de los gastos y pérdidas de aquella persona que acepta la oferta de quien se torna incapaz o fallece (30).

IV. La aceptación

Para que se perfeccione el contrato la oferta debe ser aceptada. El Código aclara que toda declaración o acto del destinatario que revela conformidad con la oferta constituye aceptación. Además, como ya adelantamos, el silencio importa aceptación solo cuando existe el deber de expedirse, el que puede resultar de la voluntad de las partes, de los usos o de las prácticas que las partes hayan establecido entre ellas, o de una relación entre el silencio actual y las declaraciones precedentes.

En cuanto a la aceptación, que a diferencia de la oferta el Cód. Civ. y Com. solo la define indirectamente, suele conceptuarse, en paralelo con aquella, como la declaración de voluntad recepticia, dirigida al oferente y plenamente concordante con la oferta, que expresa la intención de concluir el contrato (31). Es decir que la acep-

(29) Conf. art. 977, Cód. Civ. y Com.

(30) JALIL, Julián E., "La responsabilidad precontractual en el Código Civil y Comercial", RCyS 2019-VII, 3, cita online AR/DOC/396/2019.

(31) Cfr. VON TUHR, A., "Tratado de las obligaciones", Ed. Reus, Madrid, 1999, t. I, p. 134; BROX, Hans, "Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs", Carl Heymanns, Colonia, 1989, 13ª ed., p. 86; LACRUZ BERDEJO, José L. et al., "Derecho de obligaciones, Elementos de Derecho Civil II", J. M. Bosch Editor, Barcelona, 1994, 3ª ed., vol. I, p. 395; DíEZ-PICAZO, Luis, "Fundamentos del Derecho civil patrimonial", Ed. Civitas, Madrid, 1996, 5ª ed., vol. I, p. 396; ROGEL VIDE, Carlos, "Derecho de obligaciones y contratos", J. M. Bosch Editor, Barcelona, 1997, p. 124; LARENZ, Karl, "Allgemeiner Teil des Bürgerlichen

tación es también una declaración de voluntad unilateral y recepticia, pero que en este caso tiene como destinatario al oferente (32). De manera tal que, al igual que la oferta, pero en sentido inverso, la aceptación de una propuesta de contrato es una declaración de voluntad unilateral y recepticia pero que tendrá como destinatario al oferente (33). Esta, perfeccionará el contrato: entre presentes, cuando es manifestada; y entre ausentes, si es recibida por el proponente durante el plazo de vigencia de la oferta (34).

En cuanto a la posibilidad de su retractación, la aceptación puede ser retractada en tanto y en cuanto la comunicación de su retiro es recibida por el destinatario antes o al mismo tiempo que ella (35).

En cuanto a los modos de aceptación posibles, la ley de fondo establece que toda declaración o acto del destinatario que revela conformidad con la oferta constituye aceptación (36). La norma agrega que el silencio importa aceptación solo cuando existe el deber de expedirse, el que puede resultar de la voluntad de las partes, de los usos o de las prácticas que las partes hayan establecido entre ellas, o de una relación entre el silencio actual y las declaraciones precedentes, en concordancia con lo dispuesto por el art. 263, Cód. Civ. y Com.

Como es de toda lógica, para que la aceptación perfeccione el contrato debe ser lisa, lla-

Rechts”, actualizado por Manfred WOLF, C. H. Beck, Munich, 2004, 9ª ed., p. 554; SCHACK, Haimo, “BGB - Allgemeiner Teil”, C. F. Müller, Heidelberg, 2006, 11ª ed., p. 55; MEDICUS, Dieter, “Allgemeiner Teil des BGB”, C. F. Müller, Heidelberg, 2006, 9ª ed., p. 142; LASARTE, Carlos, “Contratos. Principios de Derecho Civil III”, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2013, 15ª ed., p. 54; todos citados por JIMÉNEZ MUÑOZ, Francisco J., “La formación del consentimiento contractual en el nuevo código y el derecho comparado”, LA LEY 26/08/2015, 1, LA LEY 2015-D, 1178, cita online AR/DOC/2857/2015.

(32) OVSEJEVICH, “El consentimiento: sus términos”, Buenos Aires, 1971, p. 294.

(33) SPOTA, Alberto O., “Instituciones de derecho civil - Contratos”, vol. 1, p. 281.

(34) Conf. art. 980, Cód. Civ. y Com.

(35) Conf. art. 981, Cód. Civ. y Com.

(36) Art. 979, Cód. Civ. y Com.

na (37), oportuna y referirse a todas las partes de la oferta. Esa exteriorización de la voluntad a través de la oferta emitida por el oferente y la aceptación realizada por el aceptante concluye con la perfección del contrato. Estas son dos declaraciones de voluntad receptivas, que deben coincidir en todos los elementos constitutivos del contrato, utilizando los modos y medios eficientes, a fin de que las partes puedan aprender esos elementos contractuales, con el objeto de que se perfeccione realmente este (38).

De acuerdo con lo que dispone el art. 978, Cód. Civ. y Com., para que el contrato se concluya, la aceptación debe expresar la plena conformidad con la oferta. De manera tal que cualquier modificación a la oferta que su destinatario hace al manifestar su aceptación, no vale como tal, sino que importa la propuesta de un nuevo contrato, pero las modificaciones pueden ser admitidas por el oferente si lo comunica de inmediato al aceptante. Si tal comunicación [sobre la admisión de las modificaciones propuestas por el destinatario] no se produce, deberán tenerse por no aceptadas las modificaciones (reiteramos, sean del tipo que fueren) y, a lo sumo, habrá una contraoferta. Sin embargo, otra cosa parece decirnos el art. 982, Cód. Civ. y Com., ya que si las modificaciones son sobre elementos no esenciales (es decir, se conserva el núcleo de elementos esenciales particulares), se tendrá por perfeccionado el consentimiento. Esta solución parece contradecir entonces la regla del art. 978, para el que ante cualquier modificación habrá un rechazo de la oferta, salvo que luego, el oferente acepte las modificaciones sobre dichos elementos. En cambio, si seguimos el art. 982, no cabrá más que concluir que al no afectarse la esencia del negocio propuesto, se habrá perfeccionado el contrato, con base en este núcleo de elementos esenciales particulares (39).

(37) La expresión “lisa y llana” refiere a un negocio que no tiene dificultad (Conf. “Diccionario de la Lengua Española”, ed. del Tricentenario, www.rae.es).

(38) LÓPEZ FIDANZA, Roberto J., “La oferta contractual y las tratativas precontractuales”, LA LEY, 2000-B, sec. doctrina, p. 1124.

(39) Conf. VALICENTI, Ezequiel, “La formación progresiva del contrato: modificaciones a la oferta, contraoferta y acuerdo parcial en el nuevo derecho privado argentino”, DJ 09/09/2015, 1, cita online AR/DOC/1527/2015.

Entonces, en los casos en que existan acuerdos parciales de las partes, es decir sobre algunas de las condiciones propuestas, pero no sobre la totalidad de la oferta, diremos que concluyen el contrato si todas ellas, con la formalidad que en su caso corresponda, expresan su consentimiento sobre los elementos esenciales particulares; pero en caso de duda, el contrato se tiene por no concluido. Además, el Cód. Civ. y Com. aclara que no se considera acuerdo parcial la extensión de una minuta o de un borrador respecto de alguno de los elementos o de todos ellos (40).

Como se aprecia de la exposición de las normas involucradas, el sistema utilizado para la toma de vigor tanto de la oferta como de la aceptación es el de la recepción de las respectivas manifestaciones, en rigor, puede decirse que las distinciones realizadas obedecen a contratos de “celebración instantánea” y de “celebración continuada”, tal como la doctrina lo venía propiciando (41). En los primeros oferta y aceptación fluyen en forma directa entre los protagonistas sin solución de continuidad; en los de celebración continuada el intercambio se ve interrumpido por espacios temporales; con lo cual se perfecciona el contrato al ser recibida la aceptación por el proponente durante el plazo de vigencia de la oferta (42).

En otro orden de ideas, debemos remarcar que la aceptación, como un modo de expresión de la voluntad, puede ser efectuada en forma expresa o tácita, siendo aplicables las reglas generales de aquella con arreglo al art. 979, Cód. Civ. y Com. (43). Empero, aunque no es domi-

nio exclusivo de la aceptación, dentro de ella toma mayor relevancia lo relativo a los llamados *facta concludentia*, es decir, “comportamientos concluyentes” de las partes que dan cuenta de su manifestación de la voluntad en el sentido de obligarse. Esta clase de actos requiere de la puesta en su debido marco de una conducta de modo de permitir concluir en el sentido apuntado (44). Esta afirmación encuentra asidero en las disposiciones de los arts. 264, 1065, 1067 y concs. del Cód. Civ. y Com. (45).

Esos comportamientos concluyentes son también denominados comúnmente como “actos inequívocos” tendientes a expresar y exteriorizar la voluntad de obligarse, específicamente referidos en la práctica comercial a la aceptación de las ofertas de contratos recibidas por el destinatario. Estos actos inequívocos suelen referirse a la entrega o depósito de alguna suma de dinero, a la entrega de llaves o de alguna mercadería en un lugar y momento determinado, a la presentación de cierta documentación en el lugar y día propuestos, etc. Es decir que las modalidades en que se implementan estas aceptaciones de ofertas por actos inequívocos o comportamientos concluyentes pueden ser tan variados y ocurrentes como la propia imaginación de los contratantes.

V. Modalidades de envío de la oferta y la aceptación en épocas de aislamiento social preventivo y obligatorio

Como es conocido por todos, por el dec. 260/2020 se amplió en nuestro país la emergencia pública en materia sanitaria establecida por la ley 27.541, por el plazo de un año, en virtud de la pandemia del nuevo coronavirus COVID-19 declarada con fecha 11/03/2020 por la Organización Mundial de la Salud (OMS).

establecido entre ellas, o de una relación entre el silencio actual y las declaraciones precedentes”.

(44) Ver SANTARELLI, Fulvio G., “El perfeccionamiento del contrato y su calificación. Contratos, precontratos, acuerdos marco” comentario al fallo “Olivera, Héctor M. c. ICI Argentina SAIC (Ex Duperial SAIC)”, CNCom., sala D del 16/11/2004, LA LEY 2005-B, 855.

(45) Conf. SANTARELLI, Fulvio G., “La formación del consentimiento contractual la oferta y aceptación”, Sup. Esp. Nuevo Cód. Civ. y Com. Contratos 02/2015, 83, cita online AR/DOC/460/2015.

(40) Art. 982, Cód. Civ. y Com.

(41) Conf. ALTERINI, Atilio A., “Contratos civiles, comerciales, de consumo. Teoría General”, Buenos Aires, 1998, p. 289, nro. 43.

(42) Conf. SANTARELLI, Fulvio G., “La formación del consentimiento contractual la oferta y aceptación”, Sup. Esp. Nuevo Cód. Civ. y Com. Contratos 02/2015, 83, cita online AR/DOC/460/2015.

(43) Art. 979, Cód. Civ. y Com.: “Modos de aceptación. Toda declaración o acto del destinatario que revele conformidad con la oferta constituye aceptación. El silencio importa aceptación solo cuando existe el deber de expedirse, el que puede resultar de la voluntad de las partes, de los usos o de las prácticas que las partes hayan

La gravedad y potencialidad dañosa que posee este virus motivó el dictado del dec. 297/2020 por el cual el Gobierno Nacional dispuso el “aislamiento social, preventivo y obligatorio” durante el plazo comprendido entre el 20/03 y el 31/03 (inclusive) del 2020. En este decreto, se reguló la forma en que las personas debían dar cumplimiento al mencionado aislamiento, y específicamente se determinó la obligación de abstenerse de concurrir al lugar de trabajo y la obligación de permanecer en la residencia en que se realizara el aislamiento. También se detallaron en el art. 6º del mismo y en sus normas complementarias (46), las personas que estarían exceptuadas de cumplir el aislamiento ordenado, al entenderse que dichas excepciones se relacionan con el desempeño en actividades consideradas esenciales en la emergencia.

Y precisamente, en lo que a este trabajo atañe, el inc. 21 del citado art. 6º del dec. 297/2020 prevé como una de tales excepciones a los servicios postales y de distribución de paquetería.

De tal modo, queda claro que las cartas ofertas y las aceptaciones analizadas en este breve trabajo podrían instrumentarse y diligenciarse a través de los servicios postales habilitados para prestar servicios durante el aislamiento obligatorio, ya sea mediante el envío de cartas documento o cartas certificadas con acuse de recibo.

Claro que las cartas documentos poseen un mayor valor probatorio, atento a que gozan de plena autenticidad de su contenido e identidad de su firmante; pero ello no quita que, entre particulares, un contrato pueda celebrarse y probarse debidamente a través de otros medios postales, como el antes indicado.

(46) P. ej.: Decisión Administrativa 429/2020 (BO 20/03/2020); Decisión Administrativa JGM 427/2020 (BO 20/03/2020), para personal de la 10 Administración Pública Nacional y de otros organismos del Sector Público Nacional; Disposición 80/2020 de la AFIP (BO 20/03/2020), que Establece como actividades y servicios esenciales en la emergencia aquellas acciones de control y fiscalización vinculadas con la recaudación aduanera, impositiva y de los recursos de la seguridad social, el control y fiscalización de las personas, mercaderías y medios de transporte en el ámbito del comercio exterior y las tareas de colaboración con otras autoridades públicas previstas en el marco del art. 10 dec. 260/2020.

A modo de colofón debo recordar al lector que el dec. 325/2020 prorrogó la vigencia del dec. 297/2020 hasta el 12 de abril de 2020 inclusive, sin que esta norma sufra modificaciones en relación con su antes citado inc. 21 del art. 6º.

VI. Comentarios finales

Antes de la irrupción de la pandemia COVID-19, las cartas ofertas solo eran conocidas por unos pocos y eran utilizadas esporádicamente por un puñado de profesionales; principalmente con el objetivo de intentar reducir costos impositivos (concretamente en lo referente al impuesto de sellos). Ahora, durante esta etapa de aislamiento social preventivo y obligatorio, muchos operadores del derecho y del tráfico comercial pueden obtener en esta forma de contratación una solución a los trastornos e inconvenientes que trae aparejado.

En definitiva, la intención de estas líneas es poner sobre la mesa una de las herramientas que los abogados y corredores inmobiliarios tenemos a nuestro alcance, con regulación concreta en el Cód. Civ. y Com., a fin de no congelar ni frenar las tratativas contractuales ni la celebración de nuevos contratos ante este nuevo e inédito escenario de aislamiento obligatorio dispuesto por el Gobierno Nacional.

Si bien estamos en la era de las comunicaciones virtuales y es muy probable que en un futuro no tan remoto se oficialicen y generalicen medios de celebración de negocios por medios electrónicos, la posibilidad de perfeccionar contratos de todo tipo mediante las propuestas de contratos o cartas ofertas es una realidad con una regulación legal completa y eficiente que brinda garantías suficientes a ambas partes del contrato y a los corredores involucrados en cada negocio.

Concretamente, en épocas de paralización casi total del mercado inmobiliario, y ante la incertidumbre sobre los plazos durante los cuales se mantendrá el aislamiento social preventivo y obligatorio y sobre las modalidades y condiciones de la apertura y levantamiento de la “cuarentena”, entiendo que esta forma de vinculación contractual cobra especial trascendencia en el marco de la emergencia económica que atraviesa nuestro país.

La mora en las relaciones contractuales ante el COVID-19

Jaime Company

Sumario: I. Introducción.— II. El tiempo.— III. Los plazos.— IV. El retardo y la mora.— V. Fuentes de Interpretación: “las circunstancias”.— VI. Método de análisis a través de algunas clasificaciones de los contratos.— VII. Conclusión.

I. Introducción

En el presente texto se intenta captar el fenómeno del Coronavirus desde la óptica de la teoría general del contrato, puntualmente, desde uno de sus elementos *accidentales* (más abajo se especificará el alcance de esta expresión), *el plazo*, en consideración a los “incumplimientos parciales” (en la versión de mora o demora) que pudieran darse en el devenir de las distintas relaciones solo contractuales, hoy, atravesadas en su totalidad por la presencia del COVID-19.

Como no escapará al saber y entender del lector, con base en el alcance mundial del COVID-19, el carácter transversal del mismo en todas las áreas del derecho, y, consecuentemente, la inagotable casuística en derredor (a la que el derecho contractual no es ajeno, “ni mucho menos”) se puede afirmar que resulta de un altísimo grado de complejidad la construcción de un esquema de análisis (en las diversas materias en general, y en contratos en particular), de perfiles generales, susceptible de coadyuvar a identificar las diversas *fattispecies* (cuestiones de hecho) y su encuadramiento en nuestro “sistema normativo” privado, lo cual brindaría al operador jurídico las bases de interpretación necesarias para el estudio de los casos particulares (independientemente de las líneas de investigación propias de cada supuesto fáctico, las que deberán ser apreciadas con la especificidad que demanden).

II. El tiempo

Desde épocas inmemorables ha intrigado a la humanidad la concepción o esencia del “tiempo”. La complejidad de su análisis ha sido puesta de manifiesto por San Agustín cuando manifestaba que si se le preguntaba qué era el tiempo, lo sabía, pero si tenía que explicarlo no (Confesiones). Luego, Kant, por ejemplo, en su estética trascendental, ubicaba al tiempo como el resultado de una intuición pura (Crítica de la razón pura). También Martín Heidegger formuló sendos estudios sobre el tiempo, vinculado inescindiblemente al *Dasein* (ser-ahí) (Ser y tiempo).

Lo cierto es que más allá de las colosales complejidades propias de esta sensación (el tiempo), “el derecho”, en su fin de regulación intersubjetiva y coactiva de conductas, tendientes a la prosecución del orden y de la paz social, ha captado este “fenómeno del tiempo” desde diversas aristas, ya sea para identificar la entrada en vigencia de una ley, su retroactividad o ultraactividad, la exigibilidad de un derecho, la pérdida de una acción, la duración “razonable” de un proceso judicial como garantía de justicia, y una serie interminable de etcéteras.

Dentro del “marco teórico” aquí propuesto, la idea es circunscribir este fenómeno en el sistema de derecho privado argentino.

En tal sentido, como primera medida, resulta apropiado circunscribir este complejísimo fenómeno (el tiempo) dentro de la teoría general del negocio jurídico. Así, existe consenso en la doctrina nacional moderna o actual, respecto a que

el negocio jurídico posee presupuestos (v.gr., la capacidad, idoneidad del objeto, legitimación para contratar), elementos (esenciales, naturales y accidentales) (1) y circunstancias (2).

Va de suyo que, en el contexto de la teoría general del contrato, sucintamente reseñado, podemos ubicar al fenómeno *sub examine* (el tiempo), tanto como una *modalidad de los negocios jurídicos*, en principio *elemento accidental* [en determinadas oportunidades se encuentra previsto a modo de elemento natural, v.gr. art. 1198, Cód. Civ. y Com. (plazo mínimo de la locación de cosa), art. 1284, Cód. Civ. y Com. (plazo en el contrato de transporte), art. 1403, Cód. Civ. y Com. (resúmenes de cuenta corriente bancaria), art. 1490, Cód. Civ. y Com. (plazo en el contrato de agencia) etc.] y, también, como una *circunstancia*.

Así las cosas, como primera aproximación conclusiva se puede decir que la construcción expositiva cuyos fines fueran trazados en la introducción del presente, tendrá dos pilares fundamentales en dónde se asentará el contenido, esto es: 1) el plazo, como modalidad de los actos jurídicos en vinculación inescindible con la teoría general del cumplimiento, y 2) la consideración lisa y llana del tiempo como una *circunstancia* del negocio, captada como una fuente de interpretación (conf. art. 1065, Cód. Civ. y Com.).

III. Los plazos

Como ha quedado expuesto, la captación del “tiempo” desde la teoría general del negocio jurídico, tiene connotaciones sustanciales en su consideración como “modalidad de los actos jurídicos”, elemento accidental, por antonomasia, y natural, por excepción.

Desde tal perspectiva, Tobías, con el buen tino que lo caracteriza, conceptualiza al plazo como “una modalidad del acto jurídico que posterga o limita temporalmente sus efectos. En el primer caso se está en presencia de un plazo suspensi-

vo: los efectos de la relación jurídica recién advendrán con el acaecimiento del término. En el segundo [plazo resolutorio (o extintivo o final)] los efectos de la relación jurídica que hasta entonces producían sus efectos normales, cesan por el acaecimiento del término. Esta caracterización pone su incidencia en el aspecto funcional del acto” (3).

Destacamos desde ya que en los “plazos suspensivos” únicamente los términos (cumplimiento del plazo) podrán generar el análisis del retardo en el cumplimiento de la obligación, no antes, en tanto los “plazos resolutorios” tornan exigible la obligación ya en instancia de ejecución de la relación jurídica, estando sometidos permanente y constantemente al examen de la “mora” aquí formulado; lo dicho no implica que las relaciones jurídicas propias de plazos suspensivos (antes del término), podrán recibir otras soluciones, como la suspensión de cumplimiento en cabeza de alguna de las partes o la resolución, según los casos, cuestión que se podrá apreciar con nitidez más adelante.

Como puede apreciarse, este desdoblamiento característico de los “plazos” tiene una importancia fundamental en el análisis del *tema sub examine*, vinculándose también con el “comienzo de ejecución” de las prestaciones de las partes, como así también, con el “tiempo de duración” de las mismas, pudiéndose combinar estas últimas con las primeras.

Otra vez, el peso específico del tiempo como circunstancia del negocio.

Repasemos. Existen según el comienzo de ejecución, *contratos de ejecución inmediata y diferida*, correspondiendo la primera categoría a aquellas relaciones contractuales en las que la prestación debe cumplirse o comenzar a cumplirse (según sea a su vez de ejecución instantánea o de duración) al momento del perfeccionamiento del acuerdo de voluntades, en tanto que son de ejecución diferida, aquellos en que se supedita el cumplimiento de la prestación, ya sea a la existencia de un “plazo suspensivo” o de una condición de igual naturaleza.

(1) APARICIO, Juan M., “Contratos, Parte General”, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2016, t. 1, p. 57.

(2) ALTERINI, Atilio A., “Contratos, Civiles (Comerciales) de Consumo”, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2005, ps. 231-232.

(3) TOBÍAS, José W., “Tratado de Derecho Civil, Parte General”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2018, t. III, p. 941

Por otra parte, siguiendo con la consideración del tiempo y el cumplimiento obligatorio, se encuentran por un lado los *contratos de ejecución instantánea*, configurados por la no existencia temporal entre el inicio y el fin de la ejecución de la prestación (independientemente de que dicha ejecución haya sido inmediata a la celebración del negocio o diferida), y por otra, los de ejecución continuada, hoy denominados por el legislador de la ley 26.994, *de duración*, en donde se necesita de una prolongación temporal para el cumplimiento o ejecución del contrato. Explican Pizarro y Vallespinos que aquí, “la prestación requiere de un cierto tiempo para su cumplimiento, ‘sea que se trate de un tiempo corrido (ejecución continuada), o de múltiples fracciones de tiempo separadas entre sí por intervalos iguales (ejecución periódica) o desiguales (ejecución escalonada)’ (López de Zavalía). Por ejemplo, la obligación que asume el locador de asegurar al locatario el uso y goce es de ejecución continuada; la que pesa sobre el locatario de pagar el precio es de ejecución periódica” (4).

Ahora, si bien la naturaleza del “COVID-19” como fenómeno susceptible de ser captado por el derecho, y sus efectos, será expuesta al momento de desarrollar el punto referente a la “circunstancias” del negocio jurídico, basta aquí con adelantar que la influencia del mismo en las relaciones contractuales, sólo pueden ser estudiadas en contratos de duración o de ejecución diferida cuyo cumplimiento sea exigible luego del impacto de la pandemia (más adelante se especificará este momento con precisión).

En otros términos, cualquier relación contractual cuyo cumplimiento debiera haberse efectuado con anterioridad “al impacto del COVID-19” o cuyo perfeccionamiento del contrato haya sido posterior al mismo (piénsese por ejemplo en una compraventa de pasajes de avión al exterior luego de decretado el estado de emergencia nacional de salud pública), no podría, *a priori*, ser subsanadas por los mecanismos previstos por nuestro derecho positivo (v.gr., arts. 1031, 1032, 1090, 1091), en el primer

caso en función de la falta de relación de causalidad adecuada entre el incumplimiento y el “impacto del COVID-19”, en el segundo, con base en la “doctrina de los actos propios” (conf. art. 1067, Cód. Civ. y Com.) y en la “previsibilidad contractual” (art. 1728, Cód. Civ. y Com.), salvo, en este último caso, que se den los presupuestos para la operatividad del instituto de la lesión (art. 332, Cód. Civ. y Com.), o, por qué no, de los contratos con objeto imposible materialmente y por tanto afectados de nulidad (conf. art. 279 y *a contrario sensu*, 1003, Cód. Civ. y Com.) (ejemplo, que una aerolínea o un hotel en el exterior, venda a una persona radicada en Argentina, un pasaje o una estadía, conociendo una prohibición de salida del país), otra solución sería difícil pensar.

IV. El retardo y la mora

Previamente, resulta apropiado exponer brevemente algunas cuestiones de la “teoría general del cumplimiento”.

Se debe recordar que en materia contractual prima el principio del *pacta sunt servanda*, contemplado hoy en el art. 959, Cód. Civ. y Com., pero ya suficientemente puesto de manifiesto en el Código de Vélez en el derogado art. 1197. Ante tal principio, en proceso dialéctico necesario, surge otro: *Rebus sic stantibus*, ya reconocido en el art. 953 del Código de Vélez por la Jurisprudencia, pero incorporado manifiestamente con la “Reforma Borda”, ley 17.711, que marca la directriz, en reseñada síntesis, que las convenciones patrimoniales deben cumplirse en tanto y en cuanto se mantengan las condiciones primigenias al momento de la celebración y no sobrevengan circunstancias o vicisitudes extraordinarias, ajenas a las partes que imposibiliten el cumplimiento, lo tornen excesivamente oneroso o extingan la causa para la cual se contrató.

Mosset Iturraspe señala entre los fundamentos de la revisión correctiva, indicando que algunos son directos o próximos y otros indirectos o más generales, los siguientes: a) La Justicia Contractual; b) la solidaridad que debe presidir la contratación; c) la función social del contrato; d) la “integridad del consentimiento”; e) la voluntad implícita o presumida de las partes; f) la “proporcionalidad” en las relaciones con-

(4) PIZARRO, Ramón D. - VALLESPINOS, Carlos G. “Manual de Obligaciones”, Ed. Rubinzal Culzoni Editores, 2019, t. I, ps. 446-447.

tractuales; g) la buena fe que preside la vida del contrato; h) la “economía del contrato” (5).

Ergo, como primera nota destacamos: “los contratos deben cumplirse”, salvo que exista un fundamento de revisión correctiva en tutela de la “justicia contractual”.

Las características de dicho cumplimiento vienen dadas por su adecuación al plan prestacional diseñado por las partes, el cual debe ser constatado con la realización efectiva y exacta de la prestación del caso. *El contenido del cumplimiento se puede descomprimir en dos requisitos de carácter sustancial* (principios de identidad e integridad de pago [arts. 867 a 860, Cód. Civ. y Com.]) y *dos requisitos de carácter circunstancial* (principios de localización y de puntualidad [arts. 871 a 874, Cód. Civ. y Com.]).

Va de suyo, *el incumplimiento puede ser absoluto total* (frustración del interés de alguna de las partes o plazo esencial) (arts. 955 y 956, Cód. Civ. y Com.) o *relativo o parcial, defectuoso o tardío* (conforme desperfectos en alguno de los principios generales del cumplimiento antes vistos).

Desde ya se adelanta, que *el retardo o la mora solo son viables en los incumplimientos “relativos”*; que es el caso que aquí interesa, en tanto que, en los incumplimientos absolutos inimpugnables al obligado, se extingue la obligación sin mayores consecuencias negativas, y, en caso de culpa o dolo a falta de *casus*, corresponderían los daños y perjuicios [conf. arts. 730, inc. c) y 1737, Cód. Civ. y Com.].

Como se podrá deducir, siendo el objeto de estudio el retardo o la mora en las relaciones contractuales en consideración al Coronavirus, dentro del contenido del cumplimiento descrito, continente de la relación jurídica tendiente a satisfacer el interés de las partes y de liberarlas en casos de contratos bilaterales, o de satisfacer el interés del acreedor y liberar al deudor en los unilaterales (conf. art. 966, Cód. Civ. y Com.), se

(5) MOSSET ITURRASPE, Jorge, “La teoría de la ‘corrección del contrato’ con base en el desequilibrio contractual”, en Revista de Derecho Privado y Comunitario, Ed. Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 2007-1, p. 9.

centrará la atención aquí en el principio de puntualidad, es decir, ¿cuándo hay que pagar?, si es que se deberá hacerlo.

Antes de continuar, se podría hacer un paréntesis, y traer a colación en el marco de esta suerte de síntesis de la teoría general del cumplimiento aludida, que si bien en materia contractual la carga de la prueba y su dimensión estarán sujetas a la naturaleza de las prestaciones de las partes en razón de si se ha comprometido una actividad o un resultado (conf. art. 774, Cód. Civ. y Com.) [prueba de diligencia, buenos oficios o no culpa en el primer caso y del *casus* (caso fortuito, fuerza mayor, culpa de la víctima o de un tercero) en el segundo], lo cierto es que en el estado de cosas objeto de análisis en este trabajo, tal diferenciación resultaría, en principio indiferente, en tanto el fenómeno objeto de atención (“el impacto del COVID-19”), como se intentará exponer en el apartado siguiente, constituiría un supuesto de “caso fortuito o fuerza mayor” susceptible de ser considerado “causa de justificación” del incumplimiento en ambos tipos de relaciones contractuales, en tanto “quien puede lo más, puede lo menos”.

Concluyendo, se debe agregar que cuando se alude al incumplimiento contractual (como imperfección del plan prestacional diseñado por las partes, cuyas características se expusieran *supra*), generador de responsabilidad (art. 1716, 2ª parte, Cód. Civ. y Com.) resulta de suma importancia considerar la “imputabilidad” del autor.

En tal orden de cosas, Llambías, explicaba el tema disgregando o desdoblado a la imputabilidad en dos órdenes: la “imputabilidad de primer grado” (6), en el sentido de que resulta necesario que el autor no sea un mero agente material del incumplimiento de la obligación, sino la *causa inteligente y libre* de ese comportamiento; el acto u omisión constitutivo del “incumplimiento contractual” debe haber sido ejecutado voluntariamente, es decir, con discernimiento, intención y libertad (conf. art. 260, Cód. Civ. y Com.).

(6) LLAMBÍAS, Jorge J., “Tratado de Derecho Civil, Obligaciones”, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2005, t. I, p. 163.

Luego, encontramos lo que el prestigioso jurista citado denominaba “imputabilidad de segundo grado”, coincidiendo esta conceptualización con los factores de atribución subjetivos (culpa y el dolo), hoy norma de cierre del sistema jurídico privado (art. 1721, última parte, Cód. Civ. y Com.), en dónde deberíamos agregar, como bien se expusiera anteriormente, los supuestos de responsabilidad objetiva, si bien con otro sustento de reproche (riesgo creado, garantía, seguridad, etc.).

Formulada esta breve referencia a la “teoría general del cumplimiento”, con sus particularidades más sobresalientes en conexidad al tema de estudio, se analizan ahora las distintas variables que puede asumir la demora en el cumplimiento obligacional.

Como paso previo y necesario, se puede seleccionar un concepto de mora que sienta las bases conceptuales para trabajar en derredor de tal situación jurídica.

Ossola nos dice que “la mora o estado moratorio constituye una situación jurídica de la obligación y de alguna de las partes, en virtud de la cual aquélla ingresa en estado de incumplimiento al retardarse el pago por causas imputables al deudor o al acreedor, lo que no impide el cumplimiento tardío, sin perjuicio de producir otros efectos que se proyectan sobre la obligación y eventualmente sobre su causa fuente, que deben ser soportados por el sujeto que la originó” (7).

Así entonces, tenemos un vínculo obligacional, en el caso objeto de estudio, con causa fuente contractual (conf. arts. 726 y 957, Cód. Civ. y Com.) en el que una de las partes se *demora* en el cumplimiento de su prestación, por cuestiones imputables a su parte (imputabilidad de 1º y 2º grado antes vistas), *manteniéndose la posibilidad de cumplimiento* (se excluyen los supuestos de extinción del interés de la otra parte y de plazo esencial), siendo tal sujeto constituido en dicha *situación contingente* (por el mero transcurso del tiempo [mora automática] o por un acto jurídico de la otra parte [interpelación] en

los supuestos de obligaciones con plazo tácito e indeterminado).

En esta instancia se comienza a ingresar de lleno al tema *sub examine*.

Piénsese que fácilmente se puede advertir la existencia de supuestos de “demora”, o simple retardo en el cumplimiento obligacional, sin que la situación de hecho encuadre en la situación jurídica contemplada en el art. 886, Cód. Civ. y Com. (mora del deudor). *Básicamente son dos supuestos principales de retardo sin mora: 1) Que el retardo no sea imputable; 2) Que falte la constitución en mora en los supuestos de excepción en que la misma no es automática (art. 887, Cód. Civ. y Com.).*

Se puede adelantar (si bien la posición que aquí se sostiene es que el COVID-19, en principio, constituiría un supuesto de “fuerza mayor”) que el “impacto del COVID-19” denota *in re ipsa* la no imputabilidad del retardo o demora a la parte “incumplidora”, no generándose por tanto ni intereses ni daños y perjuicios (conf. art. 1730, Cód. Civ. y Com.), sin embargo, más adelante se verá que la cuestión no es tan sencilla, y surgen una serie, no exigua, de supuestos de excepción.

V. Fuentes de Interpretación: “las circunstancias”

Previamente a cualquier comentario en derredor de esta fuente de interpretación, de visceral importancia en el sistema del Cód. Civ. y Com. (conf. art. 1065, inc. a, Cód. Civ. y Com.), donde ya se he incluido “el tiempo”, es dable destacar qué son las circunstancias en el negocio jurídico y por qué se considera aquí al COVID-19 como tal, lo cual permitirá, en conjugación con lo desarrollado en los puntos anteriores, brindar algunos ejemplos prácticos en el marco de nuestro objeto de estudio.

Nos enseñaba Atilio Alterini que “Cada contrato está “inmerso en la vida, no desconectado de ella, con un colorido individual, que lleva a tratarlo como un caso único”, es un “medio ambiente en el que surge, llega a ser eficaz y se desenvuelve. Se trata de las *circunstancias* del contrato (del latín *circumstare*, estar alrededor); como presupuesto del contrato, son externas a

(7) OSSOLA, Federico A., “Obligaciones”, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2017, ps. 726-727.

él" (8), indicando el eximio catedrático como ejemplo de este elemento de consideración, el tiempo y el lugar, a las circunstancias culturales, las condiciones físicas o psíquicas de las partes, e indicando que el análisis de las mismas son determinantes para la aplicación de la "equidad". A los ejemplos expuestos, se debe agregar ineludiblemente, "el factor económico circundante" susceptible de alterar cualquier "equilibrio contractual".

Se ha sostenido aquí que *el COVID-19, identificado como circunstancia o vicisitud, puede constituir un casus* rompiendo la cadena causal que ligue el reproche a la parte incumplidora de una prestación contractual, en tanto y en cuanto dicho fenómeno, circunstancia o vicisitud, sea posterior a la celebración del negocio, no estructural o genético, en cuyo caso, salvo que la *fattispecie* constituya un caso de lesión (lo cual no sería extravagante pensar) u objeto imposible o ilícito, se debería a un comportamiento imprudente de las partes (conf. arts. 1724 y 1725, Cód. Civ. y Com.), doloso (ya vimos la posibilidad de supuestos de lesión [art. 332, Cód. Civ. y Com.]), o, incluso de asunción de riesgos (art. 1719, Cód. Civ. y Com.), conducta que el derecho no puede tutelar en razón de la *autodeterminación* y *autorresponsabilidad* derivada del vínculo contractual del caso (art. 958, Cód. Civ. y Com., y arts. 14 y 19 de la CN).

Por lo dicho es que resulta necesario que "el impacto del COVID-19" en las relaciones contractuales haya sido "sobreviniente" a la formación del negocio (de ahí la enorme importancia del tiempo antes expuesta) es decir, tuvo que haberse dado en la *etapa funcional* de la relación contractual.

Ahora, se debe determinar con la mayor precisión posible el "cuándo", es decir, el momento en que el COVID-19 ha impactado en las relaciones contractuales de nuestro país (se toma como "lugar" de procedencia como caso fortuito o fuerza mayor todo el territorio nacional en razón del impacto general de dicha pandemia), a la instancia de constituir un supuesto de "fuer-

za mayor" susceptible de suspender los cumplimientos, o, en otros términos, retardarse en el cumplimiento obligacional (incumplimiento relativo) sin caer en mora, y por tanto, sin deber intereses ni daños y perjuicios.

A tales efectos, no solo se cuentan con datos emanados de organismos internacionales especializados en la materia (Organización Mundial de la Salud, en adelante OMS), sino también con normativa de carácter excepcional (Decreto de Necesidad y Urgencia, en adelante DNU) derivada del Poder Ejecutivo Nacional.

En tal contexto, un dato esencial resulta la declaración por parte de la Organización Mundial de la Salud (OMS) del brote del COVID-19 como "pandemia", en fecha 11/03/2020.

Luego, a nivel nacional, en fecha 12/03/2020, el Presidente de la República, en el marco de la "Emergencia Pública en materia de Sanidad" (según Ley 27.541) dicta el decreto (DNU) 260/2020, tomando nota de la gravedad del asunto derivado de la pandemia de referencia.

De dicha norma, en relación al tema que aquí compete, interesan principalmente los arts. 7° y 18 (DNU 260/2020), en tanto en el primero se dispone el "aislamiento obligatorio" circunscripto, en esta instancia, a personas sospechadas de padecer síntomas de COVID-19, o confirmadas médicamente con tal padecimiento o que hayan ingresado al país provenientes de zonas afectadas en un plazo de 14 días contados retroactivamente; en tanto que en el art. 18 se dispone la "posibilidad" de disponer el cierre de museos, centros deportivos, salas de juego, restaurantes, piscinas y suspensión de espectáculos públicos y todo evento masivo.

Hasta aquí ya puede apreciarse, conjugando la disposición de la norma y la realidad socioeconómica circundante, que, ya sea por algún cierre o suspensión llevado a cabo por autoridad competente, o inclusive por el mismo hecho del pánico obrante en el colectivo social, el conjunto de sujetos afectados en la actividad mercantil es notable, comprendiendo mínimamente a todas aquellas empresas dedicadas a los espectáculos públicos, como así también a la gastronomía de consumo *in situ*.

(8) ALTERINI, Atilio A., "Contratos, Civiles (Comerciales) de Consumo", Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2005, ps. 231-232.

Consecuentemente, se podría aseverar con un alto grado de verosimilitud que para los dos grupos enunciados (espectáculos públicos y gastronomía de consumo *in situ*) el COVID-19 constituiría un hecho de fuerza mayor ya a partir del DNU enunciado.

Posteriormente, en fecha 19/03/2020 (una semana después del DNU 260), se decreta una nueva norma de necesidad y urgencia, el DNU 297/2020, profundizando la rigurosidad del DNU anterior, pasando a disponer ya, en su art. 1º, el “Aislamiento Social Preventivo y Obligatorio” para todas las personas que habiten el país o se encuentren en él en forma temporaria, rigiendo la medida, hasta el 31/03/2020, plazo prorrogado por el DNU 325/20, que la extendió hasta el 12/04/2020.

Como primera nota se puede destacar que todo el consumo masivo que ya se encontraba seriamente afectado, por razones preventivas tomadas por los propios ciudadanos, y que tuvieran como principales afectados a los sujetos anteriormente señalados, ahora se extendía a todos y cada uno de los habitantes del país y de quienes se encuentren temporalmente en él, desarticulándose, casi en su totalidad todo el consumo, y por tanto la producción y comercialización de bienes y servicios; todo esto con las excepciones que seguidamente se exponen.

El DNU, en su art. 6º, con bases en principios de razonabilidad y equidad, exceptúa del Aislamiento Social Preventivo y Obligatorio, (en adelante, “ASPO”) a 24 tipos de sujetos que parecerían tener carácter taxativo (si bien su inc. 6º menciona a “personas que deban atender una situación de fuerza mayor”, agregando así un elemento hermenéutico susceptible de imprimirle carácter enunciativo a la norma), entre los que se encuentran la empresa médica, las fuerzas de seguridad, las autoridades superiores de los distintos estados, los servicios fúnebres o crematorios, los comunicadores sociales, supermercados y comercios minoristas, farmacias, ferreterías, empresas de producción, distribución y comercialización agropecuarias y de pesca, empresas de telecomunicaciones y de servicios públicos básicos, empresas de vigilancia, y de combustibles.

En tal contexto, podríamos arribar a una segunda afirmación, como principio general, “todos los sujetos comprendidos en el art. 6º, DNU 297/2020, no quedarían imposibilitados en el cumplimiento de sus obligaciones por el COVID-19”, sin perjuicio que pudieran probar la afectación o grave perjuicio devenido de la paralización económica con posibles bases en la afectación de la “cadena de pagos”. Ejemplificando, serán los productos y servicios básicos los que el consumidor continuará pagando, ingresando en el retardo de otras obligaciones contraídas posdecretos de necesidad y urgencia, con sustrato en la afectación en su solvencia o, lisa y llanamente, por haber caído ya en insolvencia como resultado de la crisis económica devenida por la paralización de la actividad general.

Ahora bien, el contexto señalado, como ha podido advertirse, tiene connotaciones claramente empresariales y de profesiones liberales.

Desde el punto de vista de las personas humanas en relación de dependencia con organismos públicos, *ab initio*, su situación obligacional no debería ser considerada de manera distinta o atenuada ante el acreedor; afirmación con bases lógicas en tanto sus ingresos no se han visto alterados, y, consecuentemente el COVID-19 no sería un caso fortuito o fuerza mayor.

Como corolario de lo expuesto, se puede afirmar que el COVID-19 en sí mismo no constituiría un supuesto de caso fortuito o fuerza mayor, sino que sería la “situación o impacto del COVID-19” el elemento de consideración y juzgamiento del caso, amortiguando así la consideración el mismo como de fuerza mayor *iure et de iure*, calificación esta última que no podría conllevar, bajo ningún punto de vista, atento a las cuestiones reseñadas precedentemente.

VI. Método de análisis a través de algunas clasificaciones de los contratos

Sabidos de que las clasificaciones no son ni verdaderas ni falsas, sino que, como expone Binder “sirven para ordenar el pensamiento, de tal modo que luego sea más sencillo construir herramientas claras de razonamiento que pue-

dan influir en la jurisprudencia” (9), como así también, se puede agregar, para identificar efectos y soluciones de carácter general, es que se intenta aquí trabajar con un breve esquema que coadyuve a estudiar el fenómeno de referencia. Ya se ha señalado primigeniamente en este trabajo la idea de diseñar o diagramar el mismo en la teleología de brindar nociones generables, dada la casuística infinita propia del tema sujeto a análisis.

Se ha podido ver la importancia práctica de las clasificaciones al desarrollar aquella atinente al tiempo de comienzo de ejecución o de duración en las relaciones contractuales, en dónde se pudo apreciar que solamente en las relaciones jurídicas desplegadas en el tiempo podría apelarse al COVID-19 como supuesto de fuerza mayor, y, en tanto y en cuanto tal relación haya comenzado antes de la identificación del mismo por las autoridades nacionales como pandemia y situación de emergencia en el ámbito de la salud pública; también se pudo advertir, que lo atinente a la “mora” sólo juega en principio en materia de plazos resolutorios, reservándose para los plazos suspensivos otras soluciones, salvo que se haya producido el término.

Ahora bien, resulta interesante sumar a dicha clasificación, como objeto de análisis las siguientes: 1) Clasificación tripartita: Contratos paritarios, celebrados por adhesión a cláusulas generales predisuestas y de consumo; 2) Contratos unilaterales y bilaterales; 3) Contratos gratuitos y onerosos; 4), labor permitirá identificar otras soluciones jurídicas que giran en el universo del derecho privado, en forma paralela a la de la demora sin mora antes indicada.

VI.1. Clasificación tripartita

Explicaba la Comisión redactora en los fundamentos del Anteproyecto del Código Civil y Comercial, con respecto a los contratos celebrados por adhesión que “El supuesto que se regula no es un tipo general del contrato, sino una modalidad del consentimiento. En este caso hay una gradación menor de la aplicación de la autonomía de la voluntad y de la libertad de fija-

ción del contenido en atención a la desigualdad de quien no tiene otra posibilidad de adherir a condiciones generales. Se diferencia de la regla general, pero no se trata de contratos de consumo. El campo de aplicación, además de la contratación de consumo, es aquel que presenta situaciones de adhesión, como ocurre entre las pequeñas y medianas empresas y los grandes operadores del mercado”.

Va de suyo que más allá de las diferencias ontológicas entre los contratos de consumo y aquellos celebrados por adhesión a cláusulas generales [que muchas veces son de consumo, pero otras tantas son contratos entre empresas (v.gr. concesión, franquicia, distribución, etc.) o con profesionales independientes] se puede concluir, con bases cierta en el *principio protectorio* que gira alrededor de ambas dimensiones negociales [sistema de cláusulas abusivas (arts. 988, 989, 1118, 1119, Cód. Civ. y Com. y 37 y 65, LDC)] que una renuncia anticipada a la aplicación del caso fortuito o fuerza mayor, o de institutos como la teoría de la imprevisión o de frustración del fin del contrato, sería manifiestamente nula, de nulidad absoluta.

Así, con excepción de los contratos paritarios, en los dos mecanismos negociales enunciados (contratos de consumo y por adhesión) no serían viables ese tipo de cláusulas que hayan sido incorporadas en el reglamento contractual, para evitar, en este caso, la consideración del COVID-19 como un supuesto de fuerza mayor.

Ahora bien, se ha mencionado a los contratos entre empresas como supuesto arquetípico de contratos por adhesión que no son de consumo; vale agregar que, en dichos vínculos contractuales, la “actividad prolongada” y los rasgos de “colaboración” son concurrentes y suficientemente marcados, tal es así que el art. 1011, Cód. Civ. y Com. impone a las partes el deber de actuar de buena fe, intentando renegociar los términos del contrato en caso de que una parte pretenda rescindir el vínculo. Resulta importante marcar esta cuestión, en tanto en el marco de crisis y emergencia económica y sanitaria devenida por el COVID-19, la “no exigibilidad” o, en otros términos, la “demora sin mora”, al contrario de su apariencia *prima facie*, puede ser un elemento de equilibrio del *status quo* ya irremediamente afectado por la pandemia del caso, pero

(9) BINDER, Alberto M., “Derecho Procesal Penal, Teoría de las formas procesales. Actos inválidos. Nulidades”, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2017, t. III, p. 367.

que *a posteriori* podría ser reconstruido por las partes, revisando (léase “reajustando”) el reglamento contractual, ley de las partes.

Parecería que con base en la prudencia que debe guiar la conducta del *bonus pater familia* o buen hombre de negocios, no sería aconsejable tomar decisiones apresuradas en el contexto o circunstancias reseñadas (COVID-19), así, la demora sin mora sería un elemento sustancial que coadyuvaría a la conservación del contrato.

VI.2. Contratos unilaterales y bilaterales

Resulta de medular importancia destacar que la “demora sin mora” devenida del COVID-19 que formara parte de las conclusiones de este trabajo, no sería la única solución posible en el marco del abanico de opciones en cabeza de los contratantes.

Por tal motivo, se debe señalar que, si bien el supuesto de fuerza mayor enunciado evitaría la mora tanto en contratos unilaterales como bilaterales, en materia contractual, en los contratos bilaterales, es decir, en los que las partes se obligan recíprocamente la una hacia la otra, se llegaría al mismo resultado mediante la “suspensión de cumplimiento” (art. 1031, Cód. Civ. y Com.).

Ahora bien, siguiendo con los contratos “bilaterales”, se podría encontrar una solución aún más tuitiva del crédito, con raigambre en el principio de prevención del daño (art. 1708 y ss., Cód. Civ. y Com.), siendo la “tutela preventiva”, contemplada en el art. 1032, Cód. Civ. y Com.

En tal sentido, no sería necesario esperar al vencimiento del plazo para divisar la imposibilidad temporal de cumplimiento del co-contratante (con la posibilidad cierta de haber tenido que realizar alguna prestación el sujeto acreedor con anterioridad en los supuestos de que su ejecución sea anterior a la de su co-contratante, y así haber realizado un dispendio patrimonial innecesariamente), imposibilidad que ni siquiera dejaría en mora al co-contratante “incumplidor”, dada la justificación del caso en el COVID-19, en tanto fuerza mayor, sino que en la advertencia del menoscabo económico de su

co-contratante (que debía realizar su prestación después que él), de todas formas se suspende el cumplimiento propio, entendiendo (o sabiendo) la eventual imposibilidad de cumplimiento de la otra parte, en flagrante resguardo de su derecho de propiedad (conf. arts. 965, Cód. Civ. y Com. y 17, CN).

Imaginemos un contrato de concesión, en el que una marca importante de automóviles sea concedente, en tanto el concesionario sea un distribuidor local, medianamente estancado por la situación macroeconómica del país. Aparece el Coronavirus, y la concedente que debía proveer automóviles en cierta cantidad al concesionario en fecha 15/03/2020, decide no entregar las unidades (en verdad había dejado de fabricar unidades), suspendiendo el contrato apelando a la tutela preventiva contractual, sin necesidad de hacer entrega de dichas unidades y esperar a que la concedente no pueda pagar la retribución convenida.

De todas formas se debe reiterar, la casuística es infinita, y, como todo fenómeno de dimensiones exorbitantes golpea a todos los sectores productivos, a algunos más que a otros, existiendo diferencias colosales inclusive dentro de actividades análogas (imaginemos los números positivos de trasportes de carga de alimentos, granos, aceite, o productos de farmacia, y los resultados francamente negativos de transportes de bienes muebles o de personas), motivo por el cual, el operador jurídico deberá ser sumamente cuidadoso en el análisis de los distintos casos.

VI.3. Contratos gratuitos y onerosos

En el contexto y significado de esta clasificación, se abre otro abanico de posibilidades para los contratantes a modo de “válvulas de escape”, vinculadas a la suspensión de los cumplimiento de las obligaciones se refiere y, directamente, a la resolución del vínculo contractual. Recordemos que aquí se comprenden obligaciones de plazo resolutorio (como en la mora) pero también aquellas de plazo suspensivo.

Se puede destacar como utilidad de esta clasificación, entre otras notas, que pone atención en “el grado de ventaja y sacrificio que el contra-

to importa para las partes (10)”, en el equilibrio o sinalagma contractual.

Consecuentemente, sin perjuicio que en caso de constituir el caso fortuito o fuerza mayor un supuesto de imposibilidad total de cumplimiento (por extinción del interés de las partes o cumplimiento de un plazo esencial), susceptible de extinguir cualquier vínculo obligacional (conf. art. 955, Cód. Civ. y Com.), en lo supuesto que no se llegue a tales extremos, y estar en presencia de contratos “onerosos” la parte perjudicada por las circunstancias sobrevinientes (vicisitud, COVID-19) podrían incluso resolver el contrato haciendo uso de la teoría de la frustración de la finalidad o imprevisión, según el caso (conf. arts. 281, 2ª parte, 1090 y 1091, Cód. Civ. y Com.).

Piénsese en un contrato de franquicia destinado a la comercialización de productos alimenticios, con sistema de comida rápida, que había sido celebrado antes del impacto de la pandemia del caso, pero antes de los efectos catastróficos de la pandemia, no había cumplimentado aún con la puesta a punto de las instalaciones, ni se había contratado el personal, ni hecho distintas erogaciones; por motivo del hecho público y notorio del caso (COVID-19) el franquiciado decide resolver el contrato haciendo uso de la teoría de la frustración del fin del contrato o de la imprevisión; ¿se correspondería esto con las premisas de la “justicia contractual”? ¿Quedaría habilitado a resolver el contrato de franquicia y el de locación del inmueble en dónde asentaría su “establecimiento”, con el efecto *ex tunc* del caso (art. 1079, inc. b), Cód. Civ. y Com.) y la correspondiente restitución de lo que haya dado en concepto de contraprestaciones? La respuesta, *a priori*, parecería afirmativa. Ahora, distinto sería el análisis si la franquicia tenía por objeto un sistema probado de “farmacia” o de “distribución de insumos hospitalarios”, en dónde la conclusión sería diametralmente opuesta, en función justamente, de las “circunstancias”

VII. Conclusión

Tal y como se adelantara, la problemática analizada carece de una respuesta uniforme, como en todo análisis jurídico, lo cual no impide la construcción de una ingeniería teórica compuesta de rasgos generales susceptibles de guiar al intérprete u operador jurídico en el análisis de los distintos casos.

Desde ya, todas las consideraciones formuladas, entre las que se encuentran el carácter, *prima facie*, de fuerza mayor del COVID-19, y su aptitud de conservar los retardos en el cumplimiento de obligaciones, como mera demora sin mora, y, en determinados contratos, hacer operativos distintos instrumentos de tutela contractual (suspensión de cumplimiento, tutela preventiva, imprevisión, frustración del fin), deberán ser evaluados bajo el prisma del principio general de la “buena fe” (conf. arts. 9º, 729, 961, 991, 1061 y 1067, Cód. Civ. y Com.), y en el marco del sistema de constitucionalización del derecho privado (arts. 1º y 2º, Cód. Civ. y Com.), para la obtención de una decisión razonablemente fundada (art. 3º, Cód. Civ. y Com.) en caso de llegar, el conflicto, a decisión de los magistrados.

La temática ha sido francamente expositiva de la importancia de las “circunstancias” del negocio jurídico como fuente de interpretación (art. 1065, Cód. Civ. y Com.), comprendiéndose, fundamentalmente “el tiempo” (se ha observado que se pudo contratar antes o durante el impacto del COVID-19 y las distintas consecuencias, la necesidad de la duración en las relaciones contractuales en dónde subyace el carácter *funcional* de la vicisitud [Coronavirus], se ha marcado el posible *dies a quo* de la calificación como de fuerza mayor de dicha circunstancia —quedando sujeto a la experiencia y resultados del fenómeno el *dies ad quem*—) y el COVID-19, pandemia que en principio constituiría un supuesto general de fuerza mayor, en tanto afecta de manera “directa” otra circunstancia del contrato, “la situación económica”, salvo, también en principio, para los sujetos identificados en el art. 6º del DNU 297/2020, cuestión que deberá ser analizada con suma prudencia y con bases ciertas de *equidad*.

(10) APARICIO, Juan M., “Contratos, Parte General”, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2016, t. I, p. 102.

Algunas precisiones sobre el DNU 320/2020 de alquileres: entre bondad e incertidumbre

Pablo Ceballos Chiappero^(*)

Sumario: I. Introducción.— II. Inmuebles comprendidos.— III. Medidas dispuestas en beneficio de los locatarios incluidos.— IV. Vulnerabilidad del locador.— V. Conclusión.

I. Introducción

Resulta un acontecimiento notorio para las personas que habitan en el país o aquí se encuentren, la obligación de permanecer en “aislamiento social, preventivo y obligatorio”, desde el día 20 de marzo hasta —primeramente— el día 31 del mismo mes (Decreto de Necesidad y Urgencia —en adelante, “DNU”— 297/2020), plazo que fue prorrogado hasta el día 13 de abril, en atención a la evolución de la epidemia.

El día 29/03/2020 se dictaron dos decretos destinados a paliar las consecuencias económicas del aislamiento. Por un lado, el DNU 319/2020 referido a hipotecas, y por otro, el DNU 320/2020 sobre alquileres. Esta norma exterioriza motivación en que la reclusión sin dudas significará una merma en la situación económica general y familiar, y que el Estado debe velar por que sus habitantes gocen del derecho a la salud, pero sin descuidar el derecho a la vivienda. Añade que, en este contexto, se dificulta para gran cantidad de locatarios 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. Ello, a su vez, podría desembocar en el desalojo y, asimismo, la obligación de cumplir con las medidas de aislamiento dificulta aún más la posibilidad de buscar y hallar una nueva vivienda.

Por estas consideraciones y el bien tutelado, se le atribuyó al DNU 320/2020 el carácter de or-

den público (art. 14), y se dispuso que el Poder Ejecutivo Nacional podrá prorrogar los plazos (art. 13).

Seguidamente, examinaremos el contenido de la norma solo en un sentido interpretativo, sin adentrar en el análisis de constitucionalidad de este tipo de normas de emergencia. No obstante, se efectuarán consideraciones acerca de la razonabilidad de determinada disposición, desde una óptica de exclusiva logicidad entre los fines perseguidos y las medidas adoptadas.

II. Inmuebles comprendidos

El art. 9º prevé que las medidas dispuestas en el presente decreto se aplicarán respecto de los siguientes contratos de locación: a) de inmuebles destinados a vivienda única urbana o rural; b) de habitaciones destinadas a vivienda familiar o personal en pensiones, hoteles u otros alojamientos similares; c) de inmuebles destinados a actividades culturales o comunitarias; d) de inmuebles rurales destinados a pequeñas producciones familiares y pequeñas producciones agropecuarias; e) de inmuebles alquilados por personas adheridas al régimen de Monotributo, destinados a la prestación de servicios, al comercio o a la industria; f) de inmuebles alquilados por profesionales autónomos para el ejercicio de su profesión; g) 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; h) de inmuebles alquilados por Cooperativas de Trabajo o Empresas Recuperadas inscriptas en

(*) Abogado y Notario UNC. Poder Judicial de Córdoba - Sede Villa María.

el Instituto Nacional de Asociativismo y Economía Social (INAES).

A su vez, el art. 11 excluye los contratos de arrendamiento y aparcería rural contemplados en la ley 13.246 —aunque con las excepciones previstas en el punto d) recién mencionado—, y los contratos de locación temporarios previstos en el art. 1199 del Código Civil y Comercial —en adelante “Cód. Civ. Com.”—.

De tal modo, quedan comprendidos los inmuebles habitacionales en sus diversas variantes, siempre que sean de carácter permanente. También incluye a los inmuebles con destino comercial en sentido lato, aunque limitados por la condición fiscal del locatario, que debe estar adherido al régimen de Monotributo. Esta restricción no opera para los inmuebles locados por profesionales autónomos para el ejercicio de su profesión, por lo que resulta indiferente la categoría fiscal que revistan.

El aspecto que deviene precisable es el de los inmuebles rurales. De manera genérica, se excluyó a los contratos de arrendamiento y aparcería; no obstante, se prevén excepciones que requieren precisarse. Concretamente, qué entendimiento cabe asignar a “pequeñas producciones familiares” y “pequeñas producciones agropecuarias”. Estimamos que resulta menester una reglamentación interpretadora, que vislumbre los parámetros para la determinación de lo “pequeño”, y que podrán ser de condición conjunta o independiente; verbigracia, medidas superficiales máximas del inmueble, medición de resultados máximos de productos o frutos, etcétera. Por otra parte, la distinción que efectúa la norma entre “familiares” y “agropecuarias”, pareciera indicar que, si el inmueble tiene una explotación diversa de la agrícola o ganadera, debería estar exclusivamente estructurado en la familia para gozar de los beneficios.

La técnica legislativa que utiliza el art. 9° para delimitar beneficiarios, merece una objeción. Ello, por cuanto se sustenta, primordialmente, en el elemento material de la relación locativa, esto es, el inmueble en sí. Por el contrario, el factor subjetivo se halla presente solamente en lo referido a la condición fiscal de monotributista y el ejercicio autónomo de las profesiones liberales. De esta forma, no comparte plenamente

la esencia de otras medidas paliativas dictadas ante esta contingencia, que tuvieron en cuenta, principalmente, el aspecto subjetivo. Ante esto, vale resaltar, por una parte, que en una relación locativa no siempre la parte locataria es más débil o se encuentra en peor situación económico-financiera que el locador, y por otra, que dicha situación es sumamente variada parangonando locatarios, respecto de inmuebles semejantes.

III. Medidas dispuestas en beneficio de los locatarios incluidos

III.1. Prórroga de contratos

El art. 3° prevé que todos los contratos amparados por el DNU, cuyo vencimiento sea entre el 20/03/2020 y el 29/09/2020, serán reconducidos por imperio de la ley hasta el día 30/09/2020, siempre que la tenencia del inmueble se encuentre en poder de la parte locataria, sus continuadores, sus sucesores por causa de muerte, o sublocatario, si hubiere.

También regirá para los contratos alcanzados por el art. 1218 del Cód. Civ. Com., es decir, aquellos en los que el plazo haya vencido y las partes continúan la relación, y en tal caso, la extensión se dará con las mismas cláusulas. En especial, durante el lapso prorrogado, el precio será el que regía el final del contrato, sin que tenga estricta utilidad el congelamiento del canon, como se verá más abajo.

Por otra parte, expresa que la parte locataria podrá optar por mantener la fecha del vencimiento pactado por las partes o por reconducir dicho plazo por un término menor al autorizado en este artículo. Es decir, la parte protegida tiene la facultad de elegir, según su conveniencia, si restituye el inmueble según lo clausulado, o se adhiere a la reconducción, y en tal caso no necesariamente será hasta el 30/09/2020, sino que podrá optar por cualquier fecha previa. La condición para el ejercicio de esta potestad, es que deberá notificar de manera fehaciente (verbigracia, carta documento, acta notarial, la propia manifestación del locador por medio comprobable y eficaz, entre otros) con una antelación no menor a quince [15] días de la fecha de vencimiento pactada. Desde luego, siempre que tal lapso se diere como mínimo entre la fecha de vigencia del decreto y término del contrato, de

lo contrario, deberá comunicarse con la más diligente antelación, aunque sea menor a quince [15] días.

Frente a ello, cabe preguntarse: ¿solo debe notificarse la decisión de reconducción, o también respecto de la elección del término clausulado? La norma expresa: “El ejercicio de cualquiera de estas opciones deberá notificarse en forma fehaciente a la parte locadora...”, por lo que, literalmente, indicaría que en ambos casos corresponde la notificación. Sin embargo, entendemos que, si el objetivo del DNU es aliviar gastos y diligencias a la parte vulnerable, se aprecia superfluo y costoso tener que confirmar su voluntad contractual. Por lo tanto, consideramos que el locatario solo deberá notificar su decisión cuando opte por acogerse a un término de reconducción. Huelga destacar que, en el marco de un ejercicio regular y conforme con la buena fe, es conveniente avisar al locador, aunque sea informalmente, su voluntad de finalizar conforme con lo pactado, pudiendo utilizarse al efecto: correos electrónicos, mensajes de texto o WhatsApp, a fin de respetar el aislamiento.

III.2. Fianza

La última parte del art. 3º dispone que, en todos los casos, la extensión del plazo contractual implicará la reconducción, por el mismo período, de las obligaciones de la parte fiadora. A su vez, es reforzado por el art. 5º, que prevé: “No resultarán de aplicación, hasta el 30 de septiembre del año en curso o hasta que venza la prórroga opcional prevista en el art. 3º, 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.”.

Esta disposición extiende la solidaridad impenante a la parte fiadora, como sujeto integrante de la relación locativa. De manera expresa, efectiviza una derogación *ad effectum* de la caducidad de la fianza. Hemos aclarado que no nos propusimos examinar la constitucionalidad de los DNU, ni la emergencia en este particular, aunque sí su razonabilidad desde una óptica de logicidad. Y en este designio, entendemos irrazonable la extensión de la fianza en aquellos supuestos en que finalizó el lapso contractual y las partes continuaron la relación sin la conformación del fiador. Recordemos que tales casos

están comprendidos en la reconducción. Por ejemplo, si el contrato finalizó en julio del 2019 y las partes decidieron continuar la relación en los mismos términos, este alongamiento no podría oponerse al fiador, pues su garantía caducó y no ha prestado consentimiento para extender su responsabilidad expresa o tácitamente (cfr. arts. 1218 y 1225, Cód. Civ. Com.). Si el DNU se aplica a estos supuestos, reavivaría de manera retroactiva la obligación del fiador, cuya génesis es una relación jurídica plenamente extinguida, y, por tanto, configura una transgresión palmaria a la doctrina del art. 7º del Cód. Civ. Com.

III.3. Suspensión de ejecución de sentencias de desalojos y de lanzamientos ordenados y no diligenciados

A través del art. 2º se suspende, hasta el día 30 de septiembre del año en curso, la ejecución de las sentencias judiciales cuyo objeto sea el desalojo de inmuebles beneficiados, siempre que el litigio se haya promovido por el incumplimiento de la obligación de pago, y la tenencia del inmueble se halle en poder de la parte locataria o algunos de los sujetos mencionados en el punto anterior. Esta medida también alcanzará a los lanzamientos ya ordenados que no se hubieran realizado al 29/03/2020.

Como primera apreciación, la suspensión solo abarca la ejecución de sentencia de desalojo, y los lanzamientos ordenados y no diligenciados hasta la fecha de entrada en vigencia de la norma. El requisito para su operatividad es que la causal del desalojo haya sido un incumplimiento de la obligación de pagar el canon.

En segunda perspectiva, mediante interpretación por su contrario, no suspende el inicio o la continuidad de la tramitación de un desalojo, con tal que su ejecución sea después del 30/09/2020. En cuanto al eventual litigio, podrá estar fundado en cualquier causal, a excepción de la falta de cánones, ya que este motivo solo será admitido si se trata de períodos adeudados que sean anteriores a la entrada en vigor del decreto, como se verá en el acáp. II.6.

De lo expuesto, advertimos sumamente discutible la protección respecto de lanzamientos ordenados, pero no diligenciados hasta el 29/03/2020. Piénsese en el tiempo que de ordi-

nario requiere la tramitación de un desahucio, fundado en falta de pago de cánones que podrían haber correspondido al año 2019, 2018 o incluso anteriores. La motivación que puede hallarse en las consideraciones de la norma, es la imposibilidad de salir a buscar una vivienda por causa de la cuarentena obligatoria. Sin embargo, ello no convence de la suspensión hasta el 30/09/2020. Si aquel fuere el único motivo, hubiese sido lógico extender la protección solo hasta la finalización del aislamiento, ya que a partir de ahí los habitantes estarían autorizados a salir de sus casas y poder encontrar morada. Con igual fundamento, también deberían suspenderse desalojos por otras causales mientras dure la cuarentena, por cuanto la imposibilidad de buscar vivienda es idéntica.

Como consecuencia, este tramo de la norma resulta de dudosa constitucionalidad, pues se percibe irrazonable según la finalidad perseguida (art. 28, CN). De tal modo, cabría articular su inconstitucionalidad, por cuanto aplica la normativa de manera retroactiva y transgrede una situación jurídica consolidada, que tuvo causa diversa a la tutelada por el DNU (cfr. art. 7º, Cód. Civ. y Com.).

Otro aspecto no regulado, es la ejecución del tramo de la sentencia de desalojo que atañe a costas judiciales. Es decir, se suspende el lanzamiento del locatario, pero nada refiere acerca de la reclamación de los gastos judiciales y honorarios que se generaron o pudieren generarse.

El primer rubro, *grosso modo*, está conformado por tasa de justicia, aportes previsionales, envío de cédulas, etc., y *a priori*, da lugar a dos interpretaciones. La primera es que, como tales gastos son abonados por la parte locadora para tramitar el litigio, quedan comprendidos en su esfuerzo solidario, y no podrían reclamarse hasta el 30/09/2020. La otra exégesis que postulamos, y que estimamos correcta, es que por tratarse de una restricción al derecho de propiedad del locador —y en muchos casos una limitación a la eficacia de la cosa juzgada— la letra de la ley debe interpretarse de manera estricta (1),

(1) Aclaremos que “estrictéz” no es equivalente a “restricción”. Una interpretación estricta se manifiesta en el apego a la letra de la ley; por ello, en este caso postulamos la estrictéz con relación en las facultades concedidas al

y, por tanto, la suspensión no incluye a las costas judiciales, que podrán ser reclamadas aún durante la vigencia del DNU.

El segundo rubro, honorarios profesionales (2), implica extender el análisis y los efectos del decreto a sujetos ajenos a la relación locativa. En tales casos, entendemos que no resulta aplicable el contenido del DNU por, al menos, tres razones: la primera, porque —según lo dicho en párrafo anterior— debe efectuarse una interpretación estricta del texto, y por tanto no se incluye este supuesto; la segunda, porque se trata de terceros ajenos a la relación sustancial, a quienes no se puede extender el esfuerzo solidario con la motivación que sustenta el decreto; y tercera, porque los honorarios revisten carácter alimentario (art. 3º, ley nacional 27.423 y art. 6º, ley 9459 de la Provincia de Córdoba).

Por último, el art. 2º prevé, como lógica contrapartida, que hasta el día 30 de septiembre de este año, quedan suspendidos los plazos de prescripción en los procesos de ejecución de sentencia respectivos.

III.4. Suspensión de desalojos por falta de pago

La cuantía y modalidad del pago será tratado más abajo, en el acáp. 6. Aquí simplemente referimos que el art. 6º, prevé que las deudas que se generen entre el 29/03/2020 y el 30/09/2020, que tengan origen en la falta de pago, o que fueren efectuados parcialmente o fuera de término contractual, serán abonadas en cuotas posteriores a la vigencia del DNU. Asimismo, su parte final, y en lo que aquí interesa, expresa: “Durante el período previsto en el primer párrafo del presente artículo no será de aplicación el inc. c) del art. 1219 del Cód. Civ. y Com.”.

Recordamos que dicha norma legisla la resolución por parte de locador, ante la falta de pago de alquileres durante dos períodos consecutivos. De tal modo, ante incumplimientos entre el 29/03/2020 y el 30/09/2020, el locador no podrá resolver el contrato y, por tanto, no resulta-

locatario. Por el contrario, claramente hay una restricción al derecho de propiedad del locador.

(2) No debe limitarse a los honorarios abogadiles, sino que también comprende la actuación de peritos.

rá procedente invocar la causal de falta de pago para el proceso de desahucio.

Consecuentemente, solo será procedente el desalojo por falta de pago si los dos períodos de incumplimiento se dieron hasta el 29/03/2020. Más claramente: no se podrá desalojar, por ejemplo, ante incumplimientos de los meses de marzo y abril del 2020, pues solo habría un mes (marzo) computable a efectos de iniciar el desahucio.

III.5. Congelamiento de precio de alquileres

El art. 4º dispone el congelamiento del precio de las locaciones beneficiadas, hasta el 30/09/2020, lapso en que el locatario deberá abonar el precio de la locación correspondiente al mes de marzo del corriente año. También se aplica respecto de la cuota mensual, aunque se hubiere pactado un precio total del contrato.

Como puede apreciarse, si un contrato tiene previsto una diferencia de precio superior entre el mes de marzo respecto de los próximos meses y hasta el 30/09/2020, tal diferencia no podrá ejercerse, rigiendo durante dicho lapso el precio que corresponda a marzo. Este es uno de los puntos centrales del decreto, que materializa claramente el paliativo económico para la parte locataria. Sin embargo, tal congelamiento no implica una quita, sino un diferimiento de pago, pues no se le condona el incremento, sino que deberá abonarse posteriormente.

El beneficio real es, conforme con el art. 6º, que tales incrementos deben ser abonados por la parte locataria en, al menos tres [3] cuotas y como máximo seis [6], mensuales, iguales y consecutivas, a partir de octubre del corriente año, sin ningún tipo de interés ni penalidad prevista contractualmente. La primera de ellas vencerá en la misma fecha que el pago del canon locativo que contractualmente corresponda al mes de octubre del corriente año, y junto con este. Las restantes cuotas vencerán en el mismo día de los meses consecutivos, y se aplicará, aun cuando hubiere operado el vencimiento del contrato.

Para ponerlo en práctica, un contrato que al mes de marzo tiene un precio de \$10.000, y que para el mes de julio se haya convenido un aumento a \$12.000, debe mantenerse (congelarse)

al valor nominal de marzo (\$10.000) durante los meses de julio, agosto y septiembre. Como consecuencia, se generará una diferencia de \$6000, que surgen de \$2000 por cada mes, y que deberá ser abonada por el locatario, sin aplicación de ningún tipo de interés. El pago se efectuará a partir del mes de octubre, con la modalidad de entre 3 y 6 cuotas, aspecto que deberá ser convenido entre partes. Suponiendo que sea en 3 cuotas, el locatario deberá pagar \$2000 durante los meses de octubre, noviembre y diciembre, hasta completar los \$6000 adeudados.

Ahora bien, cabe preguntarse qué ocurre con aquellos contratos que finalizan en septiembre o en meses anteriores o posteriores, pero antes de concluir el pago de las cuotas pactadas para la diferencia de precio. En tales casos, ¿se debe restituir el inmueble a tiempo y formalizar la finalización de la locación pese a la existencia de la deuda? Así es. La locación culmina según el caso, y la persistencia de las cuotas pendientes configura un efecto obligacional del contrato, tanto para el locatario como para el fiador, que garantizará hasta el cumplimiento íntegro de las cuotas.

El artículo deja a salvo que las partes puedan pactar una forma de pago distinta, con tal que no sea más gravosa para la parte locataria. Por ejemplo, pueden convenirse más de 6 cuotas. Aquí cabe preguntarse si podría convenirse un único pago al finalizar el contrato, con la conveniencia de una quita o descuento por parte del locador. En el ejemplo dado, si se negociare que la deuda de \$6000 se abone por el locatario en un solo pago de \$4000, es decir, remitiendo la diferencia correspondiente a un mes. La respuesta depende de la interpretación que se asigne a "mayor gravedad" para el locatario, y si una contrapartida conveniente con relación en el beneficio de plazo, puede justificar la reducción del número mínimo de cuotas. Recordamos que el decreto es de orden público (art. 14), no obstante, entendemos que en un caso como el expuesto, en el que el porcentaje de quita implica un 33% de deuda a costa de resignar solo dos cuotas, claramente implica un beneficio para el locatario conforme con la previsión inflacionaria, por lo que no habría objeción al respecto.

Por último, la parte final de la disposición del art. 6º, prevé que las demás prestaciones de

pago periódico asumidas convencionalmente por la locataria se registrarán según lo acordado por las partes. Aquí se incluyen el pago de servicios, impuestos, expensas y cualquier otro que se haya pactado, por lo tanto, no hay congelamiento respecto de ellos y solo rige para el denominado “alquiler puro”.

III.6. Deudas por falta de pago

En el acáp. II.3. hemos adelantado que no será procedente el desalojo por falta de pagos correspondientes al período comprendido entre el 29/03/2020 y el 30/09/2020. En concordancia con ello, en este punto examinaremos la cuantía y forma de tales pagos. Adelantamos que este punto constituye, sin dudas, el aspecto más controvertido del DNU.

El art. 7º expresa que las deudas que pudieren generarse en tal período, originadas en la falta de pago, en pagos realizados fuera de los plazos contractuales pactados o en pagos parciales, deberán abonarse en, al menos, tres [3] cuotas y como máximo seis [6], mensuales, iguales y consecutivas, con vencimiento, la primera de ellas, en la misma fecha del vencimiento del canon locativo que contractualmente correspondiere al mes de octubre del corriente año.

Es decir, si en todos o algún/os de los meses comprendidos entre abril y septiembre, el locatario pagase el 50% del alquiler (congelado, si fuere el supuesto), el 70%, o directamente no lo pagase, no podrá ser sometido a proceso de desalojo, y podrá gozar de la facilidad de pagar entre 3 y 6 cuotas, a partir de octubre del 2020.

No obstante, a diferencia de lo tratado en acápite anterior (en que la diferencia por el congelamiento no genera intereses de ningún tipo ni penalidades contractuales), en los supuestos aquí analizados sí generan tales accesorios legales. Continúa el art. 7º: “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. No podrán aplicarse intereses punitivos ni moratorios, ni ninguna otra penalidad...” Como puede advertirse, aquellos accesorios punitivos o moratorios que se hayan clausulado no serán admitidos, sino solo los compensatorios y con el tope legislado. Por su-

puesto, tal tasa deberá computarse a partir del día siguiente al vencimiento de cada período, conforme haya sido contratado.

En la parte final, la norma refuerza que la parte fiadora continuará garantizando los pagos hasta su cancelación, y que por tanto deroga *ad effectum* los arts. 1225 y 1596, incs. b) y d) del Cód. Civ. y Com. Asimismo, reitera que las partes podrán pactar una forma de pago distinta, siempre que no sea más gravosa para la parte locataria, por lo que caben las consideraciones expuestas en el punto anterior.

Pues bien, la crítica que merece este artículo es la misma expuesta al inicio y que transversa toda la normativa, esto es: que no contempla verdaderamente el aspecto subjetivo de la relación. El hecho de que la inmensa mayoría de los contratos de locación queden comprendidos, y que exista la posibilidad legal de —en un extremo— no abonar el alquiler durante 6 meses (con el interés respectivo, pero que sabemos, inferior al de mercado) podría dar lugar a algunos abusos, y conformar una evidente injusticia por fracturar la igualdad ante la Ley (art. 16 de la CN). En efecto: es claro que de la misma forma en que se beneficia al locatario, se perjudica al locador, para quien el DNU no ofrece recompensa alguna.

III.7. Bancarización

La parte locadora, dentro de los veinte [20] días de entrada en vigencia del DNU, deberá comunicar a la parte locataria los datos necesarios para que esta pueda, si así lo quisiera, realizar transferencias bancarias o depósitos por cajero automático para efectuar los pagos a los que esté obligada.

Es decir, el locador tendrá hasta el 17/04/2020 para comunicar los datos de la cuenta bancaria, a fin de que la parte locataria tenga la alternativa de abonar a través de las vías bancarias electrónicas. En tales casos, los comprobantes servirán como recibo de pago, al menos provisorios, hasta la finalización de cuarentena y entrega de recibo formal.

Como primera apreciación, si tal comunicación no se efectuara antes del vencimiento de abril, deberá continuarse con la entrega manual

del dinero. En segundo término, no señala que la noticia deba transmitirse por medio fehaciente, por lo que cabría informar al locatario por cualquier vía. Por supuesto, siempre es recomendable que las partes conserven tal información en soportes de fácil comprobación.

IV. Vulnerabilidad del locador

El art. 10 del DNU es la única norma que tiene en cuenta que el locador también resulta perjudicado por la pandemia, y se titula “Excepción - Vulnerabilidad del locador”. Se debe aclarar que, al menos en el contenido de este decreto, no surgen paliativos o beneficios fiscales para la parte locadora. Si bien de ordinario es la parte en mejor posición, hemos recalado que no siempre es así, y que esta norma de emergencia le ha puesto el esfuerzo casi exclusivamente. Por lo tanto, sería esperable el dictado de normas que alivien la carga tributaria del locador para, de algún modo, compensarle el esfuerzo y propender a balancear el sinalagma contractual.

La disposición aquí examinada expresa: “Quedan excluidos de lo dispuesto en el art. 4º del presente decreto los contratos de locación cuya parte locadora dependa del canon convenido en el contrato de locación para cubrir sus necesidades básicas o las de su grupo familiar primario y conviviente, debiéndose acreditar debidamente tales extremos”.

De ello debemos precisar qué se entiende por locador vulnerable. Con términos llanos, interpretamos que es aquel que requiere del precio de la locación, en el todo o gran parte, para afrontar otras necesidades básicas propias o de su grupo familiar estrecho, y que carece de otros ingresos para su cumplimiento. Con otras palabras, la persona hace un “pasa manos” del dinero recibido de la locación, que dirige directamente a cubrir otros pagos, por lo que aquellas percepciones no se destinan al ahorro. El destino deben ser necesidades básicas (alimentación, salud, educación, entre otras), y comprende las personales, como también las de su grupo familiar primario (familia nuclear) y conviviente (aquí se incluyen familias ensambladas que convivan, por lo que quedan amparados pareja e hijos afines).

Prima facie, visualizamos que esta norma será muy conflictiva. Por un lado, no especifica cómo y quién debe comprobar tal situación de vulnerabilidad. Por otro, tampoco indica cómo resolver el conflicto —harto probable— de un choque de vulnerabilidades, igualmente considerables, entre parte locataria y locadora. Lo deseable sería que las partes, solidariamente, reconozcan y convengan quién está en peor situación, y en tal caso se inclinen en favor del locador, o se distribuya proporcionalmente el esfuerzo para que el impacto sea el menor posible. Pero si las partes no consensan, se planteará una situación de difícil resolución, que, por su entidad, probablemente derive en un conflicto judicial.

Podrá haber casos más o menos complejos de vulnerabilidad conjunta y opuesta. Imagínese el supuesto en que el precio que recibe el locador es el indispensable para pagar otra locación que tiene como destino vivienda para educación de sus hijos. En el choque de situaciones penosas, pareciera que vivir de manera independiente y facilitar el estudio debería ceder. Pero en otros casos, como la colisión entre alimentar a un hijo afín conviviente, versus el alimento a un hijo biológico, resulta delicado. La casuística es interminable y participan muchas ramas del derecho en su precisión.

Lo cierto es que, siendo rigurosos y sin nuevas precisiones normativas, la disposición del art. 10 solo será práctica en los casos que se advierta palmariamente la vulnerabilidad del locador, a la par que el locatario goce ostensiblemente una situación de bonanza.

Por otra parte, señalamos que la exclusión —o sea, el beneficio para el vulnerable— es solo respecto del art. 4º, que prevé el congelamiento del precio. Ello resulta incongruente si se piensa que, pese a esta protección, el locatario podrá soslayar todos los pagos de alquiler durante 6 meses, con las condiciones antes relatadas. Es decir, al locador vulnerable no se le congelarán los precios contractuales —por lo que, si tuviere, regirán sus aumentos—, pero mientras tanto, no se le asegura contra la posibilidad de no pagar el alquiler. Por el contrario, si lo que se procura es poder sobrellevar este semestre, hubiese sido más protectorio —en pureza, eficaz— excluirlo de la aplicación del art. 7º (deudas por falta de

pago) y con ello asegurarle la percepción mensual, aunque sea con precio congelado.

Empero la literalidad del art. 10, aplicando un *argumentum ad maiore ad minus*, podría proponerse, de manera razonable, que, si al locador vulnerable no le es oponible el congelamiento de precio, “con mayor razón” tampoco puede serle opuesta la facultad de no pagar.

Como corolario de esta disposición, en algunos supuestos será la parte locataria quien deba asumir un mayor esfuerzo solidario, en parangón con la situación que puedan tener sus pares en otras relaciones locativas.

V. Conclusión

El DNU 320/2020 respecto de alquileres, se erige como un paliativo útil para este tiempo

crítico, en el que la incertidumbre domina el devenir de nuestros días. Con la solidaridad social como estandarte, a nivel general se advierte bondadoso, aunque requiere de varias claridades para ser ejecutado conforme se interpreta el designio de sus hacedores. En particular, se percibe menester precisar la faz subjetiva, de manera congruente con las restantes medidas adoptadas para la contingencia.

Asimismo, sería deseable que el esfuerzo solidario no recaiga solo sobre el locador, y en tal orden sea compensado con beneficios tributarios.

Por último, vale recordar que esta normativa de emergencia tiene, en principio, solo duración semestral, por lo que es esperable que las partes de la relación locativa puedan resolver sus diferencias mediante consenso solidario y empático, sin necesidad de acudir a instancia judicial.

Thomson Reuters

DEFENSA DEL CONSUMIDOR

DOCTRINA

Thomson Reuters

Thomson Reuters

El deber de buena fe del proveedor en los contratos de consumo ante la pandemia de COVID-19

Nicolás I. Manterola^(*)
Karen G. Sondergaard^(**)

Sumario: I. Sinopsis.— II. El incumplimiento por parte del proveedor.— III. El proveedor debe actuar de buena fe y puede ser responsable por daños.— IV. Conclusiones generales.

I. Sinopsis

En el marco de la pandemia del Coronavirus COVID-19 los contratos de consumo deben, de ser posible, ser cumplidos por el proveedor.

Si por razones de salud pública o por orden de una norma de emergencia el proveedor no puede cumplir, no será responsable por los daños y perjuicios que pueda padecer el consumidor a causa de la falta de cumplimiento. Ello es así porque existen razones que justifican el incumplimiento.

No obstante, el proveedor, en orden a la buena fe y para evitar un abuso de derecho, deberá reintegrar al consumidor lo que éste haya abonado por la prestación incumplida y deberá abstenerse de cobrar al consumidor el precio de una prestación que no podrá otorgar. Si así no lo hiciera, será responsable por los daños que esta conducta (de cobrar por lo que no va a brindar) genere en el consumidor.

(*) Abogado graduado con diploma de honor en la Universidad de Belgrano y especialista en derecho procesal en la Universidad de Buenos Aires. Premio a la excelencia académica (Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires, 2016). Su desempeño profesional se enfoca en litigios civiles y comerciales, concursos y quiebras y derecho a la salud.

(**) Abogada graduada con distinción académica en la Universidad de Belgrano. Su desempeño profesional se enfoca en litigios civiles y comerciales, derecho de Familia, concursos y quiebras y derecho a la salud.

En resumen, el proveedor no es responsable por el incumplimiento justificado, pero no debe enriquecerse *sin causa*, actuar de mala fe o abusar de su posición dominante.

II. El incumplimiento por parte del proveedor

II.1. Responsabilidad por daños

Cuando el proveedor se vincula con el consumidor lo hace a través de una obligación de resultado (art. 10 bis, ley 24.240). No solo cuando celebra un contrato, sino también cuando ofrece publicidad, cuando realiza ofertas e incluso en el marco de la obligación de seguridad (que es de resultado) cuando el consumidor transita los pasillos de un local, aunque no adquiera ningún producto.

Conforme la clasificación de obligaciones, las hay de resultado y de medios.

Siguiendo a Garay, “La ‘obligación de medios’ es la que solo impone aptitud o idoneidad para adoptar y cumplimentar con empeño y dedicación, aquellas diligencias o medidas que habitualmente conducen a un resultado, pero sin asegurar la obtención del mismo; en tanto que ‘obligación de resultados’ es la que compromete concretamente un resultado determinado” (1).

(1) GARAY, Oscar E., “La praxis médica: obligaciones de medios y de resultados”; Publicado en: RCyS 2005, 200, Ed. La Ley.

Cuando se asume una obligación de medios, el deudor cumple al desplegar una conducta diligente, con independencia de si se llega o no al resultado esperado. En cambio, cuando se asume una obligación de resultado, el deudor cumple y se libera solo cuando produce el objetivo debido.

El proveedor se libera brindando al consumidor el exacto servicio o producto que contrató; si así no lo hiciera, el incumplimiento da lugar a exigir el cumplimiento forzado de la obligación, aceptar otro producto o prestación de servicio equivalente o rescindir el contrato con derecho a la restitución de lo pagado; ello, sin perjuicio de las acciones de daños y perjuicios que correspondan (art. 10 bis, ley 24.240).

Cuando se incumple la obligación, el deudor debe proceder de una de las tres maneras que dijimos en el párrafo anterior y, además, deberá responder por los daños ocasionados. Esto es así salvo que acredite que no es responsable por el incumplimiento.

¿Y cómo demuestra que no es responsable?

Dijimos más arriba que el proveedor, al vincularse con el consumidor, asume una obligación de resultado. Por lo tanto, para exonerarse de responsabilidad deberá acreditar alguno de los eximentes que enervan la antijuridicidad, fracture el nexo causal, demuestre que el daño no es resarcible o alegue algún instituto contractual que lo dispense de resarcir (como imprevisión, frustración del fin del contrato o imposibilidad de cumplimiento, entre otros).

El haber actuado con diligencia no lo exime de responder pues (i) siendo una obligación de resultado, el cumplimiento es el otorgamiento del fin esperado y (ii) el factor de atribución queda subsumido en el incumplimiento contractual (y, para quienes entienden que la distinción entre obligaciones de resultados y de medios impacta en el factor de atribución, este será objetivo; es decir que no se tiene en cuenta la culpa).

Así las cosas, veamos ahora qué debe acreditar el proveedor para eximirse de responder por daños y perjuicios por su incumplimiento.

II.2. Eximentes de responsabilidad en el marco del COVID-19

En el marco de la pandemia del COVID-19 el proveedor de servicios y productos no esenciales (según DNU 297/2020 y la Decisión Administrativa 429/2020) y de servicios suspendidos por decisión estatal (como los cines y eventos) ve conmovido el desempeño de su negocio.

Sin perjuicio de las particularidades propias de cada caso determinado, podemos afirmar en líneas generales que ciertos proveedores se encuentran impedidos de brindar óptimamente sus servicios y, muchos de ellos, se han visto obligados a cerrar sus puertas, suspendiendo el cumplimiento de sus prestaciones.

La situación anormal e imprevisible causada por el COVID-19 genera una suspensión *de facto* de los contratos de consumo de duración que, al ser acompañada de las medidas de emergencia dictadas por el Estado, justifica el incumplimiento del proveedor.

Ello es así porque *la antijuridicidad se elimina* si existe una causal de justificación que torne lícita la conducta reprochada (el incumplimiento).

El art. 1718, Cód. Civ. y Com. justifica los hechos dañosos realizados mediando legítima defensa, estado de necesidad o ejercicio regular de un derecho. Agregamos también que está justificado quien obre en cumplimiento de un deber jurídico (art. 4º, Cód. Penal).

Cuando el proveedor deba abstenerse de brindar su servicio por disposición legal (como el DNU 260/2020 que suspende la actividad aérea o porque ejerce actividades suspendidas por ser no esenciales) su incumplimiento contractual no será antijurídico pues obra en cumplimiento de un deber legal.

A su vez, el proveedor puede abstenerse de cumplir su prestación alegando por ejemplo que debe permanecer aislado o en cuarentena, o que se suspende la prestación de un servicio (p. ej., gimnasios, eventos, cines) para evitar la propagación del COVID-19 por disposición legal o incluso *motu proprio* amparado en un estado de necesidad e incluso en la legítima defensa. Estas

decisiones pueden encuadrar, según el caso, en causas de justificación que neutralicen la antijuridicidad del incumplimiento.

Imaginemos algunos ejemplos: un *delivery* que se suspende porque el consumidor es sospechado de padecer COVID-19 y no hay medios sanitarios para acercar el producto sin riesgo para el proveedor y servicios educativos o gimnasios que suspenden sus servicios para evitar la acumulación de gente.

Entendemos que el proveedor puede alegar causas de justificación como legítima defensa para impedir el ingreso de personas sospechadas de padecer COVID-19 pues podría estar frente a un peligro actual o inminente para él y sus empleados causado por una persona que, de manera ilícita, no cumple la cuarentena obligatoria por haber regresado del extranjero. También puede haber un estado de necesidad que justifique suspender el servicio pues se busca evitar un mal actual o inminente (el contagio del COVID-19) mayor al que se causa con el incumplimiento.

Desde otro punto de vista, el proveedor puede ser eximido de responder por los daños generados por su falta de cumplimiento si logra romper *el nexo causal* con causas que le son ajenas.

El caso fortuito o fuerza mayor (art. 1730) puede (i) extinguir la obligación de consumo si el proveedor, a causa de este hecho imprevisible o previsible inevitable, no puede cumplir con la prestación a su cargo; o (ii) puede dar lugar a reajustar el contrato o extinguirlo si la imposibilidad es parcial.

Al respecto corresponden algunos comentarios generales.

Opinamos que el foco, al intentar esquivar la responsabilidad, no debe ponerse en el nexo causal, sino en la antijuridicidad. Sucede que la pandemia, entendida como caso fortuito o fuerza mayor, no es la real causa del daño del consumidor insatisfecho; ello es así porque el perjuicio se generaría por el incumplimiento mismo y no por la propagación del virus. Vale recordar que el caso fortuito o la fuerza mayor, para fracturar el nexo causal, debe actuar como “la verdadera causa adecuada de los daños su-

fridos por la víctima” (2). Por lo tanto, debemos bucear en la antijuridicidad (y no en el nexo causal) para encontrar una causal de justificación que considere lícito el incumplimiento.

No obstante, no podemos negar que la pandemia también podría operar como caso fortuito. Si bien es cierto que la causa primera del daño es el incumplimiento, no es menos cierto que la causa segunda es la pandemia (que genera el no cumplir). Si una persona le causa un perjuicio a otra por influencia de un caso de fuerza mayor, y si bien el daño fue producido por la conducta de la persona, debe considerarse que ese caso ajeno a las partes ha roto el nexo causal. “Sin duda la primera ha obrado, pero no ha sido sino el instrumento de la fatalidad; el acto no es en realidad el suyo, es el de la *vis major*. La causa verdadera del daño, su causa primera, la única causa que debe ser tenida en cuenta desde el punto de vista de la responsabilidad civil, es el caso de fuerza mayor. El perjuicio es ‘ajeno’ al demandado. No existe vínculo de causalidad” (3).

Sin perjuicio de lo anterior, nosotros entendemos que el proveedor se encuentra justificado de incumplir en pos de la salud pública y por imperio de las medidas de emergencia (como las que prohíben el desarrollo de las actividades no esenciales). Esta cuestión (la justificación) debe ser analizada en el marco de la antijuridicidad (4).

Para finalizar recordamos que existen también los clásicos *institutos contractuales* que protegen el equilibrio y la previsibilidad contractual. Tales serían la imposibilidad de cumplimiento

(2) PICASO, Sebastián - SÁENZ, Luis, “Tratado de Derecho de Daños”, Ed. La Ley, 2019, t. I, ps. 368.

(3) TRIGO REPRESAS, Félix A., “El caso fortuito como eximente en la responsabilidad por riesgo de la cosa”, publicado en: LA LEY 1989-D, 457; Cita Online: AR/DOC/15578/2001.

(4) Aun así, la pandemia del COVID-19 podría configurar un caso fortuito cuando ella sea la causa del perjuicio, lo que sucedería por ejemplo cuando los empleados del proveedor padezcan la enfermedad o deban permanecer en cuarentena por haber regresado del exterior al país. Como el proveedor no pudo prever la pandemia y no pudo contar con el personal suficiente para suministrar el servicio, podría entenderse que la pandemia (que afectó el servicio del proveedor) rompió el nexo causal.

(art. 955, Cód. Civ. y Com.), frustración de la finalidad del contrato (art. 1090, Cód. Civ. y Com.) e imprevisión (art. 1091, Cód. Civ. y Com.), los que serán de aplicación según las circunstancias de cada caso particular.

II.3. Conclusión: Ausencia de responsabilidad por el incumplimiento de la prestación

A nuestro entender, el incumplimiento del proveedor motivado en razones de orden público se encuentra justificado y por lo tanto su conducta (de incumplimiento) no es antijurídica. Esta posición cobra aún más fuerza cuando el servicio que presta no es esencial en los términos del DNU 297/2020 y de la Decisión Administrativa 429/2020 porque el proveedor debe abstenerse de prestar servicios durante la vigencia del Aislamiento Social, Preventivo y Obligatorio.

Tal tesis, empero, no es aplicable a los proveedores que brindan servicios esenciales como obras sociales, medicinas prepagas o empresas de seguridad, quienes no podrán excusarse de brindar servicios y, si lo hacen, serán responsables por los daños causados.

Quienes no ejercen actividad esencial podrán (y deberán) abstenerse de cumplir sin contingencia de responsabilidad. En tal supuesto se encuentran centros deportivos, gimnasios, cines, organizadores de eventos, hoteles, empresas de transporte (aéreos, micros, etc.), entre otros negocios. Todos ellos suspenderán el cumplimiento y el consumidor carecerá de derecho a ser resarcido por los daños causados por el incumplimiento pues este no es antijurídico.

Ahora bien, ello no quiere decir que el proveedor es impune y no deba hacer nada. *Debe actuar de buena fe*, lo que implica comunicar con la anticipación posible a los consumidores que se abstendrá de prestar servicios, deberá reintegrar el dinero abonado por los consumidores por una prestación incumplida y, obviamente, deberá abstenerse de seguir cobrando (por ej., a través de débitos automáticos) un servicio que no puede otorgar. Lo veremos a continuación más en detalle.

III. El proveedor debe actuar de buena fe y puede ser responsable por daños

Dijimos que el proveedor no es responsable por incumplir (justificadamente) el objeto de la obligación que contrató el consumidor. Así, p. ej., el gimnasio no debe resarcir los daños que el cierre de sus puertas ocasione al usuario (p. ej., compra de elementos de educación física para hacer ejercicios en el hogar).

Pero, sin perjuicio de ello, lo cierto es que debe actuar de buena fe, lo que impide cobrar al usuario una contraprestación por un servicio que no brindará. Si no se comporta de buena fe, será responsable por los daños que cause.

Veamos algunos ejemplos particulares.

III.1. Hospedaje y transporte

Obviamente los planes de viajes se vieron restringidos. No solo por el Aislamiento Social Obligatorio sino también por la prevención a la salud del consumidor (nadie quisiera viajar a las zonas de riesgo de contagio del COVID-19) que tiene protección constitucional en el art. 42, CN.

Existen, como vimos, los institutos contractuales que serán de aplicación según cada caso particular: teoría de la imprevisión (art. 1091, Cód. Civ. y Com.), la imposibilidad de cumplimiento (art. 955, Cód. Civ. y Com.) o la pérdida de la finalidad del contrato (art. 1090, Cód. Civ. y Com.).

Sin perjuicio de que las partes pueden acordar la reprogramación del viaje por mutuo acuerdo, lo cierto es que el consumidor puede dar por extinguido el contrato (entendemos que por aplicación de los arts. 955 o 1090, Cód. Civ. y Com.) sin derecho a ser resarcido por los daños, *pero sí con derecho a que se le restituya lo abonado*.

Ello, porque el proveedor no puede quedarse con el dinero del consumidor si no brindará el servicio contratado pues la buena fe lo obliga a restituir al consumidor lo que este le haya dado en el marco del contrato, así las partes volverán a posicionarse en igual situación en la que se encontraban antes de su celebración.

Al respecto, y en el marco de hospedaje, el Ministerio de Turismo y Deportes, mediante la

res. 131/2020, dispuso que los Agentes de Viaje y los establecimientos hoteleros del país deberán devolver a los usuarios toda suma de dinero que hubieren percibido en concepto de reserva por alojamientos a ser usufructuados durante el periodo comprendido entre 18/03/2020 y el 31/03/2020.

III.2. Transporte aéreo

En materia aeronáutica debemos atender la normativa específica que regula este tipo de transporte. En lo que aquí nos interesa, es de destacar los siguientes puntos.

En primer lugar, entendemos que la aerolínea no debe responder por los daños y perjuicios causados al consumidor por el incumplimiento pues, como vimos, la falta de cumplimiento —motivado por normas de emergencias como el DNU 260/2020 que suspende la operación aérea— no es antijurídica.

No obstante, y como es lógico, no podrá enriquecerse ilícitamente.

La resolución 64/2020 del Ministerio de Transporte dispuso la reprogramación de los vuelos. Su art. 6º dice: “Los operadores de servicios aéreos adoptarán las medidas necesarias para la reprogramación de los servicios que se suspendan en virtud de lo establecido por el art. 3º de la presente resolución en un todo de acuerdo con sus disposiciones y políticas internas”. La suspensión del art. 3º se refiere al periodo que abarca del 20 al 24 de marzo del 2020.

Aun así, lo cierto es que rigen la res. 1352/1998 del entonces Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos, el Código Aeronáutico, la ley 24.240 (de modo supletorio para tutelar cuestiones no regladas en las normas anteriores, según su art. 63) y la irrestricta protección del art. 42, CN. Mediante este plexo normativo se podría requerir el reintegro de lo abonado por el pasaje o la reprogramación, a elección del usuario.

Surge del art. 150 del Código Aeronáutico que “(...) Si el viaje previsto hubiese sido interrumpido o no se hubiese realizado, el pasajero tiene derecho al reembolso de la parte proporcional del precio del pasaje por el trayecto no realizado (...).”

Por todo ello, y por la aplicación supletoria del estatuto del consumidor, entendemos que la opción de reembolso es aplicable a favor del pasajero frente a la cancelación de su vuelo con motivo de la emergencia sanitaria. Más allá de las condiciones de la tarifa contratada, cabe la posibilidad de perseguir judicialmente la nulidad de aquellas cláusulas abusivas que vinculan al pasajero con la aerolínea e impidan el reembolso o cobren alguna penalidad (5).

A esto se le suma la entrada en vigencia de la ley 27.541 y su dec. regl. 99 del 27/12/2019, donde se estableció —entre otras medidas— el denominado “Impuesto Para una Argentina Inclusiva y Solidaria (PAIS)”. Frente a ello, cabe preguntarnos si corresponde la devolución del impuesto frente a la imposibilidad de concretar el vuelo. Entendemos que la respuesta es afirmativa.

La res. 4659/2020 de AFIP, en su art. 10, señala: “cuando no corresponda la percepción practicada, el adquirente, prestatario y/o locatario podrá solicitar la devolución del gravamen percibido ante el agente de percepción correspondiente, presentando los antecedentes que justifiquen su petición, operación que quedará sujeta a las medidas de control que implemente este Organismo”.

Por lo tanto, al efecto de solicitar el reembolso de lo pagado en concepto del Impuesto País, se deberá peticionar la devolución del gravamen ante el agente de percepción correspondiente, justificando el reclamo.

Por lo demás, si el operador del servicio aéreo desplegar una conducta dañosa se abre la vía resarcitoria que, en este campo, tiene matices propios regulados principalmente en la citada resolución 1352/1998 y en el Código Aeronáutico.

(5) “Según Farina, la supletoriedad de la LDC corresponderá cuando se ponga el foco en el régimen de reparación de daños, pero no en otros aspectos. Así, considera que la regulación de las cláusulas abusivas debe aplicarse de manera directa”. (CHAMATROPULOS, Demetrio A., “Estatuto del Consumidor Comentado”, 1ª ed., 2016, t. II, p. 475; con cita a FARINA, Juan, “Defensa del Consumidor y usuario”, Ed. Astrea, 2008, 4ª ed., p. 646).

Si bien el tratamiento de la responsabilidad aeronáutica excede el objeto de este trabajo, cabe remarcar que la ley 24.240 se autoexcluye de regir (de modo directo) el contrato aéreo; esta disposición debe ser interpretada restrictivamente y solo para aquellas cuestiones reguladas en la normativa aeronáutica (como el modo de reparación de los daños). En otras palabras, la ley 24.240 sigue siendo perfectamente aplicable al contrato aéreo para regular cuestiones no regladas en la legislación aeronáutica, como cláusulas abusivas, trato digno, deber de información, daño punitivo, entre otros institutos del derecho de consumo.

III.3. Centros deportivos y gimnasios

Hemos observado que, en el contexto de la pandemia de COVID-19, la gran parte de estos proveedores, amén de cerrar sus puertas acatando disposiciones legales, continúan cobrando las cuotas mensuales al consumidor y ofrecen clases online a través de diferentes aplicaciones o redes sociales.

Se aplica aquí lo mismo que dijimos más arriba (el proveedor no es responsable por los daños generados por la suspensión de las prestaciones a su cargo) pero cabe destacar que aquí el consumidor, en la generalidad de los casos, no pretenderá extinguir el contrato pues, una vez que sea seguro concurrir, querrá volver al gimnasio a ejercitarse.

Por lo tanto, la extinción del contrato no sería un mecanismo idóneo en estos casos de contratos de duración.

En primer lugar, habrá que analizar cada caso en particular y la forma de contratación del servicio ya que muchos proveedores ofrecen la "venta" de un paquete o pase anual pagadero en cuotas mensuales, lo que claramente es una conducta abusiva que debe ser readecuada a la realidad (considerando un contrato que se celebra mes a mes y no anualmente).

Sin perjuicio de ello, la medida de Aislamiento sumada a las disposiciones locales que prohíben la acumulación de personas, más el hecho de que para el consumidor puede presentar un grave riesgo para su salud concurrir a estos lu-

gares, la suspensión *de facto* del contrato se nos presenta ante nosotros. El proveedor (justificadamente) no presta su servicio y el consumidor (justificadamente) no quiere concurrir a un lugar de posible contagio.

Desde ya que el cierre de puertas se encuentra justificado, eximiendo al proveedor de responsabilidad por el incumplimiento del servicio.

Pero, aun así, el proveedor no puede pretender que el consumidor le siga pagando una retribución por una prestación inexistente. Esto importa un enriquecimiento ilícito y una conducta abusiva.

El servicio del proveedor no se prestará y el consumidor no deberá abonar ninguna cuota (pues no es razonable que pague por lo que no se le brinda) mientras dure (i) las normas de aislamiento, (ii) las disposiciones que prohíben la apertura de estos locales o (iii) mientras el consumidor no se sienta seguro asistiendo al local del proveedor (recordemos que la salud y su prevención en un derecho amparado en el art. 42, CN y en numerosos tratados internacionales).

Por lo tanto, el proveedor deberá abstenerse de cobrar las cuotas periódicas que percibe y, si ya lo hubiese hecho, deberá restituirlas al usuario. Si así no lo hiciera será responsable por los daños causados (por cobrarle al cliente una prestación que no está otorgando).

¿Qué ocurre en aquellos casos donde el proveedor dicta clases virtuales tendientes a que sus clientes se ejerciten desde su casa? ¿Es justo percibir una cuota mensual equivalente a aquella que se venía cobrando para concurrir al centro deportivo?

En nuestra opinión, no es posible sustituir una clase de entrenamiento presencial por una virtual. Teniendo en cuenta la importancia de contar con un profesional que controle la técnica al momento de efectuar el entrenamiento, en las clases virtuales o grabadas, el usuario está expuesto a sufrir lesiones en su cuerpo.

Además, muchos establecimientos otorgan un pase libre al natatorio o al gimnasio (provisto con materiales y medidas de seguridad), los que

claramente no pueden ser reemplazados por un video en una red social.

A razón de ello, es que la realización de clases virtuales, son inviables para reemplazar la asistencia presencial del entrenamiento; de ahí que la posibilidad de continuar percibiendo una retribución a cambio carece de sustento y materializa una conducta de mala fe.

Así, y con base en el principio de buena fe contractual, consideramos que el contrato *sub examine* queda suspendido *de facto*, sin derecho a exigir el pago de la cuota mientras se mantengan las medidas o recomendaciones que aconsejen la no concurrencia a estos establecimientos.

¿Qué sucede si el proveedor continúa cobrando las cuotas mensuales pese a no estar brindando el servicio?

Aunque sea justificado el incumplimiento, entendemos que cobrar por aquello que no se brinda es un enriquecimiento ilícito y configura una conducta abusiva.

La suspensión del cumplimiento es un instituto regulado en art. 1031, Cód. Civ. y Com. que puede ser utilizado por el consumidor para evitar que el proveedor le siga cobrando un servicio que no brinda. La norma prevé el derecho de una de las partes a suspender el cumplimiento de su prestación (el pago mensual) hasta contar con la seguridad de que la otra parte esté en condiciones de cumplir con la suya (es decir, hasta los establecimientos deportivos abran sus puertas).

De esta manera, el contrato que une a las partes queda suspendido temporalmente hasta que exista la posibilidad de retomar el cumplimiento de todas prestaciones.

III.4. Establecimientos educativos

Otro escenario que evaluar son los establecimientos educativos como las escuelas, colegios privados, universidades e institutos terciarios y de educación superior.

Entre las medidas tomadas en el contexto de la emergencia sanitaria, se destaca la suspen-

sión transitoria de las clases, prácticas de estudiantes y toda actividad académica como actos, congresos, seminarios, cursos, simposios, talleres, muestras o exposiciones, en la medida que implican aglomeraciones o concentraciones de personas.

Dichos centros educativos deberían readecuar las condiciones en que se desarrolla la actividad académica, reemplazando la educación presencial por una enseñanza a distancia, valiéndose de las herramientas que brinda la tecnología, instaurando campus virtuales y/o plataformas donde sea posible la comunicación entre el profesor y el alumno.

Todo ello, con idéntica eficacia que sus equivalentes presenciales.

En este sentido, mientras no sea vulnerado el objeto del contrato que los vincula (es decir, mientras sea posible la enseñanza a distancia con igual calidad que la presencial y con la debida asistencia por parte del personal capacitado al efecto) estimamos que corresponde continuar abonando la cuota a favor del establecimiento educativo. En cambio, si el centro educativo no pudiera brindar clases de manera virtual (suspendiendo el cumplimiento del objeto del contrato) el usuario tendrá derecho a no abonar los aranceles correspondientes.

Por otro lado, puede suceder que el valor de la cuota esté integrado por algunos rubros que no se prestan durante la suspensión de clases presenciales, como comedores y educación física (alquiler de predios o gimnasios). Consideramos que dichos rubros deberán ser descontados de la cuota a abonar.

IV. Conclusiones generales

Acorde a la finalidad de este trabajo, nos hemos centrado en brindar un enfoque general de las situaciones jurídicas en las se podría encuadrar la relación entre el proveedor y el consumidor frente a la pandemia del COVID-19.

Todo ello, teniendo en cuenta las herramientas que nos brinda la legislación vigente y buscando una solución justa y equitativa ponderando que, por orden constitucional, el consumidor debe ser protegido.

Sin dudas la pandemia del COVID-19 ha generado una situación sin precedentes en nuestra historia, provocando cambios en las situaciones jurídicas preexistentes y futuras que requerirán del auxilio legal para divisar el camino a seguir.

En este marco, podemos sintetizar nuestra opinión de la siguiente manera: El proveedor que, con motivo de la pandemia y de las normas de emergencia, no pueda cumplir su prestación no será responsable por los daños y perjuicios que ello pueda causar al consumidor ya que su incumplimiento no es antijurídico. No obstante, deberá actuar con buena fe, brindar información cierta al consumidor y abstenerse de percibir una retribución por un servicio que no brinda. Si así no lo hiciera será responsable por los daños que su conducta genere.

No se nos escapa que hay quienes sostienen que el proveedor, como empresa, necesita contar con activos suficientes para hacer frente a sus obligaciones, como pago de salarios, impuestos, mantenimiento, etc. Pero creemos firmemente que el impacto económico negativo (innegable y preocupante) que padecen las empresas durante la pandemia del COVID-19 no debe ser soportado por el consumidor. La teoría del esfuerzo compartido no puede cargar en el consumidor las desventajas que tiene el proveedor con terceros ajenos a la relación de consumo.

Por lo tanto, el consumidor no debe abonar una prestación que no le es brindada y se le debe reembolsar el dinero que haya dado al proveedor por una prestación incumplida. Ello, porque el art. 42, CN nos incita a proteger el patrimonio y la salud del consumidor.

El “proveedor 2021” y la figura jurídica del “proveedor vulnerable”

Matías A. Italiano^(*)

Sumario: I. Introducción.— II. El proveedor 2021: implicancias del COVID-19 en el deber de informar y en el trato digno.— III. El “proveedor vulnerable”.— IV. Colofón.

I. Introducción

El COVID-19 sin lugar a dudas ha marcado un cambio de paradigma de nuestra era; un cambio que, desde la óptica de todas las ciencias, genera total incertidumbre. En esta coyuntura de emergencia sanitaria (1), 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; sin prestar mayor atención, justificable, claro está, que dichas normativas comenzaron a acelerar el cambio de paradigma, creando un nuevo ciudadano, con otras preocupaciones, con otros intereses y con otras pretensiones.

En este contexto, la materia de derecho del consumidor, no resulta ser la excepción, actualmente se puede advertir la gestación de un nuevo perfil de consumidor, que a la hora de

relacionarse con sus proveedores, tendrá una mayor conciencia en el cuidado de su salud e higiene; tendrá una mayor conciencia sobre la variación en los precios y sobre el proceder especulativo de algunos proveedores; tendrá una mayor conciencia en las ventajas de la utilización de plataformas y pagos electrónicos; tendrá una mayor conciencia de un consumo sustentable; tendrá una mayor conciencia de la intervención del Estado a la hora de regular precios, y por ende, será más exigente con la clase gobernante; entre otros temas. Por tal razón, de ahora en más el desafío, de los que quienes integramos la comunidad jurídica consumeril, en pensar la legislación que se viene para proteger efectivamente a lo que hemos dado en llamar el “consumidor 2021”.

No obstante, lo expuesto, en esta obra abordaremos al “proveedor 2021”, un actor de la relación de consumo que deberá amoldarse a las exigencias que demandará el nuevo consumidor; con la necesidad de una legislación que responda eficazmente. Asimismo, entendemos que, dentro de esta clase de proveedor, podríamos encontrarnos con una subcategoría, que la hemos llamado el “proveedor vulnerable”, ¿o podríamos incluirla como un tercer actor de la relación de consumo?

II. El proveedor 2021: implicancias del COVID-19 en el deber de informar y en el trato digno

El COVID-19 ha generado un cambio sustancial en la humanidad, resulta ilusorio pensar que el mundo va a continuar tal cual lo conocíamos hasta principio del año 2020. Entendemos que resulta menester la adaptación de todas las

(*) 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), Profesor Evaluador del Curso de Capacitación de Práctica Procesal (Acordada 2728 SCJPBA) del Colegio de Trabajadores Sociales de la Provincia de Buenos Aires; Director del Instituto de Derecho del Consumidor del Colegio de Abogado de Bahía Blanca; Delegado de la Comisión de Derecho del Consumidor de la Federación Argentina de Colegios de Abogados (FACA); Diplomado en Derecho del Consumidor en la Universidad Nacional del Sur (UNS); Ex Director de la Oficina Municipal de Información al Consumidor (OMIC) del Partido de Bahía Blanca (2012/2013); Ex Presidente de la Comisión de Consumidores, Usuarios y Servicios del Honorable Concejo Deliberante del Partido de Bahía Blanca, Provincia de Buenos Aires (2015/2017).

(1) DECNU-2020-260-APN-PTE.

ciencias a los tiempos que corren, principalmente de las ciencias sociales, y dentro de estas, la sociología, las ciencias políticas, la economía, el derecho, la psicología, la criminología y la psicología social.

Centrándonos en el derecho del consumidor, estamos convencidos que se ha comenzado a dar nuevos rasgos en las partes intervinientes, es decir, por un lado, un nuevo perfil de consumidor, y por el otro, un nuevo perfil de proveedor. En lo que respecta a esta obra doctrinaria, nos centraremos en el actor fuerte de la relación de consumo, cuyos nuevos rasgos se terminaran de forjar en el año 2021.

Así las cosas, uno de los deberes fundamentales que pesa sobre los proveedores, es sin lugar a dudas, el de “informar”, que goza de jerarquía constitucional, conforme el art. 42 de nuestra Carta Magna. Asimismo, por su parte el art. 4º de la ley nacional 24.240 (2) obliga al proveedor 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. El proveedor se encuentra obligado a proporcionar la información de manera gratuita y en soporte físico, con claridad necesaria que permita la comprensión del consumidor. A lo que le debemos adunar el deber de informar reglado por el Código Civil y Comercial de la Nación (3).

Asimismo, uno de los primeros efectos negativos que generó el COVID-19 en la relación de los consumos, fue precisamente las especulaciones y abusos en la fijación de precios, quedando expuestos los consumidores, frente a la falta de información. Dicha situación motivó que debieran dictarse sendas resoluciones de la Secretaría de Comercio Interior dependien-

te del Ministerio de Desarrollo Productivo, tendientes a equiparar la balanza de desigualdad, como por ejemplo la retrocesión transitoria del precio de venta del alcohol en gel (4), la fijación de precios máximos (5), la fijación de precios de los barbijos no quirúrgicos y termómetros corporal de contacto (6), entre otras resoluciones.

En esta línea de pensamiento, la ley nacional 24.240 debería imponer al “proveedor 2021” la obligación de suministrar todo lo relacionado al historial de precios de los bienes y servicios que provee. Por tal razón, *de lege ferenda*, proponemos la incorporación del siguiente artículo: “Art. 4º 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” (7).

Por otra parte, tanto el legislador, la autoridad de aplicación como el juzgador, deberán estar sumamente atentos al trato dispensado por el “proveedor 2021” en el marco de las nuevas exigencias de seguridad e higiene que se deben cumplir en la relación de consumo; el legislador tendrá el desafío de aggiornar la legislación a estos nuevos hábitos que debe respetar el consumidor y que el proveedor tiene el derecho a exigir. Y en lo que respecta a la autoridad de aplicación, esta deberá velar por el cumplimiento de atención y trato digno y equitativo a los consumidores, derecho que también goza de jerarquía constitucional (8).

En este sentido, el primer párrafo del art. 8º bis (9) de la ley nacional 24.240 prescribe: “Los proveedores deberán garantizar condiciones de

(2) Ley Nacional 24.240. Fecha de sanción: 22/09/1993. Promulgada parcialmente: 13/10/1995.

(3) Art. 1100, Cód. Civ. y Com. de la Nación: “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”.

(4) RESOL-2020-86-APN-SCI-MDP.

(5) RESOL-2020-100-APN-SCI-MDP.

(6) RESOL-2020-114-APN-SCI-MDP.

(7) ITALIANO, Matías A., “El art. 4 bis de la Ley Nacional 24.240”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 17/04/2020, ps. 7 y ss.

(8) Art. 42 de la CN.

(9) Artículo incorporado por art. 6º de la ley nacional 26.361, Boletín Oficial 07/04/2008.

atención y trato dignos y equitativos a los Consumidores y Usuarios. Deberán abstenerse de desplegar conductas que coloquen a los Consumidores en situaciones vergonzantes, vejatorias o intimidatorias. No podrán ejercer sobre los Consumidores extranjeros diferenciación alguna sobre precios, calidades técnicas o comerciales o cualquier otro aspecto relevante sobre los bienes y servicios que comercialicen. *Cualquier excepción a lo señalado deberá ser autorizada por la autoridad de aplicación en razones de interés general debidamente fundadas...* (el destacado es propio).

Ahora bien, se nos presenta un interrogante: ¿la autoridad de aplicación puede dispensar el trato digno y equitativo fundado por razones de interés general? ¿puede permitírsele al proveedor desplegar conductas que coloquen a los consumidores en situaciones vergonzantes, vejatorias o intimidatorias? La respuesta resulta categórica: No.

Si bien toda persona, nacional o extranjera, tiene un derecho fundamental a ser tratada de manera digna y sin discriminación en la relación de consumo, ni deben ser colocadas por el proveedor en situaciones vergonzantes, vejatorias o intimidatorias; los extranjeros gozan en el territorio de la Nación de todos los derechos civiles del ciudadano, conforme art. 20 de la CN; no obstante, los derechos son relativos, reglamentados por ley (arts. 14 y 28 de la CN), por lo cual, la autoridad de aplicación podrá establecer alguna excepción en razón del interés general, siempre debidamente fundada.

Es decir, que el legislador cuando estableció en el artículo de mención que "... [c]ualquier excepción a lo señalado deberá ser autorizada por la autoridad de aplicación en razones de interés general debidamente fundadas...", se refirió exclusivamente a la prohibición de ejercer sobre los consumidores extranjeros diferenciación alguna sobre precios, calidades técnicas o comerciales o cualquier otro aspecto relevante sobre los bienes y servicios que comercialicen.

Por su parte, el Código Civil y Comercial de la Nación (10), en su art. 1097 establece: "Los pro-

veedores deben garantizar condiciones de atención y trato digno a los consumidores y usuarios. La dignidad de la persona debe ser respetada conforme a los criterios generales que surgen de los tratados de derechos humanos. Los proveedores deben abstenerse de desplegar conductas que coloquen a los consumidores en situaciones vergonzantes, vejatorias o intimidatorias"; y el art. 1098 indic: "Los proveedores deben dar a los consumidores un trato equitativo y no discriminatorio. No pueden establecer diferencias basadas en pautas contrarias a la garantía constitucional de igualdad, en especial, la de la nacionalidad de los consumidores".

Ahora bien, en el marco de las nuevas exigencias de seguridad e higiene en las relaciones interpersonales, claro está, inexorablemente se aplican a la relación de consumo, tanto para los consumidores como para los proveedores; entre ellas podemos citar, el distanciamiento físico dentro y fuera del establecimiento comercial, la utilización de tapa boca para el ingreso al establecimiento comercial, cantidad de consumidores dentro del local, horario de atención para determinada franja etaria, la espera fuera del comercio. La exigencias de estas medidas debidamente informadas al consumidor, en principio, no pueden configurar por sí solas un trato indigno. No obstante, estamos convencidos que la práctica comercial, la cotidianeidad de la relación de consumo y la suma de nuevas exigencias con el correr del tiempo, van a generar innumerables consultas y reclamos ante la autoridad de aplicación como en la justicia, todos ellos vinculados a la atención y trato dispensado por los proveedores.

Al "proveedor 2021" se le deberá exigir que la puesta en práctica de estos nuevos requerimientos sanitarios de ninguna manera afecte la dignidad de las personas e implique colocar al consumidor en situaciones vergonzantes, vejatorias o intimidatorias. Claramente, para evitar ser pasible de sanción, deberá basarse con criterios razonables, objetivos y equitativos; manteniendo constantemente una información idónea y eficaz.

(10) Ley Nacional 26.994, Boletín Oficial 08/10/2014.

III. El “proveedor vulnerable”

Acabamos de abordar únicamente dos derechos constitucionales de la relación de consumo, por un lado, el de “informar”, y por el otro, el “trato digno”, relacionado con el proceder que deberá adoptar el denominado “proveedor 2021”; este actor de la materia consumeril tendrá que amoldarse a las exigencias que demandará el nuevo consumidor, con la imperiosa necesidad de una legislación que responda eficazmente.

Asimismo, entendemos que dentro de esta categoría de “proveedor 2021”, se está engendrando una subcategoría, la que hemos llamado “proveedor vulnerable”, ¿o podríamos incluirlo como un tercer actor de la relación de consumo?

La emergencia sanitaria fijada mediante el dec. 260/2020 (11) de fecha 12 de marzo del año 2020, sumado al primer aislamiento social preventivo y obligatorio (ASPO) establecido por dec. 297/2020 (12) de fecha 19 de marzo de 2020, y los posteriores decretados frente a la velocidad del agravamiento de la situación epidemiológica del COVID-19; han generado en las personas, en mayor o menor medida, una sensible afectación en la capacidad de pago. Nos referimos a personas tanto humanas como jurídicas, que han visto ver afectada su posibilidad de pago en los servicios públicos, la compra de alimentos, el pago de transporte, alquileres, hipotecas, planes de ahorro, créditos UVA, pago de tarjetas de crédito, pago de sueldos, de aportes patronales, pago a proveedores, de innumerables obligaciones previamente asumidas.

En el marco de esta afectación de la capacidad de pago, desde el Gobierno Nacional, se han dictado sendos decretos de necesidad y urgencia, tendientes a amortiguar los mencionados efectos negativos. Entre ellos, encontramos el dec. 320/2020 (13) de fecha 29 de marzo de 2020, vinculado al tema alquileres, este decreto es el que formalmente abrió la puerta y comen-

zó a engendrar la figura jurídica del “proveedor vulnerable”.

Así como contamos en la figura del consumidor sus diferentes subcategorías: “consumidor directo”, cuando el proveedor se relaciona directamente con el consumidor final sin necesidad de intermediarios; frente a la existencia de intermediarios, estamos en presencia de un “consumidor indirecto” debido a que el producto pasa por varias manos antes de llegar al consumidor final; “consumidor expuesto” aquella persona o grupo de ellas que no son parte de la relación de consumo “base” o “fuente”, pero que, además, no adquieren o utilizan bienes como destinatarios finales, sino que solamente se encuentran expuestos a ellos o a las consecuencias del acto o relación de consumo que introdujo esos bienes en el mercado (14); “consumidor hipervulnerable” (15) aquellos que en razón de su edad, nacionalidad, cuestiones físicas, de género, sociocultural o similar requieren políticas públicas e instituciones específicas de mayor protección; por citar algunas subcategorías de la figura del consumidor.

Con relación al “proveedor vulnerable”, entendemos que forma parte de una subcategoría del “proveedor 2021”, y no un nuevo actor en la relación de consumo.

Los propios considerandos del dec. 320/2020 indica que la prohibición de desplazarse por rutas, vías y espacios públicos, con el fin de prevenir la circulación y el contagio del COVID-19, y en esta situación, en el marco del ASPO, sin duda significara una merma en la situación económica general y también en las economías familiares. Además, continúa diciendo que muchos trabajadores, comerciantes, profesionales, industriales y pequeños y medianos empresarios, ven afectados fuertemente sus ingresos por la merma de la actividad económica, lo que ori-

(14) RUSCONI, Dante D., “Manuel de Derecho del Consumidor”, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008, p. 163.

(15) El prefijo “hiper” deriva del griego “hypér” y sirve para designar algo que excede la medida normal; cuando se suma el prefijo a la palabra “vulnerabilidad”, se obtiene la representación gráfica de una situación de intensa fragilidad, que supera los límites de lo que se normalmente sería una situación de debilidad.

(11) DECNU-2020-260-APN-PTE.

(12) DECNU-2020-297-APN-PTE.

(13) DECNU-2020-320-APN-PTE.

gina una reducción en los mismos, con la consecuente dificultad que ello genera para afrontar todas sus obligaciones en forma íntegra.

En líneas generales el decreto referido suspen- de en todo el territorio nacional, hasta el día 30 de septiembre de 2020, la ejecución de las sentencias judiciales cuyo objeto sea el desalo- jo de inmuebles (art. 2º); proroga hasta dicha fecha la vigencia de los contratos de locación de inmuebles, cuyo vencimiento haya operado desde el 20 de marzo de 2020, y la tenencia del bien se encuentre en poder del locatario (art. 3º); además congela el precio de los alquileres al valor del canon que se abonó en el período del mes de marzo de 2020 (art. 4). Frente a este pa- norama, incorpora una excepción, podríamos decir que resulta más que peligrosa en materia consumeril. Si bien parte de la doctrina entien- de que en la relación locativa no existe relación de consumo, habemos quienes consideramos que a los inquilinos se les debe brindar por ana- logía la protección de los consumidores; claro está que este tema no es el objeto de esta obra académica.

La excepción que prescribe el art. 10 del dec. 320/2020 lleva el título de “vulnerabilidad del locador”, indicando que quedan excluidos del congelamiento de alquileres los contratos de locación cuya parte locadora dependa del ca- non convenido en el contrato de locación para cubrir sus necesidades básicas o las de su gru- po familiar primario y conviviente, debiéndose acreditar debidamente tales extremos. Estamos convencidos que este precepto abrió la puerta en la doctrina y eventualmente en la jurispru- dencia, para comenzar a analizar la figura jurí- dica del “proveedor vulnerable”.

El “proveedor vulnerable” resulta ser una subcategoría del “proveedor 2021”, y entende- mos que es toda persona humana o jurídica de naturaleza pública o privada, que desarrolla de manera profesional, aun ocasionalmente, ac- tividades de producción, montaje, creación, construcción, transformación, importación, concesión de marcas, distribución y comercia- lización de bienes y servicios, destinados a con- sumidores y usuarios; cuyos ingresos anuales por el desarrollo de las actividades menciona- das hayan experimentado una merma de cin- cuenta por ciento (50%) o más.

Para determina tal extremo, se podrá tomar como parámetro la facturación anual oportu- namente denunciada en los órganos fiscales. Además, se podrá analizar el acceso a ciertos beneficios fiscales e impositivos brindados por el Gobierno Nacional y los correspondien- tes provinciales. La finalidad de prestar mayor atención sobre esta subcategoría radica en po- der mantener las fuentes de trabajo, incentivar el mercado interno, o que el cierre definitivo o quiebra de un “proveedor vulnerable” termine afectando derechos de los consumidores.

Tanto el legislador, como la autoridad de apli- cación o el juzgador frente a la relación de con- sumo en concreto, podrán establecer con suma cautela algún tipo de excepción a favor del “pro- veedor vulnerable”, reiteramos, con suma y es- tricta cautela, similar a la incorporada en el art. 10 del dec. 320/2020; no obstante, nunca una excepción debe vulnerar o restringir derechos constitucionales de los consumidores, como así tampoco, contrariar el principio protectorio, el *in dubio pro consumidor*, la irrenunciabilidad de los derechos y la justicia gratuita.

Seguramente esta subcategoría podrá ser uti- lizada a la hora de aplicar alguna sanción por la demora en la entrega de un producto o pres- tación de un servicio, temas relacionados a ga- rantías, la fijación del daño la multa económica disuasiva, entre otros institutos.

Por último, resultaría difícil encontrar un “proveedor vulnerable” en la prestación de los servicios de gas natural, agua y cloacas, energía eléctrica, telefonía fija o móvil, televisión por ca- ble, internet; pero no imposible, podemos citar como ejemplo a una pequeña cooperativa eléc- trica de algunos pueblos de nuestro territorio nacional.

IV. Colofón

La propagación del COVID-19 acelero el cambio de era; implicó un cambio de paradig- ma en las ciencias sociales, principalmente en el derecho, obviamente abarcando lo vincu- lado a la relación de consumo. En el año 2021 encontraremos bien arraigados nuevos perfiles de consumidores y proveedores, por tal razón, los bautizamos “consumidor 2021” y “provee- dor 2021”; generando múltiples compromisos

a la clase gobernante, a nuestros legisladores y juzgadores, como así también a todos aquellos que formamos parte de la comunidad jurídica consumeril. Debemos repensar los actores de la relación de consumo, y nuevas figuras jurídicas que se avizoran; siempre teniendo como eje central el respeto a los derechos consagrados en el art. 42 de la CN.

Al “proveedor 2021” se le deberá exigir mayor información y que la puesta en práctica de los nuevos requerimientos sanitarios de nin-

guna manera implique afectar la dignidad del consumidor. Este proveedor, para evitar ser sancionado deberá desenvolverse con extremados criterios de razonabilidad, objetividad y equidad.

Del “proveedor 2021” se desprende una subcategoría, la cual se la tendrá que tomar con mucha precaución. Un decreto de necesidad y urgencia referido a alquileres abrió la puerta para que hoy comencemos a pensar sobre la figura jurídica del “proveedor vulnerable”.

CONCURSOS Y QUIEBRA

DOCTRINA

Thomson Reuters

Thomson Reuters

Pandemia, economía y derecho concursal

Hugo G. Monzón

Sumario: I. Introducción. Crisis sanitaria y económica.— II. Los efectos negativos y las reglas del derecho concursal como respuesta a la crisis.— III. Reforma concursal.— IV. Conclusión.

I. Introducción. Crisis sanitaria y económica

Desde que la Organización Mundial de la Salud (en adelante OMS), con fecha 11 de marzo de 2020, declaró al brote del nuevo coronavirus como una pandemia, el gobierno nacional adoptó una batería de medidas para afrontar el enorme y complejo problema que empezó a desatarse. Y no sólo por la incertidumbre acerca de la COVID-19 y cuáles medidas pudiesen resultar eficaces para afrontarla desde el vértice sanitario sino también por el contexto de fragilidad económico que desde hace algunos años viene padeciendo el Estado Nacional. Algunos datos son ilustrativos: dos años de recesión, ocho de estanflación, tasa de inflación cercana al 37% en el promedio anual de la última década, 35% de la población bajo la línea de pobreza sumado a un crónico déficit fiscal —financiado con altas dosis de emisión monetaria y deuda pública— y fuerte caída del salario real en el sector privado formal en los últimos años (1).

Ese panorama desfavorable no fue desapercibido por las autoridades públicas y por ello, antes de aquella declaración de la OMS, mediante ley 27.541 (23/12/2019) se declaró la emergencia pública en materia económica, financiera, fiscal, administrativa, previsional, tarifaria, energética, sanitaria y social.

(1) CAPELLO, Marcelo, “Cinco décadas igual”, Revista Novedades Económicas del Instituto de Estudios sobre la Realidad Argentina y Latinoamericana (IERAL) de la Fundación Mediterránea, año 42, edición nro. 1015, 05/06/2020, http://www.ieral.org/images_db/noticias_archivos/4171-Cinco%20d%C3%A9cadas%20igual.pdf (consultada el 10/06/2020).

Expresado en otros términos, el COVID-19 vino a profundizar la severa crisis que el país se encontraba atravesando.

En ese entorno de incertidumbre y dificultad, la política sanitaria se orientó a adoptar medidas preventivas de aislamiento progresivo para detener, o por lo pronto aplazar, el crecimiento exponencial que avizoraba la curva de contagios. Así, el decreto 260/20, además de ampliar por el plazo de 1 año la emergencia pública en materia sanitaria establecida por la ley 27.541, dispuso el aislamiento obligatorio durante el plazo de 14 días para diversos grupos de personas (2). Ese alcance, luego, fue ampliado por el dec. 297/2020 que prescribió el aislamiento social, preventivo y obligatorio (en adelante, ASPO) para toda la población desde el 20 hasta el 31 de marzo de 2020. Y de ahí en adelante, ese lapso temporal, fue sucesivamente prorrogado a través de distintos decretos (3).

Ciertamente, esa decisión tuvo un alto costo social, pues cada medida que el gobierno nacional adoptaba producía una multiplicidad de efectos en distintas áreas y con resultados asimétricos. Por caso, aquellas decisiones tendientes a preservar el sistema sanitario y la salud de la población, al mismo tiempo, ocasionaban, además de restricciones a la libertad ambulatoria, perjuicios en vastos sectores económicos de la sociedad en general y de las empresas y los

(2) Quienes arribaran o hubieran arribado al país en los últimos 14 días.

(3) Dec. 325/2020 (BO 31/03/2020); dec. 355/2020 (BO 11/04/2020); dec. 408/2020 (BO 26/04/2020); dec. 459/2020 (BO 11/05/2020); dec. 493/2020 (BO 25/05/2020); y dec. 520/2020 (BO 08/06/2020).

ciudadanos en particular (producción, servicios, consumo, salarios, intercambios, etc.) (4). O con la prohibición de despidos sin justa causa y por las causales de falta o disminución de trabajo y fuerza mayor y de las suspensiones por estas causales (5) se procuró proteger las fuentes de trabajo formales del sector privado. Sin embargo, ello supuso un costo adicional que debieron asumir las empresas (6), quienes, huelga resaltar, también estaban inmersas en la crisis y, en muchos casos, se encontraban sin generar ingresos por ausencia de actividad (7).

Puestos en disputa los intereses en juego, resultaba indudable que la vida y la salud resultaban claramente prevalentes a los económicos, aun cuando esa comparación lineal y cruda pudiese resultar simplista e incluso falaz. Es que la economía y la salud al igual que el derecho, no pueden ser analizados como departamentos estancos y desentendiéndose de sus interrelacio-

(4) Según un informe técnico publicado por el INDEC relativo a la industria manufacturera solo un tercio de las plantas industriales pudo operar con normalidad en el mes de abril. Estas fueron aquellas vinculadas con actividades esenciales (productos alimenticios, bebidas, sustancias y productos químicos), mientras que otros sectores no operaron (industria automotriz, productos del tabaco, etc.). Informes técnicos / vol. 4, nro. 103. Industria manufacturera, vol. 4, nro. 15, Utilización de la capacidad instalada en la industria, abril de 2020. https://www.indec.gov.ar/uploads/informesdeprensa/capacidad_06_20BA5CA59AC4.pdf. Consulta del 13/06/2020.

(5) Dec. 329/2020 (BO 31/03/2020).

(6) El Estado Nacional dispuso una serie de medidas para balancear los costos asumidos. Así, el dec. 332/2020 (BO 01/04/2020) creó el Programa de asistencia de emergencia al trabajo y la producción, cuyos sujetos alcanzados y beneficios comprendidos luego fueron ampliado mediante el dec. 376/2020 (BO 20/04/2020). En ellos se contemplaron la asignación compensatoria por la cual el Estado se haría cargo del pago del 50% del salario y, en esa misma senda, también ofreció créditos preferenciales. No obstante, lo cierto es que aun en este esquema, el costo por salarios se mantuvo en un 50% y los créditos ofrecidos supusieron la adquisición y, consecuente, sustitución de un pasivo por otro.

(7) Aun cuando la norma estuvo inspirada en propósitos compartibles, parece claro que su existencia no produce efectos simétricos en la realidad, en el sentido de que efectivamente impida las acciones prohibidas. Y menos aún en escenarios de dificultoso o imposible cumplimiento.

nes y las consecuencias sociales que se siguen de adoptar distintos programas de política pública, y que, no es ocioso resaltar, pueden ser medibles y cuantificables. Por ende, las combinaciones entre variables de distintos cursos de acción son múltiples y arrojan resultados empíricos diversos, es decir, salud y economía no son cuestiones excluyentes y binarias sino, ante todo, de grados y, por ende, pueden confluir en distintos puntos de encuentro por tratarse de cuestiones imbricadas (8). En ese sentido, el debate abierto de las ideas con sustento en las ciencias, los datos y las métricas que se extraen contribuyen a su transparencia y enriquecimiento, generando marcos institucionales más robustos para la toma de decisiones.

Dentro de esas premisas, cabe aclarar, que el derecho al “grado máximo de salud que se pueda lograr”, como pretensión deseable y aspiracional, es una noción amplia que, según la OMS, exige un conjunto de criterios sociales que propicien ese estado. Entre ellos la disponibilidad de servicios de salud, condiciones de trabajo

(8) Existen debates incómodos y que algunas personas implícitamente se niegan a participar, incluso, cuestionándolos éticamente. Un caso particular, es la posibilidad de mensuración del “valor vida”: puestos a decidir una respuesta común es sostener que una vida no tiene precio y con ello se pretende clausurar el debate. Sin embargo, el hecho que un asunto cause disgusto no impide que existan respuestas a esos planteos, aun cuando puedan resultar imperfectas y que, en algunos casos, las instituciones tengan el deber de hacerlo. Por caso, los tribunales de justicia, con frecuencia, al sentenciar los casos por indemnización de daños y perjuicios deben cuantificar el “valor vida” valiéndose de distintos argumentos y no pueden excusarse de abordar esa problemática o las empresas aseguradores con base en distintas metodologías pueden determinar un “valor vida” y una prima de seguro que las personas están dispuestas a aceptar. Ciertamente, podemos estar dispuestos a aceptar costos sociales superiores a los que podríamos evitar y esa es una opción ineficiente que puede resultar válida por estar fundada en situaciones que se consideran más valiosas desde otros puntos de vista diferentes a los meramente económicos. Sin embargo, nótese que se admite sin resistencia que un grupo de la población exponga y sobreponga su salud con riesgos para su vida pues se acepta, aunque no se exprese, que los beneficios sociales (utilidad) que su actividad produce son superiores a ese riesgo y probabilidad de muerte (costo). Este tema, planteado en términos básicos, tiene diversas aristas que requieren explicaciones y aclaraciones adicionales que exceden el propósito del presente trabajo, que sólo pretende exponer un modo de proceder frente a determinados asuntos.

seguras, vivienda adecuada y alimentos nutritivos (9), es decir, que es un concepto que vincula una situación de bienestar integral con varios factores que confluyen para su configuración y exceden largamente una visión restringida.

De allí que la protección del derecho humano a la salud supone la ponderación de una serie de aspectos que exorbitan el mero bienestar físico.

II. Los efectos negativos y las reglas del derecho concursal como respuesta a la crisis

Es evidente que el ASPO inevitablemente condujo a una parálisis de las actividades productivas, comerciales, de servicios, inversión, etc. y consecuentemente a una disminución y/o interrupción de los ingresos en todos los sectores. Ello, provocó pérdidas y sacrificios patrimoniales a toda la población: desde las grandes empresas a las economías domésticas, con las disvaliosas consecuencias implicadas al romperse el flujo de fondos y las cadenas de pagos (suspensiones, pérdida de fuentes de trabajo informal y formal, reducción salarial, endeudamiento y sobreendeudamiento para consumo de bienes esenciales, incumplimientos, cierres de comercios, etc.).

Esta situación se agravó y profundizó por la extensión sucesiva de los confinamientos, cuyo impacto negativo en una economía debilitada perdurara en el tiempo una vez concluido definitivamente el aislamiento y en miras de que existe incertidumbre acerca del cese de esa medida tampoco es posible dimensionar certeramente cual será el saldo negativo final a afrontar. Lo que sí es posible advertir es que cada vez serán más perniciosos los efectos de la pandemia sobre el contexto social, económico y financiero general. A partir de allí, es lógico asumir que una crisis de magnitud como la presente, puede conducir a individuos, familias y empresas de diversa envergadura (micro, pequeñas, medianas y grandes) a acudir a los procedimientos concursales para resolver los conflictos patri-

moniales generados por el estado de insolvencia (10), a través de los mecanismos específicos contenidos en nuestro sistema jurídico. Para evitar esa oleada masiva y el colapso aún mayor de la economía nacional, es menester adoptar medidas contundentes en distintos niveles.

En ese sentido, dadas las múltiples funciones que cumplen las empresas y la importancia que revisten en la actividad económica del país por su efecto multiplicador (11), el principio de su conservación debe guiar prioritariamente (12) las estrategias privadas y públicas para resolver los conflictos patrimoniales que se han generado y agravado con la pandemia, y cuya prolongación, a pesar de su extensión, como se dijera resulta incierta.

El derecho concursal como régimen de excepción cuya aplicación supone un conjunto de reglas y principios específicos que modifican sustancialmente las relaciones jurídicas (13), desde hace tiempo ha logrado desarrollar herramientas para enfrentar los estados de insolvencia. De allí, que el concepto de crisis es connatural a esta disciplina y que dentro de este sistema existan diseños institucionales para gestionar escenarios complejos de pluriconflicividad (14).

(10) El derecho concursal tiene como misión fundacional suministrar soluciones para la resolución del conflicto que la insuficiencia patrimonial produce (GARAGUSO, Horacio P., "Fundamentos de Derecho Concursal", Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2001, 1ª ed., p. 20).

(11) No sólo como productoras de bienes y servicios sino también como fuentes de trabajo, sujetos de imposición tributaria y servicios financieros, desarrollo de inversiones, impulsoras del consumo, el crédito, etc., cuyo crecimiento redundaba en mayores beneficios sociales y, por tanto, también sus pérdidas producen un grave daño.

(12) Preferencia que, evidentemente, no pretende desatender la necesaria tutela de otros agentes económicos que también requiere de asistencia.

(13) Vaiser ha sostenido que el concurso preventivo constituye un beneficio que altera drásticamente las relaciones del concursado con terceros y desde ese punto de vista restringe decididamente la autonomía de la voluntad (VAISER, Lidia, "El abuso del derecho en los procesos concursales", Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2008, 1ª ed., p. 44).

(14) DI IORIO, Alfredo J., "Elementos para una teorización general sobre los procesos concursales", RDCO, año 21, 1988, p. 513.

(9) "El goce del derecho a la salud está estrechamente relacionado con el de otros derechos humanos tales como los derechos a la alimentación, la vivienda, el trabajo, la educación, la no discriminación, el acceso a la información y la participación." <https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/human-rights-and-health>, consulta del 13/06/2020.

Por ello, no es de extrañar que buena parte de las medidas contenidas en la Ley Concursal 24.522 (en adelante, LC), con ciertas variaciones —que impiden su completa equiparación— fueran utilizadas por el gobierno nacional, en una híbrida transición, para enfrentar la emergencia profundizada por la pandemia sin que necesariamente existiese un estado de cesación de pagos (15).

Una de las reglas básicas del procedimiento concursal instaurado en nuestro sistema legal es la detención de las acciones de agresión patrimonial contra el deudor (16) (arts. 21 y 132 LC). En ese sentido el dec. 319/2020 (17) dispuso, en el marco de la emergencia pública, la suspensión de las ejecuciones hipotecarias y prendarias hasta el 30 de septiembre de 2020, es decir, con una limitación temporal para el ejercicio de esas pretensiones al igual que la pauta consagrada en el procedimiento concursal, aunque en este, como es sabido, operan otros elementos referenciales y condicionantes (arts. 21 *in fine*, 24, 126 y 209 LC).

Otro aspecto fundamental es la cristalización del pasivo a un determinado momento. En el caso puntual de los procedimientos de insolvencia esa fecha está marcada por la presentación en concurso preventivo o la sentencia de quiebra (arts. 19, 32, 126 y cctes. LC) con el propósito de determinar, una vez superada la etapa verificatoria, con qué acreedores el deudor deberá negociar sus propuestas de entendimiento o precisar entre quienes han de distribuirse los fondos obtenidos de la realización de los bienes integrantes del acervo falencial. En este camino, parcialmente, se inscribe el referido dec. 319/2020 que dispuso también hasta el 30 de septiembre de 2020, como una medida preventiva para atemperar daños inmediatos, el congelamiento provisional del valor de las cuotas a marzo por créditos hipotecarios y créditos

(15) Entendido como imposibilidad de cumplir regularmente las obligaciones, esto es, al vencimiento, con medios normales, en la especie debida, en el lugar de pago y a todos los acreedores (MAFFIA, Osvaldo J., “La ley de concursos comentada”, Ed. Depalma, Buenos Aires, 2001, t. I, ps. 9-10).

(16) TRUFFAT, Edgardo D., “Fuero de atracción en los concursos”, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2007, p. 53-54.

(17) BO 29/03/2020.

prendarios UVA y el dec. 320/2020 (18) que hizo lo propio respecto del precio de los alquileres a marzo con idéntica fecha de corte (30 de septiembre).

También es posible mencionar otra de las reglas contenidas en la ley concursal relativa a la prestación de servicios públicos y el impedimento de suspenderlos por deudas con origen en fecha anterior a la apertura del concurso preventivo (art. 20 anteúlt. párr. LC) y que ha tenido reflejo en el dec. 311/2020 (19). Este prescribió que 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 podrían disponer la suspensión o el corte de los respectivos servicios a determinados usuarios y usuarias, en caso de mora o falta de pago de hasta 3 facturas consecutivas o alternas, con vencimientos desde el 1° de marzo de 2020 y por el plazo de 180 días corridos a contar de su vigencia.

Estas medidas de mitigación, entre tantas otras adoptadas por el gobierno nacional, aun cuando insuficientes, son sumamente valiosas en el corto plazo. Sin embargo, para un abordaje integral de los enormes perjuicios que está causando la pandemia es menester, como ha sostenido el Banco Mundial, buscar respuestas múltiples en materia de políticas públicas. Así, los programas de protección y asistencia social deberán ampliarse como también su cobertura al par que, además, deberán considerarse medidas de coordinación más radicales, como moratorias o programas de aplazamiento de pagos de impuestos y contribuciones a la seguridad social, subsidios salariales, el acceso a créditos subsidiados, etc. Este organismo, incluso, ha sostenido que *para garantizar los empleos y apoyar a las empresas, es posible que los gobiernos tengan que asumir participaciones de propiedad en empresas estratégicas importantes* (20).

(18) BO 29/03/2020.

(19) BO 25/03/2020.

(20) Banco Mundial, “La Economía en los tiempos del COVID-19”, Informe semestral de la Región América Latina y el Caribe, 12/04/2020, ps. 7 y 46-48, disponible en <https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/>

En esas recomendaciones, también, es posible advertir estrategias de negociación simples frecuentemente utilizadas dentro del procedimiento concursal y que se sirven de las quitas, las esperas o ambas como ejes para procurar alcanzar convenios entre el concursado y sus acreedores concurrentes (art. 43 LC) y que constituyen herramientas rústicas para gestionar las crisis.

Y es menester resaltar, que, en esa orientación, el conglomerado de normas dictadas en el marco de la emergencia por parte del gobierno nacional ha configurado una política de protección y asistencia amplias y en constante revisión (21). Ciertamente, aun cuando las medidas adoptadas fueron heterogéneas, numerosas y variadas (22), expresivas del compromiso institucional asumido en la emergencia, ellas no cubrieron todas las contingencias que produjo la pandemia y resultaron infructuosas.

frente a sectores que, por la contundencia de la crisis y la ausencia de cobertura, no pudie-

10986/33555/211570SP.pdf?sequence=6&isAllowed=y, consultado el 13/06/2020.

(21) Revisión que es apreciable en la ampliación de los alcances expansivos de los distintos decretos que se fueron sucediendo y en las numerosas situaciones que fueron contemplando.

(22) La página web del Ministerio de Economía, entre otras, informa las siguientes: 1) Beneficios para empresas, monotributistas y autónomos: asignación compensatoria al salario; postergación o reducción del pago de las contribuciones patronales; créditos a tasa cero de hasta \$150.000 para monotributistas y autónomos; extensión del seguro de desempleo; 2) Ingreso familiar de emergencia; 3) Medidas bancarias: suspensión del cierre de cuentas bancarias; suspensión de las comisiones por extracción en cajeros automáticos; extensión del plazo para presentar cheques; 4) Extensión del programa ahorro 12; 5) Suspensión temporaria del corte de servicios por falta de pago; 6) Créditos para empresas, cooperativas e instituciones de investigación: créditos para el pago de sueldos a tasa fija del 24%, créditos para garantizar la producción y el abastecimiento, apoyo para empresas, cooperativas e instituciones de investigación que contribuyen a la emergencia sanitaria; 7) Congelamiento de alquileres y suspensión de desalojos; 8) Bonos para sectores vulnerables: bono para beneficiarios de AUH-AUE, bono para jubilados y pensionados; bonos para trabajadores de salud, bono para fuerzas de seguridad. <https://www.argentina.gob.ar/economia/medidas-economicas-COVID19>, consulta del 16/06/2020.

ron mantener sus negocios en actividad (23). Estos grupos son quienes blanden razones que deben ser atendidas con premura en forma concomitante al resto del sector económico y productivo. Por ello, es necesario que los programas públicos se mantengan en el tiempo e incorporen nuevas regulaciones y a nuevos sectores productivos, fundamentalmente créditos preferenciales con plazos de gracia para su cumplimiento, reducción de contribuciones patronales, amplias moratorias, beneficios fiscales y prórroga de determinados vencimientos, entre tantas otras medidas de estímulo a la producción y al consumo que serán imprescindibles para establecer condiciones sólidas a partir de las cuales pueda planificarse revertir la situación de inestabilidad generalizada.

III. Reforma concursal

En cuanto al derecho concursal y su eventual reforma, es esperable una pronta respuesta del legislador nacional que contemple puntualmente una coyuntura que no registra precedentes y que ha causado estragos a niveles imprevisibles. Por lo pronto, que se contemple un derecho transitorio de emergencia que, como plataforma mínima, suspenda por un plazo razonable los pedidos de quiebra forzosos y los previstos para el emplazamiento de los deudores que se hubieren efectuado en los términos del art. 84 LC; la ampliación de términos procesales en las distintas etapas del procedimiento concursal pues sin generación de recursos ni margen para producirlos resulta dificultoso para un concursado ofrecer algún tipo de propuesta, negociar y obtener conformidades, y menos aún cumplir acuerdos homologados; suspensión de ejecuciones prendarias e hipotecarias, etc.

Una reforma con este perfil transitorio de ampliación considerable de plazos procesales y suspensión de agresiones patrimoniales, puede generar beneficios en una doble vertiente. Por un lado, supondrá una medida de alivio para quienes se encuentren transitando un concurso preventivo, al brindarles un margen de manobra para poder recuperarse, generar ingresos y procurar una salida exitosa. Y para aquellos que

(23) Vinculados al turismo, hotelería, gastronomía, construcción, transporte, comercios e industrias múltiples, inversión, etc.

vean comprometido su patrimonio por la exigibilidad de sus pasivos, les otorgará una brecha de tiempo para recomponer su situación y evitar los pedidos de quiebra en su contra o la ejecución de sus bienes. Por otra parte, puede resultar un buen incentivo inverso para que el sector privado pueda negociar en forma extrajudicial la salida de la crisis y solicitar o no su posterior homologación judicial. Ese incentivo puede ser fácilmente percibido por quienes han desarrollado habilidades y destrezas en la negociación y han adquirido una fuerte experiencia en estos ámbitos, y que, a menudo, perciben al procedimiento judicial como una instancia ineficiente por resultar costosa, lenta e incierta por el alea propio de depositar la decisión final en manos de un tercero. Y al someterlos a plazos demasados alongados, esta vía no sería recomendable para los intereses de las partes que, en ciertos esquemas y estructuras de negocios, procuran iniciar un proceso de recuperación pronta y ordenada que de lo contrario se extendería demasiado en el tiempo impidiendo cualquier tipo de planificación. Además, los efectos negativos de la pandemia, han generado una comunidad de pérdidas que afecta a todos los sectores y por ello quienes en algunas relaciones jurídicas fungen como acreedores en tantas otras lo hacen como deudores, y son precisamente los involucrados quienes, con base en el principio de buena fe, responsabilidad empresarial y la doctrina del esfuerzo compartido (24), resultan los mejores árbitros de sus decisiones para autocomponer los conflictos y hacerlo en tiempos más breves. En esta tarea, será necesario ajustar las expectativas dentro de márgenes razonables para negociar pues frente a un panorama difuso anclarlas en puntos demasiado exigentes puede frustrar la cooperación en la reestructuración de los pasivos y dilatar innecesariamente los puntos de encuentro.

(24) Ampliamente utilizada partir de la emergencia de fines de 2001 para sustentar soluciones equitativas.

Por último, es cierto que el sistema concursal requiere de diversas modificaciones que atraviesan distintos aspectos de nuestra ley pero que quizás conlleven un debate parlamentario que sea costoso en términos de tiempo a insuadir frente a la emergencia que requiere reglas inmediatas que solventen este particular escenario.

Ante la urgencia de estos tiempos y los procedimientos que están en trámite o a poco de iniciarse, tampoco parece una buena medida que, por omisión legislativa, se deposite en los magistrados judiciales la tarea de resolver los numerosos planteos que se avizoran sin disponer de reglas claras que contemplen esta particular coyuntura. Las decisiones caso por caso sin un sustento normativo de emergencia puede ofrecer respuestas disímiles frente a situaciones idénticas o similares. Ello contribuiría a la inseguridad jurídica y en definitiva redundaría en un nuevo perjuicio para quienes acceden a la justicia en busca de tutela.

IV. Conclusión

La crisis actual es inédita y no registra precedentes. Ha afectado profundamente a toda la sociedad en los aspectos más diversos de su estructura, con perjuicios de notoria severidad. Por ello, nadie saldrá indemne. Quienes puedan continuar con la administración y gestión de sus negocios requerirán de fuertes medidas de asistencia, protección y estímulo para poder sobrellevar las consecuencias perniciosas que la pandemia dejará como saldo de arrastre una vez que concluyan definitivamente los confinamientos. El derecho concursal, como último bastión para afrontar la crisis, si bien es un sistema que contiene reglas eficaces, requiere, como hipótesis de mínima, disposiciones transitorias que permitan su adaptación a la emergencia.

El plan de negocios: una herramienta fundamental para que las empresas sobrevivan al COVID-19

Melissa Zanoni

Sumario: I. Introducción.— II. Concepto de plan de negocios.— III. Conclusión.— IV. Bibliografía.

I. Introducción

Los tiempos de crisis ponen a prueba a los líderes empresariales a cambiar la dinámica y las estrategias utilizadas para llevar adelante un negocio en particular.

Está empíricamente comprobado, que aquellas sociedades que realizan cambios de acuerdo con un plan específico basados en objetivos a corto y largo plazo, para satisfacer las necesidades de la sociedad, se adaptan con mayor facilidad al mercado, y logran salir fortalecidos de la situación económica desfavorable que están atravesando.

Nuestro objetivo es otorgar herramientas jurídicas que les permitan a las empresas, sociedades y organizaciones prestadoras de bienes y servicios, afrontar los distintos cambios que se ven obligados a transitar, y que al mismo tiempo otorguen beneficios equitativos tanto para los integrantes de la empresa como para la sociedad en general.

II. Concepto de plan de negocios

El plan de negocios es el documento formal donde se describen los objetivos que desea conseguir una empresa determinada y las estrategias que utilizará para poder lograrlos. Es sumamente importante para que el plan de negocios funcione, que sea pensado y adaptado acorde a las necesidades y la estructura de la sociedad en cuestión.

En primer lugar, las empresas deben realizar un análisis exhaustivo de los estados contables. Ellos nos muestran el estado financiero del pasado, y del presente empresarial pero también nos ayudan a conocer el futuro económico de la sociedad, saber de forma certera si la empresa posee deudas y su magnitud, para poder encontrar los mejores recursos para que la sociedad pueda afrontarlos de la forma más optima posible.

Luego de haber conocido la situación financiera en la que se encuentra la empresa, se debe proceder a la realización del plan de negocios, desde una perspectiva general consideramos que son tres los parámetros que se deben tener en cuenta desde los espectros jurídico y económico:

II.1. Clasificar los recursos de la empresa

Los recursos, según la definición otorgada por la Real Academia Española son “el conjunto de elemento disponibles para resolver una necesidad o llevar a cabo una empresa” (1).

En caso de que del análisis de los estados contables se haya determinado que la empresa en cuestión tenga que afrontar deudas, es importante jerarquizar los recursos que se utilizaran a fin de saldar el pasivo societario:

(1) DI GIORGIO, Severio - ESCUIN, Mariam, “Introducción al estudio de la teca contable”, p. 5.

En una primera instancia, es importante determinar la cantidad de recursos propios que posee la empresa y si estos son suficientes para afrontar la deuda contraída. Caso contrario, se deberá recurrir al financiamiento externo donde, además, se deberá invertir un monto extra en concepto de intereses por la utilización de capital externo.

Luego de realizar el análisis efectuado en el párrafo anterior. Si se determina que la entidad debe recurrir a sus propios recursos, habrá que evaluar cuales de estos se sacrificarán primero.

En estos tiempos, mucho se ha hablado de la importancia de tener reservas para los tiempos de crisis o que para que las empresas puedan saldar una deuda determinada tienen que sacrificar sus reservas.

Podemos definir a las reservas como aquella parte de las utilidades que deben destinarse ya sea por ley, por decisión de los accionistas o de los administradores, para afrontar eventuales pérdidas y/o contingencias negativas en el desarrollo de la actividad comercial de la empresa.

El legislador regulo el sistema de reservas en el art. 70 de la Ley General de Sociedades, donde se dispone que las sociedades de responsabilidad limitada, y las sociedades por acciones deben destinar un monto superior del 5% de las ganancias liquidas y realizadas que arroje el ejercicio, hasta alcanzar el 20% del capital social.

Como se puede observar, la estructura societaria de nuestro ordenamiento jurídico a través de la legislación de las reservas pretende fortalecer el capital social y así proteger a los terceros acreedores de la sociedad y no a los socios, es por ello que la utilización de las reservas legales nunca puede estar destinadas al pago de dividendos.

Por otra parte, en virtud de la autonomía de la voluntad que posee la sociedad y en especial cada socio, se estableció en el último párrafo del mismo artículo que recién citamos la regulación de las reservas que no son impuestas por ley, que establecen los propios socios ya sea en el contrato constitutivo de la sociedad (reservas

estatutarias), o establecidas en una instancia posterior (reservas facultativas).

Estas reservas serán válidas siempre y cuando sean razonables a una administración prudente y sean aprobadas con el quórum necesario que es el de mayoría absoluta de los votos.

Si bien, estas reservas son establecidas por el libre albedrío de las partes, al ser un requisito fundamental la razonabilidad, creemos necesario que las mismas deben provenir de un fundamento o un fin específico.

Por lo que luego, del análisis recién efectuado creemos que es conveniente realizar una distinción fundamental respecto de los resultados no asignados: mientras las reservas estatutarias o facultativas requieren de una finalidad particular, los resultados no asignados son las ganancias o pérdidas acumuladas sin asignación específica (2).

Por lo que, en post de una buena autofinanciación y administración societaria, en caso de que las empresas cuenten con resultados no asignados positivos de los ejercicios anteriores es conveniente utilizarlos como primer recurso para saldar la deuda, y en caso de que estos no alcancen a acudir como última instancia a la utilización de las reservas comenzando por aquellas libres o facultativas y posteriormente, en caso de que no haya otro remedio acudir a las reservas legales.

II.2. Reorganización de las estructuras laborales

En el ámbito laboral, es importante realizar ciertos cambios en la estructura y la dinámica de la empresa para que se resguarde la salud y la seguridad de todos los integrantes de la empresa.

Una de las enseñanzas que nos dejó esta pandemia, es que la mayoría de los trabajos se pueden realizar bajo la modalidad de teletrabajo o *home office*. Esto no solo contribuye a guardar

(2) MARVAL O' FARREL MAIRAL, "Las sociedades deberán resolver el destino de sus resultados". Recuperado de: www.marval.com/publicacion/las-sociedades-abiertas-deberan-resolver-el-destino-de-sus-resultados-5847, 08/05/2020.

los recaudos debidos en el ámbito de la salud, sino que también es una forma de generar ahorro, sobre todo en aquellas organizaciones que no cuenten con un establecimiento propio y por el contrario deban arrendar.

De esta forma, al realizar la resolución anticipada del contrato de los espacios que no son esenciales para el desarrollo de las actividades comerciales, no solo se evitarían de desembolsar las sumas de dinero exigidas por el canon locativo, sino que también todos los servicios accesorios a dicho contrato, tales como: el pago de las expensas ordinarias, y todos los servicios indispensables para el correcto funcionamiento del establecimiento.

Para el caso, de que sea indispensable la utilización de un espacio físico para poder realizar las diversas actividades comerciales a la que se dedica la empresa en particular y que este deba ser arrendado. Se dictó el dec. 320/2020 que son aplicables dentro del área comercial a los siguientes inmuebles:

— Los destinados a pequeñas producciones familiares y pequeñas producciones agropecuarias.

— Los alquilados por personas adheridas al régimen de monotributo, destinadas a la prestación de servicios, al comercio o a la industria.

— Los locatarios profesionales autónomos para el ejercicio de su profesión.

— Los arrendados por micro, pequeñas y medianas empresas según lo dispuesto en la ley 24.467 y su modificatoria, destinadas a la prestación de servicios, al comercio o a la industria.

Donde se decretaron las siguientes medidas tendientes a facilitar el pago de los alquileres a los locatarios y establecer soluciones financieras a estos sujetos:

Hasta el treinta de septiembre del corriente año: se suspenden los desalojos por falta de pago del alquiler, siempre y cuando la tenencia se encuentre en poder del locatario o de sus continuadores; se pueden prorrogar la fecha de finalización del contrato; y se congelan los precios del alquiler al monto que las partes habían acordado al veinte de mayo sin obligación

de abonar intereses punitivos en concepto de pago fuera del término acordado.

Pero, además, se estableció la posibilidad de financiar el pago de la deuda contractual mediante un plan de cuotas que las partes pueden convenir de tres a seis cuotas, pagaderos a partir de octubre de este año.

II.3. Restructuración del canal de ventas

Frente a las circunstancias atípicas por la que atraviesan todas las empresas a nivel mundial, muchas de ellas se vieron forzadas a paralizar sus trabajos por completo debiendo irrumpir momentáneamente los contratos que han realizado con sus clientes. En estas circunstancias, será necesario que mediante el plan de negocios se formulen estrategias equitativas y eficaces que les permita tanto a los integrantes de la empresa como a los clientes poder llevar adelante aquello pactado.

Dadas las circunstancias de emergencia, donde las cuestiones económicas y de salubridad sobrepasaron a las respuestas jurídicas. Es apropiado acudir a los antecedentes jurisprudenciales, donde se proponía la teoría del esfuerzo compartido como solución para los planteos surgidos para la crisis del 2001.

Esta teoría propone que tanto los acreedores y los deudores deben realizar esfuerzos en conjunto para poder arribar a una solución que sea justa y que otorgue beneficios a ambas partes.

Un claro ejemplo de la aplicación de esta teoría es el caso de los autos caratulados: “Longo-bardi, Irene Gwendoline y otros c. Instituto de Educación Integral San Patricio SRL”.

Donde la ejecutada solicitó en calidad de préstamo en el año 1998 trescientos veinte mil dólares pagaderos en un año con un incremento del 18% intereses, otorgando en concepto de garantía dos inmuebles de su propiedad. En noviembre del año del 2001 la demandante cesa el pago de cuotas para saldar la deuda contraída. Bajo tales circunstancias, el demandado procede a la ejecución de los inmuebles a fin de cobrar ciento sesenta y tres mil dólares, en concepto de devolución de capital y otras costas. Por lo que, la parte actora alega que dicha ejecución fue rea-

lizada violando el art. 17 de la construcción nacional, referente al derecho de propiedad y que se debería utilizar la ley de conversión como criterio para fijar el monto de la deuda.

En primera instancia, se estipuló que el monto de la deuda debía convertirse a la moneda de pesos argentinos utilizando la escala de un peso un dólar y sumarle el 50% del valor de la divisa estadounidense.

No obstante, la parte demandada interpuso el recurso de queja en la Sala J de la Cámara de Apelaciones, donde se decidió revocar la sentencia estableciendo que el plazo del pago de la deuda era anterior a la promulgación de la Ley de Convertibilidad. En consecuencia, dicha ley no podría aplicarse al capital prestado, pero sí a los intereses accesorios al pago de la deuda.

Posteriormente, se interpone un Recurso Federal, donde la Corte Suprema de Justicia hace lugar a la sentencia original, revocando el fallo de la Cámara de Apelaciones. Dictaminando como principal argumento, que, dadas las circunstancias emergentes del caso, no se puede aplicar la ley en su sentido estricto porque ello perjudicaría el derecho de debida defensa, afectado por completo el sentido de justicia.

El fallo recién citado, es solo un ejemplo de los muchos casos donde los jueces establecieron el criterio de la teoría del esfuerzo compartido para culminar y dar una solución que prevea justicia para ambas partes.

Si bien las circunstancias que atravesamos en la actualidad no son las mismas que aquella época, nos encontramos en situación de emergencia donde los problemas económicos sobrepasan en muchos aspectos a las respuestas jurídicas, donde la ley aplicada en su sentido estricto perjudicaría a una de las partes.

Por lo que, es oportuno que las empresas puedan planificar sus estrategias de continuidad pensando en soluciones que proporcionen bienestar para todas las partes intervinientes.

III. Conclusión

En esta circunstancia atípica a nivel mundial, donde las consecuencias y el impacto en la salud, repercute de forma negativa en la econo-

mía. Requiere que los líderes de las empresas sepan detectar a tiempo el cambio abrupto de los mercados y buscar soluciones eficaces que permitan a las sociedades adaptarse a los nuevos tiempos.

Las soluciones que provean estas organizaciones deben ser justas generando el beneficio bilateral entre los intereses de la propia empresa y los de la sociedad en general. Una solución justa es aquella que tiene como principal característica la equidad, el sentido de dar a cada quien lo que merece.

La situación que estamos atravesando fue totalmente repentina e impredecible para la mayoría de la población. Por lo que la única forma de poder sobrellevarla es generando conciencia y esfuerzo de toda la sociedad en general. Porque “para que la globalización sea positiva, ha de serlo para pobres y ricos por igual. Tiene que aportar el mismo grado de derechos que de riquezas. Tiene que suministrar el mismo grado de justicia y equidad social que de prosperidad económica y de buenas comunicaciones” (3).

IV. Bibliografía

DI GIORGIO, Severio - ESCUIN, Miriam, “Introducción al estudio de la técnica contable”, Ed. Imprenta el Garage, Buenos Aires, 2011, 1ª ed.

“EY. COVID-19 Plan de continuidad para los negocios: cinco formas de replantearse”. Recuperado de www.ey.com/es_ar, 07/05/2020.

KOFIA, Annan, Mundifrases.com, recuperado de <https://www.mundifrases.com/tema/equidad/>, el 11/05/2020.

MARVAL O' FARREL MAIRAL, “Las sociedades deberán resolver el destino de sus resultados”, Recuperado de www.marval.com/publicacion/las-sociedades-abiertas-deberan-resolver-el-destino-desus-resultados-5847, 08/05/2020.

CS, 18/12/2007, “Longobardi, Irene Gwendoline y otros c. Instituto de Educación Integral San Patricio SRL”.

(3) KOFIA, Annan. Mundifrases.com, recuperado de <https://www.mundifrases.com/tema/equidad/>, el 11/05/2020.

SOCIEDADES

DOCTRINA

Thomson Reuters

Thomson Reuters

Dividendos y reservas en épocas de COVID-19

Luis Alberto Miguel (*)

Sumario: I. ¿Es un contrasentido?— II. Algunos efectos de la cuarentena.— III. ¿Cómo será la salida del aislamiento?— IV. Las reservas.— V. La SAS y las reservas.— VI. Las prestaciones accesorias.— VII. ¿Cuándo se sale?— VIII. Dividendos.— IX. El plan de negocios.— X. Plan de dividendos y reservas.— XI. La memoria.— XII. Colofón.

Abstract

El protocolo de salida al aislamiento que podrían utilizar las sociedades consiste en establecer las bases necesarias para trabajar con una información panorámica sobre el estado actual de la empresa y sus perspectivas, los aspectos de la gestión, las relaciones, los actos con terceros que conforme la situación presente y futura de la sociedad, a través de las proyecciones que solamente se pueden diseñar en un plan de negocios que se correlacione —en una suerte de trípode— con la memoria y con el plan de dividendos y reservas.

I. ¿Es un contrasentido?

El estudio de los dividendos y las reservas de sociedades a raíz o en alusión a estas épocas de COVID-19 podría presentarse como un contrasentido, un despropósito o una suerte de paradoja inaceptable en el ánimo de quienes, por estas horas, se encuentran sobrellevando los efectos de una marcada depresión económica, fruto del aislamiento dispuesto por esta inédita situación de pandemia global.

Es que la palabra *dividendos* denota la idea de fondos provenientes de beneficios obtenidos por la sociedad, sobre los que tienen derecho los socios a participar. En este estado de situación, pensar en resultados provenientes de ganancias arrojadas en el ejercicio económico en curso, parecería una utopía para muchas empresas.

Al mismo tiempo, tratar sobre las *reservas* en un sentido vulgar, podría relacionarse con ciertos ahorros o previsiones que pudiera haber realizado la sociedad, admitiendo para ello la connotación técnica en la idea que las vincula al destino de sustracciones efectuadas sobre el resultado de la explotación de la empresa. De igual manera, nada hacía presagiar esta imprevisible situación trasversal como para decidir, durante el ejercicio anterior, la deducción de ciertas reservas o previsiones para afrontar las consecuencias económicas de la sociedad a raíz de esta pandemia.

Por vía de hipótesis, si el enfoque llegara a centrarse en el común denominador de *dividendos* y reservas, cual es el análisis de los fondos provenientes de una gestión social, estaríamos pensando en el verano cuando cae la nieve, como dice el conocido tema musical titulado: “Paisaje”.

Lo cierto es que la temática propuesta habrá de enfocar aspectos fundamentales que servirán de base para el diseño de protocolos que les permitan a las sociedades afrontar una paulatina salida del aislamiento social, preventivo y obligatorio en el que se encuentran sumidas.

(*) Doctorando en Derecho Privado de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Tucumán, donde fue egresado de abogado y escribano; y donde es Profesor Adjunto de Derecho Societario. Profesor Asociado de Derecho Privado II° y Derecho Privado III° de la Facultad de Humanidades, Cs. Sociales y de la Salud de la Universidad Nacional de Santiago del Estero, donde es Director del Instituto de Estudios e Investigación en Derecho Contable (IEDECON).

II. Algunos efectos de la cuarentena

¿Se puede pensar en dividendos o en reservas durante esta época? Donde, encerradas en sus casas, con algunos servicios de abastecimiento que funcionan, las personas consumen sus ahorros, si los tienen. Si no es así, se endeudan, pues dejan de pagar: primero, los servicios que no utilizan; segundo, los impuestos; y tercero, los créditos exigibles, que —se sabe— caerán en una renegociación futura, cuando todo haya pasado. O no pagan nada, y se empeñan para sobrevivir y consumen lo indispensable.

Las empresas son obligadas a pagar salarios, aun cuando muchas carezcan de producción o de ventas. El decreto de necesidad y urgencia 329/2020 les impidió utilizar los remedios escasos que el derecho laboral posee para atender situaciones de fuerza mayor: las suspensiones y los despidos pagando la mitad de las indemnizaciones, en aras de la conservación de los puestos de trabajo.

El gobierno ha lanzado planes de asistencia destinados a las empresas, pero resultan insuficientes para muchos pequeños y medianos empresarios, que ven su facturación y el consumo en caída libre.

En una pandemia, la productividad general se deprime notablemente, porque sus consecuencias son devastadoras desde todo punto de vista. Las estadísticas de muertes y de enfermos son pavorosas y transversales a todos los países, sexos, bandos, sectores y clases sociales.

En la pandemia hay aislamiento y caída brutal de casi toda la actividad que no sea muy calificada, en aras de preservar la salud de la población. Y la recuperación, si las ciencias biológicas no pueden encontrar de forma rápida una cura eficaz, será lenta. A diferencia de lo que sucede con otro tipo de catástrofes naturales (huracanes o terremotos), no habrá industrias que sean beneficiadas por una reconstrucción del tejido económico con un efecto posterior revitalizador; la caída estrepitosa del consumo en general no lo permitirá (1).

(1) BOTTERI, José D. (h.) - DASSO, Ariel G. (h.), "El Derecho Concursal Argentino y la pandemia de COVID-29:

III. ¿Cómo será la salida del aislamiento?

Más allá de las restricciones sanitarias que se habrá de observar para lograr una salida programada y paulatina del aislamiento social, preventivo y obligatorio; las sociedades deberán discutir sobre los términos de sus respectivos protocolos que les permita mantenerse en el mercado, de ser posible reinventarse, y sobrellevar la crisis económica post pandemia para evitar desembocar en uno de los procedimientos previstos en el Régimen de Concursos y Quiebras.

Mientras los más eminentes estudiosos del derecho societario se preocupan por evitar que las consecuencias de la crisis acarren responsabilidades para los empresarios leales y diligentes que fueron sorprendidos por eventos inéditos, y las causas de disolución por pérdida del capital, los juristas concursualistas se dedicarían a analizar las respuestas desde la perspectiva de la insolvencia, la cesación de pagos y la preinsolvencia; otros analistas del derecho estudian las consecuencias sobre los contratos, sobre las relaciones laborales, sobre las personas vulnerables, sobre el tratamiento de las personas condenadas a penas privativas de libertad, y así la doctrina argentina se prepara para dar herramientas a las autoridades de los tres poderes a fin de que puedan responder de la mejor manera posible (2).

El protocolo de salida al aislamiento que podrían utilizar las sociedades consiste en establecer las bases necesarias para trabajar con una información panorámica sobre el estado actual de la empresa y sus perspectivas, los aspectos de la gestión, las relaciones, los actos con terceros que conforme la situación presente y futura de la sociedad, a través de las proyecciones que solamente se pueden diseñar en un plan de negocios que se correlacione —en una suerte de trípode— con la memoria y con el plan de dividendos y reservas.

propuestas de mejora", LA LEY 24/04/2020, 1. Cita Online: AR/DOC/1234/2020.

(2) RICHARD, Efraín H. - FUSHIMI, Jorge F., "Pensando en la salida del aislamiento social, preventivo y obligatorio. Ideas para mitigar la crisis post-pandemia de COVID-19", LA LEY 08/05/2020, 2. Cita Online: AR/DOC/1500/2020.

IV. Las reservas

Las noticias económicas mundiales acuden a las previsiones y reservas de la sociedad para explicar una suerte de paliativo o salida de la crisis (3). En este sentido, concretamente, cabe preguntarse: ¿Podrá una sociedad ser capaz de afrontar con sus reservas y previsiones las consecuencias del aislamiento y su posterior salida?

La palabra “reservas” denota la idea de ser fondos acumulados de sustracciones del resultado de la explotación, a los que se podría *echar mano* para afrontar pérdidas eventuales o provisiones.

Sin embargo, no es ese el sentido de las reservas. Las reservas se constituyen como activos netos y no son sumas que tengan afectación destinada a cubrir realidades del pasivo. Desde luego, ni las reservas ni el capital social designan bienes o cosas, sino valores, motivo por el cual toda reserva constituye un asiento complementario de la cuenta capital que figura en el pasivo de la sociedad.

Las reservas pueden ser definidas partiendo de su contenido jurídico, de su finalidad económico-financiera o de su modalidad contable. Jurídicamente consideradas, las reservas constituyen un acrecentamiento de la prenda que, en garantía de los terceros que contratan con la sociedad, representan las aportaciones a que se han comprometido los socios y, por esta razón, figuran en los balances inmediatamente después del capital social. En su aspecto económico-financiero, las reservas son consideradas como un refuerzo patrimonial de la empresa con el fin de asegurar su estabilidad, solvencia y liquidez, y son definidas como valores patrimoniales excluidos de la distribución de beneficios con miras a dar a la sociedad una mayor seguridad económica y un mayor grado de li-

(3) JP Morgan arma reservas ante la “severa recesión” por el coronavirus. El mayor banco estadounidense, JP Morgan Chase, informó hoy una caída del 69% en sus beneficios del primer trimestre de 2020 debido, principalmente, a la reserva de dinero para hacer frente a una “severa recesión” causada por la pandemia del coronavirus. <https://www.impulsobaires.com.ar/nota/280981/jp-morgan-arma-reservas-ante-la-severa-recesion-por-el-coronavirus/>.

quidez (4). Contablemente consideradas, las reservas son sumas de valores patrimoniales que constituyen activos netos, no necesarios para asegurar la integridad del capital social, o bien, como partes ideales del capital neto a las que no corresponden necesariamente determinados valores del activo.

Las reservas, no importa su destino, requieren para su constitución la previa aprobación de los socios, por cuanto privan a estos del derecho a percibir en plenitud los beneficios generados por la explotación de la industria o negocio social.

Frente a la reserva legal, la conformidad queda exteriorizada por el solo hecho de participar en la formación de la sociedad, ya que la reserva legal es de la esencia de las sociedades por acciones y de la sociedad de responsabilidad limitada, por imperio de la ley que las rige. Con relación a las reservas estatutarias, la conformidad del socio queda perfeccionada al aceptar los estatutos y manifestar su acuerdo con ellos en el acto constitutivo de la sociedad, o posteriormente al suscribir acciones de la misma. En lo que hace a las reservas facultativas, su constitución requiere, en cada caso, un acto declarativo de la asamblea o reunión de socios adoptado con el quórum y requisitos formales exigidos por la ley.

La reserva legal debe su nombre a estar ubicada en el art. 70 de la Ley General de Sociedades (en adelante LGS), que impone a las sociedades de responsabilidad limitada y las sociedades por acciones efectuar una “reserva” no menor del cinco por ciento de las ganancias realizadas y líquidas que arroje el estado de resultados del ejercicio, hasta alcanzar el veinte por ciento del capital social. Finalmente, el mismo artículo citado establece que la reserva legal quede disminuida por cualquier razón; no pueden distribuirse ganancias hasta su reintegro, lo que deja en claro la importancia que la ley asigna a la subsistencia de la misma.

En resumen: los socios que pertenecen a sociedades que están obligadas a constituir e in-

(4) SASOT BETES, Miguel A. - SASOT, Miguel P., “Sociedades Anónimas. Los Dividendos”, Ed. Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 1977.

tegrar hasta el tope la reserva legal disponen del remanente o saldo de utilidades para ser distribuido, reservado total o parcialmente, destinado a remunerar a los administradores, síndicos, etc. Lo que la ley pide en esta disposición, para esta o cualquier tipo de sociedad es que la decisión de constituir otras reservas es que respondan a un criterio de razonabilidad y respondan a una prudente administración. Estos recaudos pueden surgir de un esquema de plan de negocios y, cuando menos, del flujo de fondos proyectado.

Siguiendo a Halperin, quien a su vez cita a Sussini, la diferencia entre reservas y fondos de previsión, radican en que estos últimos no encaran las pérdidas eventuales derivadas de circunstancias genéricas sino pérdidas específicas que podrían resultar de hechos ya verificados en el ejercicio.

De modo tal que para estas épocas de COVID-19, las previsiones podrían haber resultado de utilidad como paliativos de crisis; o bien las amortizaciones, para la salida del aislamiento, podría llegar a considerarse una forma de reparar a los socios las consecuencias de la crisis.

Las amortizaciones podrían definirse como la recuperación del costo de una inversión en el patrimonio permanente, mediante deducciones regulares hechas sobre las utilidades brutas de los ejercicios en que esos elementos contribuyan a la producción, y al decir de Sussini, las amortizaciones, que intervienen como factor importante en la determinación de las utilidades, cumplen un triple propósito: determinar los valores de los bienes del balance; fijar los gastos a cargo del rédito anual y, por último, influyen directa o indirectamente en el cálculo de la utilidad neta.

V. La SAS y las reservas

La Sociedad por Acciones Simplificada, tipo creado a partir de la sanción de la ley dictada en Apoyo al Capital Emprendedor (en adelante LACE) 27.349, se organiza mediante un régimen normativo que destaca y valora muy especialmente la libertad de creación de sociedades, su constitución y regulación contractual, sustentado en el principio de la autonomía de voluntad y

dejando librado a las partes la configuración de sus estipulaciones.

La LGS dispone un régimen específico para las reservas (art. 70) aplicable para las SRL y las sociedades por acciones, en cambio, la LACE no dispone nada sobre el tema. Podría entenderse pues que el art. 70 solo contempla a las sociedades por acciones abarcadas en la LGS, pero no a las SAS. Esto significa que el régimen de reservas obligatorias de la LGS no resulta aplicable a las SAS, donde este régimen es facultativo para que los socios lo puedan incorporar o disponerlo con reservas menores o incluso superiores; no siendo obligatorio para la SAS efectuar reservas legales.

Se podrán constituir reservas facultativas, siempre que sean razonables y respondan a una prudente administración o que se encuentren autorizadas por el instrumento constitutivo.

Cuando su constitución exceda el monto del capital y las reservas, será necesaria la decisión de la reunión de socios adoptada por la mayoría necesaria para la reforma del instrumento constitutivo (5).

VI. Las prestaciones accesorias

Otro instituto de singular utilidad que la sociedad puede considerar en el protocolo de salida del aislamiento social, preventivo y obligatorio —que hemos dado en denominar *plan de negocios futuros*—, son las prestaciones accesorias.

Estas prestaciones accesorias consisten en obligaciones asumidas por los socios respecto de la sociedad que no integran el capital social y que intentan constituirse en instrumentos para facilitar la incorporación al ente de determinados bienes inmateriales como los intangibles, algunos bienes materiales de difícil valuación —por ejemplo, servicios personales como contraprestaciones— y hasta por comprometer la obligación por parte del socio de que la sociedad pueda contar con el uso y goce de determinados bienes o de prestaciones personales que no son admitidas como aportes de capital en aquellos tipos sociales en los cuales los socios

(5) RAMÍREZ, Alejandro H., “SAS. Sociedad por acciones simplificada”, Ed. Astrea, 2019.

responden en forma limitada al aporte comprometido.

Son prestaciones de carácter accesorio, ya que no constituyen obligaciones principales ni son elemento común al contrato social, que no integran el capital social, no constituyen prestaciones de dinero ni revisten carácter esencial para el cumplimiento del objeto social. Se incorporan al contrato social o a los estatutos y serán consideradas meras obligaciones de terceros para con el ente societario (6).

VII. ¿Cuándo se sale?

Esta es una respuesta que ni el más afortunado podría estar en condiciones de arriesgar por estas épocas, debido al alto grado de incertidumbre sobre cuestiones sanitarias de previsión, que incluyen hasta un posible riesgo de rebrote del virus, y a las condiciones de adaptación que habrá que cumplir en un nuevo escenario próximo de retorno a las actividades.

Algunas personas, como por ejemplo académicos y gente de la educación, hasta se encuentran analizando medidas tales como generar una probable fusión entre los años 2020 y 2012, o inventar otros espacios en un nuevo calendario que habrá de comenzar en épocas distintas para cada una de las actividades de las empresas.

Lo cierto es que, en materia de sociedades, se cuenta con una fecha rígida prefijada cual es el cierre del ejercicio económico, a partir de la cual los socios habrán de ejercer del derecho de información sobre los documentos contables que deberán ser considerados dentro de los cuatro meses del cierre del ejercicio (7).

Tanto a la sociedad como a los accionistas y a terceros interesa conocer periódicamente, para cada ejercicio, como se han obtenido ingresos y cómo se han originado los gastos; o sea, cómo se han ido integrando, en el transcurso del ejercicio las ganancias o pérdidas. Para eso se acompaña el estado de resultados.

(6) VITOLLO, Daniel R., "Manual de Sociedades", Ed. Estudio, 2016.

(7) Art. 234, LGS.

Lo cierto es que el art. 36, inc. 11) de la ley 27.349 establece que el instrumento constitutivo para la SAS debe contener la fecha de cierre del ejercicio (a diferencia de lo que ocurre con el art. 11 de la LGS).

VIII. Dividendos

El derecho a participar en los beneficios figura entre los derechos esenciales del socio. Descansa en el concepto mismo de la sociedad y tiene como contrapartida, el de participar en las pérdidas de la sociedad.

El art. 36, inc. 8° de la ley 27.349 (LACE) establece que el instrumento constitutivo de la SAS debe contener las reglas para distribuir utilidades y soportar las pérdidas. Nada habla de la proporcionalidad al aporte, en caso de silencio. Lo que nos hace presumir que se debe contar con un plan en materia de dividendos y reservas pues, en caso de silencio no se aplica la medida de la proporcionalidad del aporte para participar en los beneficios y soportar las pérdidas, como sí lo prescribe en similar caso la LGS.

El concepto de dividendo está en los hechos, íntimamente vinculado con el de la anualidad del ejercicio social. Al punto tal que constituye una práctica societaria en la sociedad anónima que la asamblea, coincidiendo con la aprobación del balance, proceda a declarar el dividendo distribuible a las acciones.

Una de las principales utilidades de las SAS consiste en la flexibilidad que otorga para poder compatibilizar dentro de un mismo vehículo societario a diferentes clases de socio. Desde luego, puede establecerse acciones con voto plural, sin derecho a voto, con porcentaje fijo, preferidas, con derecho a dividendo fijo, títulos convertibles en acciones.

Lo único impuesto por el legislador es la obligación de confección anual del balance general y cuenta de ganancias y pérdidas, pero no la obligación de declarar un dividendo y, menos aún, de distribuirlo.

Pero la práctica de la anualidad de la declaración y distribución de los dividendos, no implica que deba aceptarse como un principio

esencial o como obligación legal de ineludible cumplimiento.

La LGS no impone una obligación de la distribución, pero la sociedad debe disponer anualmente de todos los elementos informativos necesarios para que la asamblea pueda decidir sobre la distribución de dividendos anuales.

Lo único impuesto por el legislador es la obligación de confección anual del balance general y cuentas de ganancias y pérdidas, pero no la obligación de declarar un dividendo y, menos aún, de distribuirlo. De modo tal que, en estas épocas de pandemia y aislamiento, nada impide a los socios soslayar el tratamiento acerca de los dividendos.

IX. El plan de negocios

El protocolo a implementar por las sociedades a fin de salir del aislamiento postpandemia habrá de consistir en establecer, a cargo de los administradores, las bases necesarias para trabajar con una información panorámica sobre el estado actual de la empresa y sus perspectivas, los aspectos de la gestión, las relaciones, los actos con terceros que conforme la situación presente y futura de la sociedad, a través de las proyecciones que solamente se pueden diseñar en un plan de negocios, que vaya correlacionado con la memoria y el plan de dividendos o reservas.

En este sentido, se torna menester que revisar las razones de las variaciones en activos y pasivos; los gastos y ganancias extraordinarias, ajustes por ganancias; los proyectos de reservas y distribución de utilidades; las perspectivas de futuras operaciones; y el estado de resultados para diseñar futuras previsiones.

Siguiendo a Carlino (8), el plan de negocios es un documento de análisis con información ordenada para la toma de decisiones, por lo que se trata de un documento ejecutivo, demostrativo de un área de oportunidad, que ponga en evidencia la rentabilidad, así como la estrategia

(8) CARLINO, Bernardo P., "La memoria. Sociedades Comerciales, Cooperativas. Mutuales. Fundaciones, formalidades y casos especiales", Ed. Errepar, 2014.

a seguir para generar un negocio viable o la superación de una cuestión puntual.

A su turno, Richard ha venido insistiendo en la suficiencia del derecho societario para conjurar exitosamente las crisis de insolvencia y en propugnar la conveniente conexión y correlación entre la memoria y el plan de negocios, y como condición para hacer viable la propuesta de rehabilitación en la etapa falencial (9), lo que refuerza la importancia de la primera al agregar su rol central en la prevención de la crisis de la empresa.

Al plan de negocios, la doctrina jurídica suele mencionarlo dando por sabido su contenido, sin profundizar demasiado, pero como su nombre lo indica, está en su naturaleza establecer si un emprendimiento será tal, es decir, un negocio económico. Y su contenido revelará la suficiencia o escasez del capital aportado o promedio por los socios, la capacidad de obtener créditos como contrapartida a los argumentos de infracapitalización constitutiva sobre la base de la existencia de una supuesta relación "intuitiva" por parte de los organismos de control en la ponderación de un monto con el objeto social, la tasa de generación de utilidades (10).

El plan de negocios se encuentra íntimamente correlacionado, a manera de trípode, con la política o plan de dividendos y reservas, por un lado, y por el otro con la memoria.

X. Plan de dividendos y reservas

El plan o política de dividendos y reservas es el conjunto de pautas, que políticamente adopta cada sociedad para dar adecuada solución a la oposición de intereses de socios y sociedad en lo que hace al destino que habrá de darse a los beneficios arrojados por el balance anual. En este sentido, se plantea la cuestión de establecer en qué medida estos beneficios deben pasar al pa-

(9) "Notas en torno a la conservación de la empresa: ¿Principio concursal o del derecho societario?", en Ensayos de Derecho Empresario, 4, E. H. Richard (dir.), FESPRESA, Córdoba, 2008, ps. 56 y ss., a los que se agrega: "Genética del Plan de Negocios (más sobre la contribución de E. H. Richard)" publicada en JA, 20/03/2009, Buenos Aires, www.abeledoperrot.com.ar.

(10) CARLINO, Bernardo P., ob. cit.

trmonio de los socios y en qué medida quedar en poder o en el patrimonio de la sociedad con miras a asegurar el logro del capital social **(11)**.

Entre las cuestiones referidas a la política de dividendos, se encuentra lo concerniente a determinar los fondos que la sociedad no puede utilizar, para nivelar dividendos, en concepto de eventuales reservas facultativas que se hubieran constituido con anterioridad o paralelamente con aquellos.

La cuestión se plantea frente a las reservas facultativas, pues de tener destino predeterminado y concreto no podrían utilizarse para otros fines, salvo su previa desafectación.

La LGS no pone límite a la distribución de dividendos. No obstante ello, orienta sus disposiciones en aspectos vinculados a la integridad del capital social, para lo cual prohíbe el reparto de dividendos que no provengan de utilidades líquidas y realizadas **(12)**, sanciona la distribución de dividendos ficticios **(13)**, condiciona el reparto de utilidades a que se cubran las pérdidas de ejercicios anteriores **(14)**, impone la constitución obligatoria de un fondo de reserva legal para absorber pérdidas de capital **(15)** y prohíbe la emisión de acciones por debajo de su valor nominal **(16)**.

Todo esto no implica que los propios socios, ya sea en el acto constitutivo o por decisión en asamblea o reunión, puedan convenir la transitoria autolimitación al reparto de dividendos o mantenerlos dentro de determinados límites. Tampoco implica que el Estado, en función rectora, no pueda imponer restricciones al reparto de dividendos, ya sea por la naturaleza del objeto social (concesiones de servicios públicos), por la naturaleza de la inversión (radicación de capitales extranjeros) o por así exigirlo la protección de intereses superiores a los me-

ramente societarios (deudas previsionales o impositivas).

Toda política de dividendos presupone que el órgano de administración, responsable de la conducción de la sociedad cuente con suficiente poder de decisión para aplicar las pautas que definan la política concertada.

Pero este margen de libertad no puede afectar la inviolabilidad del capital social y, en ese sentido de intangibilidad, tampoco podrá distribuirse dividendos hasta tanto no se cubran las pérdidas de ejercicios anteriores. Al mismo tiempo, los beneficios deben surgir de un balance legalmente confeccionado con ganancias líquidas y realizadas.

XI. La memoria

La memoria es una pieza de comunicación dentro de un esquema montado por las diversas leyes de fondo pero que en la generalidad de los casos forma un compendio con el proyecto o propuesta de balance general, cuadros, estados y notas, que los administradores hacen a la reunión de socios competente, y por el informe sobre la situación económico-financiera y el dictamen que formula la sindicatura o el órgano de control interno sustituto, según el caso.

La confección de una memoria societaria les corresponde directamente a los administradores, los que deberán ajustarse a las prescripciones que rigen cada tipo societario. Para poder estructurarla es imprescindible que cuenten con la propuesta de Balance General o estados contables, también regulados en cuanto a contenidos mínimos por la LGS **(17)**.

La memoria suministra información panorámica sobre el estado actual y sus perspectivas futuras, asuntos de gestión, relaciones y demás que no puedan incluirse en el balance **(18)**.

En ella se incluyen las razones de variaciones significativas en activo y pasivo, los gastos y ganancias extraordinarios, así como los ajustes por ganancias, las reservas: legal, facultati-

(11) SASOT BETES, Miguel A. - SASOT, Miguel P., ob. cit.

(12) Art. 68, LGS.

(13) Art. 224, LGS.

(14) Art. 71, LGS.

(15) Art. 70, LGS.

(16) Art. 202, LGS.

(17) CARLINO, Bernardo P., ob. cit.

(18) HALPERÍN, "Sociedades Anónimas", Ed. Depalma, 1975.

va y el proyecto de distribución de utilidades, el pago de dividendos, las perspectivas de futuras operaciones, las relaciones con sociedades controlantes, controladas y vinculadas, el estado de resultado y las previsiones.

XII. Colofón

El procedimiento que atañe al plan de negocios puede ser una sugerencia aplicable a las sociedades, sobre la base de la baldosa de la autonomía de la voluntad.

El protocolo de salida al aislamiento que podrían utilizar las sociedades consiste en establecer las bases necesarias para trabajar con una información panorámica sobre el estado actual

de la empresa y sus perspectivas, los aspectos de la gestión, las relaciones, los actos con terceros que conforme la situación presente y futura de la sociedad, a través de las proyecciones que solamente se pueden diseñar en un plan de negocios que se correlacione —en una suerte de trípode— con la memoria y con el plan de dividendos y reservas.

Sin embargo, no existe una receta uniforme; la salida y el protocolo de salida de las sociedades será una difícil tarea que les corresponde a los administradores de cada una de las sociedades en función de sus realidades, recordando una frase que graficará el momento de todas las empresas que, si bien se encuentran en la misma tempestad, mas no en el mismo barco.

El impacto del COVID-19 en el funcionamiento de la sociedad comercial

Jonatan Pitasny^(*)

Sumario: I. Introducción.— II. Causa de fuerza mayor y principio de conservación de la empresa.— III. La implicancia en distintos tipos societarios.— IV. Reflexiones finales.

I. Introducción

No es ninguna novedad que la pandemia global del COVID-19 ha implicado una reconfiguración en la conducta del ser humano en su ámbito social. Con relación a lo que a materia societaria respecta, uno de los tópicos que despierta mayor incertidumbre en estos tiempos es lo que refiere al correcto funcionamiento del órgano de gobierno del ente.

Resulta claro que el principio imperante en esta materia es el de “Conservación de la Empresa”, receptado el art. 100 de la Ley General de Sociedades, al presumir la subsistencia de la sociedad en caso de duda sobre la procedencia de una causal de disolución. Es en este sentido que me propongo analizar si las reuniones mantenidas a distancia, o por medios digitales o análogos, conllevarían al correcto cumplimiento de lo requerido por la Ley General de Sociedades, por el estatuto o reglamento que rija a cada sociedad comercial.

Una cuestión no menor atine a determinar en qué magnitud se encuentra afectado el órgano, en atención a las exigencias de cada tipo societario. Es menester mencionar que, el anclaje funcional de los órganos de gobierno de cada tipo societario difiere en diversos aspectos, por lo que una reunión de socios a distancia no implicará las mismas dificultades en una Sociedad Anónima que en una Sociedad de Responsabi-

lidad Limitada o en una Sociedad por Acciones Simplificadas.

Asimismo, considero oportuno mencionar, a modo introductorio, la solución traída por una norma supletoria, al permitir las reuniones del órgano de gobierno por medios electrónicos. El art. 158 del Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, en su inc. a, contempla esta posibilidad al establecer que si todos los que deben participar de la reunión del órgano de gobierno lo consienten, se podrán utilizar los medios que les permitan a los participantes comunicarse simultáneamente entre ellos (1).

La norma hace énfasis en las nuevas tecnologías disponibles y de las ventajas de su utilización, procurando un uso adecuado de las mismas a fin lograr el objetivo de mayor participación y agilidad y, al mismo tiempo, evitar situaciones que generen inseguridad jurídica. En tal sentido, se prevé que los medios permitan a los participantes comunicarse simultáneamente entre ellos, que puedan guardarse constancias de la participación por dichos medios y que el acta que transcriba la reunión indique la modalidad utilizada y sea suscripta por el Presidente y otro administrador.

Importante mención también merecerá la resolución general 11/2020 emitida por la IGJ, en la que se contempla una modificación sustancial a una resolución anterior a los fines de

(*) Abogado por la Facultad de Derecho, UNR. Maestrando Maestría LLM con orientación en Derecho Empresarial, Universidad Austral.

(1) CARLINO, Bernardo P., “¿Quién le teme a las asambleas a distancia?”, *Doctrina Societaria y Concursal ERREPAR*, Boletín XXIX, marzo de 2017.

hacer viable el correcto funcionamiento de los órganos societarios, sobre todo en las sociedades anónimas.

Es por lo mencionado que, el presente trabajo intentará enfocarse en las dificultades que la causa de fuerza mayor que nos toca vivir provoca en el funcionamiento societario, y no solo en lo respectivo a lo producido por la hacienda empresarial.

En este sentido, a los fines de abordar la temática adecuadamente, trataré, en primer lugar, lo relativo a las implicancias de una causa de fuerza mayor en el seno del derecho societario y desde el paradigma del principio de la continuación de la empresa.

En segundo lugar, me propondré analizar los alcances que estas desavenencias podrían provocar en el funcionamiento de cada tipo societario en particular, apuntando fundamental atención a las SA, SRL y SAS. En razón de ello, también se considerará la resolución General 11/2020 emitida por la Inspección General de Justicia.

Por último, me permitiré brindar una conclusión fundada acerca de la problemática en cuestión.

II. Causa de fuerza mayor y principio de conservación de la empresa

A los fines de poder desentrañar las implicancias que despierta el contexto generado por el COVID-19 en materia societaria, deberemos, en primer lugar, determinar si nos encontramos frente a una causa de fuerza mayor que imposibilite el ordinario funcionamiento del ente, sobre todo en lo respectivo al órgano de gobierno.

Con el propósito de brindar un abordaje completo del tópico a tratar en el presente apartado, se buscará, como punto de partida, brindar una sucinta descripción del instituto a tratar y su relación con el derecho societario en los momentos que corren.

Si bien la Ley General de Sociedades no menciona casos de fuerza mayor en cuanto al cumplimiento de las obligaciones sociales, deberemos atenernos a lo estipulado por la ley

supletoria, que en este caso es el Código Civil y Comercial.

Por empezar, el art. 1730 del Cód. Civ. y Com. define a “Caso Fortuito o Fuerza Mayor”, como sinónimos, a aquel hecho que no ha podido ser previsto o que, habiendo sido previsto, no ha podido ser evitado. Un elemento fundamental proviene de la ausencia de culpa de las partes involucradas en el incumplimiento de sus obligaciones (2).

Una clara exposición de ello viene dada por la situación en que nos inmersa el surgimiento de la pandemia COVID-19. A través del decreto de Necesidad y Urgencia 297/2020, el Poder Ejecutivo estableció que todas las personas que habitan en el país o se encuentren en él en forma temporaria, deben cumplir con un “aislamiento social, preventivo y obligatorio” durante el transcurso de la cuarentena obligatoria.

En consonancia, el “Principio de Conservación de la Empresa” comprende a las obligaciones fiduciarias de los administradores que incluyen la obligación de conservar la empresa organizada bajo forma societaria. Esta obligación de conservación se extiende a los socios por los imperativos de la responsabilidad social corporativa y exige atender a consideraciones comunitarias y sociales, puesto que la desaparición de la sociedad generaría consecuencias negativas para la comunidad (3).

En este contexto, tanto los socios de la sociedad como el mismo ente se encuentran, *prima facie*, impedidos de cumplir sus obligaciones y ejercer sus derechos en atención a una causa sobreviniente y ajena a su propia voluntad. Es a partir de aquí que, en similitud con lo resuelto por la IGJ en su Resolución General 11/2020, las autoridades de contralor deben velar por brindar a las sociedades la posibilidad de utilizar mecanismos idóneos para evitar el estancamiento organizativo y funcional de los entes sociales.

(2) CS, “Finardi, Alberto c. D’Odorico Propiedades SRL”, 11/02/2003.

(3) RICHARD, Efraín H., “La empresa, su crisis y su conservación (meditaciones desde una visión nacional)”, en *Perspectiva del derecho de la insolvencia*, ob. cit., p. 167.

Es aquí, dónde el mencionado principio debe imperar, a los fines de ponderar la continuación del funcionamiento empresario a pesar de las causas extraordinarias que nos toca atravesar y que, sin lugar a dudas, ponen en peligro al funcionamiento de distintas haciendas empresarias.

III. La implicancia en distintos tipos societarios

Para analizar los efectos que la imposición del aislamiento social obligatorio a causa del COVID-19 provoca en el funcionamiento del ente societario, resulta indispensable analizar cada tipo societario en concreto en razón de las exigencias particulares en cada caso.

Habida cuenta de ello, considero fundamental soslayar el papel que la autonomía de la voluntad de los socios (4) desempeña a la hora de diagramar un estatuto o reglamento acorde al correcto funcionamiento del ente, siempre en atención a las limitaciones que presente cada tipo particular.

A razón de ello, dispongo dedicarme a analizar las implicancias que el fenómeno de la pandemia provoca en el funcionamiento de los tipos societarios más utilizados en la práctica societaria. Esto refiere a la Sociedad Anónima, la Sociedad de Responsabilidad Limitada y la Sociedad por Acciones Simplificadas.

III.1. Sociedades Anónimas

No caben dudas que este tipo societario es el que mayores complejidades presenta en la hora de adaptar el funcionamiento de sus órganos en momentos en que las reuniones presenciales, de socios en sede social se torna imposible.

Como sociedad de capital, la Ley General de Sociedades impone a este tipo societario un menor campo de acción a los socios para diagramar un estatuto a medida en el que impere

(4) CRACOGNA, Dante, "Hacia un nuevo paradigma societario en el derecho argentino", su presentación en el Instituto de Derecho Empresarial de la Academia de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, sesión ordinaria del 30/06/2017.

la autonomía de la voluntad (5). Por el contrario, se imponen disposiciones que parecieran revestir carácter imperativo que estipulan formalidades necesarias para llevar adelante las asambleas de socios.

Con relación en las disposiciones imperativas adyacentes al funcionamiento del órgano de gobierno en las sociedades anónimas, Colombres las divide en dos grandes subgrupos, las que organizan la estructura societaria y las que se refieren a los derechos de los socios (6). Nos limitaremos a tratar las primeras.

La primera restricción que encontramos se encuentra estipulada por el art. 233 de la ley, en su segundo párrafo. Este determina que "la reunión de los accionistas en asamblea general no puede realizarse en un lugar cualquiera o indeterminado, sino en "sede o en el lugar que corresponda a jurisdicción del domicilio social". La primera alternativa, sede, es la única que armoniza con el art. 11 de la ley, sobre el concepto de *domicilio social*, al quedar referido a la jurisdicción en la que se constituyó la sociedad, posibilitando que solo este dato conste en el Registro Público respectivo (7).

En la situación actual encontraríamos una clara complicación ya que, como es de público conocimiento, el decreto de Necesidad y Urgencia 260/2020 dictado por el gobierno impide la libre circulación en territorio argentino salvo excepciones puntuales, dentro de las cuales no se encuentra comprendida la asistencia a asambleas en sede social.

Sin embargo, la doctrina entiende que caben algunas excepciones en las que esta regla general cedería, dentro de las que, p. ej., se encuentran las asambleas convocadas judicialmente y aquellas en las que procedan razones de fuerza mayor (8). Similar postura ha adoptado la IGI

(5) GAGLIARDO, M., "La autonomía privada y el régimen jurídico de sociedad anónima", LA LEY, 01/09/2006.

(6) COLOMBRES, G., "Curso de Derecho Societario", Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1972.

(7) VERÓN, Alberto V., "Ley General de Sociedades 19.550", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2015, t. V, p. 49.

(8) Cfr. VERÓN, Alberto V., ob. cit., p. 49.

en su res. 11/2020, la cuál será objeto de análisis del siguiente óbice.

A modo de aclaración, lo que no se debe dejar de lado, cualquiera sea el método de reunión adoptado, es la inclusión, en este caso, del método de celebración de la asamblea en la notificación de la misma, a los fines de cumplir con los requisitos publicitarios del acto asambleario y evitar cualquier acción de impugnación y/o nulidad (9).

La segunda formalidad incompatible entre las medidas de aislamiento social y las reuniones asamblearias de sociedades anónimas, refiere a lo dispuesto en el art. 238 de la ley. Allí se estipula que los socios que asisten a la asamblea deberán firmar el registro de asistencia como así también hacer un depósito de sus acciones con antelación a la celebración de la reunión. Cabe destacar, que estas disposiciones encuentran fundamento en la garantía de la buena fe y transparencia de los accionistas (10).

Por otro lado, el funcionamiento del órgano de administración no presenta mayores dificultades en lo que respecta a la utilización de medios tecnológicos que permitan realizar reuniones a distancia.

Al igual que lo que ocurre con los demás tipos societarios, el funcionamiento del órgano de administración de las sociedades anónimas no se ve dificultado por las disposiciones de aislamiento social. Esto se debe, fundamentalmente a que este órgano es el competente para tomar decisiones atinentes a cuestiones administrativas de la organización empresarial (11), las que no se encuentran comprendidas dentro de los supuestos a tratarse por asamblea.

De igual manera, la Ley General de Sociedades dispone mayor flexibilización en cuanto a la celebración de las reuniones del Directorio, dejando a decisión de los socios la reglamentación de su funcionamiento por vía estatutaria,

(9) CNCom., sala B, "Laboratorios Bagó SA", 28/10/1982, cita online AR/JUS/4151/1982.

(10) MOLINA SANDOVAL, Carlos, A., "Formalidades exigidas para la convocatoria", RDCO, 2007-A-887.

(11) GARO, Francisco, "Sociedades Anónimas", Ed. Ediar, t. II, p. 405.

sin ponderar formalidades que resulten incompatibles con las reuniones a distancia.

III.2. Remisión a la res. 11/2020 de la IGJ

Destacada mención merece el acertado criterio que ha sido tomado por el Inspector General de Justicia, Ricardo Nissen, al dictar la resolución General 11/2020 en la cual se resuelve modificar el art. 84 de la resolución General 7/2015 en atención a la situación de aislamiento social que estamos viviendo.

Por un lado, confirma lo recientemente explicado en cuanto a las dos destacadas incompatibilidades que presenta la situación de aislamiento social provocado por el COVID-19 con la cumplimentación de las formalidades requeridas para la correcta celebración de la asamblea de accionistas.

A fin de encontrar una solución, y al realizar una armónica interpretación de los arts. 2º y 150 del Cód. Civ. y Com., la IGJ manifestó que la prelación normativa de la Ley General de Sociedades por sobre el Código tiene sentido en aquellos casos en que exista una contraposición de normas. Empero, en este caso entiende que, al no haber conflicto de intereses entre las normas, corresponde integrarlas a los fines de brindar una solución (12).

En este sentido, la resolución, al modificar el art. 84 de la RG 7/2015, dispone que los estatutos sociales podrán prever mecanismos para la realización de las reuniones del órgano de administración o de gobierno a distancia a través de la utilización de medios que les permitan a los participantes comunicarse simultáneamente entre ellos, siempre que se garanticen: i) Libre accesibilidad de todos los participantes a las reuniones; ii) La participación de participar de la reunión a distancia mediante plataformas que permitan la transmisión simultánea de audio y video; iii) La participación con voz y voto de todos los miembros y del órgano de fiscalización en su caso; iv) Que la reunión celebrada de este modo sea grabada en soporte digital; v) Que la reunión sea transcripta en el correspondiente libro social, dejándose expresa constancia de las personas que participaron y estando suscrip-

(12) RG IGJ 11/2020.

tas por el representante legal; vi) Que en la convocatoria y en su comunicación, se informe de manera clara y sencilla cuál es el medio de comunicación elegido y cuál es el modo de acceso a los efectos de permitir dicha participación.

Respecto a las sociedades que aún no tengan incorporada dicha previsión en sus estatutos, se establece que durante todo el período en que se prohíba, limite o restrinja la libre circulación de personas en razón del estado de emergencia sanitaria, se admitirán las reuniones del órgano de administración o gobierno a través del uso de medios o plataformas informáticas o digitales, teniendo en cuenta los recaudos mencionados.

Asimismo, para poder celebrar las reuniones del órgano de gobierno o del órgano de administración mediante medios digitales, con los recaudos establecidos por la IGJ, luego de finalizado el período de aislamiento social, será menester que exista una cláusula expresa en el estatuto al respecto.

Sin dudas, la interpretación no solo armónica pero también contextual que realiza la IGJ pareciera ser acertada. En razón del “Principio de Conservación de la Empresa”, la modificación introducida por la autoridad de contralor no hace más que pregonar por el correcto funcionamiento de los órganos de deliberación y administración a los fines de que no se generen consecuencias negativas para el ente social (13).

Ahora bien, la armonía de la RG 11/2020 con el “Principio de Conservación de la Empresa” en este caso también reviste fundamental importancia a los fines de evitar una causal de disolución del ente societario por la imposibilidad de lograr la consecución del objeto social estipulado (14). En sintonía, la resolución impulsada por el Dr. Nissen viene a brindar la posibilidad

(13) MORENO, Juan L., “La extensión de la conservación de la empresa en el derecho de sociedades”, Portal Thomson Reuters, Cita Online AR/DOC/5559/2015, Ed. La Ley, 2015.

(14) RICHARD, Efraín H., “Ante las crisis societarias, consultemos la ley específica (Respondiendo a un par de críticas)”, Portal Legal Thomson Reuters, Cita Online AR/DOC/4040/2016, 2016.

de que las sociedades adopten nuevos mecanismos para poder seguir haciendo funcional su organización social. Cabe destacar que, idéntico tratamiento recibirán las sociedades en comanda por acciones.

Respecto a las sociedades integrantes del régimen de oferta pública, la Comisión Nacional de Valores, mediante Resolución 830/2020, permitió las reuniones a distancia para la celebración de asambleas —incluso cuando no estuviera estipulado en los estatutos— durante el período en que se prohíba, limite o restrinja la libre circulación de personas como consecuencia del estado de emergencia sanitaria dispuesto por el Poder Ejecutivo Nacional.

Como punto final de este análisis, queda pendiente determinar qué tratamiento se impondrá a las sociedades comprendidas en el art. 299 de la LGS, es decir, las que se encuentran sometidas a un control estatal permanente.

Habida cuenta de que la autoridad de contralor se encuentra fuera de funciones por las medidas de aislamiento social, todo pareciera indicar que existen dos posibilidades. La primera estas sociedades puedan realizar sus reuniones a distancia con participación del representante de la autoridad de contralor. La segunda, más probable, refiere a que deberán esperar a que IGJ reanude sus actividades.

III.3. Sociedades de Responsabilidad Limitada

Calificada doctrina ha definido a la SRL como una entidad societaria de “... naturaleza mixta, cuyo capital se divide en cuotas libremente transferibles (salvo disposición contractual en contrario), y en la cual los socios —que no podrán exceder de cincuenta— limitan normalmente su responsabilidad a la integración de las cuotas que suscriban o adquieran, salvo que deban responder frente a los terceros —en caso de insolvencia o quiebra de la sociedad— por la falta de integración del aporte de los consocios, o por la sobrevaluación de los aportes en especie efectuados a la compañía” (15).

(15) MARTORELL, Ernesto E., “Sociedades de Responsabilidad Limitada”, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1989, p. 29.

En comparación con las sociedades anónimas, este tipo societario se caracteriza por la flexibilidad que otorga en cuanto a la estructuración de sus órganos de gobierno y administración, otorgando un mayor campo de acción a la autonomía de la voluntad.

Es en este sentido que, la misma Ley General de Sociedades impone el principio de libertad de formas para el diseño de las cláusulas estatutarias en torno a la toma de decisiones, tanto para el órgano de gobierno y para el órgano de administración.

En cuanto, a diferencia de lo que ocurre con las incompatibilidades que presentan las exigencias formales en las reuniones de gobierno de las sociedades anónimas con las medidas de distanciamiento social, el tipo social en cuestión no presenta mayores complicaciones.

Se advierte, que los socios de una SRL pueden determinar por vía estatutaria la celebración de las “reuniones de socios” y de las reuniones de gerencia por medios tecnológicos o medios aptos para reuniones a distancia, con anterioridad a la sanción de la RG 11/2020.

Resulta claro, que en caso de que nada se hubiese previsto en el estatuto de la sociedad ni en su respectivo reglamento, será de aplicación subsidiaria el mencionado art. 158 del Cód. Civ. y Com. (16).

Sin embargo, en caso de haberse prohibido este método de reuniones por vía estatutaria, se deberá estar a lo dispuesto por la RG 11/2020. De dicho modo, se podrán adoptar este tipo de reuniones durante el transcurso de la situación de emergencia sanitaria. En caso de que, luego de finalizado este período, la sociedad determine continuar con la aplicación de este método, se requerirá una modificación del contrato social para así permitirlo.

(16) RAMPERTI, Bárbara - BOLATTI CRISTOFARO, María Laura, “Hacia la modernización del derecho societario: las reuniones a distancia”, Portal Abogados.com.ar, <https://www.abogados.com.ar/hacia-la-modernizacion-del-derecho-societario-las-reuniones-a-distancia/20200>.

En suma, las implicancias generadas a raíz de las medidas de distanciamiento social no generan grandes dificultades en el funcionamiento de los órganos de gobierno y administración de la SRL, a diferencia de las complicaciones enunciadas respecto a las SA.

III.4. Sociedades por Acciones Simplificadas

Este tipo societario incorporado por la Ley de Apoyo al Capital Emprendedor (en adelante “LACE”) se caracteriza por la preponderancia que desempeña la autonomía de la voluntad de sus socios a la hora de su estructuración (17). Es en este contexto, que el legislador ha buscado aliviar la rigidez de la organización y funcionamiento, atendiendo la utilidad e importancia de los medios tecnológicos (18).

Con relación en las reuniones de los órganos de este tipo social específicamente, la LACE expresamente prevé que tanto las reuniones del órgano de administración como las reuniones del órgano de gobierno puedan ser citadas por medios electrónicos y puedan celebrarse en la sede social o fuera de ella, utilizando medios que les permitan a los participantes comunicarse simultáneamente entre ellos.

Asimismo, el art. 49 de la LACE dispone que “Los socios determinarán la estructura orgánica de la sociedad y demás normas que rijan el funcionamiento de los órganos sociales”. En cuanto a los regímenes de mayorías y quorum se dispone la aplicación del siguiente orden de prelación normativa: 1) Lo establecido por la LACE; 2) Lo dispuesto libremente por los socios en el acto constitutivo; 3) Las normas que regulan las SRL, esto es, el art. 160, LGS, supletoriamente.

Es a partir de estas consideraciones, que, se vislumbra que las medidas de aislamiento social encuentran escaso efecto negativo en el funcionamiento de los órganos de las SAS debido a que la modernización del derecho societa-

(17) BALBÍN, Sebastián, “El rol de la autonomía de la voluntad en el derecho societario a partir de la SAS”, Portal Online Thomson Reuters, LLOnline AR/DOC/4053/2019, 11/02/2020.

(18) RAGAZZI, Guillermo, “La Sociedad por Acciones Simplificada (breves notas sobre sus antecedentes y régimen legal)”, RDCO 285-757.

rio (19) ha permitido adaptar el funcionamiento del ente a los tiempos que corren.

En suma, las características resonantes que presenta este tipo social no hacen más que plantear un paradigma ante el cual el derecho societario no parecía estar preparado. Sin lugar a dudas, la SAS se presenta como el tipo social más idóneo para continuar su funcionamiento de manera regular ante situaciones como la que nos encontramos viviendo.

IV. Reflexiones finales

No caben dudas que la situación global generada a partir del brote del Coronavirus ha afectado no solo a la conducta cotidiana de las personas sino también ha traído un fuerte impacto a nivel económico y, sobre todo, en el funcionamiento de las empresas. A razón de esto, el derecho societario se encuentra en el escenario propicio para modernizarse y apuntar todas sus herramientas a los fines de promover el correcto funcionamiento de los órganos.

En este marco, el cumplimiento de los recaudos exigidos por la Ley General de Sociedades y las regulaciones impuestas por la autoridad de contralor no será sencillo. De todas formas, atendiendo al soslayado “Principio de Conservación de la Empresa”, se requiere que en esta

(19) HADAD, L. A., “La Sociedad por Acciones Simplificada y la llegada de la modernidad”, LA LEY, ejemplar del 27/07/2017, p. 1.

situación extraordinaria se haga lugar a una flexibilidad excepcional, sin la cual muchas empresas no podrán llevar a cabo las formalidades que se requieren.

Como fuere mencionado, el mayor impacto de las medidas de aislamiento social lo reciben las sociedades anónimas, por tratarse del tipo social menos flexible del universo societario. En este rigor, las medidas adoptadas por la IGJ son receptoras de un pragmático criterio contextual que se corresponde con los tiempos que corren y colaboran a que el ente pueda continuar su funcionamiento organizacional.

Sin lugar a dudas, las innovaciones en cuanto al uso de medios tecnológicos, que caracteriza a las Sociedades por Acciones Simplificadas, dejan al descubierto los inconvenientes que el funcionamiento de una empresa puede tener si la regulación no es proclive a adaptarse a los tiempos modernos. Sin perjuicio de ello, deberá siempre ponderar la protección de los derechos de los socios en armonía con la común voluntad de velar por el interés social.

A modo de colofón, concluyo que la situación generada a raíz de la evolución de la pandemia impulsó al derecho societario a una modernización que quizás estaba necesitando. La gran incógnita de toda esta cuestión radica en cuál será el alcance que todas estas medidas impliquen una vez que se logre el deseado fin del período de aislamiento obligatorio.

Las reuniones societarias en tiempos de coronavirus

Santiago Toscano (h.)^(*)

Sumario: I. Introducción.— II. La res. gral. 11/2020.— III. Ley de Sociedades. Asambleas.— IV. Ley de Sociedades. Actas.— V. Libros digitales.— VI. Firma digital.— VII. Derecho provincial. Reuniones a distancia.— VIII. A modo de colofón.

I. Introducción

Luego de una reunión extraordinaria celebrada el 11 de marzo de 2020, el Dr. Tedros Adhanom Ghebreyesus, Director General de la Organización Mundial de la Salud (OMS), declaró al coronavirus COVID-19 como una pandemia.

Así las cosas, este hecho de efectos globales, generó en todo el mundo diferentes medidas por parte de los Estados para minimizar los efectos de aquella tratando de salvaguardar la vida de la población.

Como parte de esas medidas, y siguiendo los lineamientos y consejos de la OMS, el Poder Ejecutivo Nacional, por medio del dec. de Necesidad y Urgencia 260/2020 de fecha 12 de marzo de 2020 declaró la emergencia pública en materia sanitaria que fuera establecida por ley 27.541, por el plazo de un [1] año a partir de la entrada en vigor de dicho decreto.

Atento la gravedad de la pandemia y ante la necesidad imperiosa de proteger la salud pública y la vida de la población el 20 de marzo del corriente año Poder Ejecutivo Nacional dictó el

(*) Abogado egresado de la Facultada de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Diploma de Honor por la mima casa de estudios. Posee título de Especialista en Abogacía del Estado de la Escuela del Cuerpo de Abogados del Estado. Magíster en Derecho Administrativo por la Universidad Austral (Tesis en curso). Es Gerente de Legales y Cumplimiento, y Secretario de Directorio de las compañías de seguros del Banco de la Nación Argentina. Docente universitario y expositor sobre temas de Prevención de Lavado de Dinero y Financiamiento del Terrorismo.

dec. de Necesidad y Urgencia 297/2020 el cual estableció que todas las personas que habitan en el país o se encuentren en él en forma temporaria, deben cumplir con un “aislamiento social, preventivo y obligatorio” desde el 20 hasta el 31 de marzo inclusive del corriente año.

Con fecha 1 de abril del corriente año el presidente de la Nación dictó el DECNU-2020-331-APN-PTE por cuyo art. 1º establece la prórroga del “... plazo establecido por el art. 1º del decreto 274/2020 hasta el día 12 de abril de 2020, inclusive”, es decir que se mantiene la obligación del aislamiento social, preventivo y obligatorio teniendo en cuenta la evolución de la pandemia en el país y a nivel global.

II. La res. gral. 11/2020

El día 26 de marzo de 2020, la Inspección General de Justicia (IGJ), anteriormente Inspección General de Personas Jurídicas, con competencia en Capital Federal (1), emitió la RESOG-2020-11-APN-IGJ#MJ para reglamentar la modalidad de reuniones de los órganos sociales a distancia.

Es obligación del Estado, dice la Inspección General de Justicia, en todos sus estamentos velar por la salud e integridad de todos los habitantes de la República.

En el marco de esta excepcional situación, y en lo que respecta específicamente a las personas jurídicas el Órgano de Contralor debió adoptar las medidas que, entiende, tenía a su al-

(1) Conforme art. 2º, ley 22.315, del 31 de octubre de 1980. Publicada en el BO del 07/11/1980, nro. 24.540, p. 5.

cance para facilitar el correcto funcionamiento de todas las personas jurídicas sujetas a su jurisdicción en el marco del estricto cumplimiento de la normativa de emergencia dictada por el Poder Ejecutivo de la Nación.

En estricto uso del control de legalidad y funcionamiento de toda persona jurídica, y en ejercicio de su función de evitar la paralización del funcionamiento orgánico de las personas jurídicas y velar por el cumplimiento de la excepcional situación de cuarentena general dispuesta por el Poder Ejecutivo Nacional, en uso de las facultades conferidas por los arts. 3º, 4º, 11 y 21 de la ley 22.315, los arts. 1º, 2º y 5º del dec. reglamentario 1493/1982 y normativa concordante

Ley 19.550 (Ley General de Sociedades) establece diversos mecanismos legales mediante los cuales los socios pueden adoptar resoluciones sociales, lo que varían para cada tipo social en particular.

Ley General de Sociedades impone como principio, la plena libertad de formas en el diseño de las cláusulas estatutarias para la adopción de decisiones sociales por parte del órgano de gobierno en los tipos sociales correspondiente a la sociedad colectiva (art. 131), la sociedad en comandita simple (art. 139), la sociedad de capital e industria (art. 145) y la sociedad de responsabilidad limitada (art. 159), como así también para las denominadas “sociedades de la Sección IV del Capítulo I de la ley 19.550” (art. 23 de la ley 19.550).

En lo que respecta a la sociedad anónima y en comandita por acciones, la Ley General de Sociedades no prevé de forma expresa la exigencia de la presencia física del accionista para su participación en la asamblea (art. 239, LGS) ni tampoco prohíbe de forma expresa la participación del accionista por medios de comunicación a distancia.

Sin perjuicio de lo expuesto, cabe destacar que el art. 233 de la ley indica que los accionistas “... deben reunirse en la sede o en el lugar que corresponda a jurisdicción del domicilio social”.

La prohibición de celebrar asambleas fuera de la jurisdicción del domicilio social previsto por el artículo referido tiene por finalidad proteger

el interés particular del accionista, toda vez que se trata de facilitar la posibilidad de su participación en las asambleas dado que estas deben celebrarse dentro de la jurisdicción de la sociedad fijado estatutariamente, y no otros lugares que puedan fijarse con posterioridad sin su consentimiento y que por cuestiones de tiempo, distancia y costos podrían dificultar su participación.

Conforme lo expuesto, esta norma de protección del accionista no debe interpretarse de modo tal que se restrinjan sus derechos al extremo de convertirse en un obstáculo a su participación de forma virtual o a distancia. La interpretación de esta norma debe alentar la posibilidad de que los accionistas participen de las asambleas toda vez que esa es su finalidad.

Por lo tanto, en la medida que se garantice la efectiva posibilidad para todos los accionistas de acceder y participar de la asamblea de forma remota, a través de medios o plataformas digitales o informáticas, bien puede entenderse que el acto asambleario se celebra dentro de la jurisdicción y en consecuencia cumple con lo prescripto por el art. 233 de la Ley General de Sociedades.

Que, asimismo, cabe recordar que el art. 238 de la Ley de Sociedades dispone que “[l]os accionistas o sus representantes que concurren a la asamblea firmarán el libro de asistencia en el que se dejará constancia de sus domicilios, documentos de identidad y número de votos que les corresponda”.

Lo previsto en el artículo tampoco debe interpretarse como un obstáculo para admitir la celebración de asambleas a distancia toda vez que el interés jurídicamente protegido por esta norma consiste en documentar la cantidad de acciones que son titulares los asistentes e identificar a los accionistas que concurrieron y participaron del acto asambleario a los efectos de determinar el quórum alcanzado y la identidad de los participantes.

La documentación de la participación de los accionistas y el consecuente quórum del acto asambleario puede, asimismo, documentarse de modo razonablemente confiable por medios electrónicos o digitales, como por ejemplo mediante la grabación en soporte digital, y dejando

expresa constancia en el acta de la reunión, que luego se transcribirá en el libro de actas rubricado, de quienes fueron aquellos que efectivamente participaron.

Ante este panorama podemos agregar que lo hasta aquí reseñado es aplicable a las asambleas, pero en ninguna parte del capítulo relativo a las sociedades anónimas, por dar cuenta de la estrella entre los diferentes tipos sociales, nada se dice sobre "... el lugar en que los directores deben reunirse para deliberar y decidir como órgano..." (2).

Por lo tanto, adelanto mi criterio a que más allá de la aplicación al caso de la especie del principio general del derecho, conforme al cual quien puede lo más, puede lo menos —*qui potest plus, potest minus*— la expresa mención que realiza la IGJ sobre la necesidad de plasmar expresamente en los estatutos de las sociedades la posibilidad de realizar reuniones a distancias, me parece que no tiene un sentido práctico, sino más bien va a generar una avalancha de trámites al respecto.

Estimo más bien que con la sola descripción de los extremos requeridos para que aquellas sean válidas, cuestión que fue incorporada como veremos, las mismas pueden realizarse sin la necesidad de que se requiera la modificación del estatuto social, a no ser que sea para agregar otros requisitos no previstos por la autoidad de contralor.

Cabe agregar que nuestro régimen societario permite al accionista participar de la misma mediante un mandatario. En consecuencia, resultaría contradictorio entender que la Ley General de Sociedades permite al accionista participar de una asamblea representado por un mandatario (encontrándose el mandante personalmente ausente), pero que no permite la participación del accionista que está "presente" en el acto asambleario (aunque de forma re-

mota), pudiendo participar personalmente con su voz y voto.

El Código Civil y Comercial de la Nación —sancionado por la ley 26.994— incorpora un régimen general de la persona jurídica de derecho privado de forma genérica, regulando su existencia, personalidad, efectos, constitución, forma, clasificación, atributos, funcionamiento, disolución y liquidación (título II "Persona Jurídica", capítulo I "parte general", arts. 141 a 167).

El art. 158 del Cód. Civ. y Com. establece: "El estatuto debe contener normas sobre el gobierno, la administración y representación y, si la ley la exige, sobre la fiscalización interna de la persona jurídica. En ausencia de previsiones especiales rigen las siguientes reglas: a) si todos los que deben participar del acto lo consienten, pueden participar en una asamblea o reunión del órgano de gobierno, utilizando medios que les permitan a los participantes comunicarse simultáneamente entre ellos. El acta debe ser suscripta por el presidente y otro administrador, indicándose la modalidad adoptada, debiendo guardarse las constancias, de acuerdo con el medio utilizado para comunicarse".

El art. 150 del mismo cuerpo legal dispone el orden de prelación normativo de las leyes aplicables a las personas jurídicas privadas que se constituyan en la República Argentina. Así, las sociedades se rigen: 1. Por las normas imperativas de la ley especial o, en su defecto, de este Código; 2. Por las normas del acto constitutivo con sus modificaciones y de los reglamentos, prevaleciendo las primeras en caso de divergencia; 3. Por las normas supletorias de leyes especiales, o en su defecto, por las del Código Civil y Comercial de la Nación.

El art. 2º del Cód. Civ. y Com. dispone que la ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento.

Por lo tanto, haciendo una armónica interpretación de los arts. 2º y 150 del Cód. Civ. y Com., puede sostenerse válidamente que la prelación normativa de las normas de la Ley General de

(2) ROMANO, Alberto A. - CASTELLANI, Horacio, "Reuniones de directorio a distancia", en VIII Congreso Argentino de Derecho Societario, IV Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, Rosario, 2001, p. 516, disponible en <https://repositorio.uade.edu.ar/xmlui/bitstream/handle/123456789/1514/CDS08020515.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.

Sociedades por sobre las previstas por Código Civil y Comercial de la Nación tiene sentido, en tanto se presupone que el interés jurídico protegido por la norma especial debe prevalecer por sobre el interés jurídico protegido de la norma general, justamente por su especialidad y ello resulta razonable únicamente en el supuesto que ambos intereses jurídicos protegidos se contrapongan en cuyo caso la solución legal necesariamente tiene que ser excluyente. Pero si no hay conflicto de intereses, la solución no debe ser jerarquizar un sistema por sobre el otro sino la de armonizar (integrar) ambos sistemas jurídicos, en miras de la finalidad común que ambos sistemas protejan en cada instituto en particular.

Entendemos entonces que, en la medida en que las normas regulatorias de la persona jurídica privada prevista en los arts. 141 y ss. del Código Civil y Comercial de la Nación no afecten intereses jurídicos protegidos por normas imperativas o de orden público del ordenamiento societario, corresponde integrar las normas ambos sistemas jurídicos en la medida que no resulten contradictorias.

En consecuencia, podemos aseverar con total certidumbre que los acuerdos sociales que se adopten por asambleas o reuniones a distancia mediante la utilización de los nuevos medios tecnológicos disponibles favorecen a los socios, a la sociedad, y en definitiva al funcionamiento de nuestras sociedades como vehículos generadores de riqueza y desarrollo económico. Consecuentemente, la interpretación más útil y favorable, con relación a los mecanismos de celebración de acuerdos sociales, de las normas del Código Civil y Comercial de la Nación y de la Ley General de Sociedades es aquella que permite extender la aplicación del art. 158 del ordenamiento unificado a todos los tipos societarios previstos por la ley societaria.

Asimismo, la aplicación del art. 158 inc. 2º del Cód. Civ. y Com. a las sociedades por acciones se impone como una herramienta sumamente valiosa —máxime en tiempos de emergencia y aislamiento impuesto por razones de salud pública— para que los accionistas puedan participar de una asamblea de forma personal, aunque sea mediante sistemas de comunicación a dis-

tancia, preservando de este modo el aislamiento impuesto por la normativa de emergencia.

Dada la grave y particular situación por la cual atraviesa nuestro país, y el mundo entero, la imposibilidad de que las personas humanas puedan reunirse pone riesgo a todas las personas jurídicas toda vez que conlleva a la paralización de sus órganos colegiados, lo que se traduce en la dificultad de adoptar decisiones sociales en un momento crítico de la economía nacional e internacional. Por ello la interpretación normativa es además la que más se ajusta al principio de conservación de la empresa prevista por el art. 100 de la ley 19.550.

III. Ley de Sociedades. Asambleas

III.1. Competencias

El art. 233 de la LGS fija las competencias de la Asamblea Ordinaria y Extraordinaria. Así establece que podrán tratar exclusivamente los asuntos incluidos en los arts. 234 y 235.

III.2. Lugar de reunión

A renglón seguido establece que cualesquiera de ambos tipos de asamblea “[d]eben reunirse en la sede o en el lugar que corresponda a jurisdicción del domicilio social”.

Esto tiene sentido al momento de sanción de la LGS, pero hoy entiendo que no solo no debe ser considerado de orden público.

La jurisprudencia (3) ha dicho que “Resulta procedente declarar la nulidad de una asamblea y obviamente la invalidez de las decisiones adoptadas en la misma, cuando —como en el caso— aquella no se realizó en la sede social ubicada en Capital Federal, sino en un domicilio correspondiente a la provincia de Buenos Aires, y los avisos de convocatoria se publicaron únicamente en el diario de publicaciones legales de ese estado provincial. Ello, por cuanto la violación de la LSC, arts. 233 y 237 afectan al ré-

(3) CNCom., sala E, 21/12/1994, “Blotta, Gustavo c. Servi-Curt SA s/ sum. y Rampini, Armando c. Servi-Curt SA s/ sum. (acumulados)”, en VACAREZZA, Alejandro, “La Asamblea en la Sociedad Anónima. Características, requisitos y formalidades”, disponible en <http://legislacion.dentrode.com.ar/superate/2006/07/ts/indice.pdf>.

gimen societario, viciando de nulidad absoluta a la citada asamblea”.

III.3. Res. gral. 7/2015

La norma que regula los detalles que rigen las competencias de la Inspección General de Justicia y que es la resultante de un largo proceso de compendio de toda la normativa emitida antes del 2015 por parte de la autoridad de contralor societario dependiente del Ministerio de Justicia de la Nación, tiene entre sus múltiples regulaciones aquellas que se refieren a los recaudos que deben tomar las sociedades en general para los diferentes actos sociales. Así, dentro del Capítulo II, sobre reformas de estatutos y contratos sociales, y como parte de la sección primera la res. gral. 7/2015 regulaba en el art. 84, vigente hasta la modificación *sub examine* los elementos formales que habilitaban las reuniones no presenciales del *órgano de administración* (4) (la el destacado me pertenece) diciendo que “[e]l estatuto de las sociedades sujetas inscripción ante el Registro Público a cargo de este Organismo podrá prever mecanismos para la realización en forma no presencial de las reuniones del órgano de administración, siempre que el quórum de las mismas se configure con la presencia física en el lugar de celebración de los integrantes necesarios para ello y que la regulación estatutaria garantice la seguridad de las reuniones y la plena participación de todos los miembros de dicho órgano y del órgano de fiscalización, en su caso. El acta resultante deberá ser suscripta por todos los participantes de la reunión”.

Ahora bien, el legislador administrativo modifica, con base en las competencias que le son asignadas legalmente, el texto original de ese artículo, pero haciendo extensiva dicha modificación no solo a las reuniones del órgano de administración, sino también al de gobierno.

Así, el art. 1º de la res. 11/2020 dispone como quedará redactado el texto del nuevo art. 84 de la res. gral. 7/2015 indicando que el estatuto de las sociedades sujetas a inscripción ante el Registro Público a cargo de la Inspección General de Justicia podrá prever mecanismos para

la realización de las reuniones del órgano de administración o de gobierno a distancia utilizando medios que les permitan a los participantes comunicarse simultáneamente entre ellos, siempre que la regulación estatutaria garantice:

1. La libre accesibilidad de todos los participantes a las reuniones;
2. La posibilidad de participar de la reunión a distancia mediante plataformas que permitan la transmisión en simultáneo de audio y video;
3. La participación con voz y voto de todos los miembros y del órgano de fiscalización, en su caso;
4. Que la reunión celebrada de este modo sea grabada en soporte digital;
5. Que el representante conserve una copia en soporte digital de la reunión por el término de 5 años, la que debe estar a disposición de cualquier socio que la solicite;
6. Que la reunión celebrada sea transcripta en el correspondiente libro social, dejándose expresa constancia de las personas que participaron y estar suscriptas por el representante social.
7. Que en la convocatoria y en su comunicación por la vía legal y estatutaria correspondiente, se informe de manera clara y sencilla cuál es el medio de comunicación elegido y cuál es el modo de acceso a los efectos de permitir dicha participación.

Con total coherencia, y en atención a la situación de aislamiento social preventivo y obligatorio, el art. 3º de la resolución bajo trato dispuso que “... durante todo el período en que por disposición del Poder Ejecutivo de la Nación, se prohíba, limite o restrinja la libre circulación de las personas en general como consecuencia del estado de emergencia sanitaria declarada por el dec. de Necesidad y Urgencia 297/2020 y sus eventuales prorrogas, se admitirán las reuniones del órgano de administración o de gobierno de sociedades, asociaciones civiles o fundaciones celebradas a distancia mediante la utilización de medios o plataformas informáticas o digitales, cuando sean celebrados con todos los recaudos previstos [...] de la presente resolución”.

(4) Disponible en <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/245000-249999/249837/resgral7.pdf>.

ción, aun en los supuestos en que el estatuto social no las hubieran previsto. Transcurrido este periodo únicamente se aceptarán la celebración de las reuniones del órgano de administración o de gobierno celebradas a distancia mediante la utilización de medios o plataformas informáticas o digitales, cuando los estatutos sociales expresamente lo prevean en términos de los arts. 84 o 360 de la res. gral. 7/2015”.

El art. 158 de la res. 7/2015 de la IGJ dispone que “[l]a Inspección General de Justicia puede disponer de oficio o a requerimiento de interesado, la concurrencia de inspectores de justicia a las asambleas de accionistas y reuniones de directorio de las sociedades por acciones. Su actuación se regirá por lo dispuesto en la presente Sección y a lo establecido en el Anexo XVII. Es menester del organismo poder realizar las modificaciones adicionales que hagan falta para minimizar lo máximo posible el nivel de burocracia a la hora de las convocatorias de asambleas u otras reuniones societarias que hoy generan mayores gastos y que no siempre son tan efectivas como se requiere.

IV. Ley de Sociedades. Actas

En la Ley de Sociedades, el legislador fijó en el art. 73 las formalidades generales de las actas. En ese sentido, dejó claro que “[d]eberá labrarse en libro especial, con las formalidades de los libros de comercio, acta de las deliberaciones de los órganos colegiados.

Las actas del directorio serán firmadas por los asistentes. Las actas de las asambleas de las sociedades por acciones serán confeccionadas y firmadas dentro de los cinco [5] días, por el presidente y los socios designados al efecto”.

Tanto las actas del directorio, como las de asamblea deberán estar firmadas dice, sin aclarar expresamente si debe ser firma hológrafa, electrónica o digital, y adicionalmente las de asamblea deben serlo dentro de los cinco días de realizada la misma. Este plazo, y con base en mi experiencia como secretario de directorio en una SAPEM, resulta de muy difícil cumplimiento para los tiempos actuales, donde muchos de los participantes o autoridades no viven en el ámbito de la sede social, en el extranjero, son funcionario con múltiples agendas, etc.

IV.1. Sociedades Anónimas. Acta. Contenido

En el caso de las sociedades anónimas, el art. 249 de la ley 19.550 establece que “[e]l acta confeccionada conforme el art. 73, debe resumir las manifestaciones hechas en la deliberación, las formas de las votaciones y sus resultados con expresión completa de las decisiones”. Es decir que una antigüedad, a esta altura, es la posibilidad que le asigna la norma a cualquier accionista para solicitar a su costa, copia firmada del acta.

IV.2. Domicilio de los directores. Domicilio especial

Podemos señalar que tradicionalmente se ha entendido al domicilio como un lugar dentro del ámbito geográfico territorial, que la ley atribuye como asiento jurídico de la persona

para la producción de determinados efectos jurídicos (5).

Esa imposición legal es necesaria a fin de que las personas puedan ser localizadas para el cumplimiento de sus obligaciones y el ejercicio de sus derechos, por lo que puede afirmarse que toda persona tiene el deber y el derecho de tener un domicilio, para así garantizar el funcionamiento del estado de derecho. Se incluye aquí tanto a las personas humanas, como a las jurídicas.

La ley mantiene hoy un anacrónico simulacro que refiere al domicilio especial. El art. 256, para el caso de las sociedades anónimas, establece que “[t]odos los directores deberán constituir un domicilio especial en la República, donde serán válidas las notificaciones que se les efectúen con motivo del ejercicio de sus funciones, incluyéndose las relativas a la acción de responsabilidad”.

El art. 75 del Cód. Civ. y Com. sigue esa línea y establece que el domicilio especial es el que las “.. partes de un contrato [sociedad] pueden elegir [...] para el ejercicio de los derechos y obligaciones que de él emanan”.

(5) Disponible en http://www.cajaabogados.org.ar/src.img_up/19052017.3.pdf.

Pero ese concepto clásico de domicilio va cayendo en desuetudo, cuánto más no sea en su concepción ontológica asociada a lo especial, a lo físico o real.

Para no extenderme mucho más en este punto, puedo reseñar lo que el Código Procesal Civil y Comercial (Cód. Proc. Civ. y Com.) de la provincia de Buenos Aires refiere al denominado domicilio electrónico, usado y exigido cada vez más por todo el arco normativo nacional y el derecho provincial.

Así, el art. 40 del Cód. Proc. Civ. y Com. (texto según ley 14.142), prescribe que "... toda persona que litigue por su propio derecho o en representación de tercero, deberá constituir domicilio dentro del perímetro de la ciudad que sea asiento del respectivo juzgado o tribunal, juntamente con una casilla de correo electrónico, que será la asignada oficialmente al letrado que lo asista..." Fija, además, la sanción ante su ausencia, situación que fue resuelta por la justicia provincial (6).

Dentro del Poder Judicial de la Nación, la Corte Suprema de Justicia, dentro del proceso de cambio y modernización en la prestación del servicio de justicia reglamentó distintos aspectos vinculados al uso de tecnologías electrónicas y digitales y dispuso su gradual ejecución en el ámbito de los tribunales federales y nacionales a partir de la puesta en marcha de distintos proyectos de informatización y digitalización.

En ese marco, el máximo tribunal dictó las acordadas 31/2011, 14/2013, 38/2013, 11/2014, 3/2015, 38/2016 y 27/2017 en uso de las facultades que le otorga la Constitución Nacional y en razón de lo dispuesto por las leyes 25.506, 26.685 y 26.856.

Para cerrar el círculo, por medio de las acordadas 4/2020, 11/2020 y 12/2020, la Corte dispuso que las presentaciones que se realicen en el ámbito de la Justicia Nacional y Federal serán completamente en formato electrónico. Tam-

bién se aprueba el uso de la firma electrónica y digital en su ámbito respecto de los diferentes actos jurisdiccionales y administrativos que suscriban los Sres. ministros, secretarios del Tribunal. Establecen que en los casos en que se aplique la firma electrónica digital, no será necesario la utilización del soporte papel.

Como punto de mayor trascendencia disponen que, cuando no fuera posible la celebración de acuerdos de ministros en forma presencial —conforme lo previsto en art. 11 del dec.-ley 1285/1958—, estos podrán realizarse por medios virtuales o remotos con la misma validez que la prevista en los arts. 70 y 71 del Reglamento para la Justicia Nacional. Aclarando que tal disposición se circunscribe a estos momentos excepcionales y no será de aplicación en momentos de normalidad.

La Administración Federal de Ingresos Públicos reglamentó el Domicilio Fiscal Electrónico, que es, a decir del Organismo (7), un domicilio virtual, seguro, personalizado y válido registrado por los ciudadanos y responsables para el cumplimiento de sus obligaciones fiscales y para la entrega o recepción de comunicaciones en el servicio *e-Ventanilla*. Por él se comunican novedades y actos administrativos sobre embargos, liquidaciones, citaciones, notificaciones, emplazamientos, intimaciones y gestiones judiciales del organismo recaudador.

(7) El art. 176 de la ley 27.430 (BO del 29/12/2017) dispuso: "Sustitúyese el artículo sin número agregado a continuación del art. 3° de la ley 11.683, texto ordenado en 1998 y sus modificaciones, por el siguiente: 'Art. ...— Se considera domicilio fiscal electrónico al sitio informático seguro, personalizado y válido, registrado por los contribuyentes y responsables para el cumplimiento de sus obligaciones fiscales y para la entrega o recepción de comunicaciones de cualquier naturaleza que determine la reglamentación; ese domicilio será obligatorio y producirá en el ámbito administrativo los efectos del domicilio fiscal constituido, siendo válidos y plenamente eficaces todas las notificaciones, emplazamientos y comunicaciones que allí se practiquen. La Administración Federal de Ingresos Públicos establecerá la forma, requisitos y condiciones para su constitución, implementación y cambio, así como excepciones a su obligatoriedad basadas en razones de conectividad u otras circunstancias que obstaculicen o hagan desaconsejable su uso. En todos los casos deberá interoperar con la Plataforma de Trámites a Distancia del Sistema de Gestión Documental Electrónica'".

(6) C2ª Civ. y Com. La Plata, en pleno, 23/02/2017, "Federación Médica de la Pcia. de Bs. As. C. Obra Social Unión Personal Civil de la Nación Accord Salud s/ repetición sumas de dinero" (causa 121.017).

Además, podrán notificar en el servicio el Ministerio de Trabajo de la Nación, Rentas provinciales y el Ministerio de Producción.

Por medio de la res. gral. 4280/2018 del 24 de julio de 2018 (8) la Administración Federal reglamentó aquellas cuestiones vinculadas al domicilio fiscal electrónico obligatorio en lo que respecta a su constitución, implementación, efectos y excepciones.

V. Libros digitales (9)

Los Libros Digitales son una nueva modalidad para llevar los asientos societarios y contables por medios electrónicos.

Es la modalidad Obligatoria para llevar los libros de cualquier Sociedad por Acciones Simplificada (SAS).

El art. 58 de la ley 27.349 de Apoyo al Capital Emprendedor, y los arts. 51 a 58 de la res. gral. IGJ 6/2017 determinan los requisitos para la jurisdicción de IGJ, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

V.1. Libros societarios en las Sociedades Anónimas Simplificadas

La ley 27.349 de Apoyo al Capital Emprendedor, establece en su art. 85 los libros que deben llevar ese tipo de sociedades, nacidas al amparo de dotar de mayor agilidad y menores costos asociados a las entidades, y que la ley denomina "Registros Digitales".

La nueva norma marca grandes diferencias entre los Libros Rubricados y los nuevos Libros Digitales.

Un libro digital contiene la misma información que uno rubricado. Lo que cambia es la forma en que se anotan y registran.

(8) Disponible en http://biblioteca.afip.gob.ar/dcp/REAG01004280_2018_07_24.

(9) Disponible en http://www.jus.gob.ar/media/332-5183/manual_libros_digitales_-_febrero_2019.pdf.

- Libros rubricados

- El libro se debe comprar y rubricar, para hacerlo oficial y darle valor legal.

- Los asientos o actas se transcriben a mano o se imprimen en el libro.

- Se firma ológrafa y presencialmente cada asiento o acta.

- Existe un solo original de cada libro, que debe almacenarse en la Sede Social.

- Libros digitales

- El registro se habilita automáticamente con la inscripción de la SAS (sin costos de comprar y rubricar libros).

- Los asientos o actas se pueden redactar y firmar de manera digital y remota.

- Cada documento se registra de manera individual, online y gratuita.

- Permite almacenar múltiples originales de los asientos y actas, distribuirlos a socios y terceros.

Así, dispone que las SAS deberán llevar los siguientes registros:

a) Libro de actas.

Es donde se resumen las decisiones de cada reunión oficial entre miembros de algún órgano de la SAS. Debe confeccionarse un documento distinto por cada acto o reunión, y registrarse dentro de los diez días posteriores a la celebración del acto. Se pueden registrar:

- Actas de Socios (también llamadas Actas de Asamblea).

- Actas de Administradores.

- Actas de Síndicos.

- Otros (para actas de reunión de otros órganos que pudiera tener la sociedad).

b) Libro de registro de acciones.

Es donde los administradores llevan el registro de cantidad y clase de acciones que posee cada accionista. El primer documento por registrar debe contener la anotación inicial de la distribución del capital accionario, y registrarse un nuevo documento cada vez que se modifique esa distribución (ver ley 19.550 art. 213).

c) Libro diario.

d) Libro de inventario y balances.

Todos ellos, reza la norma, se individualizarán por medios electrónicos ante el registro público. Estos podrán reglamentar e implementar mecanismos a los efectos de permitir a la sociedad anónima simplificada suplir la utilización de los registros mediante medios digitales y/o mediante la creación de una página web en donde se encuentren volcados la totalidad de los datos de dichos registros.

VI. Firma digital (10)

La ley 25.506 de Firma Digital reconoció la eficacia jurídica del documento electrónico, la firma electrónica y la firma digital, estableciendo las características de la Infraestructura de Firma Digital.

Luego, la ley 27.446 designó al entonces Ministerio de Modernización (11) como Autoridad de Aplicación de la ley 25.506.

El dec. 182/2019, reglamentario de la ley 25.506 de Firma Digital, y estableció el procedimiento que los certificadores deben observar para la obtención de una licencia y detalló la documentación exigida para el cumplimiento de las condiciones estipuladas en la mencionada normativa.

La firma digital es una herramienta tecnológica que permite añadir a mensajes y documentos digitales una huella o marca única, a través de ciertas operaciones matemáticas. La firma digi-

tal tiene la misma validez jurídica que la firma manuscrita de los documentos en papel, con propiedades de seguridad mayores.

Principalmente, se utiliza para firmar documentos PDF y correos electrónicos, pero también pueden firmarse documentos de texto, plantillas, imágenes y virtualmente cualquier tipo de documento.

Facilita el reemplazo de documentación en papel por su equivalente en formato digital. Ahorra costos, simplifica procedimientos y brinda seguridad en el intercambio de información. La firma digital permite que el receptor de un mensaje o documento pueda:

- Identificar al firmante (Autenticación).
- Asegurar que el firmante efectivamente generó ese documento (No Repudio).
- Garantizar que el contenido no fue modificado luego de la firma (Integridad).

Para obtener la Firma Digital, puede dirigirse ante cualquier Autoridad de Registro de la Administración Pública, o consultar con alguno de los Certificadores Licenciados. También puede solicitar turno para adquirir la Firma *Digital Cloud* (sin *token* de firma) en la Plataforma de Firma Digital Remota (PDFR).

VII. Derecho provincial. Reuniones a distancia

Ahora voy a hacer un repaso sobre las normas similares a la analizada que emitieron en el ámbito provincial las diferentes Direcciones de Personas Jurídicas u órganos de contralor del registro público de comercio provinciales. En ese sentido puedo decir, sin equivocarme, que la solución prevista en la normativa que rige en la provincia invencible resulta a la postre la que mejor se adecúa a los que entiendo debió regular la IGJ, pero es sabido el criterio más conservador del Organismo capitalino.

No puedo dejar de mencionar que en este análisis me llevé algunas sorpresas en atención a la facilidad para indagar en los diferentes boletines oficiales provinciales que están publicados en las páginas web oficiales. Por el contrario, en una de las provincias tuve la desagradable ex-

(10) Disponible en <http://39jaiio.sadio.org.ar/node/99>.

(11) Disponible en <https://www.argentina.gob.ar/je-factura/innovacion-publica/administrativa/firmadigital>.

perencia de tener que brindar mis datos personales y hasta la clave única de identificación tributaria (CUIT) para acceder solo al boletín del día, no permitiendo buscar en boletines de días anteriores. Esto es algo que no tiene ninguna explicación republicana a la altura del siglo en que vivimos y sobre los que las autoridades provinciales deberían dar una explicación.

VII.1. Córdoba

La Dirección General de Inspección Personas Jurídicas de la provincia mediterránea emitió con fecha 2 de abril del corriente año, la res. 25/2020 (12) por la que se habilita la celebración de reuniones a distancia de directorio y asambleas, y se fijan las pautas y procedimientos que deben seguir, eliminando la diferenciación en materia de presencia física o por medios no presenciales a los efectos de computar el quórum, siempre que en ambos supuestos se reúnan los requisitos de participación efectiva.

VII.2. Río Negro

En medio del aislamiento obligatorio, la Inspección General de Personas Jurídicas dispuso reconocer la validez de las reuniones celebradas por sociedades comerciales, fundaciones y asociaciones a través de medios digitales, como las videoconferencias.

La medida fue implementada a través de la res. 115/2020 (13) y facilita la convocatoria y celebración de encuentros y asambleas de los órganos de administración y gobierno de las instituciones bajo su control durante todo el periodo en que se prohíba, limite o restrinja la libre circulación de las personas. Las mismas podrán ser celebradas a distancia, aún en los supuestos en que el estatuto o el contrato sociales no las hubieran previsto.

(12) Disponible en https://boletinoficial.cba.gov.ar/wp-content/4p96humuzp/2020/04/1_Secc_060420.pdf.

(13) Disponible en https://www.rionegro.gov.ar/download/boletin/5867_extra.pdf.

VII.3. Misiones

A través de la disposición 64/2020 (14) del 30 de marzo de 2020 la Dirección de Personas Jurídicas de la Provincia de Misiones dispone, en sintonía con el Organismo con sede en la Capital Federal, que el estatuto las sociedades bajo su contralor y sujetas a la inscripción en el Registro Público de Comercio podrán prever mecanismos para la realización de las reuniones del órgano de administración y gobierno a distancia cumpliendo requisitos similares a los indicados en el orden nacional. Adicionalmente, se aceptarán dichas reuniones mientras dure el aislamiento decretado por el Poder Ejecutivo Nacional a pesar de que ello no esté contemplado en sus estatutos.

VII.4. Corrientes

El 8 de abril pasado fue publicada en el Boletín Oficial la res. gral. 000002 de fecha que emitiera la Inspección General de Personas Jurídicas de la provincia mesopotámica. En dicha norma se adoptó una fórmula diferenciada a la nacional o vistas hasta aquí ya que por art. 1º se suspenden las celebraciones de Asambleas Ordinarias y Extraordinarias de las Entidades Civiles y Sociedades Comerciales, como así también la presentación de documentación relacionada a trámites ordinarios que se formalicen por ante la Inspección General de Personas Jurídicas, en el marco del dec.-ley 28/2000, durante la Emergencia Sanitaria por la que atraviesa la provincia y el país.

Luego, en su artículo segundo se decide prorrogar el mandato de las Autoridades de las Entidades sujetas a contralor de la Inspección General de Personas Jurídicas y hasta tanto cese la causal descripta en el artículo primero.

Finalmente, en lo que se asemeja a la norma federal, insta a las autoridades de las Entidades Civiles y de las Sociedades Comerciales a que realicen sus reuniones administrativas (Reuniones de Comisión Directivas, Consejo de Administración, Directorio, Gerencia, etc.) dentro del

(14) Disponible en <https://www.boletindigital.misiones.gov.ar/boletines/15132%20SUP.pdf>.

marco de sistema digitales (Teleconferencias, WhatsApp, Skype, etc.) a fin de evitar el contacto personal entre sus miembros. En ese punto no estable ningún requisito adicional de validez de dichas reuniones como sí lo fija la norma de IGJ.

VII.5. Buenos Aires

El día 13 de marzo el Director Provincial de Personas Jurídicas emitió la DISPO-2020-12-GDEBA-DPPJMJGP (15) por la cual autoriza por el plazo de ciento ochenta [180] la remisión por medios de comunicación electrónicos a distancia de documentación pre y post asamblearia de asociaciones civiles, fundaciones, mutuales y sociedades comerciales sujetas a fiscalización estatal permanente conforme lo establecido en los arts. 291, 292, 294, 295, 296, 297 y 298 de la disposición DPPJ 45/2015.

En sitio oficial de la Dirección de Personas Jurídicas de la provincia, encontramos un *pop-up* o ventana emergente con una serie de direcciones de correo electrónico para atención durante el aislamiento social obligatorio.

Allí se consigna el correspondiente para el envío de documental pre o post asamblearia.

VII.6. Santa Fe

En el caso de la “Provincia Invencible” el mecanismo bajo análisis ya había sido incorporado, como lo hacía la normativa de la IGJ, por medio de la res. IGPJ 7/2019 (16) del 10 de diciembre de 2019 (BO 18/12/2019) y determina, en el punto que nos interesa, que “4. Reuniones del órgano de administración y gobierno a distancia: Se admitirán en los estatutos cláusulas que prevean las reuniones del órgano de administración o del órgano de gobierno por cualquier medio que permitan la participación simultánea de todos los participantes. A tales efectos se deberá dejar prevista en el estatuto la forma que se utilizará. Debiendo siempre garantizarse soportes —aprobados por esta IGPJ— que garanticen lo acontecido en el acto

(15) Disponible en <https://normas.gba.gob.ar/documentos/B3zvO1I7.pdf>.

(16) Disponible en <http://news.ips.com.ar/files/rigpj-stafe719.html>.

colegial, el acta deberá dejar constancia de ello, la misma deberá ser suscripta por el presidente de la asamblea y por el órgano de fiscalización si lo hubiere. *También se admitirá dicho procedimiento, aunque no estuviere previsto en el estatuto si hubiere consentimiento expreso de todos los participantes*” (el destacado me pertenece).

VIII. A modo de colofón

Luego de hacer un repaso por la normativa emitida por la Inspección General de Justicia nacional, lo que prescribe la Ley de Sociedades Comerciales, la jurisprudencia y doctrina sobre distintos aspectos relacionados con las reuniones de directorio y asambleas sociales, la novedad introducida por la el nuevo tipo social de sociedades anónimas simplificadas y el uso de firma digital, libros digitales y domicilio electrónico, hice un punteo sobre lo que existía a la fecha de la declaración de emergencia sanitaria y el establecimiento del aislamiento social preventivo y obligatorio por parte del Poder Ejecutivo Nacional.

La longitud del presente trabajo no es idónea para profundizar en todos los aspectos señalados y otros que, por muy actuales, no tiene una solución al momento de redactar este trabajo, como por ejemplo la validez de las sesiones a distancia del Honorable Senado de la Nación y la acción declarativa de certeza incoada por ante la CS por parte de la presidencia de la Cámara Alta.

Lo que puedo decir es que normativa de la provincia de Santa Fe resulta la que mejor recepta y con tiempo de antelación, una solución ágil y efectiva para atender situaciones de verdadera emergencia nacional. Emergencia que como hombre del derecho es por primera vez en la historia que entiendo se configura con todo su potencial y expende sus efectos a todo el mundo jurídico y logra conmovir los fundamentos constitucionales de muchos principios que solo se creían de laboratorio.

Es la norma de la Inspección General de Justicia de aquella provincia, no exige una modificación estatutaria para que las reuniones sociales, de directorio o asamblea, se celebren a distancia, hecho que sin duda generará una avalancha de trámites en la autoridad nacional una vez

levantada a cuarentena. Solo es necesario, dice la norma santafesina, el consentimiento expreso de todos los participantes. Y habla de los participantes y no de todos los socios con derecho a voto o directores, porque se entiende que estado debidamente notificados y siempre que se cumpla con el quórum y mayorías sus derechos se encuentran a salvo.

Sin embargo, la norma de la Inspección General de Justicia nacional era una norma muy esperada por el mundo jurídico y societario en un mundo sacudido por fenómenos nunca vistos, y por la dinámica mercantil que parece tiene una velocidad diferencial exigiendo de las autoridades un mayor grado de flexibilidad a la hora de regular en quehacer societario.

Thomson Reuters

Personas jurídicas privadas: Reuniones a distancia en tiempos de cuarentena

Fernanda Cientofante^(*)
Manuel J. Carricajo^(**)

Sumario: I. Introducción.— II. Normativa de las personas jurídicas privadas.— III. Normativa dictada en la emergencia.— IV. Plataformas.— V. Conclusión.— VI. Bibliografía.

I. Introducción

Debido a la pandemia por la extensión y expansión del virus COVID-19 y la cuarentena obligatoria dictada por el dec. 297/2020 (1), se ha generado una situación atípica para el normal desenvolvimiento de las empresas y las organizaciones civiles, los consorcios y las demás personas jurídicas privadas establecidas en el art. 148 del Cód. Civ. y Com. Para tomar decisiones trascendentales que afectan al patrimonio de la persona jurídica, como compras de insumos, o realizar las asambleas de memoria y balance, en el marco de una cuarentena obligatoria, es necesario y conveniente, utilizar tecnologías de la información y comunicación.

La Asamblea a Distancia, como herramienta del derecho societario introducida por el Código Civil y Comercial y que hasta ahora no ha sido muy utilizada en nuestro país, toma importancia ante la pandemia del COVID-19, y se constituye en una de las alternativas, para que la vida de las sociedades comerciales, herramienta fundamental para la economía y de las organizaciones de la sociedad civil (funda-

mentalmente fundaciones y asociaciones civiles), herramienta fundamental para el manejo de la crisis, continúen funcionando de la mejor manera posible. Entendemos, que serán tiempos de tomar decisiones difíciles, y es necesario dotar a los órganos de gobierno, de herramientas que les permita ser un buen “piloto de tormentas”, reduciendo la discrecionalidad de sus decisiones y evitando así responsabilidades societarias. Esto posibilitara, que los órganos de administración y de gobierno, puedan contar con la herramienta jurídica de la decisión de la asamblea o el órgano directivo, sin que ninguno de los miembros haya salido de su domicilio, y con el régimen de mayorías que establezca el estatuto.

El trabajo consiste en analizar críticamente la normativa de las personas jurídicas privadas, en el derecho argentino, referente a las reuniones a distancia, para ser aplicadas en este contexto y las plataformas existentes que permitirían ejercer la reunión a distancia de forma segura, transparente y con herramientas para contabilizar el quórum, asegurar la participación con voz y voto de los socios y de los órganos de fiscalización.

II. Normativa de las personas jurídicas privadas

A nivel nacional, en cuestiones de tecnología de la información y la comunicación y que se aplica a todas las personas jurídicas privadas, el Cód. Civ. y Com. ha incluido en su arti-

(*) Abogada. UNMDP.

(**) Escribano Adscripto del Registro 34 del Partido de General Pueyrredón. Integrante de la Comisión de Compromiso Social, Hábitat y Vivienda del Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires.

(1) Ver: <https://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primer/227042/20200320>.

culado que desarrolla el funcionamiento de la persona jurídica, lo referente de las asambleas a distancia en el art. 158 *in fine* que establece: *En ausencia de previsiones especiales rigen las siguientes reglas: a. si todos los que deben participar del acto lo consienten, pueden participar en una asamblea o reunión del órgano de gobierno, utilizando medios que les permitan a los participantes comunicarse simultáneamente entre ellos. (...) (2).* Esta frase habilita el uso de tecnología de la información (mediante plataformas como Skype, Hangouts, Zoom, entre otros) para ejercer una presencia virtual, respetando el principio de igualdad entre los socios, con el objetivo de facilitar el accionar de los órganos sociales.

Según Mauricio Boretto, la presencia puede ser física o virtual, que lo que importa es que la

(2) Los antecedentes nacionales de esta norma son los siguientes: A) El dec. 677/2001 (Régimen de Transparencia de la oferta pública) que modifica la ley 17.811 e introduce el uso de medios de comunicación electrónicos para facilitar reuniones del órgano de administración de las entidades emisoras de obligaciones negociables: Art. 65.— Reuniones a Distancia. El órgano de administración de las entidades emisoras podrá funcionar con los miembros presentes, o comunicados entre sí por otros medios de transmisión simultánea de sonido, imágenes o palabras, cuando así lo prevea el estatuto social. El órgano de fiscalización dejará constancia de la regularidad de las decisiones adoptadas. Se entenderá que solo se computarán a los efectos del quórum a los miembros presentes, salvo que el estatuto establezca lo contrario. Asimismo, el estatuto deberá establecer la forma en que se hará constar en las actas la participación de miembros a distancia. Las actas serán confeccionadas y firmadas dentro de los cinco [5] días de celebrada la reunión por los miembros presentes y el representante del órgano de fiscalización. El Estatuto podrá prever que las asambleas se puedan también celebrar a distancia, a cuyo efecto la Comisión Nacional de Valores reglamentará los medios y condiciones necesarios para otorgar seguridad y transparencia al acto. Se basó en el código del buen gobierno de las sociedades cotizadas de la Comisión Nacional de Valores de España. B) El art. 61 de la ley 26.831 (Ley de Mercado de Capitales) y el art. 61 de su decreto reglamentario, que deroga el decreto desarrollado ut-supra. Este artículo establece que las asambleas de accionistas puedan celebrarse a distancia y el decreto reglamenta los requisitos a cumplir para que la sociedad implemente esta modalidad de reunión. Tiene que estar prevista en el estatuto social. Aunque haya problemas terminológicos con respecto al concepto de distancia que reproduce el Código Civil y Comercial, fue un gran avance con respecto al uso de la tecnología por parte de las entidades que cotizan en bolsa.

participación sea real, a través de medios que aseguren la *intersubjetividad y simultaneidad* (principio de igualdad entre socios), esto es, que hagan factible que cada individuo emita su voto o mensaje, y dirigirlos a otros, y que estos pueden recibirlo simultáneamente, al mismo tiempo (por teleconferencia o videoconferencia, entre otros) (Boretto 2015: 302).

II.1. Debates y críticas a la aplicación del art. 158 del Cód. Civ. y Com.

En materia societaria, se debate si este artículo se aplica a todos los órganos de deliberación de la sociedad o solo a los órganos de gobierno. Para una parte de la doctrina, este artículo se aplica a todos los órganos de gobierno, de administración y de fiscalización, por una omisión involuntaria del legislador, máxime teniendo en cuenta los antecedentes de la norma. Pero, para otra parte de la doctrina, entre ellos Vítolo y Nissen, este artículo no se aplica para los órganos de administración y fiscalización por la redacción del artículo, en la cual la limita solamente a las asambleas, en relación con la cantidad de personas que componen estos órganos, la dificultad para mostrar los libros sociales y por la obligación de los directores de la sociedad anónima de tener domicilio en el país.

Las críticas que hacen Nissen y Vítolo, sobre la cantidad de personas que componen los órganos de administración y los libros sociales, se debilitan por:

— El avance de *derecho societario registral digital y la actividad notarial*, en el caso de la creación en plataforma digital, de los libros societarios digitales y los poderes electrónicos en las SAS (3). En el ámbito notarial, esta reforma modificó la forma de constitución de las sociedades, porque se utiliza una plataforma de actuaciones notariales en soporte digital para su constitución (Trámites a Distancia o TAD),

(3) Arts. 35, 51 (párr. 3º) 58 y 59 de la ley 27.349 (Ley de Apoyo al Capital Emprendedor). Esto es posible gracias a la incorporación de la firma digital y documento digital en la ley 25.506 y su posterior modificación en 2018 y al Cód. Civ. y Com. en sus arts. 288, 289, 290, 299 a 301 y 308, en el cual se puede llegar a la conclusión de que los documentos en soporte digital y soporte papel han sido equiparados en la normativa.

usando firma digital (4). La norma permite el uso de protocolo digital y poderes electrónicos, para agilizar los trámites en sede notarial, a pesar de que no se ha habilitado protocolo digital electrónico en ninguna jurisdicción. Solamente la provincia de Buenos Aires y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, han habilitado una plataforma de gestión y confección de actuaciones notariales digitales, que permite la expedición de primeras o ulteriores copias, de poderes, en formato netamente digital. Asimismo, la inscripción de la sociedad en los orga-

(4) En el caso de la provincia de Buenos Aires, la ley 27.349 está reglamentado por la disposición 131/2017, en especial el art. 35 de dicha ley tiene su reglamentación en el art. 7º de dicha disposición, comentada en la SOIN circular 68 del Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires. En CABA está regulado por la res. 6/2017 de la IGJ. En Córdoba esta reglamentada por la res. gral. 58-G/2018 de fecha 27/08/2018. A través de dicha resolución, reglamentó los libros digitales de las SAS, estableciendo la obligatoriedad de llevar los registros digitales: Libro de Actas, Libro de Registro de Acciones, Libro Diario y Libro de Inventario y Balances (art. 1º), pudiendo así vez llevar otros libros (art. 8º). Las normativas expuestas en el párrafo anterior tienen algo en común: la utilización de una plataforma digital, que en realidad es un sistema Cloud, proporcionado por el Estado. Esto genera varios conflictos: Ubicación de los libros sociales. Propiedad de los libros: los libros societarios pertenecen a la SAS por el art. 322 del Cód. Civ. y Com. Confidencialidad: El Estado no debe acceder a los libros digitales de manera directa ni los organismos autárquicos pueden hacer cruces automáticos. El Estado solo debe custodiar los documentos alojados en dichos servidores, símil a la naturaleza jurídica del contrato de depósito regulado en el Cód. Civ. y Com. Asimismo el Estado tiene el deber de secreto respecto de los datos tratados porque es responsable de la base de datos. Seguridad: El estado debe asegurar los datos alojados en dichos servidores, encriptándolos y emitiendo certificados digitales cada vez que se suba un registro o una modificación del mismo. En mi opinión, es aplicable la normativa de protección de datos personales, en especial el art. 9º, que establece la obligación a los que manejan los datos la implementación de medidas de seguridad, y el art. 12 que establece los límites del tráfico transfronterizo de datos, con su respectiva reglamentación, en caso de que el Estado contrate un servicio de Cloud. Responsabilidad del administrador: en caso de pérdida, robo de información, acceso indebido: ¿es responsable el Estado como custodio o el servidor de Cloud? La ley 25.326 establece sanciones administrativas y penales a quien cometió la infracción. Aunque el Estado sea un intermediario entre la relación usuario- plataforma, se debe tener en cuenta que es responsable del manejo de la base de datos y de tener un protocolo de seguridad conforme a la Ley de Protección de Datos Personales, por el art. 15 y 26 de la Ley de Protección de Datos.

nismos de control es digital, como también los libros digitales que tienen una plataforma en el GDEBA (Buenos Aires) o TAD (CABA) donde se pueden hacer verificaciones sobre la autenticidad del documento digital y de la firma digital, a través de un código hash que refuerza la seguridad jurídica de los actos jurídicos otorgados por las SAS. Asimismo, todas las personas jurídicas privadas y quienes realizan una actividad económica organizada o son titulares de una empresa o establecimiento comercial, industrial, agropecuario o de servicios, por el art. 329, inc. a del Código Civil y Comercial, que establece los actos sujetos a autorización, podrán sustituir los libros por soportes mecánicos, magnéticos y electrónicos y la conservación de los mismos en microfilm, discos ópticos u otros medios.

— En el ámbito de Ciudad Autónoma de Buenos Aires, la res. gral. 7/2005 (5) de la Inspección General de Justicia (en adelante, IGJ) regula las reuniones a distancia para los órganos de administración de las asociaciones civiles, en su art. 352, punto 5: *La realización en forma no presencial de las reuniones del órgano de administración*, siempre que el quórum de las mismas se configure con la presencia física en el lugar de celebración de los integrantes necesarios para ello y que la regulación estatutaria garantice la seguridad de las reuniones y la plena participación de todos los miembros de dicho órgano y del órgano de fiscalización, en su caso. Asimismo, la res. gral. 7/2015 (6) de la IGJ dio mecanismos para permitir *las reuniones de órganos de administración a distancia* en el art. 85: deben ser sociedades inscriptas en el Registro Público, asegurar el quórum con los miembros presentes físicamente en el lugar de reunión y asegurar el principio de igualdad entre todos los socios.

En nuestra provincia de Buenos Aires, la disposición 45/2015 de la Dirección Provincial de Personas Jurídicas no establece ninguna reglamentación con respecto a las asambleas a distancia para las personas jurídicas que tengan sede social en la provincia. Si su estatuto no contiene un artículo específico sobre el tema,

(5) Ver: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/105000-109999/109087/texact.htm>.

(6) Ver: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/245000-249999/249837/norma.htm>.

se aplica subsidiariamente el contenido del art. 158 del Cód. Civ. y Com. Según Salvochea, el artículo no especifica sobre la “formación del quórum y las dudas que se planteaban en doctrina. Entendemos, por nuestra parte, que bastará con la participación, aún virtual, de un número suficiente de socios o asociados que alcancen el mínimo previsto para el quórum, sin requerirse un mínimo de participantes físicamente presentes en ese sentido. Entendemos que esta es la solución que debe interpretarse del texto del art. 158 citado, dada la exigencia de que el acta sea suscripta por el presidente y otro administrador, no requiriéndose la firma de ningún socio o asociado” (7). “Así, podría aceptarse una reunión totalmente ‘virtual’. Los firmantes deberán conservar las constancias de la realización de la reunión. Entre ellas, entendemos que la más importante será la grabación fidedigna de la misma, registro que la tecnología actual permite realizar” (8).

Otra de los cuestionamientos que han recibido las asambleas a distancia es el criterio que las asambleas deben realizarse en la sede social.

Si bien la asamblea que se lleva a cabo en la sede social es lo normal y habitual, no es un requisito necesario para la celebración de la misma. Así lo establecen el art. 233 de la Ley General de Sociedades, que rige para las sociedades comerciales y que es de aplicación supletoria para asociaciones civiles, conforme el art. 186 del Cód. Civ. y Com., al decir “[l]as asambleas tienen competencia exclusiva para tratar los asuntos incluidos en los arts. 234 y 235. Lugar de reunión. Deben reunirse en la sede o en el lugar que corresponda a jurisdicción del domicilio social”.

(7) Con respecto a los libros sociales, si se usan libros digitales no habría problema tanto para la confección del acta con firma digital indicando el modo de realización de la asamblea, plataforma usada y el desarrollo de la misma con las herramientas digitales utilizadas, como para la visualización de los libros en una asamblea o reunión a distancia.

(8) La modernización del funcionamiento del órgano de gobierno de las personas jurídicas en el nuevo Código Civil y Comercial. Disponible en <https://www.abogados.com.ar/la-modernizacion-del-funcionamiento-del-organ-de-gobierno-de-las-personas-juridicas-en-el-nuevo-codigo-civil-y-comercial/16626>.

Claro está, en este caso, se deberá dar cumplimiento al art. 237 de la Ley General de Sociedades, que establece en su parte pertinente “[l]as asambleas serán convocadas por publicaciones durante cinco [5] días, con diez [10] de anticipación, por lo menos y no más de treinta [30], en el diario de publicaciones legales. Además, para las sociedades a que se refiere el art. 299, en uno de los diarios de mayor circulación general de la República. Deberá mencionarse el carácter de la asamblea, fecha, hora y lugar de reunión, orden del día, y los recaudos especiales exigidos por el estatuto para la concurrencia de los accionistas”.

Este criterio, es reafirmado por disposiciones de los organismos de contralor locales, como la res. gral. 7/2015 de IGJ, para el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, que en su art. 416 que establece: “Las asambleas no podrán llevarse a cabo fuera de la jurisdicción de su sede social sin contar con la previa autorización de la Inspección General de Justicia, la que deberá ser requerida por el representante legal o autorizado con facultades suficientes, debidamente acreditado acompañándose copia del acta de convocatoria a la asamblea en cuestión, con expresión suficiente de motivos y anticipación no inferior a quince [15] días la cual se considerará con criterio restrictivo. Las asambleas celebradas en infracción podrán ser declaradas irregulares e ineficaces a los efectos administrativos, sin perjuicio de la aplicación de las sanciones previstas en el art. 14 de la ley 22.315 a los integrantes de los órganos de administración y fiscalización”.

II.2. Consorcios de propietarios

A pesar que la mayoría de los reglamentos de propiedad no tienen incluido sistemas de comunicación y gestión mediados por TIC, para los consorcios de propiedad horizontal, puede ser aplicable la solución del art. 158 inc. a y el art. 2059 (9) del Cód. Civ. y Com., por ser perso-

(9) Art. 2059.— Convocatoria y quórum. Los propietarios deben ser convocados a la asamblea en la forma prevista en el reglamento de propiedad horizontal, con transcripción del orden del día, el que debe redactarse en forma precisa y completa; es nulo el tratamiento de otros temas, excepto si están presentes todos los propietarios y acuerdan por unanimidad tratar el tema. La asamblea puede autoconvocarse para deliberar. Las decisiones que

nas jurídicas privadas, por ende, *las asambleas podrían sesionar a distancia*.

Asimismo, podrían autoconvocarse en una plataforma a distancia, para deliberar. Las decisiones que se adopten serán válidas si la autoconvocatoria y el temario a tratar se aprueban por una *mayoría de dos tercios* de la totalidad de los propietarios.

En este caso, será de aplicación el art. 2060 del Cód. Civ. y Com., en cuanto a la notificación a los ausentes y pedido de nulidad de la asamblea.

Por último, se podrían adoptar decisiones sin asamblea, en forma unánime, conforme lo establece el art. 2059 del Cód. Civ. y Com., en su último párrafo, con lo cual el administrador, en un consorcio pequeño o mediano, podría tomar la decisión consultándolo a los propietarios, por cualquier medio (teléfono fijo, correo electrónicos, mensajes de WhatsApp u otras formas escritas u orales), sin asamblea.

Un ejemplo del último párrafo del art. 2059 es el Consorcio Participativo en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. En 2017, se realizó una modificación a la ley 941 del Registro Público de Administradores de Consorcio (texto consolidado por ley 5666) (10) en la se agregó un capítulo que introdujo la plataforma web “Consorcio Participativo”. En dicha ley, el art. 23 establece:

“El Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires incorpora la Aplicación Oficial, para el uso obligatorio de toda persona humana o jurídica que administre un consorcio a título oneroso en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires para la gestión administrativa del Consorcio.

“Dicha aplicación es optativa para los consorcistas, quienes pueden decidir sobre el uso y consulta de la misma.

se adopten son válidas si la autoconvocatoria y el temario a tratar se aprueban por una mayoría de dos tercios de la totalidad de los propietarios. Son igualmente válidas las decisiones tomadas por voluntad unánime del total de los propietarios, aunque no lo hagan en asamblea.

(10) BO de CABA: https://www.buenosaires.gob.ar/areas/leg_tecnica/sin/normapop09.php?id=29885&qu=c&cp&rl=1&rf=0&im&printi&mot_toda&mot_frase&mot_alguna.

“Dicha información está disponible para los consorcistas, quienes tienen la opción de usar este canal para su consulta y comunicación con el administrador con relación a sus reclamos”.

A pesar de las críticas que recibe por el tema de la protección de datos personales, obligaciones del administrador y la falta de capacitación, esta plataforma puede realizarse votaciones a distancia, entendiendo que la mayoría de los propietarios no pueden asistir a las reuniones del consorcio. Esta plataforma muestra el título y la moción a votar, en la cual se pueden incluir archivos para ampliar la misma, el código de votación otorgado por el administrador a los usuarios (propietarios e inquilinos con autorización) (11), el estado de la votación (en curso/finalizado) y el periodo de votación.

III. Normativa dictada en la emergencia

III.1. Res. 11/20 de la IGJ

Para las personas jurídicas privadas cuya sede sea dentro de CABA, las regulaciones de la IGJ representaban un problema ante esta situación atípica ya que exige el quórum de la asamblea o reunión con presencia física de los integrantes en el lugar de celebración dentro de la jurisdicción del domicilio social por la cuestión de los libros sociales, el interés particular del socio y la posibilidad de su participación en las mismas. Si la normativa considera que el quórum lo configuran los socios presentes físicamente en el lugar de celebración de la asamblea o reunión, genera una división entre la calidad de socios por el tipo de comunicación utilizada, violando así el principio de igualdad entre socios. Asimismo, por la cuarentena obligatoria, estas normativas se incumplirían ya que el dec. 297/2020 exige que las personas permanezcan en sus residencias habituales, el impedimento de desplazamiento salvo para realizar aprovisionamientos o quienes estén en las actividades exceptuadas, de evitar reuniones con varias personas por la alta tasa de contagio que tiene el virus. Por eso el quórum tiene que ser sobre los

(11) Art. 24.— Usuarios. La aplicación es de acceso exclusivo para los propietarios y administradores. Los inquilinos deben requerir una autorización previa por parte del propietario para la generación y alta de su usuario.

socios presentes, independientemente de si estos están físicamente o no en la reunión.

Esto ha sido parcialmente solucionado con el dictado de la res. gral. 11/2020 de la IGJ, que motivado en “que en lo que respecta específicamente a las personas jurídicas en el marco de esta excepcional situación, constituye un deber de esta Inspección General de Justicia la Nación, adoptar las medidas a su alcance para facilitar el correcto funcionamiento de todas las personas jurídicas sujetas a su jurisdicción en el marco del estricto cumplimiento de la normativa de emergencia dictada por el Poder Ejecutivo de la Nación”, ha modificado los arts. 84 y 360 de la res. gral. 7/2015, para las sociedades y asociaciones civiles, hacia el futuro, e incorporó una cláusula transitoria en su artículo tercero en la cual, durante el periodo de estado de emergencia sanitaria declarada por el dec. de Necesidad y Urgencia 297/2020 y sus eventuales prorrogas, se admitirán las reuniones del órgano de administración o de gobierno de sociedades, asociaciones civiles o fundaciones celebradas a distancia mediante la utilización de medios o plataformas informáticas o digitales, cuando sean celebrados con todos los recaudos previstos, según corresponda, en los arts. 1º o 2º de la presente resolución, aun en los supuestos en que el estatuto social no las hubiera previsto. Receptó las críticas de la configuración del quórum, la ubicación de los libros sociales y la participación de los socios sosteniendo “que la documentación de la participación de los accionistas y el consecuente quórum del acto asambleario puede, asimismo, documentarse de modo razonablemente confiable por medios electrónicos o digitales, como por ejemplo mediante la grabación en soporte digital, y dejando expresa constancia en el acta de la reunión, que luego se transcribirá en el libro de actas rubricado, de quienes fueron aquellos que efectivamente participaron”.

Puntualmente el art. 84, queda redactado de la siguiente manera: “El estatuto de las sociedades sujetas a inscripción ante el Registro Público a cargo de este Organismo podrá prever *mecanismos para la realización de las reuniones del órgano de administración o de gobierno a distancia utilizando medios que les permitan a los participantes comunicarse simultáneamente en*

tre ellos, siempre que la regulación estatutaria garantice:

“1. La libre accesibilidad de todos los participantes a las reuniones;

“2. La posibilidad de participar de la reunión a distancia mediante plataformas que permitan la transmisión en simultáneo de audio y video;

“3. La participación con voz y voto de todos los miembros y del órgano de fiscalización, en su caso;

“4. Que la reunión celebrada de este modo sea grabada en soporte digital;

“5. Que el representante conserve una copia en soporte digital de la reunión por el término de 5 años, la que debe estar a disposición de cualquier socio que la solicite;

“6. Que la reunión celebrada sea transcripta en el correspondiente libro social, dejándose expresa constancia de las personas que participaron y estar suscriptas por el representante social.

“7. Que en la convocatoria y en su comunicación por la vía legal y estatutaria correspondiente, se informe de manera clara y sencilla cuál es el medio de comunicación elegido y cuál es el modo de acceso a los efectos de permitir dicha participación”.

El art. 360, en el cual se han modificado los incs. 4º y 6º, queda redactado de la siguiente manera: “Estatutos. Cláusulas admisibles. Art. 360. Los estatutos de las asociaciones civiles que se constituyan conforme a los artículos anteriores podrán incluir, con regulación clara, precisa y completa, cláusulas que establezcan:

“1. La limitación de la cantidad de asociados, siempre que ese número no sea inferior al necesario para cubrir cargos en los órganos sociales.

“2. El cómputo de voto plural, en las condiciones que expresamente se prevean.

“3. El voto por correo para el acto electoral, cuando el asociado se encuentre fuera de la jurisdicción.

“4. La utilización del correo electrónico como medio para convocar a reuniones de Comisión Directiva, Consejo de Administración y Asambleas. A tales efectos, deberá preverse en la misma cláusula que en el caso de no obtenerse la confirmación de su recepción dentro de los cinco [5] días corridos de remitido, deberá convocarse a los asociados por circulares con una anticipación de por lo menos quince [15] días corridos a la celebración del acto.

“5. El voto por poder, excepto para actos de elección de autoridades.

“6. La realización de las reuniones del órgano de administración o de gobierno a distancia utilizando medios que les permitan a los participantes comunicarse simultáneamente entre ellos, siempre que la regulación estatutaria garantice: a) la libre accesibilidad de todos los participantes a las reuniones; b) la posibilidad de participar de la reunión a distancia mediante plataformas que permitan la transmisión en simultáneo de audio y video; c) la participación con voz y voto de todos los miembros y del órgano de fiscalización, en su caso; d) que la reunión celebrada de este modo sea grabada en soporte digital; e) Que el representante conserve una copia en soporte digital de la reunión por el término de 5 años, la que debe estar a disposición de cualquier asociado que la solicite; f) Que la reunión celebrada sea transcripta en el correspondiente libro social, dejándose expresa constancia de las personas que participaron y estar suscriptas por el representante social. g) Que en la convocatoria y en su comunicación por el medio impuesto legal o estatutariamente debe fijarse el medio de comunicación y el modo de acceso al mismo a los efectos de prever dicha participación.

“7. La integración del Órgano de Fiscalización con miembros no asociados”.

Esta resolución, y máxime con la importante cláusula transitoria antes comentada, permitirá un normal desenvolvimiento de las sociedades comerciales y de las asociaciones civiles, en estos tiempos de cuarentena.

Es interesante la interpretación normativa en los considerandos, respecto al art. 233 de la LGS, al manifestar que “la prohibición de celebrar

asambleas fuera de la jurisdicción del domicilio social previsto por el artículo referido tiene por finalidad proteger el interés particular del accionista, toda vez que se trata de facilitar la posibilidad de su participación en las asambleas dado que estas deben celebrarse dentro de la jurisdicción de la sociedad fijado estatutariamente, y no otros lugares que puedan fijarse con posterioridad sin su consentimiento y que por cuestiones de tiempo, distancia y costos podrían dificultar su participación. *Que conforme lo expuesto, esta norma de protección del accionista no debe interpretarse de modo tal que se restrinjan sus derechos al extremo de convertirse en un obstáculo a su participación de forma virtual o a distancia. La interpretación de esta norma debe alentar la posibilidad de que los accionistas participen de las asambleas toda vez que esa es su finalidad.”*

Esta interpretación teleológica del objeto buscado por la legislación, nos parece innovadora y que abre nuevas puertas en la interpretación de la normativa. Este criterio había sido planteado en numerosos congresos de derecho societario. Asimismo, esto es coherente respecto al orden de prelación normativa ya que el art. 150 del Cód. Civ. y Com. incorpora el concepto de la armonización y no de la prelación excluyente. Hubiera sido positivo que también se lo permita para los fideicomisos inscriptos en IGT.

III.2. Res. gral. 830/2020 de la Comisión Nacional de Valores

Con fecha 3 de abril de 2020, la Comisión Nacional de Valores dictó la res. 830/2020, que en su artículo primero incorpora como Capítulo XII del Título XVIII de las Normas, modificaciones a la forma de realización de las reuniones de órganos de Gobierno y Administración.

Esta institución había sido de avanzada en permitir las resoluciones a distancia, y como manifiesta en los considerandos de la citada resolución “el art. 61 de la ley 26.831 de Mercado de Capitales y su reglamentación por dec. 471 (BO 18/05/2018), establecían el derecho de las entidades emisoras a celebrar asambleas y reuniones de directorio si su estatuto así lo prevé, conforme ciertos recaudos que dichas normas imponen, además de los que establezca la Comisión Nacional de Valores con relación a la

asamblea, a fin de otorgar seguridad y transparencia al acto”.

Así, esta resolución, permite en el marco de la emergencia, y “durante todo el periodo en que se prohíba, limite o restrinja la circulación de personas en general”, la realización de reuniones del órgano de gobierno y de administración de las sociedades, incluso en los casos en que el estatuto no lo hubiere previsto expresamente.

Así, en su artículo primero establece que las reuniones del órgano de gobierno, podrán celebrarse, siempre que se cumplan los siguientes recaudos mínimos:

1. La entidad emisora deberá garantizar la libre accesibilidad a las reuniones de todos los accionistas, con voz y voto.

2. El canal de comunicación debe permitir la transmisión simultánea de sonido, imágenes y palabras en el transcurso de toda la reunión, como su grabación en soporte digital.

3. En la convocatoria y en su comunicación por la vía legal y estatutaria correspondiente, se debe informar de manera clara y sencilla cuál es el canal de comunicación elegido, cuál es el modo de acceso a los efectos de permitir dicha participación y cuáles son los procedimientos establecidos para la emisión del voto a distancia por medios digitales. Asimismo, se debe difundir el correo electrónico referido en el punto siguiente.

4. Los accionistas comunicarán su asistencia a la asamblea por el correo electrónico que la emisora habilite al efecto. En el caso de tratarse de apoderados deberá remitirse a la entidad con cinco [5] días hábiles de antelación a la celebración el instrumento habilitante correspondiente, suficientemente autenticado.

5. Deberá dejarse constancia en el acta de los sujetos y el carácter en que participaron en el acto a distancia, el lugar donde se encontraban, y de los mecanismos técnicos utilizados.

6. La emisora debe conservar una copia en soporte digital de la reunión por el término de cinco [5] años, la que debe estar a disposición de cualquier socio que la solicite.

7. El órgano de fiscalización deberá ejercer sus atribuciones durante todas las etapas del acto asambleario, a fin de velar por el debido cumplimiento a las normas legales, reglamentarias y estatutarias, con especial observancia a los recaudos mínimos aquí previstos.

Adicionalmente, en los casos en que la posibilidad de celebrar las asambleas a distancia no se encuentre prevista en el estatuto social, se deberán cumplir, además, los siguientes recaudos:

1. En adición a las publicaciones que por ley y estatuto corresponden, la entidad emisora deberá difundir la convocatoria por todos los medios razonablemente necesarios, a fin de garantizar los derechos de sus accionistas.

2. La asamblea deberá contar con el quórum exigible para las asambleas extraordinarias y resolver como primer punto del orden del día su celebración a distancia con la mayoría exigible para la reforma del estatuto social.

En el caso de aquellas sociedades que hubieran convocado la correspondiente asamblea, cumpliendo oportunamente con los plazos legales, con anterioridad a la entrada en vigencia de la res. gral. 830, a efectos de celebrar la misma con sus participantes comunicados por medios de transmisión simultánea de sonido, imágenes y palabras, deberán publicar un aviso complementario, por la vía legal y estatutaria correspondiente, por el cual se cumplan los requisitos establecidos en el presente artículo.

Asimismo, durante el periodo señalado en el artículo precedente, las entidades emisoras podrán celebrar *reuniones del órgano de administración*, aun en los supuestos en que el estatuto social no las hubiera previsto, siempre que se cumpla con los recaudos previstos en el art. 61 de la ley 26.831.

En el caso de no estar previsto en el estatuto social la posibilidad de celebrar las reuniones de directorio a distancia, la primera asamblea presencial que se celebre una vez levantadas las medidas de emergencia citadas en el artículo precedente, deberá ratificar lo actuado como punto expreso del orden del día, contando para ello con el quórum exigible para las asambleas

extraordinarias y con las mayorías necesarias para la reforma del estatuto social.

Es fundamental que los escribanos de la CABA puedan efectuar un certificado remoto sobre esto, con las formalidades de este último y con los limitados alcances que tiene, sobre la comparecencia de los accionistas, sobre que han recibido y contestado el correo electrónico, etc.

III.3. Res. 25/2020 de la Dirección General de Inspección de las Personas Jurídicas de Córdoba

Esta resolución, del organismo de contralor de la provincia mediterránea, trae novedades muy interesantes y prácticas.

Así en su artículo segundo nos trae una definición de Asamblea o Reunión a distancia, definiéndola como “toda aquella que se lleve a cabo por medios tecnológicos de informática y comunicación que permita a todos los participantes comunicarse de manera simultánea a través de medios que garanticen la transmisión simultánea de audio e imagen entre los intervinientes en la misma”.

En su art. 6º, establece: “El correo electrónico utilizado a los fines de la identificación y constatación de la participación en la Reunión o Asamblea a distancia deberá ser coincidente con el que conste registrado en la Plataforma Ciudadano Digital, Nivel II, conforme lo establece el dec. 1280/2014”, dando mayor certeza sobre el correo electrónico utilizado.

Sería interesante que el acceso pudiera ser con el mail registrado en alguna de las plataformas o aplicaciones públicas, como Mi Argentina.

En su art. 9º establece: “El Acta mencionada en el artículo precedente, deberá ser complementada con una constancia emitida por cada uno de los intervinientes a distancia mediante correo electrónico, detallando cada orden del día discutido y el sentido de su voto. Es decir, que el Acta suscripta por el presidente o representante legal, se complementará con tantas constancias como personas hayan intervenido a distancia”.

En su art. 11 establece, una reglamentación fiscalista y a contrario sensu del art. 178 del Cód.

Civ. y Com. al establecer “[p]ara las Asociaciones Civiles, la aplicación del art. 178 del Cód. Civ. y Com., en lo referido al pago de la cuota social, no podrá impedir la participación en la Asamblea, mientras dure la situación de emergencia, sin perjuicio de la subsistencia de la obligación de abonar las cuotas y contribuciones correspondientes”.

Celebramos, el dictado de estas normativas de avanzada, que, en conjunto con la doctrina y legislación previa, tendría que generar, la modificación de los anquilosados modelos tipos para incorporar cláusulas de asamblea y reunión de los órganos de administración y fiscalización a distancia, en los contratos constitutivos de las personas jurídicas privadas, para un mundo en el que se avencinan cambios en las formas de producción y de relacionarnos entre los seres humanos y con la tecnología.

IV. Plataformas

Salvochea especificó que la asamblea a distancia puede realizarse con la totalidad de los participantes con presencia virtual y que las constancias de la realización de la asamblea pueden ser grabaciones de la misma, realizaremos un análisis de dos plataformas de código cerrado (12) que más se utilizan y que, a nuestro entender, son las apropiadas para realizar asambleas a distancia, cumpliendo las normativas desarrolladas: Zoom y Hangouts.

IV.1. Plataforma Zoom Meeting

Zoom es una plataforma de videollamadas creada para dispositivos móviles y computadoras. Se puede usar esta plataforma mediante página web (<https://zoom.us>), descargar la aplicación desde la página para Windows o Mac o descargando la aplicación por IOS App Store (para dispositivos Apple: iPhone y iPad) o Play Store (dispositivos Android). Asimismo, tiene complementos para Microsoft Office, Outlook, Gmail, Firefox, Chrome y Safari.

Es una aplicación gratuita con gran número de funciones, pero con un límite de un anfi-

(12) Sin perjuicio de que existen plataformas de código abierto como Jitsi o Riot.

trión (13) y 100 participantes (14) por reunión y la misma dura 40 (cuarenta) minutos si hay más de dos participantes. Para quitar la limitación y agregar funciones relacionadas a la actividad empresarial (15), Zoom ofrece planes de reuniones *Pro*, *Business* y *Enterprise*, que son pagos con un monto mensual accesible. En la versión gratuita se puede usar una extensión del tiempo.

Con relación a las videollamadas o reuniones, como llama la plataforma a las videollamadas, tiene ciertas funciones (16) que pueden servir para las asambleas a distancia de los órganos de las personas jurídicas, en especial de las asociaciones civiles:

- *Uso optimizado del calendario*: Soporte para la programación o el inicio de reuniones desde Outlook, Gmail o iCal. Esto es esencial para dar notificaciones a todos los integrantes del órgano del día y lugar de la fecha con un medio en el cual utilizan la gran mayoría de los usuarios de las tecnologías de la información. Asimismo, con las extensiones de Chrome y Outlook, se pueden coordinar, por la cuenta individual o empresa, el calendario de Google y de Outlook respectivamente para coordinar reuniones instantáneas o futuras. Asimismo, con la extensión de Outlook se puede convertir eventos existentes en reuniones Zoom y sincronizar la información de disponibilidad del cliente.

- *Herramientas de colaboración integradas*: Múltiples participantes pueden compartir sus pantallas de manera simultánea y realizar anotaciones colaborativas para lograr una reunión más interactiva: pizarras, libros en formato di-

(13) Según Zoom, un anfitrión es alguien que programa, comienza y controla las configuraciones de una reunión. Una licencia estándar de anfitrión le permite invitar hasta 100 participantes interactivos a una reunión.

(14) Según Zoom, un participante es un invitado en una reunión programada por alguien con una licencia de anfitrión. No es necesario que un participante tenga una cuenta Zoom para unirse a una reunión. Los participantes pueden unirse a una reunión desde sus teléfonos, equipos de escritorio, dispositivos móviles y tabletas.

(15) Como el servicio Zoom Cloud, dirección y correos personalizados de la empresa, dominios administrador.

(16) Estas funciones se encuentran en la página web de Zoom mencionada y en la configuración de reuniones de la aplicación.

gital, fotos donde se pueden realizar resaltados, anotaciones con lápiz, pincel, herramienta de borrado. Asimismo, se pueden compartir archivos desde diferentes nubes: Drive, Dropbox, iCloud, entre otras.

- *Reunirse de manera segura*: Cifrado de extremo a extremo para todas las reuniones, seguridad del usuario basada en roles, protección con contraseña, salas de espera y la posibilidad de poner al participante en espera.

- *Grabaciones y transcripciones*: Grabe las reuniones de manera local o en la nube, visualice transcripciones generadas por IA y capture notas y elementos de acción. La versión gratuita permite que la grabación se grabe en el dispositivo del anfitrión y solamente lo puede realizar desde la aplicación para computadoras con sistema operativo Windows o Mac. Asimismo los participantes deben tener la versión de Zoom cliente más actualizada (17). El formato por cual se graban los archivos es:

- *Video*: MP4.

- *Audio*: M4A.

- *Texto*: txt (archivo bloc de notas).

- *Chat en equipo*: Chats grupales, historial consultable, intercambio de archivos integrado y almacenamiento por 10 años. Es fácil pasar de llamadas uno. Se minimiza el video.

- *Uso de subtítulos cuando estos estén habilitados por el anfitrión*: esto se puede realizar en la aplicación para computadoras y es esencial para aquellos que posean discapacidades auditivas.

- *Levantar la mano*: los participantes de la reunión que estén silenciados pueden informarle al anfitrión que tienen una pregunta, mediante el uso de un sonido.

- *Control del anfitrión de la reunión*: el anfitrión tiene control del sonido, video y pantallas compartidas. Asimismo, el anfitrión puede designar a otro anfitrión.

(17) Las versiones compatibles para Windows son Versión 4.0.25513.0228 o posterior y para Mac: Versión 4.0.25513.0228 o posterior.

Todas estas funciones se pueden realizar en el plan básico y está destinado para reuniones de órganos de personas jurídicas con pocos integrantes y cuya duración no superen los 45 minutos. Asimismo, se recomienda que el anfitrión se maneje con la aplicación en la computadora y no por las aplicaciones del celular/*tablet* porque no se acceden a todas estas funciones.

IV.2. *Hangouts Meet*

Hangouts Meet es una aplicación de videoconferencia perteneciente a Google Apps y está desarrollada para computadora con sistema operativo Windows o Mac, a través de una extensión de Chrome, y se puede descargar la aplicación desde Play Store (Android) o App Store (iOS).

A lo mismo que Zoom, esta plataforma ofrece funciones **(18)** que son esenciales para el normal desenvolvimiento de una asamblea a distancia, tales como:

- *Videokonferencias para su empresa:* Conéctese con su equipo desde cualquier lugar. Dado que se puede unir fácilmente a las videollamadas, tiene la posibilidad de reunirse cara a cara sin el costo agregado que supone trasladarse. Puede conformar reuniones de hasta 250 participantes por llamada, grabarlas y guardarlas en Google Drive. Asimismo, se puede realizar transmisiones en vivo para hasta 100.000 espectadores dentro de un mismo dominio

- *Disfrute de las reuniones sin problemas:* Meet facilita el proceso de unirse a las videollamadas desde el trabajo. Simplemente configure una reunión y comparta un vínculo. No debe preocuparse por si los compañeros del equipo o los clientes tienen las cuentas o los complementos correctos. Con una administración de participantes inteligente y una interfaz rápida y ligera, realizar videollamadas con varias personas es muy sencillo.

- *Diseñado para todo tipo de empresas:* Meet está completamente integrado con G Suite, por lo que puede unirse a las reuniones directamente

desde un evento de Calendario o una invitación de correo electrónico. Todos los detalles importantes de los eventos estarán disponibles cuando los necesite, ya sea que se una a las reuniones desde una computadora, un teléfono o una sala de conferencias.

- *Únase a las reuniones sobre la marcha:* Con las aplicaciones de Meet especialmente diseñadas para iOS y Android, puede ver sus reuniones del día con toda la información importante desde Calendario y, luego, unirse a ellas con solo presionar un botón. Además, la edición Enterprise de G Suite crea un número telefónico de acceso para cada reunión, por lo que todos los invitados tienen una gran experiencia incluso aunque estén viajando y no tengan *wi-fi* ni datos.

- *También funciona con otras soluciones de reunión:* Los equipos que usen Skype for Business o sistemas de reunión basados en los estándares SIP y H.323 (p. ej., Polycom y Cisco) podrán unirse sin problemas a una reunión de Hangouts Meet por medio de la plataforma de Pexip Infinity.

Estas funciones solo se acceden comprando un plan de *Gsuite Enterprise* o *Enterprise Plus*, ya que la simple aplicación de Hangouts permite reuniones con un límite de 10 participantes, a lo mismo que Google Meet que permite hasta 100 participantes en una reunión.

V. Conclusión

Producto de la pandemia del COVID-19 y la cuarentena obligatoria, se demuestra que la legislación argentina en general, en especial el derecho societario, ha hecho un avance significativo en cuestiones de digitalización del funcionamiento de las personas jurídicas privadas.

Eduardo M. Favier Dubois, sostiene que se está generando una nueva rama del Derecho, el *Derecho corporativo digital*, cuyo objeto consiste en la transformación digital del sistema interno de las sociedades y su adecuación a los principios de la equivalencia funcional y de la seguridad jurídica **(19)**. Por eso el uso de tecno-

(18) Estas funciones están detalladas en la página de Gsuite: https://gsuite.google.com/intl/es-419_ar/products/meet/.

(19) Fuente: <http://www.consejosalta.org.ar/2017/09/el-derecho-corporativo-digital-como-desafio-profesional/>.

logías de la información y de la comunicación como Zoom o Hangouts posibilitaría un desenvolvimiento fluido de los órganos sociales de aquellas sociedades, asociaciones civiles o todo tipo de persona jurídica privada, que necesitan seguir funcionando, a pesar de la cuarentena.

Sostenemos, que Zoom es la mejor aplicación gratuita para realizar asambleas o reuniones a distancia ya que ofrece una variedad de herramientas que en otros servicios lo ofrecen con un costo y sus planes de pago son accesibles con varias ventajas: se puede realizar complementos de notificaciones fehacientes con el calendario Google u Outlook ya que automáticamente envía emails con el día, horario y *link* para acceder; intercambio de opiniones en forma escrita, a través del *chat*, u oral; el secretario de actas puede ser nombrado anfitrión para guardar la grabación de la reunión o asamblea, en su dispositivo o en la Zoom Cloud, para disposición de los socios; establecer el quórum, usando la sala de espera; establecer un dialogo con los socios con la herramienta levantar la mano; realizar las votaciones usando una pantalla compartida y la pizarra; entre otras funciones que ayudarían al desarrollo normal de una asamblea o reunión. Hangouts Meet solamente puede acceder aquella sociedad comercial, consorcio o asociación civil que haya pagado el pack de Gsuite, pero a raíz de la situación global y para mantener a las personas conectadas, Google ofrecerá gratis las funciones de su servicio Hangouts Meet del *pack Gsuite Enterprise* de forma gratuita hasta el 1 de julio (20). Pero también sería necesario que se cree una plataforma digital, desde los diferentes registros de personas jurídicas con la colaboración de los colegios de escribanos de cada jurisdicción, que se ofrezca a las sociedades comerciales, a las asociaciones civiles y demás personas jurídicas, donde poder desarrollar las reuniones de asamblea o gobierno a distancia, con las medidas de seguridad y transparencia necesarias y garantizando el pleno ejercicio de los derechos políticos (Carricajo 2017: 7).

(20) Fuente: <https://www.ambito.com/informacion-general/google/google-libero-funciones-hangouts-meet-usar-gratis-n5091058>.

Nuestra tarea, a la hora de asesorar, no solo comprende el uso de las mejores herramientas que las TIC ofrecen, sino que estas herramientas sean las adecuadas para cumplir las normativas vigentes, evitando así tener inconvenientes futuros, sobre las decisiones adoptadas y los administradores responder por los daños y perjuicios, en forma ilimitada y solidaria que establece el art. 160 del Cód. Civ. y Com. y art. 59 de la Ley General de Sociedades y concordantes. Para las sociedades y asociaciones civiles cuya sede sea dentro de Buenos Aires, sostenemos que no habría problema con la disposición 45/2015 de la DPPJ ya que hay un vacío normativo en la reglamentación y se aplicaría el art. 158 del Cód. Civ. y Com., pero para aquellas que tengan sede en CABA o Córdoba, estas nuevas resoluciones han sido vientos de modernidad.

VI. Bibliografía

CARAMELO, Gustavo - PICASSO, Sebastián - HERRERA, Marisa, “Código Civil y Comercial de la Nación comentado”, Ed. Infojus, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2015, t. 1.

CARRICAJO, Manuel J., “Los medios digitales en la vida de las sociedades comerciales y las asociaciones sin fines de lucro. Las sociedades por acciones simplificadas”, artículo presentado en las 40 Jornada Notarial Bonaerense, Necochea, 8 a 11 de noviembre de 2017.

CIENTOFANTE Fernanda, “Sistemas de Inteligencia Artificial y el futuro del Derecho Societario”, artículo presentado en el curso de Posgrado “Inteligencia Artificial y Derecho”, 2019.

FALBO, Santiago, “Nuevas tecnologías aplicadas a la función notarial: actuaciones notariales en soporte digital: firma digital”, Ed. Di Lalla, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2019.

<https://blog.errepar.com/doctrina-cloud-cordoba/>.

JAIMEZ, Sonia S., “Las asambleas a distancia en el Régimen de la Oferta Pública”, RDCO, año 49, nro. 280, 2016.

MC INERY, Patricio T., “Ley General de Sociedades 19.550 comentada”, Ed. La Ley, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2016.

NEIL PUIG, Luis, "Personas Jurídicas Privadas", Santa Fe, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2014, 1ª ed.

NISSEN, Ricardo A., "Curso de derecho societario: la 19.550 con las reformas efectuadas por las leyes 26.994, 27.290 y 27.444: edición 2019

actualizada y ampliada", Ed. La Ley, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2019.

VÍTOLO, Daniel R., "Asociaciones Civiles y Fundaciones", Ed. Erreius, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2016.

Thomson Reuters

TÍTULOS VALORES

DOCTRINA

Thomson Reuters

Thomson Reuters

Indexación de valores negociables y contratos de financiamiento

Nicolás Malumíán^(*)
Mariana Scrofina^(**)

Sumario: I. La prohibición de indexar.— II. Jurisprudencia sobre la vigencia y constitucionalidad de estas normas.— III. Excepciones a la prohibición de indexación.— IV. Indexación versus contratos en moneda extranjera o a tasa variable.— V. Resumen final.

Recurrentemente recibimos la consulta de si es posible emitir valores negociables, sea para su negociación en el mercado de capitales o para su colocación por oferta privada, o celebrar contratos de financiamiento que tengan cláusulas de repotenciación o indexación del capital. Y en cada consulta se nos menciona o bien alguna doctrina o algún fallo que lo admiten. Lo dicho nos ha llevado a analizar el tema una vez más, por lo que nos permitimos compartir nuestras conclusiones que esperamos sean de utilidad.

I. La prohibición de indexar

Cabe comenzar por aclarar que la regla general es la prohibición de toda actualización, indexación o repotenciación del capital de cualquier crédito establecida por la ley 23.928 (hoy denominada como Ley de Convertibilidad) en 1991 y vigente a la fecha. Afirmación que pasamos a explicar.

El primer artículo que nos interesa de la ley citada es el 7°, que con su redacción actual (reformada en 2002) dice: “El deudor de una obligación de dar una suma determinada de pesos cumple su obligación dando el día de su vencimiento la cantidad nominalmente expresada. En ningún caso se admitirá actualización monetaria, indexación por precios, variación de

costos o repotenciación de deudas, cualquiera fuere su causa, haya o no mora del deudor, con las salvedades previstas en la presente ley. Quedan derogadas las disposiciones legales y reglamentarias y serán inaplicables las disposiciones contractuales o convencionales que contraviniere lo aquí dispuesto”.

Adicionalmente, con el fin de disipar toda duda, el art. 10 de la misma ley en su parte pertinente dispone: “Mantiénense derogadas, con efecto a partir del 1° de abril de 1991, todas las normas legales o reglamentarias que establecen o autorizan la indexación por precios, actualización monetaria, variación de costos o cualquier otra forma de repotenciación de las deudas, impuestos, precios o tarifas de los bienes, obras o servicios. Esta derogación se aplicará aun a los efectos de las relaciones y situaciones jurídicas existentes, no pudiendo aplicarse ni esgrimirse ninguna cláusula legal, reglamentaria, contractual o convencional —inclusive convenios colectivos de trabajo— de fecha anterior, como causa de ajuste en las sumas de pesos que corresponda pagar...”

II. Jurisprudencia sobre la vigencia y constitucionalidad de estas normas

En el fallo “Netoc” (1) del Superior Tribunal de Córdoba, se explica que no corresponde de-

(*) Abogado y Doctor en Derecho de la UBA. Autor de obras sobre los aspectos legales y fiscales del leasing, fideicomiso, derivados financieros, obligaciones negociables y oferta pública.

(**) Abogada y Docente de la UBA. Especialista en Mercado de Capitales.

(1) “Luis c. Netoc SA. Abreviado, consignación de alquileres, recurso de inconstitucionalidad”, Expediente 4380871, Sala Civil y Comercial del TSJ Cba., del 10/12/2019. Protocolo de Sentencias Resolución: 151, 2019, t. 4, folio 1035-1044. El fallo consiste del muy claro,

clarar la inconstitucionalidad de la prohibición de indexar si las distorsiones en las prestaciones producidas por la inflación: “pueden ser corregidas mediante caminos alternativos o mecanismos indirectos; tal el caso de la fijación de una tasa de interés moratorio agravada que permita reducir el impacto negativo que genera la inflación en el patrimonio del acreedor, evitando así las gravosas consecuencias que puede acarrear la declaración de inconstitucionalidad de la interdicción de actualizar los créditos. En ese sentido se expidió este Alto Cuerpo en pronunciamientos anteriores en la inteligencia de que, *existiendo mora del deudor, la fijación de una tasa de interés más elevada compensa en alguna medida la depreciación del dinero; criterio que comenzó a regir en el año 2002 y ha sido mantenido en forma constante (Confr. TSJ, Sala Laboral, in re “Hernández v. Matricería Austral”, Sent. N.º 39 del 25/06/2002; entre muchas otras)”* (El destacado nos pertenece).

El propio Superior Tribunal explica que: “la Corte Suprema de Justicia de la Nación se ha pronunciado (...) a favor de la constitucionalidad de la normativa involucrada, entre otros, en el conocido caso “Massolo, Alberto J. c. Transporte del Tejar SA” del 20/04/2010; doctrina que reiteró luego al adherir al dictamen emitido por la Procuración General de la Nación en la causa “Puente Olivera, Mariano c. Tizado Patagonia Bienes Raíces del Sur SRL-Despido”. En idéntico sentido se pronunció la SCBA en la causa “Cuevas, Miguel Ángel c. Esso Petrolera Argentina”, fallo del 15/02/2017”.

Nos permitimos hacer un breve alto en el análisis del fallo “Netoc” justamente para ampliar con respecto al criterio de la CS, que se vio plasmado en otros fallos tales como “Chiara Díaz” (2). En este último fallo se dijo que permitir la indexación de las obligaciones “significaría traicionar el objetivo antinflacionario que se proponen alcanzar las leyes federales mencio-

completo y didáctico voto de la Dra. María Marta Cáceres de Bollati al cual se suman los restantes miembros del Tribunal (Dres. Domingo Juan Sesin, Luis Enrique Rubio, Aída Tarditti, M. de las Mercedes Blanc G. de Arabel, Sebastián Cruz López Peña y Luis E. Ángulo).

(2) “Chiara Díaz, Carlos A. c. Estado provincial s/ acción de ejecución”, 07/03/2006, Nro. Interno: 1051XL E 42 20060328, CS (Fallos: 329:385).

nadas (leyes 23.928 y 25.561) mediante la prohibición genérica de la ‘indexación’, medida de política económica cuyo acierto no compete a esta Corte evaluar”.

En lo referente al citado fallo “Massolo” (3), cabe mencionar que en el mismo la Corte manifestó: “que la ventaja, acierto o desacierto de la medida legislativa —mantenimiento de la prohibición de toda clase de actualización monetaria— escapa al control de constitucionalidad pues la conveniencia del criterio elegido por el legislador no está sujeta a revisión judicial (conf. Fallos: 290:245; 306:1964; 323:2409; 324:3345; 325:2600; 327:5614; 328:2567; 329:385 y 4032 Y 330:3109, entre muchos otros)” y que “permitir la vigencia y aplicación de una cláusula de estabilización como la establecida en autos, significaría desconocer el objetivo antiinflacionario que se proponen alcanzar las leyes federales mencionadas mediante la prohibición genérica de la ‘indexación’, medida de política económica que procura evitar que el alza de los precios relativos correspondientes a cada uno de los sectores de la economía, al reflejarse de manera inmediata en el índice general utilizado al mismo tiempo como referencia para reajustar los precios y salarios de cada uno de los demás sectores, contribuya de manera inercial a acelerar las alzas generalizadas de precios (conf. CS, Fallos: 329:385) y a crear desconfianza en la moneda nacional”.

En el fallo “Puente Olivera” (4) la Corte Suprema hace suyo el dictamen del Procurador en el cual, luego de recordar el criterio de la propia Corte sobre la constitucionalidad de las prohibiciones de indexar, dice que: “En el sub lite, considero que no se encuentra acreditada una afectación al derecho de propiedad del actor de tal magnitud que sustente la declaración de inconstitucionalidad de las normas cuestionadas, más aún cuando el *a quo* aplicó a las sumas adeudadas un interés equivalente al promedio mensual de la tasa activa aplicada por el Banco de la Nación Argentina para operaciones corrientes de descuento de documentos

(3) “Massolo, Alberto J. c. Transporte del Tejar SA”, 20/04/2010, Fallos: 333:447.

(4) “Puente Olivera, Mariano c. Tizado Patagonia Bienes Raíces del Sur SRL s/ despido”, CSJ, 536/2013 (49-P) CSJ, recurso de hecho, 08/11/2016.

comerciales. Al respecto, la Corte ha sostenido que “aun cuando el derecho de propiedad pudo tener en la actualización por depreciación monetaria una defensa eficaz de los derechos patrimoniales en determinados periodos, su perduración *sine die* no solo postergaría disposiciones constitucionales expresas como las del art. 67, inc. 10, de la Constitución Nacional (hoy art. 75, inc. 11), sino que causaría un daño profundo en la esfera de los derechos patrimoniales todos, al alimentar esa grave patología que tanto los afecta: la inflación” (CS, Fallos: 333:447, consid. 150). Ello se conjuga con el principio según el cual la decisión de invalidar una norma comporta la última ratio del orden jurídico, a la que solo cabe acudir cuando no existe otro modo de salvaguardar algún derecho o garantía amparado por la Constitución, si no es a costa de remover el obstáculo que representan normas de inferior jerarquía (CS, Fallos: 312:2315; 330:855, 5345). Esta Procuración sostuvo en el dictamen del 31 de mayo de 2007, causa S.C.C. 732, L. XLI, “Checmarev, Alejandro c. YPF SA s/ indemnización enfermedad accidente” que “no resulta un fundamento válido para apartarse de la norma la mera referencia a la variación del índice de precios o al cambio de las condiciones económico-financieras, por tratarse de expresiones demasiado genéricas que carecen de entidad suficiente para conferir debido sustento a la tacha que se le endilga”. Por ello correspondería aplicar al caso las prohibiciones dispuestas que no permiten aplicar la indexación.

Este mismo criterio fue aplicado en varios fallos por la CS, se destaca entre otros “Yacimientos Petrolíferos Fiscales” (5), fallo en el cual la Corte explica que si bien la propia Corte había creado pretorianamente la solución de actualizar los créditos por medio de índices para mantener el valor del dinero, también era cierto que se dictó una norma (la Ley de Convertibilidad citada al comienzo de este trabajo) que hizo cesar toda actualización a partir del 01/04/1991, y que correspondía aplicar la misma. Este fallo es especialmente relevante en la materia dado que la Corte dice claramente que antes de este fallo había admitido la repotenciación de créditos: “por la fuerza de los hechos que imponían

la preservación de ciertos derechos amenazados por el proceso inflacionario. Así, la retribución justa (Fallos 301:319); la indemnización de las expropiaciones (Fallos 268:112) y fundamentalmente la propiedad (Fallos 298:466; 300:655; 301:759). Contemporáneamente se dejaron de lado limitaciones de carácter procesal otra sostenidas (Fallos 294:434; 295:937; 300:844; 301:102,319)”. Varios considerandos más adelante, la Corte explica que: “esta reseña de antecedentes resulta demostrativa de un proceso esencialmente cambiante y de la búsqueda por parte de este Tribunal de instrumentos idóneos a fin de proteger adecuadamente la concreta vigencia de los derechos constitucionales entonces quebrantados”. Para luego agregar que: “cabe recordar que es función de los jueces la realización efectiva del derecho en las situaciones reales que se presentan, conjugando los enunciados normativos con los elementos fácticos del caso (Fallos 302:1611), y en la tarea de razonamiento que ejercitan para indagar el sentido que corresponde acordar a las normas deben atender a las consecuencias que normalmente derivan de sus fallos, lo que constituye uno de los índices más seguros para verificar la razonabilidad de su interpretación y su congruencia con el todo del ordenamiento jurídico (Fallos 302:1284). En tal sentido, la inflación (hecho económico que está en la raíz de la necesidad de una actualización de los valores nominales de la moneda) ha sido señalada como disvaliosa en reiteradas manifestaciones de los poderes de gobierno materializadas, en definitiva, en la ley 23.928, y su repudio por la doctrina económica es, con diferencias de matices que no interesa indagar a nivel jurídico, prácticamente unánime. Ello permite asegurar que es indudable decisión de las autoridades políticas la contención de la inflación, y que en base a esa decisión corresponde que los jueces interpreten las disposiciones de aquellas autoridades, de modo de dar pleno efecto a la intención del legislador conforme lo indica conocida regla de interpretación (Fallos 296:22; 297:142; 299:93; 301:460). De allí, que si bien es cierto que la asociación entre derecho de propiedad y depreciación monetaria pudo elaborarse como defensa eficaz de los derechos patrimoniales en determinados periodos, no es menos exacto que su perduración *sine die* no solo postergaría disposiciones constitucionales expresas, como las del

(5) “Yacimientos Petrolíferos Fiscales c. Corrientes, Provincia de y Banco de Corrientes s/ cobro de australes” CS, 03/03/1992, Fallos 315:158.

art. 67, inc. 10 [hoy art. 75, inc. 11] de la CN, sino que causaría un daño profundo en la esfera de los derechos patrimoniales todos, al alimentar esa grave patología que tanto los afecta: la inflación. No puede admitirse que los que fue solución de especie frente a un problema acotado temporalmente y en su configuración, en la que no incidieron normas como las que recientemente dictó el Congreso Nacional para procurar una moneda nacional apta, se trueque en vínculo estable, alterando así su naturaleza”.

En síntesis, el fallo “Yacimiento Petrolíferos Fiscales” muestra un claro quiebre en el cual la Corte Suprema explica que luego de la Ley de Convertibilidad se pasó de soluciones para casos particulares que admitían la repotenciación, al criterio vigente al día de hoy en que se considera válida la solución dispuesta por el Congreso Nacional y por ende no es legamente admisible la repotenciación o indexación salvo expresa disposición legal. Mismo criterio aplicó la Corte en “Yaciretá” (6), “López” (7) y “Chocobar” (8).

Como dato procesal relevante, consideramos necesario mencionar que en el citado fallo “Chocobar”, la CS dijo que: “las disposiciones de la ley 23.928, en tanto establecen el valor de la moneda y prohíben el cómputo de la actualización monetaria, tienen un indudable carácter federal que habilita el recurso extraordinario, desde que han sido dictadas por el Congreso en uso de las atribuciones previstas en el art. 75, inc. 11, de la CN [causas: D.354.XXIV “De la Cruz de Sessa, Adela M. c. Sessa, AJ”; I.66.XXIV “Inmobiliaria del Plata SAIFICAM y otro c. Vialco SA” y A.179. XXIV “Acopionor SA s/ concurso preventivo”, falladas (la primera) el 30 de noviembre de 1993 y las restantes el 9 de junio de 1994]”. Habilitando de esta forma el recurso extraordinario en materia de reclamos contra la indexación de las obligaciones. Asimismo, dijo que: “con refe-

rencia al texto vigente a partir del 1º de abril de 1991, esta Corte ha sentado (...) que la voluntad del legislador al sancionar la ley 23.928 fue dar un paso audaz para superar la crisis prolongada que abatía al país e implementar un mecanismo de desindexación de la economía que eliminara un fenómeno considerado perverso, como lo era trasladar al mes siguiente, de manera automática, la suba de precios del mes anterior (conf. causa S.779.XXVIII, “Steinman, Santiago c. Sarrille, Pedro J.”, fallada el 20/08/1996, cons. 6º; voto concurrente de los jueces Nazareno, Fayt y Vázquez, consids. 9º a 12)”.

Continuando con el fallo “Netoc”, destacamos que el Superior Tribunal de Córdoba explica que en el caso que le toca examinar no se puede aplicar una tasa de interés pues no hay mora (el deudor fue pagando mes a mes por medio de una consignación judicial pues el acreedor se negaba a recibir el pago), y que el largo plazo del contrato y la negativa a renegociar las prestaciones dinerarias hacían especialmente grave el desbarajuste de las prestaciones de un contrato conmutativo. Es en virtud de lo dicho que el Tribunal fundamenta el fallo en la “buena fe contractual y ejercicio regular de los derechos” expresando que: “bajo elementales estándares de equidad, no es posible avalar la posición de la parte actora, quien pese a haber acordado que si hubiese inflación el arrendamiento estaría sujeto a una cláusula de indexación, se ampara en la prohibición legal logrando de ese modo pagar un canon locativo francamente irrisorio, en desmedro del derecho de la contraria de obtener una contraprestación que se concilie con el valor que el arriendo representaba al tiempo en que nació la obligación. En una palabra, en el caso en anatema, la aplicación de las normas que prohíben la indexación conduce a una respuesta jurídica claramente inequitativa que desampara al acreedor, enriquece indebidamente al actor, y carece de toda razonabilidad”.

El Superior Tribunal es claro en el sentido de que lo que está en juego en el fallo no es la declaración de la inconstitucionalidad de la prohibición de indexación como regla general sino por el contrario principios fundamentales como la buena fe y equilibrio en los contratos conmutativos cuando dice que: “en el supuesto de que la estricta observancia de la cláusula de ajus-

(6) “Entidad Binacional Yaciretá c. Provincia de Misiones”, CS, 19/05/1992, Fallos 315:992.

(7) “López, Antonio M. c. Explotación Pesquera de la Patagonia s/ accidente-acción civil”, CS, 10/06/1992, Fallos 315:1209.

(8) “Chocobar, Sixto C. c. Caja Nacional de Previsión para el Personal del Estado y Servicios Públicos s/ reajustes por movilidad”, C. 278. XXVIII, CS, 27/12/1996, Fallos 319:3241.

te convenida arroje resultados excesivamente onerosos para el locatario, podrá ser revisada bajo los mismos parámetros de equidad y justicia que guían este pronunciamiento”.

Finalmente, para que no quede duda alguna que el Superior Tribunal ha buscado sentar una doctrina en materia de inconstitucionalidad de la prohibición de indexación, sino que ha recurrido a este remedio por las particularidades del caso, cabe destacar que el fallo deja sentado que: “partiendo de la ya señalada premisa de que la declaración de inconstitucionalidad se erige como un remedio extremo y excepcional al que solo cabe acudir en aquellos supuestos en los cuales ninguna otra solución razonable pueda deducirse de la propia normativa puesta en tela de juicio (CS, Fallos: 314:407; 326:2692; 327:831), *estimo necesario advertir que el temperamento que se propone como correcto solo alcanza al singular caso puesto en tela de juicio en esta oportunidad*” (el destacado nos pertenece).

En síntesis, de la jurisprudencia relevante de la Corte Suprema, y del fallo del Superior Tribunal de Córdoba, se sigue que la prohibición de indexar está vigente. Lo dicho no es óbice a que, como cualquier otra norma, si la Justicia detecta un abuso, actúe en consecuencia. En otras palabras, no se puede emitir valores negociables o celebrar contratos financieros cuyo capital sea indexable salvo las excepciones que pasamos a comentar.

Por último, es importante destacar que tema aparte es la posibilidad de obtener una sentencia por confiscatoriedad del Impuesto a las Ganancias (u otro tributo nacional o provincial) por la inexistencia de la aplicación del ajuste por inflación. Cabe recordar que la Corte Suprema en el *leading case* “Candy” (9) reconoció que si se puede probar la existencia de confiscatoriedad (en el caso “Duggan Trocello” (10) la CS estableció que el amparo no era la vía idónea por no existir la amplitud de debate y prueba adecuada) se podría obtener la repetición de aquella porción del impuesto que sea confiscatoria.

(9) CS, 03/07/2009, “Candy SA c. AFIP y otro”, Fallos 332:1572.

(10) CS, 30/06/2005, “Santiago Dugan Trocello SRL c. Poder Ejecutivo Nacional-Ministerio de Economía s/ amparo”, Fallos 328:256.7

III. Excepciones a la prohibición de indexación

Son excepciones a la prohibición de indexar las siguientes:

III.1. Leasing sobre bienes muebles registrables y préstamos prendarios

El art. 105 de la ley 27.467 exceptúa: “a los contratos de *leasing* sobre bienes muebles registrables y a los préstamos con garantía prendaria, a los que podrá aplicárseles el coeficiente de estabilización de referencia (CER) contemplado en el art. 4º del dec. 214 del 03/02/2002. Los contratos y préstamos podrán denominarse en unidades de valor adquisitivo actualizables por el CER, ley 25.827 (UVA)”.

Tal como claramente surge de la norma, se puede indexar o denominar en UVA (lo que conlleva tener un capital que se indexa) a los contratos de *leasing* sobre muebles registrables (p. ej., automotores de todo tipo incluyendo autos, camiones y motos; maquinaria agrícola, aeronaves, buques). Esta norma excluye tanto al *leasing* inmobiliario como cualquier otra indexación que no sea por CER o la denominación en UVA. En otras palabras, no estamos frente a una disposición que permite indexar libremente los contratos de *leasing*, sino solo para los *leasing* mobiliarios y con una indexación por CER o UVA.

Cabe mencionar que el CER o “Coeficiente de Estabilización de Referencia”, es un índice de ajuste diario, elaborado por el BCRA y para su elaboración se toma como base las variaciones del Índice de Precios al Consumidor (IPC) elaborado por el INDEC (Instituto Nacional de Estadísticas y Censos). Por su parte, las UVA o Unidades de Valor Adquisitivo son instrumentos creados por el BCRA como unidad de ajuste que equivale a la milésima parte del costo promedio de construcción de un metro cuadrado promedio entre 6 Ciudades Argentinas, actualizado diariamente por el CER (11). (Com. A 5945 BCRA). Asimismo, hacemos notar que no se deben confundir las UVA con las UVI o Unidades de Vivienda que también son instrumentos de ahorro, préstamos e inversión, con la diferencia

(11) Comunicación BCRA “A” 5945 del 08/04/2016.

que su actualización será mensual y de acuerdo con el Índice del Costo de la Construcción (ICC) para el Gran Buenos Aires que publica el INDEC.

En síntesis, está permitida la actualización de contratos de *leasing* mobiliario por CER o mediante la denominación en UVA.

III.2. Títulos públicos

El art. 1º del dec. 1096/2002 (ratificado por la Ley de Presupuesto del 2003) exceptúa a los valores negociables, con plazo no menor a 3 meses, que emitan Gobierno Nacional y el BCRA de la prohibición de indexación.

Por su parte, el art. 1º del dec. 1733/2004 (ratificado por art. 7º de la ley 26.017) exceptúa a los títulos públicos que se emitan como consecuencia de la operación de reestructuración de deuda dispuesta en el art. 62 de la ley 25.827 (esto es, la deuda contraía antes del 31/12/2001).

Por su parte, el art. 52 de la ley 26.078 extendió esta excepción a indexar a los títulos públicos provinciales que cuenten con la autorización prevista en el art. 25 y al ejercicio de las facultades conferidas por el primer párrafo del art. 26 ambos de la ley 25.917 (denominada “Régimen Federal de Responsabilidad Fiscal”) (12).

(12) Estos artículos disponen: art. 25, Los Gobiernos Provinciales, de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y de los Municipios, para acceder a operaciones de endeudamiento con organismos que no pertenezcan al Sector Público no Financiero, elevarán los antecedentes y la documentación correspondiente al Gobierno nacional, que efectuará un análisis a fin de autorizar tales operaciones en consonancia con las pautas contenidas en el marco macrofiscal al que hace referencia el art. 2º y siendo condición necesaria para la autorización que la jurisdicción solicitante haya cumplido con los principios y parámetros de la presente ley. El Consejo Federal de Responsabilidad Fiscal pondrá a disposición del Gobierno nacional la situación de cumplimiento de cada jurisdicción. Los Gobiernos Provinciales, de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y de los Municipios podrán acceder a operaciones de endeudamiento provenientes de programas con financiamiento de Organismos Multilaterales de Crédito y de programas nacionales, siempre que el Consejo Federal de Responsabilidad Fiscal no informe incumplimiento de los principios y parámetros de la presente ley. El Gobierno nacional implementará un tratamiento diferenciado para el análisis de las operaciones de reestructuración y amortización de la deuda del presupuesto en ejecución. El Gobierno nacional establecerá normativamente los procedimientos y los plazos para la auto-

En síntesis, sin perjuicio de que el Estado nacional podría emitir nuevas normas para exceptuarse de las restricciones a la indexación del capital, hoy en día pueden emitir títulos públicos indexables el Estado nacional (incluyendo BCRA) para su deuda a más de tres meses de plazo, por títulos que se canjeen por deuda anterior al 31/12/2001 y títulos de los Estados provinciales en la medida en que cuenten con la aprobación del Estado nacional.

III.3. Depósitos y préstamos dados por entidades financieras

El art. 27 del dec. 905/2002 (ratificado por art. 71 de la ley 25.827) exceptuó: “... la regla que quizás no figure en pauta después de ... nuevas imposiciones en entidades financieras y las nuevas operaciones crediticias de tales entidades a partir (del 01/06/2002), a las que se les podrá aplicar el Coeficiente de Estabilización de Referencia (CER) instituido por el art. 4º del dec. 214/2002...”. En concreto, las entidades financieras pueden dar préstamos ajustables por CER (13). Una vez más insistimos, no significa

rización de las operaciones de endeudamiento. (art. 26, párr. 1º). El Gobierno nacional, a través del Ministerio de Economía y Producción, podrá implementar programas vinculados con la deuda de aquellas jurisdicciones que no cuenten con el financiamiento correspondiente, en tanto observen pautas de comportamiento fiscal y financiero compatibles con esta ley. Los programas se instrumentarán a través de acuerdos bilaterales, en la medida de las posibilidades financieras del Gobierno nacional y garantizando la sustentabilidad de su esquema fiscal y financiero, y el cumplimiento de sus compromisos suscriptos con Organismos Multilaterales de Crédito.

(13) El INDEC explica en el documento relativo a la metodología para calcular el CVS que: “En virtud de lo dispuesto por el dec. 762/2002 del Poder Ejecutivo Nacional, el Instituto Nacional de Estadística y Censos comenzó a elaborar un Coeficiente de Variación Salarial (CVS) que se utilizará para la actualización del valor de los contratos contemplados en ese instrumento legal. El CVS se obtiene mediante la transformación en tasas diarias del Índice de Salarios (IS), cuya periodicidad es mensual. ... El indicador ha sido diseñado para obtener estimaciones a nivel general y de tres sectores (privado registrado, no registrado y público), las desagregaciones mayores se utilizan únicamente a fines de cálculo. El Índice de Salarios estima a partir de la comparación de meses sucesivos las variaciones de los salarios tanto del sector público, como del privado en cada mes. Para la obtención de los salarios se efectúa una encuesta de periodicidad mensual a las Empresas del Sector Privado y se recaba información

que son libres para indexar de cualquier forma, sino aplicando el CER.

III.4. Títulos fiduciarios

También están exceptuados por el art. 27 del dec. 905/2002 (ratificado por art. 71 de la ley 25.827) “los títulos de deuda o certificados de participación emitidos por el fiduciario de fideicomisos financieros ... siempre que los bienes fideicomitados sean préstamos u otros créditos respecto de los cuales sea de aplicación el Coeficiente de Estabilización de Referencia (CER) o el Coeficiente de Variación de Salarios (CVS) de conformidad con las disposiciones legales en vigencia; en cuyo caso los títulos de deuda o los certificados de participación podrán ajustarse por dichos coeficientes en la medida de su aplicación a los préstamos u otros créditos afectados a los fideicomisos...” Destacamos que el CVS es un índice basado en la comparación de meses sucesivos, las distintas variaciones de los salarios, tanto del sector público como privado creado por el dec. 762/2002 que exceptuó ciertas obligaciones pesificadas del ajuste por CER (14).

En síntesis, los títulos fiduciarios solo podrán actualizarse por CER o CVS cuyo activo subyacente sean créditos que se actualicen por estos mismos índices.

III.5. Préstamos hipotecarios y financiación de saldos de boletos

Luego de varios años de no haber novedades en la materia, hubo una muy relevante. Nos

mediante los circuitos administrativos correspondientes del Sector Público. Respecto del Sector Privado No Registrado se ha realizado una estimación de la evolución de sus salarios sobre la base de la información obtenida mediante la Encuesta Permanente de Hogares (EPH).¹⁴

(14) El citado decreta que se exceptúa de la aplicación del CER a todos aquellos préstamos otorgados a personas físicas transformados a Pesos por el dec. 214/2002 que tengan garantía hipotecaria sobre vivienda única, familiar y de ocupación permanente; préstamos con o sin garantía hipotecaria, originariamente convenidos hasta la suma de USD 12.000; y préstamos con garantía prendaria originariamente convenidos hasta la suma de USD 30.000. Adicionalmente, exceptuó a los contratos de locación de inmuebles cuyo locatario fuere una persona física y el destino de la locación fuere el de vivienda única familiar y de ocupación permanente.

referimos al dec. 146/2017, que en sus considerandos explica que “se considera necesario exceptuar a los préstamos hipotecarios, a los títulos valores con o sin oferta pública y a los contratos de obra o aquellos que tengan por objeto el desarrollo de actividades relacionadas con la construcción, comercialización y financiamiento de inmuebles, obras de infraestructura y desarrollos inmobiliarios, de lo dispuesto en los arts. 7º y 10 de la ley 23.928 y sus modificatorias, permitiendo de esta manera la aplicación de determinados índices de actualización en las sumas de pesos que corresponda pagar, sujetándolo a ciertas condiciones para su aplicación”. En el siguiente punto veremos el caso de los valores negociables (claramente la más relevante de las excepciones previstas) y en el punto subsiguiente veremos los contratos de construcción.

En lo que hace a los préstamos hipotecarios, el art. 5º del dec. 146/2017 establece en su inc. a) (en su redacción dada en 2018 por el art. 128 del a ley 27.444 de Simplificación y Desburocratización para el Desarrollo Productivo de la Nación) que quedan exceptuados de la prohibición de indexar los siguientes instrumentos: “Préstamos con garantía hipotecaria, de conformidad con lo establecido en los arts. 2205 y ss. del Cód. Civ. y Com. y financiaciones de saldo de precio de boletos de compraventa de terrenos, lotes o parcelas u otros inmuebles que cumplan con los requisitos establecidos en el art. 1170 del Cód. Civ. y Com. A los instrumentos enumerados en el presente inciso, podrá aplicárseles el coeficiente de estabilización de referencia (CER) previsto en el art. 4º del dec. 214 del 3/02/2002”.

A los fines de evitar toda duda cabe mencionar que el art. 2205 del Cód. Civ. y Com. citado por la norma es el que define a la hipoteca como “el derecho real de garantía que recae sobre uno o más inmuebles individualizados que continúan en poder del constituyente y que otorga al acreedor, ante el incumplimiento del deudor, las facultades de persecución y preferencia para cobrar sobre su producido el crédito garantizado”. En otras palabras, no se trata de que las hipotecas que se pueden indexar tengan ninguna particularidad, sino que el legislador clarificó que al usar el término “hipoteca” no es otro que el definido por nuestro Cód. Civ. y Com.

Por su parte, el art. 1170 del Cód. Civ. y Com. intitulado “Boleto de compraventa de inmuebles” dispone: “El derecho del comprador de buena fe tiene prioridad sobre el de terceros que hayan trabado cautelares sobre el inmueble vendido si: (a) el comprador contrató con el titular registral, o puede subrogarse en la posición jurídica de quien lo hizo mediante un perfecto eslabonamiento con los adquirentes sucesivos; (b) el comprador pagó como mínimo el veinticinco por ciento del precio con anterioridad a la traba de la cautelar; (c) el boleto tiene fecha cierta; (d) la adquisición tiene publicidad suficiente, sea registral, sea posesoria”. Recordemos que acorde a lo dispuesto en el art. 2071 del Cód. Civ. y Com., “Para poder celebrar contratos sobre unidades construidas o proyectadas bajo el régimen de propiedad horizontal, el titular del dominio del inmueble debe constituir un seguro a favor del adquirente, para el riesgo del fracaso de la operación de acuerdo con lo convenido por cualquier razón, y cuya cobertura comprenda el reintegro de las cuotas abonadas con más un interés retributivo o, en su caso, la liberación de todos los gravámenes que el adquirente no asume en el contrato preliminar. El incumplimiento de la obligación impuesta en este artículo priva al titular del dominio de todo derecho contra el adquirente a menos que cumpla íntegramente con sus obligaciones, pero no priva al adquirente de sus derechos contra el enajenante”. Si bien esta norma fue inoperante por años (porque no había ninguna compañía de seguros que tuviera el producto aprobado por la Superintendencia de Seguros de la Nación), hoy es día es plenamente operativa, y constituye un resguardo del comprador.

El último párrafo del art. 5º del dec. 146/2017 dispone que además del CER las hipotecas y saldos de boletos “podrán denominarse en Unidades de Valor Adquisitivo actualizables por el Coeficiente de Estabilización de Referencia “CER”, ley 25.827 (UVA) o en Unidades de Vivienda actualizables por el Índice del Costo de la Construcción (ICC), ley 27.271 (UVI), de conformidad con lo establecido por el Banco Central de la República Argentina en las Comunicaciones “A” 5945 y “A” 6069, sus modificatorias y complementarias.

En resumidas cuentas, las hipotecas y las financiaciones de saldos de boletos de compra-

venta pueden ajustarse por CER o denominarse en UVA o UVI (15).

III.6. Valores negociables con o sin oferta pública por plazos no inferiores a 2 años

El citado art. 5º del dec. 146/2017 exceptúa en su inc. b) los “valores negociables con o sin oferta pública, por plazos no inferiores a dos [2] años, a los que podrá aplicarse el Coeficiente de Estabilización de Referencia (CER) previsto en el art. 4º del dec 214 del 3/02/2002”. También se aplica en este caso la aclaración contenida al final del art. 5º en su último párrafo en el sentido de que estos instrumentos “podrán denominarse en Unidades de Valor Adquisitivo actualizables por el Coeficiente de Estabilización de Referencia “CER”, ley 25.827 (UVA) o en Unidades de Vivienda actualizables por el Índice del Costo de la Construcción (ICC), ley 27.271 (UVI), de conformidad con lo establecido por el Banco Central de la República Argentina en las Comunicaciones “A” 5945 y “A” 6069, sus modificatorias y complementarias.

Esta es claramente la más importante de las excepciones dado que “valores negociables” es un término definido en el último párrafo del art. 2º de la ley 26.831 de Mercado de Capitales que dispone que son “Títulos valores emitidos tanto en forma cartular así como a todos aquellos valores incorporados a un registro de anotaciones en cuenta incluyendo, en particular, los valores de crédito o representativos de derechos creditorios, las acciones, las cuotas partes de fondos comunes de inversión, los títulos de deuda o certificados de participación de fideicomisos financieros o de otros vehículos de inversión colectiva y, en general, cualquier valor o contrato de inversión o derechos de crédito homogéneos y fungibles, emitidos o agrupados en serie y negociables en igual forma y con efectos similares

(15) Cabe mencionar que el dec. 319/2020 dictado en el marco de la emergencia por la Pandemia de COVID-19 dispuso que hasta el 30 de septiembre del 2020 la cuota mensual de todos los créditos hipotecarios sobre viviendas únicas y los prendarios actualizados por UVA, no podrá superar el monto correspondiente a la cuota del mes de marzo del mismo año. Asimismo, se prevén facilidades para el pago de la diferencia entre el monto que hubiere debido abonarse según las prescripciones contractuales y el que efectivamente deberá pagarse por aplicación del congelamiento de las cuotas que se dispone.

a los títulos valores; que por su configuración y régimen de transmisión sean susceptibles de tráfico generalizado e impersonal en los mercados financieros. Asimismo, quedan comprendidos dentro de este concepto, los contratos de futuros, los contratos de opciones y los contratos de derivados en general que se registren conforme la reglamentación de la Comisión Nacional de Valores, y los cheques de pago diferido, certificados de depósitos de plazo fijo admisibles, facturas de crédito, certificados de depósito y warrants, pagarés, letras de cambio, letras hipotecarias y todos aquellos títulos susceptibles de negociación secundaria en mercados". Si la amplísima definición de "valor negociable" se le suma que la excepción a la prohibición de indexar es clara en el sentido de que son valores con o sin oferta pública, se sigue que cualquier persona humana o jurídica puede emitir un título que ajuste por CER o denominado en UVA o UVI con el solo requisito de ser a más de 2 años.

III.7. Contratos de obra o con objeto en construcción

Finalmente, el art. 5º del dec. 146/2017 exceptúa en su inc. c) los "contratos de obra o aquellos que tengan por objeto el desarrollo de actividades relacionadas con la construcción, comercialización y financiamiento de inmuebles, obras de infraestructura y desarrollos inmobiliarios, todos por plazos no inferiores a dos [2] años, a los que podrá aplicarse el Coeficiente de Estabilización de Referencia (CER), previsto en el art. 4º del dec. 214 del 03/02/2002, o el Índice del Costo de la Construcción (ICC), para el Gran Buenos Aires que publica el INDEC, para vivienda unifamiliar modelo seis". Al igual que en los dos casos anteriores también se aplica en este caso la aclaración contenida al final del art. 5º en su último párrafo en el sentido de que estos instrumentos "podrán denominarse en Unidades de Valor Adquisitivo actualizables por el Coeficiente de Estabilización de Referencia "CER", ley 25.827 (UVA) o en Unidades de Vivienda actualizables por el Índice del Costo de la Construcción (ICC), ley 27.271 (UVI), de conformidad con lo establecido por el Banco Central de la República Argentina en las Comunicaciones "A" 5945 y "A" 6069, sus modificatorias y complementarias.

En el caso de los contratos de obra o aquellos que tengan por objeto el desarrollo de actividades relacionadas con la construcción, comercialización y financiamiento de inmuebles, obras de infraestructura y desarrollos inmobiliarios, los índices posibles además del CER, UVA, y UVI incluyen el Índice del Costo de la Construcción (ICC), para el Gran Buenos Aires que publica el INDEC, para vivienda unifamiliar modelo seis, pero siempre que el plazo sea mayor a 2 años.

IV. Indexación versus contratos en moneda extranjera o a tasa variable

Cabe destacar que no debe confundirse la indexación con la emisión en otra moneda que no sea el Peso o con la posibilidad de acordar un interés compensatorio a tasa variable, situaciones en las cuales podría haber protección frente a la inflación, pero que claramente en las cuales no estamos frente a la indexación o repotenciación del capital. De hecho, tal como lo dice el Superior Tribunal de Córdoba, la existencia de estas alternativas da más solidez a la prohibición de indexar puesto que si bien no son lo mismo, pueden proveer de algún nivel de protección.

Conforme el art. 765 del Cód. Civ. y Com., el deudor queda liberado de pagar una suma de dinero en moneda extranjera, si paga su equivalente en pesos. El citado artículo dispone: "La obligación es de dar dinero si el deudor debe cierta cantidad de moneda, determinada o determinable, al momento de constitución de la obligación. Si por el acto por el que se ha constituido la obligación, se estipuló dar moneda que no sea de curso legal en la República, la obligación debe considerarse como de dar cantidades de cosas y el deudor puede liberarse dando el equivalente en moneda de curso legal" (16).

(16) Diferente es el caso de los depósitos en dinero que se rigen por el art. 1390 del Cód. Civ. y Com. que dispone que "Hay depósito de dinero cuando el depositante transfiere la propiedad al banco depositario, quien tiene la obligación de restituirlo en la moneda de la misma especie, a simple requerimiento del depositante, o al vencimiento del término o del preaviso convencionalmente previsto". Mismo comentario para los préstamos en dinero por parte de bancos que se rigen por los arts. 1408 y 1409 del mismo Cód. Civ. y Com. el art. 1408 intitulado "Préstamo bancario" dispone que "El préstamo bancario es el contrato por el cual el banco se compromete a entregar una suma de dinero obligándose el prestatario a su devolución y al pago de los intereses en la moneda de la

Frente a esta norma surge la pregunta de si la misma es de orden público y por ende por más que las partes acuerden en contrario estamos frente a una renuncia a un derecho que es inválida, o si la norma es meramente supletoria y las partes pueden acordar en contrario. Si bien la doctrina no ha sido unánime, lo cierto es que todos los fallos relevados sostienen que la norma es meramente supletoria y que las partes pueden estipular en contrario. En particular nos referimos a fallo “Prinzio” (17) en el que se establece: “(...) con la renuncia al pago por equivalente se fortalece la solución genérica que impone el Código tanto para estas obligaciones de dar moneda sin curso legal, como para todas las otras obligaciones de dar: deben cumplirse dándose al acreedor el objeto prometido. La posibilidad de pagar con el equivalente es en rigor una excepción sobre el orden legal y natural, que si el beneficiario la renuncia de ninguna manera se afecta el orden jurídico”. Y que “no existe norma alguna que establezca la indisponibilidad del párrafo final del art. 765. En consecuencia, la disposición correspondiente debe considerarse de carácter supletorio en virtud del principio general establecido por el art. 962 del mismo cuerpo legal y de la circunstancia de no poder afirmarse que ‘de su modo de expresión, de su contenido o de su contexto resulte su carácter indisponible’”. En síntesis, el fallo es claro en el sentido de que las partes puede acordar que dejan de lado la norma del art. 765 y, en ese caso, solo será aceptable el pago en dólares estadounidenses.

En otro fallo (18) de la Cámara Civil de la Ciudad de Buenos Aires, citando a Ossola y Lorenzetti, se expresa: “El art. 765 del Cód. Civ. y Com. no resulta ser de orden público, y por no resultar una norma imperativa no habría inconvenientes en que las partes en uso de la autonomía de

misma especie, conforme con lo pactado”. Y el art. 1409 intitulado “Descuento bancario” dispone que “El contrato de descuento bancario obliga al titular de un crédito contra terceros a cederlo a un banco, y a este a anticiparle el importe del crédito, en la moneda de la misma especie, conforme con lo pactado”.

(17) “Di Prinzio, Marcelo C. y otro c. Chiesa, Carlos J. s/ cumplimiento de contratos civiles-comerciales”, CNA-CyC de Junín, 14/02/2017.

(18) “A., J. A. y ot. c. P. M. SA s/ ejecución hipotecaria” CCCABA, Sala F, 10/2015.

la voluntad (arts. 958 y 962 del código citado) pacten (como dice el art. 766 del mismo ordenamiento), que el deudor debe entregar la cantidad correspondiente en la especie designada” (OSSOLA, Federico Alejandro en LORENZETTI, Ricardo L., “Código Civil y Comercial de la Nación Comentado”, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2015, t. V, p. 126).

Finalmente, en el fallo “Odri” (19), en la misma línea que venimos comentando, se dispone: “Sin perjuicio de ello y a mayor abundamiento, debo señalar que aun cuando consideráramos aplicable lo dispuesto en este dispositivo, considero que la previsión en él contenida respecto de la posibilidad de liberarse el deudor de la obligación de dar sumas de dinero que no sean de curso legal en la Republica mediante la entrega del equivalente en moneda de curso legal no es una disposición de orden público. Así lo ha señalado la doctrina casi unánimemente” (20).

En síntesis, de la jurisprudencia citada es claro que las partes puede disponer en contrario y por ende acordar que a pesar de lo dispuesto por el art. 765 del Cód. Civ. y Com., los pagos deban hacerse necesariamente en dólares.

El punto que no debe perderse de vista es que lo que resulta legal es el pago en Dólares (si así se lo ha convenido) pero que es dudoso el caso en que se acuerda el pago en pesos y el ajuste a Dólares tiene finalidad indexatoria. En este sentido recordemos que en el ya citado fallo “Massolo” la CS ha dicho que: “se advierte que la aludida cláusula ... tiene un inequívoco propósito indexatorio de las obligaciones pendientes de pago, pues su objeto es estabilizar el valor de las prestaciones vinculándolo con el de una moneda extranjera, por lo que correspondería aplicar al caso la prohibición dispuesta por las mencionadas normas e invalidar la estipulación cuestionada de conformidad con lo establecido por los arts. 502, 953, 1038, 1047 y concordantes

(19) “Odri, María Rosa c. Coco Cantor SA s/ ordinarios, cobro de pesos, recurso de apelación” CACyC Córdoba 5ª, 24/06/2016.

(20) Destacamos que mismo criterio se desprende de los fallos de la CNCiv-, Sala F, “F, M. R. c. A., C. A. y otros s/ consignación” del 25/08/2015, y de la CNCom., Sala E, “Cernadas de Viale, Delia M. y otro c. Medicus SA s/ ordinario” del 29/08/2017.

del Código Civil, pues las disposiciones de las leyes 23.928 y 25.561 son de orden público y no pueden ser modificadas por la voluntad de los contratantes, más allá de su indudable naturaleza federal (conf. CS, Fallos: 315:1209; 316:2604; 317:605; 319:3241; 320:2786 y 328:2567)” (21).

V. Resumen final

En síntesis, en lo que hace al caso de valores negociables, de acuerdo con la doctrina y jurisprudencia a la fecha, solo se pueden emitir con cláusulas de indexación o repotenciación los siguientes:

1. Contratos de *leasing* mobiliario actualizables por CER o mediante la denominación en UVA.

2. Títulos públicos del Estado nacional (incluyendo BCRA) para su deuda a más de tres meses de plazo, por títulos que se canjeen por deuda anterior al 31 de diciembre de 2001 y títulos de los Estados provinciales en la medida en que cuenten con la aprobación del Estado nacional.

3. Préstamos dados por entidades financieras ajustables por CER.

(21) “Massolo, Alberto J. c. Transporte del Tejar SA”, 20/04/2010. Fallos: 333:447.

4. Títulos fiduciarios actualizables por CER o CVS en la media en que su activo subyacente sean créditos que se actualicen por estos mismos índices.

5. Hipotecas y financiaciones de saldos de boletos de compraventa pueden ajustarse por CER o denominarse en UVA o UVI.

6. Valores negociables con o sin oferta pública que ajuste por CER o denominado en UVA o UVI con el solo requisito de ser a más de 2 años.

7. Contratos de obra o aquellos que tengan por objeto el desarrollo de actividades relacionadas con la construcción, comercialización y financiamiento de inmuebles, obras de infraestructura y desarrollos inmobiliarios, pueden ajustar por CER, UVA, y UVI y por el Índice del Costo de la Construcción (ICC), para el Gran Buenos Aires que publica el INdEC, para vivienda unifamiliar modelo seis, pero siempre que el plazo sea mayor a 2 años.

Con relación a los restantes títulos valores y contratos de financiación, rige la prohibición e indexación establecida por la ley 23.928 de 1991, la cual se mantiene vigente y ha sido declarada como válida y constitucional por la Jurisprudencia en reiteradas oportunidades.

Thomson Reuters

DOCTRINA

Thomson Reuters

Thomson Reuters

La crisis del nuevo coronavirus y la protección de datos personales

Los desafíos de una pandemia en la era de las tecnologías de la información

María Florencia Bossi (*)

Sumario: I. Las consecuencias jurídicas de la pandemia: El caso particular de la privacidad y los datos personales.— II. Consecuencias que exceden la salud y la economía: Los efectos jurídicos y el caso particular de la protección de los datos personales.— III. Los datos personales involucrados en una crisis como la del COVID-19. El rol protagónico de las nuevas tecnologías.— IV. El enfoque de la problemática en otros países.— V. Algunas reflexiones.

I. Las consecuencias jurídicas de la pandemia: El caso particular de la privacidad y los datos personales

El nuevo Coronavirus (COVID-19), surgido en la ciudad china de Wuhan, a fines de 2019, se ha propagado a un ritmo vertiginoso en gran parte del mundo, hasta ser catalogado como “pandemia” por la Organización Mundial de la Salud en marzo de 2020 (1).

A la fecha, el número de personas infectadas a nivel mundial ya ha superado el millón y la enfermedad ya se ha cobrado más de 50.000 vidas (2).

Se trata de un desafío para la humanidad entera, ya que, si bien ha habido otras pandemias a lo largo de la historia, pocas han tenido una extensión tan amplia como la del COVID-19.

(*) Abogada, (UBA) Posgrado en Asesoramiento Jurídico de empresas, Universidad Católica Argentina. Diplomatura en Propiedad Intelectual, Universidad Austral.

(1) Fuente: <https://www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-51842708>.

(2) Fuente: <https://www.telam.com.ar/notas/202004/447321-coronavirus-casos-fallecidos-mundo.html>.

A ello debe agregarse que el contexto social y tecnológico en el que tiene lugar la pandemia del nuevo coronavirus es completamente diferente respecto de las enfermedades que han sacudido al mundo en los siglos anteriores, lo cual implica indiscutibles ventajas, pero también desafíos adicionales.

II. Consecuencias que exceden la salud y la economía: Los efectos jurídicos y el caso particular de la protección de los datos personales

Más allá de que el mayor impacto de la expansión de la enfermedad se da sin duda en el plano sanitario y económico, el brote del nuevo coronavirus acarrea también importantes consecuencias jurídicas, que abarcan desde aspectos contractuales, comerciales, laborales y de derecho público.

La protección de datos personales también es una de las disciplinas legales que presenta numerosos desafíos en el marco de la crisis del COVID-19.

En efecto, distintas autoridades a nivel mundial se han pronunciado sobre el asunto, entre

ellas, el Comité Europeo de Protección de Datos (3).

En el caso de Argentina, la Agencia de Acceso a la Información Pública, órgano de aplicación de la ley 25.326, publicó en su sitio de Internet un comunicado sobre los principales aspectos que resulta necesario tener en cuenta para la adecuada la protección de los datos personales durante la crisis del COVID-19 (4).

Estas advertencias no resultan infundadas, ya que, ante un escenario de desastre mundial, y especialmente teniendo en cuenta las herramientas tecnológicas disponibles en la era de la información, es sencillo presuponer el surgimiento de importantes interrogantes respecto del resguardo de los datos personales y de la privacidad.

Desde ya, debe advertirse que las cuestiones que se encuentran sobre el tapete no son novedosas; sin embargo, sí puede afirmarse que se trata de aspectos que cobran una relevancia particular ante la situación extraordinaria generada por la emergencia sanitaria.

Por otra parte, debe señalarse que, más allá de la situación de extrema gravedad que implica la pandemia, la privacidad y la protección de los datos personales de las personas no constituyen un tema carente de importancia.

Por el contrario, los derechos que aquí nos ocupan se encuentran fuertemente vinculados a la libertad individual, a la intimidad, y otras garantías primordiales en todo orden democrático. En el caso de Argentina, estos derechos y garantías se encuentran expresamente consa-

grados en los arts. 18 (5), 19 (6) y 43, párr. 3º (7) de la CN.

En consecuencia, más allá de la necesidad imperiosa de los Estados de resguardar la salud y seguridad de sus ciudadanos, resulta necesario que toda medida que sea adoptada para mitigar los efectos de la pandemia se encuentre de conformidad con la legislación vigente en la materia y no resulte excesiva o abusiva.

III. Los datos personales involucrados en una crisis como la del COVID-19. El rol protagónico de las nuevas tecnologías

Para analizar el problema de la protección de datos personales en el marco de la actual crisis epidemiológica, es necesario analizar tanto el tipo de información que puede encontrarse involucrada, los actores a cargo de dicho tratamiento o recolección y los usos que eventualmente pueden darse a tales datos.

Asimismo, también debe revisarse las facultades que tienen las autoridades para el manejo de los datos de salud, las excepciones previstas para situaciones de crisis extrema y las medidas de seguridad que cada ordenamiento impone y que deben ser respetadas en todo tratamiento de información.

(5) “(...) Es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos. El domicilio es inviolable, como también la correspondencia epistolar y los papeles privados; y una ley determinará en qué casos y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación (...)”

(6) “Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están solo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”.

(7) “(...) Toda persona podrá interponer esta acción para tomar conocimiento de los datos a ella referidos y de su finalidad, que consten en registros o bancos de datos públicos, o los privados destinados a proveer informes, y en caso de falsedad o discriminación, para exigir la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de aquellos. No podrá afectarse el secreto de las fuentes de información periodística (...)”.

(3) Disponible en https://ec.europa.eu/info/live-work-travel-eu/health/coronavirus-response/public-health_es (consultado por última vez en fecha 06/04/2020).

(4) Fuente: <https://www.argentina.gob.ar/noticias/tratamiento-de-datos-personales-ante-el-coronavirus>.

III.1. Datos de salud, datos sensibles

Como primera cuestión fundamental, debe tenerse en cuenta que mucha de la información que es tratada en el marco de una pandemia se encuentra relacionada con salud y, por lo tanto, se encuentra dentro de aquella catalogada como “sensible” por parte de gran parte de las legislaciones.

Los ordenamientos jurídicos otorgan, en general, un tratamiento especial a este tipo de datos, debido al riesgo potencial de su titular de sufrir discriminación a causa de la divulgación de este tipo de información personal. Tal es el caso de los datos relativos a la sexualidad, las creencias religiosas y de la información relativa a la salud.

La norma argentina define esta categoría de datos en su artículo segundo (8), y partiendo de la premisa del riesgo de discriminación antes mencionada, establece como regla general la prohibición de tratamiento de este tipo de información, limitándola solo a supuestos especiales.

En este sentido, el art. 7° de la ley dispone que “ninguna persona puede ser obligada a entregar datos sensibles” y reserva de forma exclusiva la recolección de este tipo de información a aquellos supuestos en los cuales priman *razones de interés general autorizadas por ley*, cuando se los trata como finalidades estadísticas o científicas cuando no es posible la identificación del titular del dato (9).

En el caso de los datos relativos a la salud, la ley argentina permite expresamente el tratamiento por parte de los profesionales y las instituciones sanitarias, siempre que se respete adecuadamente el secreto profesional y la demás normativa aplicable (10).

(8) Ley 25.326 Protección de Datos Personales, art. 2°, “Datos sensibles: datos personales que revelan origen racial y étnico, opiniones políticas, convicciones religiosas, filosóficas o morales, afiliación sindical e información referente a la salud o a la vida sexual”.

(9) *Ibidem*, art. 7°.

(10) *Ibidem*, art. 8°.

Asimismo, la norma admite el tratamiento de este tipo de datos cuando se realiza de forma anonimizada, con fines estadísticos (11).

III.2. El tratamiento de datos por parte del Estado. Facultades especiales

Otra cuestión importante son las diferencias que existen en ciertos ordenamientos —como el argentino— entre el régimen aplicable al tratamiento de datos por parte del Estado respecto de aquel efectuado por parte de entidades privadas.

En este, sentido, el art. 5° de la ley 25.326 exige de la necesidad de consentimiento aquellos tratamientos que realiza el Estado en el marco de sus funciones (12).

Estas disposiciones de la ley argentina implican que el Ministerio de Salud de la Nación y los ministerios provinciales se encuentran facultados a requerir, recolectar, cederse entre sí o procesar de cualquier otro modo información de salud sin consentimiento de los pacientes, conforme a las competencias explícitas e implícitas que les hayan sido conferidas por ley (13).

Estas disposiciones, si bien a menudo han sido objeto de cuestionamientos por parte de algunos sectores, al día de la fecha forman parte del sistema normativo de Argentina y deben considerarse en el marco del presente análisis.

III.3. El tratamiento de datos en escenarios de emergencia

Otro aspecto de la legislación argentina a tener en cuenta son aquellas disposiciones relativas a situaciones excepcionales.

En este sentido, la ley 25.326 contempla los casos de emergencia pública, como puede ser una pandemia, y establece ciertas salvedades a los principios que rigen de manera general en la materia, como lo son el deber de confidencialidad y la necesidad de obtener el consentimiento del titular de los datos para poder cederlos.

(11) *Ibidem*, art. 7°, inc. 2°.

(12) *Ibidem*, art. 5°, 2, b).

(13) Fuente: <https://www.argentina.gob.ar/noticias/tratamiento-de-datos-personales-ante-el-coronavirus>.

Con relación a la primera de estas cuestiones, el art. 10 de la norma establece que los responsables de bases de datos pueden ser relevados del deber de secreto “cuando medien razones fundadas relativas a la seguridad pública, la defensa nacional o la salud pública” (14).

En materia de cesión de datos personales, el inc. 3º d) del art. 11 de la ley dispone que el consentimiento para este tipo de actos no es requerido cuando se trate de información relativa a la salud, y haya una necesidad que responda a razones de salud pública, de emergencia o la cesión se requiera para la realización de estudios epidemiológicos (15).

Debe destacarse, sin embargo, que la norma establece como requisito la preservación de la identidad de los titulares de los datos *mediante mecanismos de disociación adecuados* (16).

III.4. La pandemia y la tecnología

Sin perjuicio de la relevancia indudable de las disposiciones que han sido mencionadas precedentemente, la problemática del tratamiento de datos en el marco de la emergencia sanitaria no se reduce a los datos tratados por las instituciones o profesionales de la salud, y tampoco a aquel realizado por las entidades públicas en ocasión de las funciones que les son propias.

En muchas ocasiones, la pandemia también puede implicar la manipulación de otros tipos de información que no es sanitaria, pero cuyo tratamiento indiscriminado puede ocasionar graves consecuencias para los derechos de los individuos, tales como la ubicación geográfica o la información sobre su vida social.

Asimismo, ante las recomendaciones de aislamiento social que rigen en varios de los países afectados, los canales digitales toman aún más protagonismo que de costumbre.

Este florecimiento tecnológico, podría ser una de las principales ventajas que nos deje esta crisis y, en países como Argentina (en donde,

(14) Ley 25.326 Protección de Datos Personales, art. 10.

(15) *Ibidem*, art. 11, inc. 3º d).

(16) *Ibidem*, art. 11, inc. 3º d).

aunque parezca increíble, la bancarización no es total, las contrataciones electrónicas poseen ciertas limitaciones y el trabajo remoto aún no se encuentra del todo implementado en muchas compañías) la inesperada situación puede llegar a implicar la aceleración de un cambio de paradigma.

Sin embargo, como contrapartida, esta mayor digitalización implica también la necesidad de una mayor protección de la privacidad y de los datos personales, lo cual requerirá tanto de una modernización de la legislación en vigencia, como así también de un mayor control por parte de los organismos que vigilan el cumplimiento de estas normas.

En resumen, la problemática no se limita únicamente a información relacionada a la salud que es tratada por parte de instituciones o profesionales médico o por parte de entidades públicas; por el contrario, la cuestión de los datos personales en este contexto es mucho más amplia.

IV. El enfoque de la problemática en otros países

IV.1. Unión Europea

El Reglamento General de Protección de Datos (RGPD), que entró en vigor el 24 de mayo de 2016 (y cuyo cumplimiento es obligatorio desde el 25 de mayo de 2018), es reconocido a nivel mundial como una norma que otorga una férrea protección del derecho de privacidad de los ciudadanos de la Unión Europea, y que impone gravosas sanciones a las empresas incumplidoras.

Sin embargo, el reglamento europeo incluye también algunas menciones a excepciones con respecto al tratamiento de datos personales en situaciones de emergencia sanitaria de alcance general.

En tal sentido, el considerando 46 de la norma establece que “[e]l tratamiento de datos personales también debe considerarse lícito cuando sea necesario para proteger un interés esencial para la vida del interesado o la de otra persona física” y hace además especial referencia a situaciones en las que el tratamiento “es necesario para fines

humanitarios, incluido el control de epidemias y su propagación, o en situaciones de emergencia humanitaria, sobre todo en caso de catástrofes naturales o de origen humano” (17).

No obstante, y tal como ya ha sido mencionado, enfrentar una pandemia o una crisis humanitaria no implica una licencia para desconocer la validez y aplicabilidad de otros derechos, como la protección de datos.

En este sentido, el 19 de marzo de 2020, el Comité Europeo de Protección de datos emitió una declaración en la que destaca que la normativa sobre protección de datos y en particular el nuevo reglamento europeo sobre la materia, no impiden tomar medidas en la lucha contra el flagelo del coronavirus, y advirtió que, quienes traten datos personales deben asegurar su protección, aún en estas circunstancias de excepción (18).

Por su parte, varios países europeos se han pronunciado sobre el tema. Por ejemplo, la Agencia de Protección de Datos española ha publicado un informe en el que analiza el tratamiento de datos personales en relación con la crisis epidemiológica (19) y unas “Preguntas Frecuentes” sobre el Coronavirus, centradas en el tratamiento de datos en el ámbito laboral.

IV.2. China y otros países asiáticos

En China y otros países asiáticos, las soluciones aplicadas han sido aún más polémicas desde el punto de vista de la privacidad y de los derechos individuales.

La explicación para ello puede hallarse en diversos factores, dentro de los cuales se encuen-

(17) Reglamento (UE) 2016/679 Del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos (Reglamento General de Protección de Datos), consid. 16.

(18) Disponible en https://ec.europa.eu/info/live-work-travel-eu/health/coronavirus-response/public-health_es (consultado por última vez en fecha 06/04/2020).

(19) Informe 0017/2020 sobre tratamientos de datos resultantes de la actual situación derivada de la extensión del virus COVID-19.

tran aquellos de tipo cultural y político. Sobre este punto, no puede olvidarse que, en algunos de estos países, la protección de datos no se considera un tema tan prioritario y los Estados suelen tener una injerencia mucho mayor en la vida y la privacidad de sus habitantes.

En el caso de China, país que ha sido epicentro de la enfermedad, se ha implementado el uso de aplicaciones, inteligencia artificial y otras tecnologías semejantes a fin de mitigar la expansión de la enfermedad.

Un ejemplo de ello ha sido el uso una aplicación móvil que permite obtener información sobre los lugares en los que ha estado cada persona durante los últimos quince días, utilizando los datos de las torres de telefonía a las que se han conectado sus teléfonos móviles.

En base a ello, en dicho país, se aplicó un sistema de clasificación basado en tecnología basada en códigos QR. Estos códigos eran de tres colores diferentes, en función de los lugares en donde había estado cada persona y si mostraba síntomas; dependiendo del código asignado, la persona debía quedarse en cuarentena o podía moverse libremente (20).

Como puede advertirse, este tipo de tecnología parecería ser una gran aliada para hacer frente al COVID-19, aunque desde el punto de vista de la privacidad, sin lugar a duda, suscita ciertas objeciones, especialmente si mediante los datos empleados fuera posible individualizar a las personas.

V. Algunas reflexiones

Resulta evidente que, en tiempos de crisis extrema, como lo es el flagelo del nuevo coronavirus, existen ciertos derechos que necesariamente regulados, para proteger la vida, salud e integridad de la comunidad.

(20) Artículo publicado en diario El País, “Coronavirus: código verde, adelante; código rojo, cuarentena”, 04/03/2020, disponible en <https://elpais.com/tecnologia/2020-03-03/coronavirus-codigo-verde-adelante-codigo-rojo-cuarentena.html> (consultado por última vez el 07/04/2020).

Asimismo, no puede negarse que existen diversos avances tecnológicos que pueden resultar promisorios para luchar contra la pandemia.

Sin embargo, y tal como se señala en la comunicación emitida por el Comité Europeo de protección de datos, esta prioridad de la salud y la seguridad de las personas no implica dejar de lado el derecho de privacidad, y existen ciertas pautas que aún en estas circunstancias deben ser aplicadas.

La protección de datos personales y la privacidad de las personas son derechos humanos fundamentales que deben ser respetados incluso en situaciones de crisis como lo es el brote del nuevo coronavirus.

En consecuencia, es importante que los ciudadanos de las distintas naciones conozcan los motivos de las restricciones aplicadas, como así también cuales son los límites en cada caso.

Pandemia y exterminio empresario

Rubén Segal (*)

Sumario: I. El origen: un inesperado, inédito y mutante virus.— II. Freñar el exterminio.— III. Insolvencia global, sistémica y sin fronteras.— IV. Una frenética y circunstancial actividad legiferante no basta.— V. La pandemia hace del tiempo un factor crítico.— VI. Si bien el tiempo es un factor crítico, la pandemia no justifica el empleo de la metodología estatizante de la expropiación pública.— VII. Epílogo.

I. El origen: un inesperado, inédito y mutante virus

Percibo mientras escribo una extraña sensación: que los datos que habré de consignar serán rápidamente modificados por una nueva realidad y dejarán de ser exactos, pues estamos ante un presente evanescente, más parecido a una ficción en la que tiene lugar un proceso letal.

Transcurría el último mes del 2019 cuando un desconocido *agente infeccioso microscópico acelular*, altamente contaminante y en tren de multiplicarse dentro de las células de los organismos humanos, se presenta en Wuhan, provincia de Hubei, China, identificándose como COVID-19, siendo comúnmente conocido por *coronavirus*. Dicho agente (acerca de cuyo origen existen sospechas, pero no certezas) es la causa de un *síndrome respiratorio agudo grave*, similar a una neumonía, que en poco tiempo alcanzó características epidémicas. Debido a su dispersión geográfica en más de 180 países, fue elevado al grado de *pandemia* por la Organización Mundial de la Salud el once de marzo siguiente. Seis meses después, ha infectado a más de diez millones de personas, con una tasa de letalidad que aproximada del cinco por ciento (1).

(*) Profesor Consulto Fac. Cs. Ecs., UBA.

(1) Según datos actualizados al 28.06.2020 extraídos del reporte de la Universidad Johns Hopkins la cantidad de infectados en el mundo llega a la cantidad de 10.154.984 y la de fallecidos a 502.048. "COVID-19. Dashboard by the Center for Systems Science and Engineering at Johns Hopkins University". Una cuarta parte de dichas

Tal performance ha hecho que se lo considere un *Cisne negro* (2) por parecer un acontecimiento inesperado y de impacto extremo, características que sin embargo fueron negadas por el propio autor del libro de igual nombre, en un reportaje radial en Bloomberg, con lo que ha sido coincidente con la temprana advertencia que formulara Bill Gates (3).

También cuenta Jacques Attali (4) que le habría dicho Edgard Morin que este virus se parecía a la "Gestapo", basado en que no se le ve, pero ronda alrededor, y que a pesar de que se tomen todas las precauciones posibles para evitarle, en un momento... desaparecemos. Una similar metáfora considero que se estaba ante una "guerra" de un *enemigo desconocido*, en un escenario de inédita extensión, que produce una destrucción masiva, cuyo costo, duración y número final de víctimas se ignora, exigiendo recurrir a todo tipo de recursos sin contar con un arsenal específico.

Como resguardo ante la onda de contagios desatada por el virus y a fin de evitar sus funestas consecuencias en la salud humana, la mayor parte de los Estados dispusieron —temporánea

cifras corresponden a los Estados Unidos. <https://coronavirus.jhu.edu/map.html>.

(2) Título del libro de igual denominación de Nasim Nicholas TALEB, en original "The Black Swan", Ed. Penguin, editado en 2007 y revisado en el año 2010.

(3) Se ha recordado reiteradamente que Bill Gates —aunque no el único— en conferencia TED de 2015, sostenía que "la próxima gran amenaza de la humanidad no sería una guerra sino una pandemia".

(4) Ver: <http://www.attali.com/societe/le-coronavirus-et-la-gestapo-dix-pensees/>.

o tardíamente— que su población permaneciera protegida a través del encierro en sus hogares, confinamiento que ha llegado a abarcar a unos 4.500.000.000 habitantes de los siete millones quinientos mil de la población mundial.

En los más diversos países, a fin de tornar efectiva la política de evitación del contagio y otros funestos efectos (5) se ha dispuesto vaciar escuelas, colegios y universidades; paralizar la vida económica, centros culturales y de entretenimientos, industrias y comercios; prohibir la circulación, despejar de todo tráfico calles y rutas, clausurar pasos fronterizos y accesos aéreos, marítimos, fluviales y terrestres, y recomendar guardar distancia física de dos o tres metros entre los seres humanos.

Muchos gobiernos han debido desempolvar preceptos punitivos del ordenamiento penal, establecer nuevas sanciones y multas, y restringir o cercenar derechos humanos y libertades personales, particularmente las de entrar, permanecer y salir del territorio, circular, trabajar, ejercer el comercio, y otras garantías constitucional y convencionalmente establecidas. Tales medidas, debido a la urgencia y a la emergencia, por lo general han sido dispuestas por los poderes ejecutivos y no por los legislativos, lo cual, con absoluta lógica republicana y democrática ha sido merecedor de una demoledora y justificada crítica (6).

Debido a la pandemia misma o a los recursos implementados para contrarrestarla se han desatado complejos problemas operativos, morales, educacionales, laborales, políticos y so-

(5) Nada parece quedar a resguardo de los efectos de dicho agresivo agente biológico, que ha llegado a producir un dramático colapso sanitario y funerario en varios países, un claro colapso económico, la súbita alteración de modos de trabajo, de educación, de la actuación del sistema judicial, y hasta de múltiples comportamientos sociales.

(6) La Alta Comisionada de la ONU para los Derechos Humanos señala que esta crisis ha tenido un impacto en los derechos fundamentales alrededor del mundo, que hay gobiernos que ignoran al Poder Legislativo, presidentes que legislan por decreto y saltan la constitución y que regímenes autoritarios aprovechan para reducir aún más libertades y garantías de sus ciudadanos. <http://edicionimpresa.lanacion.com.ar/la-nacion/20200503/textview>.

ciales, por lo que este virus ha demostrado ser intrusivo, destructivo y disruptivo en múltiples aspectos de la vida social e incluso de los individuos en particular. El aislamiento preventivo y obligatorio, o confinamiento y el cierre de actividades de la economía productiva, ha creado una sensación de total incertidumbre y una conciencia de vulnerabilidad colectivas, que afecta en grado extremo mayormente a personas en situación de precariedad económica.

Ciertos países han debido enfrentar una manifiesta carencia de insumos, instrumental y de personal médico suficiente, eficiente y/o con preparación específica para atender tal emergencia epidemiológica. En ciertos casos, además, se ha producido un desborde en los sistemas de salud pública obligando —entre otras formas paliativas— a integrarse u obtener la colaboración de prestadores de la esfera privada, o construir en tiempo récord hospitales y habilitarlos, ocupar espacios de hotelería, etc.

La secuencia mutante de este temible agente biológico y la carencia de remedios probadamente eficaces y de vacunas, han sido y siguen siendo, motivo de justificada e intensa preocupación en todos los ámbitos científicos mundiales.

Esta lucha contra la pandemia ha desatado también planteos ético-profesionales (esencialmente en Europa y Estados Unidos) como consecuencia del alto número de infectados en estado terminal y la imposibilidad de prestar a todos la debida asistencia, poniéndose al personal médico asistencial en la difícil alternativa de tener que optar a quienes brindar o no auxilio, el clásico triaje, de según pautas de edad, posibilidad de reembolsar los costos, gravedad o posibilidad de supervivencia del paciente, etc. (7).

(7) Es una materia en la cual no se debiera poder improvisar, discriminar ni adoptar criterios que no hayan sido establecidos en protocolos públicos preestablecidos. Ver sobre el particular: <https://www.infobae.com/america/tendencias-america/2020/05/05/a-quien-atender-primer-durante-la-pandemia-las-4-pautas-para-seguir-si-faltaran-respiradores/>. El triaje (“separación del grano de la paja”) según Wikipedia es un protocolo de selección y clasificación de pacientes empleado en la medicina de emergencias y desastres, privilegiando la posibilidad de supervivencia, de acuerdo con las necesidades terapéuticas y los recursos disponibles.

A las graves y dramáticas situaciones que se dan en el plano mundial relativas a la salud humana, se agregan no menos graves consecuencias en el orden económico y los irreparables perjuicios que la detención de actividades conlleva para a los operadores y para el ritmo de crecimiento mundial (8). Ocurre en economía lo mismo que con el ser humano, la inactividad o hibernación transitoria daña la aptitud vital.

Ha sido bajo el inefable sello de la *pandemia* o de los recursos o medios establecidos en miras a lograr “achatar la curva de crecimiento de la transmisión del virus”, que se han afectado y paralizado las fuentes de aprovisionamiento, el consumo y la actividad manufacturera. Las fábricas inactivas, los hornos apagados, los centros de logística y distribución cerrados, la desaparición de locales comerciales, el creciente desempleo y la consecuente falta de puestos de trabajo, configuran un patético escenario recesivo, pues la economía empresaria solo se mantiene si se encuentran simultánea y armónicamente operantes las turbinas de la *producción y el consumo*.

El impacto de la paralización económica a nivel mundial es cualitativa y cuantitativamente inédito, habiendo señalado el FMI que se está ante una crisis peor aún que la sucedida en 1929 (9) y que su magnitud y profundidad no tiene paralelo en la historia contemporánea,

(8) Yuval Noah HARARI responde cómo avizora el mundo, y si la *pandemia* importa una crisis sistémica global, afirmando que “no tiene un resultado predeterminado y que podría resultar en millones de muertos, el colapso económico de países enteros, mayor xenofobia y el ascenso de nuevos dictadores y regímenes totalitarios aterradores”. En <https://www.lanacion.com.ar/el-mundo/yuval-noah-harari-la-falta-de-solidaridad-global-y-de-liderazgo-representa-un-peligro-inmenso-para-la-humanidad-nid2350906>.

(9) Ver: <https://www.infobae.com/economia/2020/04/12/para-el-fmi-esta-esta-crisis-es-la-peor-desde-1929-como-era-la-argentina-en-aquel-crack-financiero-y-cual-fue-el-impacto-local-tuvo/>; <https://www.ambito.com/economia/fmi/fmi-pronostico-derrumbes-economicos-170-paises-es-una-crisis-igual-la-peor-1929-n5094578>; <https://www.infobae.com/politica/2020/04/12/desde-una-sala-de-situacion-para-monitorear-la-economia-hasta-un-same-para-socorrer-empresas-las-propuestas-para-evitar-el-derrumbe-economico/>.

con una segura caída mínima de un tres por ciento del PBI mundial (10).

El colapso económico incluye a países, empresas, empresarios, comerciantes independientes, artesanos, profesionales, ahorristas, pensionados, consumidores y usuarios, esto es, a todos, pues se ha sometido a la macro y microeconomía a una suerte de *coma inducido*.

Algunas economías podrían contar con una recuperación en “V” (que caracteriza a las que alcanzan el máximo de profundidad de la crisis y tienen aptitud para una rápida reversión), o en “U” (que lleva un tiempo hasta que la economía retoma fuerzas y logra remontar, haciéndolo lentamente), pero otras pueden representar una “L” (que se da cuando la recesión es *sine die* o por un largo periodo). Este último modo de reacción caracteriza gráficamente a la depresión económica y es el que afecta más a los países emergentes como el nuestro y que registran por lo común un alto nivel de endeudamiento (11), siendo altamente vulnerables y con riesgo de retrogradar a una economía de subsistencia.

Una prueba concreta de la crítica situación recesiva global ha sido la drástica baja del precio del petróleo —elemento fundamental de las economías de producción— alcanzando un nivel negativo sin precedentes históricos. Ello es de por sí un elemento revelador de la abrupta caída mundial de la demanda y de la actividad económica, particularmente del transporte de viajeros y de cargas en el ámbito aeronáutico, marítimo, fluvial y terrestre y a la carencia de capacidad de almacenamiento. Ha de tenerse también presente que una situación similar se estaría produciendo con otros *commodities* y productos elaborados (12) lo cual es revelador

(10) La prensa da cuenta que la desocupación en EE.UU. se ha incrementado en forma súbita debido a la *pandemia*, llegado a la antes jamás conocida cifra de treinta millones de personas.

(11) The Economist del 02/05/2020 (“Debt in developing countries”) con un gráfico comparativo de 66 países emergentes.

(12) Otro producto donde aparece tal efecto de la carencia de demanda es la cerveza (“Como el petróleo: el drama de otra industria con millones de barriles sin vender y que no puede tirar a la basura”, en Infobae 02/05/2020). También se da una curiosa y similar disyun-

del sombrío panorama mundial de depresión, recesión y deflación al cual se asiste.

Desde dicha plataforma reconducir la economía a una *nueva normalidad* (*new normal*), a niveles de producción, oferta, intercambio y demanda o consumo como los preexistentes, exigirá una sustancial reingeniería global. Es que la realidad ha embestido fuertemente, resquebrajado estructuras institucionales y tratados internacionales, dado lugar a una desmundialización y desestructuración de distintos bloques geopolíticos y económicos, y emitido claras señales de un regreso al proteccionismo.

La pandemia no solo ha desafiado a los sistemas de salud —locales y del mundo— sino que ha afectado gravemente al sistema económico, con alta letalidad para ciertas actividades y un número relevante de unidades productivas, agentes y operadores económicos, empleados, dependientes, y autónomos o independientes (13).

Romper una tendencia tal determinada por un entorno económico recesivo —hoy en modo “círculo vicioso”, transformándolo en el contrario— requerirá largos periodos para su saneamiento y regeneración, en especial para determinados tipos de industrias como el turismo, la hotelería, el transporte —en especial el aeronáutico (14)— y aquellas vinculadas a la

tiva con automotores que al no encontrar lugar en tierra para depositarlos le ha determinado a dejar los inventarios en barcos navegando en el océano (“SUVs Are Being Parked In The Middle Of The Ocean As Auto Inventory Crisis Deepens”, <https://www.zerohedge.com/economics/suvs-are-being-parked-middle-ocean-auto-inventory-crisis-deepens>).

(13) Ha dicho la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y se ha difundido en numerosos periódicos casi la mitad de la población activa mundial (unos 1500 millones de personas) podría llegar a quedarse sin empleo, estimando que unos 232 millones de empresas de comercio mayorista y minorista están en peligro de cierre, instando a “la adopción de respuestas políticas urgentes y significativas para proteger tanto a las empresas, en particular las más pequeñas, como a los trabajadores, sobre todo aquellos que operan en la economía informal”.

(14) Ver: <https://www.businessinsider.com/airline-industry-after-coronavirus-when-will-it-recover-bankruptcy-layoffs-2020-4?r=US&IR=T> 4/14.

economía de servicios y de ocupación intensiva de mano de obra.

Dicho negativo y dramático escenario impone la necesidad de planificar con celeridad y eficiencia para evitar un exterminio empresarial.

II. Frenar el exterminio

“.. En qué momento muere el gusano de seda después de haberse encerrado en su capullo y haber trancado la puerta” (15).

A mayor profundidad de una crisis, más profundos deben ser los cambios por producir.

Para Adam Toze (16) el mundo afronta el freno más abrupto de la actividad económica de la historia, el shock económico más dramático y repentino que la mayoría de nosotros jamás vivirá, y ante la interrupción más abrupta de la actividad económica de la historia de alcance planetario (17). Dicho crudo diagnóstico a nivel global hace pensar en que pareciera requerirse ahora una especie de enorme Plan Marshall (18) a nivel planetario, al estilo de la iniciativa que elaboró EE.UU. en ayuda a Europa Occidental para reconstruir países devastados tras la segunda guerra mundial.

No habiendo duda sobre la magnitud de la situación, se hace oportuno recordar aquella afirmación de Einstein en cuanto a que quien atribuye a la crisis fracasos y penurias, violenta su propio talento y respeta más a los problemas

(15) SARAMAGO, José, “Las intermitencias de la muerte” Ed. Penguin, Random House, 2015, p. 87.

(16) “El virus demolió el mito de que la economía debe siempre ir primera”, La Nación, 29/04/2020, sección Economía.

(17) La presidenta del FMI, Kristalina Georgieva, expresaba coincidentemente en distintos foros que la mayor preocupación de la institución, en el largo plazo, es el daño causado por la súbita paralización económica con el riesgo de causar una ola de quiebras y pérdidas de puestos de trabajo, que afecta incluso hasta los fundamentos de nuestras sociedades. El pronóstico de dicha Institución para nuestro país ha sido de una disminución del PBI del orden del doce por ciento lo cual pone de manifiesto la seriedad y extensión de la crisis económica.

(18) Utilizo el término en el sentido amplio que se lee en Wikipedia, esto es, para describir programas o propuestas de rescate económico a gran escala.

que a las soluciones, que la verdadera crisis es la crisis de la incompetencia, y que sin crisis no hay desafíos (19). Dicho concepto vale señalarlo, es coincidente con la sabiduría oriental cuya expresión para crisis en chino es *wei-ji*, compuesta de dos elementos, el primero que significa *peligro*, y el segundo, *oportunidad*.

La crisis actual, que caracteriza definitiva e irremisiblemente al año 2020, hace pensar que nos hallamos también como inevitable azar, ante un *turning point* en múltiples aspectos. ¿Cuál es la tarea? Transformar lo negativo de la catástrofe en alcanzar nuevas metas en los distintos planos del saber y quehacer humano, científico, tecnológico, educativo, sanitario, cultural, etc. (20).

El derrumbe de la economía nacional —que se preanuncia del orden de un diez por ciento del PBI— es el claro anuncio de una crisis sistémica generadora de quiebras a repetición, en cadena o cascada, no remontable sino con una planificación económico política y jurídica eficaz y eficiente. De otro modo no se podrá lograr la sustentabilidad de las unidades económicas, ni su inserción en los distintos sectores de actividad ni reponer un nivel adecuado a las circunstancias de ocupación de mano de obra.

(19) Hay quienes ven en esta pandemia una situación apocalíptica poniendo el acento en la enorme cantidad de víctimas humanas y en las cuantiosas pérdidas económicas que la paralización de actividades conlleva. Otra posición, en cambio, vislumbra la oportunidad de cambios poniendo el foco en que el mundo —especialmente en occidente— se encuentra en los albores de grandes, drásticos y radicales mutaciones en conceptos esenciales y en las estructuras sociales (políticas, institucionales, económicas, culturales, etc.). Creo en esto último, y que como sucede ante todo advenimiento, ha de hacerse frente al costo (sufrimiento) que necesariamente implica.

(20) Sostiene en forma concomitante con lo dicho Henry Kissinger (Wall Street Journal, 03/04/2020) que la pandemia ha impuesto una atmosfera surrealista, que es necesario planificar una nueva época que alterará el orden mundial para siempre, y que el mundo nunca será el mismo después del coronavirus. <https://www.infobae.com/america/eeuu/2020/04/05/henry-kissinger-la-pandemia-de-coronavirus-alterara-el-orden-mundial-para-siempre/>.

Recientemente el economista Ricardo Arriazu (21) sostenía que la humanidad está enfrentando uno de sus mayores desafíos: una pandemia y una implosión económica, provocada en gran medida por una destrucción del comercio, y que esa implosión es la destrucción del comercio, equivalente al 80 por ciento del Producto Bruto Interno (PBI) mundial. En el país, decía, la situación actual no destruye el capital, sino a las empresas y a las personas, haciéndose imperioso evitar un colapso social. Sin duda esta última, obviamente, no es en absoluto una cuestión secundaria.

En nuestra economía en particular no existen estabilizadores automáticos. De allí que aparezca como primer impulso programar nuevos impuestos, bajo el inefable anuncio de su excepcionalidad y temporalidad, que como es habitual la realidad se encargará de desmentir transformándolos en permanentes bajo la invocación de la necesidad del Estado.

Otro recurso, incluso utilizado en estos tiempos en las economías más poderosas de la tierra, es el reparto directo de fondos para paliar la iliquidez, esencialmente a fin de que las empresas puedan hacer frente al pago de sueldos y salarios. Para ello se recurre al otorgamiento de subsidios, de créditos a tasa cero, a la asunción por parte del Estado de garantías de los deudores del sistema o directamente de los intereses bancarios, y al otorgamiento de nuevas moratorias de gravámenes y cargas previsionales, o paliativos del estilo. Se trata de remedios circunstanciales, temporales e insuficientes (22) no reconociéndoseles eficacia para la repuesta en marcha de las unidades productivas, las que claramente demandan medidas más contundentes: una reestructuración de pasivos, mecanismos de reequilibrio patrimonial y programas de incentivos esto es, un verdadero salvataje.

(21) Ver: <https://www.lanacion.com.ar/economia/coronavirus-ricardo-arriazu-desaparecieron-bases-economia-moderna-nid2356775>.

(22) Se cuestiona seriamente si el Estado tiene planes eficientes respecto a las empresas al borde del hundimiento económico o de la quiebra, particularmente de las Pymes. <https://www.infobae.com/economia/2020/05/03/empresas-al-borde-de-la-quiebra-ayudan-realmente-los-planes-del-estado-para-asistir-a-las-pymes/>.

En condiciones de emergencia tales se requiere un derecho que permita dar contención a lo factual y que reclama del indeclinable rol del Estado, protección y salvaguarda a la empresa, célula básica de actividad económica generadora de riqueza e impuestos, a través del arsenal creado y a crear del *orden jurídico*.

III. Insolvencia global, sistémica y sin fronteras

Esta pandemia llega a la humanidad en momentos en que se halla ante un contexto altamente interconectado e interdependiente y al mismo tiempo ante graves y disruptivos problemas y desafíos: políticos, sociales, económicos, medio-ambientales, demográficos, migratorios, de desigualdades económico-sociales, y de desempleo.

Para el universo empresario el momento reviste una extrema gravedad, con riesgo a su sostenibilidad, debiendo enfrentar desafíos derivadas de la robotización, del establecimiento de nuevas matrices de negocios, de la infotecnología, y de numerosas nuevas modalidades de consumo, con alejamiento de las realidades preexistentes (23).

Una *insolvencia epidémica y sin fronteras* no impacta individualmente a una o más empresas o a un determinado grupo o categoría, sino que afecta colectivamente a una globalidad de unidades económicas a un mismo tiempo, por lo cual los remedios o soluciones para casos aislados no resultan suficientes ni eficientes.

La destrucción masiva de valor de las empresas se constata con las estrepitosas bajas de cotización de ciertos títulos accionarios de determinadas actividades en distintos mercados bursátiles del mundo.

Un modesto botiquín de normas jurídicas predisuestas para otras circunstancias no resulta útil ante tan aguda patología, como tampo-

(23) Cambios en el comportamiento humano, en los hábitos de viajes de negocio, de turismo, modalidades de consumo y comportamientos sociales y laborales se han probado en esta emergencia y van a establecerse definitivamente (*e-commerce, home working, telecommuting, teleconferencing, etc.*).

co una reforma focalizada en parciales aspectos de la normativa falencial.

En ocasión de la anterior emergencia (24) vivida por nuestro país señalamos que la legislación concerniente avanza sobre el orden jurídico existente e impacta en las estructuras de derecho preexistentes, y en particular el derecho concursal, ya que debe centrarse en reequilibrar la asimetría de poder de las partes, amenguar ciertos derechos de los acreedores, reprogramar vencimientos, extender plazos concursales y procesales, suspender ejecuciones (25).

No puede enfrentarse una insolvencia empresarial cuya causalidad se identifica como exclusivamente exógena, con dispositivos legales cuyos paradigmas han sido establecidos en vista a una insolvencia de diverso origen, atribuibles al mercado o a los propios operadores económicos.

La legislación concursal o de quiebras vigente no se ha pergeñado para una situación como la descripta.

No existe un derecho de crisis establecido para un proceso generalizado de insolvencia como el que se halla en curso, a la cual la prensa adjetivara con sinónimos tales como *hecatombe, colapso, cataclismo, catástrofe global*.

No solo el contexto internacional y local condiciona la viabilidad empresarial. Existe una grave dificultad adicional que se presenta en nuestro medio, esto es, la manifiesta impotencia o incapacidad de pago del Estado nacional (a lo que se debe agregar la situación de las provincias y municipios virtualmente sin excepción) que se halla ante el grave desafío de tratar de lograr —con un alto riesgo de fracasar en el intento e incurrir en *default*— la renegociación de su propia deuda. Dicha situación condiciona y obstaculiza lo propio por parte de las empresas

(24) Conjunto constituido por la ley 25.561, dec. 214/2002, dec. 302/2003, y la ley 25.563, más una serie de resoluciones ministeriales y circulares complementarias de distintos organismos.

(25) SEGAL, Rubén, "La Legislación de Emergencia: su incidencia en la Ley de Concursos y Quiebras", en LORENZETTI, Ricardo L. (dir.), *Emergencia pública y reforma del régimen monetario*, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2002.

para obtener nuevos créditos y lograr el ingreso de inversiones externas, quedando altamente expuestas, vulnerables y desprotegidas frente a acreedores.

La insolvencia del Estado le impulsa a utilizar en la emergencia, como recurso, la emisión monetaria, metodología expansionista usual asimismo en el ámbito internacional (*EQ, fiat money*, compra de activos, etc.) a riesgo de alimentar la espiral inflacionaria y mayor devaluación.

A medida que transcurre el tiempo, la pandemia y la parálisis económica que ella ha impuesto han hecho inviables un número muy significativo de empresas, lo que se traduce en un alto índice de letalidad. Para revertir tal situación se requieren políticas, medios y recursos que van más allá de las mencionadas inyecciones de liquidez utilizadas para intentar paliar este tipo de acontecimientos incluso en los países más sólidos y de economías desarrolladas (26).

Nuestra normativa de Concursos y Quiebras está orientada esencialmente a la *prevención de la insolvencia* (como resulta de la propia denominación: Concurso Preventivo, Acuerdo Preventivo Extrajudicial, etc., y de los principios directrices de diversos institutos y normas de la ley). Es decir, comprende dicho fenómeno en miras a su detección temprana y teniendo como finalidad, entre otras, la protección del crédito e intereses de los acreedores.

El sistema jurídico concursal vigente se enfrenta actualmente, en cambio, a un supuesto causal sistémico y excepcional de insolvencia que afecta gran cantidad de empresas y grupos empresarios siendo resultado de un factor externo a los operadores económicos, a las que ha impactado en mayor o menor medida a todo tipo de actividades. Para ciertos sectores de la población cuyos ingresos dependen exclusivamente de lo que perciben y que carecen de ahorros y de financiamiento alguno para sus necesidades esenciales, la paralización de

(26) Ver: "The right medicine for the world economy", *The Economist* del 7 al 13 de marzo 2020, referido a la búsqueda de la medicina necesaria para la salud del universo empresario.

actividades de la empleadora (más aún si fuera irreversible) conduce indefectiblemente al desamparo, desocupación y a una pobreza de contornos dramáticos. Sobre dicho escenario mundial la prensa internacional está llamando permanentemente la atención y en tales condiciones de emergencia pareciera que las empresas también requieren del auxilio de resguardadores, pues la falta de liquidez equivale a lo que para el ser humano es la falta de oxígeno.

Ahora bien, agotado el auxilio en la hipótesis de superación de la situación de asfixia, el regreso a la normalidad requiere acciones de mayor envergadura para la repuesta en marcha de la empresa, la continuidad o la regeneración de la actividad, esto es el *rescate, recuperación, salvataje, o similares soluciones*.

Se impone editar un nuevo derecho de crisis, a riesgo de caer en caso contrario en la declinación (27) o crisis del derecho.

La pregunta inicial pasa por determinar qué empresas deben ser salvadas o no de una fatal liquidación o quiebra.

El interrogante, por de pronto, hace recordar la dilemática disyuntiva que recordáramos antes y que se les plantea a los médicos (28) que, actuando en abarrotados servicios hospitalarios, se han visto precisados a seleccionar que enfermos debían ser atendidos y tratados y cuales, en cambio, debían ser abandonados a su desgraciada suerte.

Una *primera alternativa* en tal suprema decisión respecto a las empresas es que sea el pro-

(27) Inspirado en ninguna otra pasión que la Justicia, la expresión declinación del derecho corresponde a la que utilizara Georges RIPERT como título a su famoso libro: "Le déclin du droit. Etudes sur la législation contemporaine", Ed. Librairie Générale de droit et jurisprudence, París, 1949. Referencia a la crisis del derecho de crisis o falencia de la falencia ha sido efectuada por los maestros del derecho concursal como Cámara, Pajardi y tantos otros.

(28) Muchos de los cuales, en distintos lugares del mundo, han librado una verdadera lucha de ribetes heroicos, a riesgo de sus propias vidas, en una compulsiva búsqueda por salvar las de ajenos, víctimas de este destructivo agente biológico, a pesar de la carencia de recursos, de instrumental y de remedios.

pio mercado el que seleccione. Es sabido que este, conforme a sus propias leyes, optará por la subsistencia de la empresa si estando en funcionamiento esta vale más que liquidada. Inversamente optará por su desaparición si es que, siendo liquidada, su valor fuese mayor.

Un mercado autorregulado por “las leyes del mercado”, valga la redundancia, favorecerá la *eliminación* de empresas, reasignando sus recursos a operadores más sólidas, eficientes, o privilegiados, realizándose así una especie de selección darwiniana o supervivencia de las más fuertes, aptas y con capacidad de adaptarse, mientras las más lábiles serán desplazadas.

La otra alternativa es que la decisión la tome el Estado (en tanto este no sea un mero instrumento del mercado) a través del sistema jurídico, estableciendo la ley los principios dogmáticos y valores orientados a lograr el equilibrio, corregir la asimetría de poder en el seno del proceso y mantener la empresa en funcionamiento.

Dicha función del Estado es esencial e indeclinable, y la praxis judicial demuestra que la insolvencia, más allá de ser un hecho básicamente económico es también un conflicto jurídico que se debate en un espacio donde disputan intereses categoriales antagónicos en el que convergen objetivos dominantes opuestos de plurimos sujetos interactuantes.

A tal panorama se suma nuestra propia, densa y problemática realidad contextual. Entre sus distintas características encontramos: una imperante inflación; recesión generalizada; inaccessibilidad al crédito por tasas exorbitantes; bajo precio internacional de los *commodities* agrícolas de exportación; escasa recaudación impositiva como efecto de la caída de la actividad comercial; y el mencionado ahogo financiero del propio Estado, incapaz de refinanciar su propia deuda u obtener apoyo crediticio externo.

Los nuevos paradigmas bajo los cuales se inscriba dicha eventual pero necesaria normativa además de lo antes señalado, deben apuntar a lograr la continuidad de las actividades caídas, regenerar y encauzar el empleo, y hacer eficiente un *fresh start* del empresario fracasado.

Pero es claro que una normativa de Insolvencia, de reanimación o salvataje empresarial, no bastaría por si sola pues aquella debe ser aplicada por el sistema judicial y éste requiere una modernización y especialización en la materia, que se traduzca en capacidad y eficiencia para lograr reencauzar el sistema económico de modo que permita superar la grave situación de las empresas afectadas por la pandemia económica.

IV. Una frenética y circunstancial actividad legiferante no basta

A propósito de lo antes mencionado el Poder Ejecutivo viene legislando a través de decretos de necesidad y urgencia en los términos de lo preceptuado por el art. 99 de la CN.

Se trata de diversas medidas de orden administrativo, impositivo y previsional, que se complementan con decisiones de diversas reparticiones, organismos o agencias nacionales. No es nuestro propósito aquí y ahora el análisis ni la crítica de aquellas (29), pero es imprescindible y oportuno señalar que no se justifica que por la emergencia el Congreso de la Nación pueda declinar la función suprema de legislar que la Constitución le asigna en exclusividad. Sin embargo, de hecho, ello es lo que está sucediendo

(29) Entre el repertorio de Decretos mencionados ver: el dec. 297/2020 complementada por la res. 279/2020 dictada por el Ministerio de Trabajo de la Nación referida a cuestiones laborales. El dec. 330/2020 dispone distintas prórrogas para la repatriación de activos y para el pago a cuenta en el Impuesto a los Bienes Personales, la moratoria impositiva, aduanera y previsional para monotributistas, autónomos, MiPymes, etc. El dec. 332/2020 crea el programa de Asistencia de emergencia al Trabajo y la Producción y dispone beneficios para empleados y empleadores, y una asignación compensatoria al salario para empresas de más de 100 empleados. El dec. 347/2020 crea un Comité de Evaluación y Monitoreo del Programa de Asistencia de Emergencia al Trabajo y la Producción que se ocupará de analizar el impacto de las medidas paliativas llevadas adelante. El dec. 376/2020 —Ampliación/Modificación del dec. 332/2020, amplía y modifica algunos aspectos relativos al dec. 332/2020, como la Asignación Compensatoria al Salario y REPRO— Asistencia por la Emergencia Sanitaria; el Crédito a tasa cero para monotributistas y autónomos, en las condiciones que se establezcan, con subsidio del 100% del costo financiero total; Reducción del 95% de las contribuciones patronales al SIPA devengadas durante el mes de abril del 2020.

en la realidad ya que el Ejecutivo ha asumido la excepcionalidad y la urgencia como norma.

Si bien es cierto que la pandemia impone exigencias reglamentarias de urgencia, no lo es menos que al hacerlo pueden crearse riesgos de desviación o excesos autoritarios, comportando la posibilidad de que se vulneren derechos y garantías protegidos por la Carta Magna, las Convenciones Internacionales y las demás leyes de la República (30).

Nos limitamos aquí a señalar que, desde un punto de vista general y programático, el decreto de Necesidad y Urgencia 332 dictado el 1º de abril del 2020, hace un trascendente reconocimiento *expresas verbis*, esto es, que “la merma de la actividad productiva afecta de manera inmediata y aguda a las empresas, particularmente a las micro, pequeñas y medianas”. Dicha norma, apuntamos también, instituye el denominado *Programa de Asistencia de Emergencia al Trabajo y la Producción* mencionando el “impacto de las medidas sanitarias sobre los procesos productivos y el empleo”. Ello hace imperioso, más allá de las palabras, que se traduzcan en acciones y en leyes que eficientemente apunten a los objetivos antes referidos.

V. La pandemia hace del tiempo un factor crítico

La tarea por realizar en lo jurídico es de la mayor trascendencia, envergadura y urgencia, pues el tiempo de la pandemia corre sin tregua.

Otro de los ámbitos que la pandemia y por ende la emergencia ha conmovido es el universo jurídico, afectando ciertos principios y pautas en distintas ramas del derecho, particularmente

(30) Reiteramos la cita mencionada en la nota 6 en cuanto a lo que señalara la Alta Comisionada de la ONU para los Derechos Humanos: “La legislación de emergencia debe ser estrictamente temporal y tiene que ser supervisada por los órganos legislativos y judiciales”, y que “algunos gobiernos están usando la crisis generada por la pandemia para restringir derechos e imponer modelos de gestión menos democráticos o legislan por decreto saltándose el orden constitucional”, estimando que la ley internacional establece que la legislación de emergencia debe ser estrictamente temporal y tiene que ser supervisada por los órganos legislativos y judiciales pertinentes. <http://edicionimpresa.lanacion.com.ar/lanacion/20200503/textview>.

en lo administrativo, penal, laboral, de las obligaciones —civiles y comerciales— y falencial, acerca del cual nos extenderemos. Es en esta última disciplina en la cual se impone establecer un nuevo ordenamiento o *ley específica* sin esperar a que se agrave la emergencia y las condiciones en las que se encuentran las empresas de los más variados sectores.

No es cuestión de probar la *aptitud o resistencia* del ordenamiento actual para contener esta situación emergencial, ni de emprender reformas cosméticas, programáticas o meramente funcionales. Lo que se requiere es una estructura normativa adecuada a esta nueva dimensión de la insolvencia, cuya causa exógena a las empresas y a los particulares, no ha sido prevista por los mismos ni se hallan tampoco en capacidad de revertirla.

El sistema normativo actual que regula los procedimientos de crisis empresarias y cuyo eje rector hemos señalado antes, no puede resolver la problemática referida, pues requiere de herramientas y medidas de saneamiento, reestructuración o transformación con las que no cuenta.

Se requiere una ley de insolvencia y salvataje empresarial que tenga como pilares la seguridad jurídica, la reanimación, regeneración y/o recuperación de los niveles de actividad productiva y de empleo, así como el resguardo de los derechos del conjunto de intereses director, indirectos y difusos que la situación afecta.

Más allá de las directivas de alta política económica que se imponen y ante la mencionada situación del Estado (31) —carente de capacidad de endeudamiento, con alto “riesgo-país” y escasa posibilidad de conseguir gravar la exhausta economía con más impuestos (32)— los

(31) Ello ha llevado a que irónicamente se refiera en el mundo financiero que hay tres cosas ciertas en la vida; la muerte, los impuestos y un nuevo default de la Argentina. Ello así pues el país ha entrado en default recientemente por novena vez: en 1827, 1890, 1951, 1956, 1982, 1989, 2001, 2014 y 2020 (<https://www.zerohedge.com/economics/argentina-defaults-record-ninth-time>).

(32) Recientemente el Financial Times, refiriéndose a las radicales reformas necesarias, enfatiza precisamente la pérdida de empleos y la necesidad de forjar una sociedad que funcione para todos en la que los gobiernos

legisladores y juristas deben aunar sus capacidades para enfrentar el desafío de mantener vital el colectivo empresario afectado por esta imperante crisis sistémica (33).

VI. Si bien el tiempo es un factor crítico, la pandemia no justifica el empleo de la metodología estatizante de la expropiación pública

Por medio del Decreto No. 522/2020, BO del 09/06/2020, el Estado Nacional ha manifestado su *objetivo expropiatorio* respecto a una empresa de capitales privados, Vicentin Sociedad Anónima, con concurso preventivo en trámite ante el Juzgado Civil y Comercial de la 2ª. Nominación de Reconquista, sindicatura en funcionamiento y cronograma secuencial del proceso establecido. Dicho instrumento considera que *la pandemia producida por el virus Sars-CoV2 después del inicio del concurso es un serio escollo para el desarrollo del proceso en los plazos previstos, y ante la actual situación sanitaria pone el acento en el tiempo que demanda el proceso judicial.*

La estatización mediante la expropiación no es un medio idóneo, pertinente ni eficaz, para la superación de la insolvencia de una empresa, ni para su recuperación, saneamiento o rescate.

Si bien la expropiación por causa de utilidad pública debidamente justificada, permite transferir un bien del dominio privado al público (art. 17 Constitución Nacional) solo es procedente en forma excepcional, condicionado a su declaración por ley y mediando previa indemnización.

El mencionado instrumento fija un plazo de sesenta días y establece: (i) *la intervención transitoria con el fin de asegurar la continuidad de las actividades de la empresa, la conservación de los puestos de trabajo y la preservación de sus activos y patrimonio, y (ii) la ocupación temporal anormal, con fundamento en la Ley de*

tendrán que aceptar un papel más activo en la economía y una nueva política fiscal. <https://www.perfil.com/noticias/economia/financiar-times-se-requieren-reformas-radicales-para-forjar-una-sociedad-que-funcione-para-todos.phtml>.

(33) Ver: <https://www.infobae.com/economia/2020/04/12/el-titanico-desafio-que-le-espera-a-alberto-fernandez-como-dejar-rapidamente-atras-la-depresion-economica/>.

Expropiaciones 21.499 reiterando la primera finalidad.

Adicionalmente atribuye al Interventor las facultades que el Estatuto confiere al Directorio y al presidente de la Sociedad, imponiéndole al finalizar su cometido presentar un informe sobre la situación de la Sociedad y el resultado de su gestión al Juez a quien entera de lo dispuesto a través de una copia del decreto. También invoca la *soberanía*, calificándola sin más explicación de *alimentaria*, en forma similar a la que se había utilizado, pero con otra adjetivación, al expropiar las acciones de una empresa energética.

Entre otras críticas que merita dicho decreto, ocupa el primer lugar el prescindir de considerar que la empresa se encuentra con un concurso en trámite y en una provincia con un sistema judicial autónomo, por lo que se marginaliza absolutamente del proceso, del magistrado que lo dirige y de la jurisdicción territorial que determina al juez natural de la causa.

Por la trascendencia social y económica de la empresa -un verdadero conjunto empresario- la sola difusión del propósito expropiatorio ha abierto en el país un debate que ha traspasado las fronteras de la discusión jurídica alcanzado una alta densidad, sensibilización y antagonismo en la sociedad. Podría decirse que ha producido, incluso más allá de la zona de influencia de las plantas industriales de la empresa, un verdadero sismo, para lo cual no faltan razones:

- el decreto de necesidad y urgencia (aun no ratificado) no se justifica estando el Congreso en funcionamiento, por lo que es formalmente inconstitucional;

- al otorgar al interventor la *posesión temporal anormal*, enfrenta el principio de la inviolabilidad de la *propiedad privada* y el derecho de *usar y disponer de ella* con el de la *utilidad pública*, ambos basados en la Constitución (arts. 14 y 17 respectivamente) y en tratados internacionales incorporados como norma suprema, por lo cual no acreditándose esta última, la intervención no resulta fundada y el decreto deviene ilegítimo y sustancialmente inconstitucional;

- fundar la *posesión temporal anormal* en la ley 21.499 de enero de 1977, dictada por una

Junta Militar en determinados artículos citados en el decreto y que solo resultan aplicables en casos excepcionales, de urgencia, imperiosidad y de súbita necesidad, circunstancias que al no acreditarse, lo hace constitucionalmente inválido.

Dicha problemática fue sometida al Juzgado, el cual en fallo del 19 de junio del 2020 reafirma su competencia y la jurisdicción de su sede, reinstala las funciones del Directorio de la Sociedad y degrada al interventor y sub interventor del Poder Ejecutivo —junto a un tercero designado por el Juzgado— a la condición de meros *veedores*. Al mismo tiempo el juez se ha considerado incompetente para tratar la inconstitucionalidad del decreto con fundamento en que la acción intentada no contiene una pretensión económica y contenido patrimonial, lo cual es —a su criterio— exigible para considerarse competente conforme al art. 21 inc. 1 de la ley de la materia.

En tanto, con el proyecto expropiatorio postergado, el Poder Ejecutivo Nacional ha procurado por otros medios o acciones el desplazamiento de los directivos de la empresa, mientras el Senado de la Nación ha aprobado la creación de una Comisión Investigadora Bicameral, la cual debe ser votado por la Cámara de Diputados.

La causa concursal continua su curso con los correspondientes incidentes de presentaciones y en particular el del gobierno provincial a través de la Dirección de Personas Jurídicas tendientes a integrar una veeduría pluripersonal, con un miembro de este y los dos del Estado Nacional ya designados en el decreto, a los cuales se pretende atribuirles la facultad de sustituir las autoridades naturales de la Sociedad. Va de suyo que ello es del resorte exclusivo del Juez del concurso que tiene en la ley 24.522 precisos dispositivos a su alcance si es que considera necesario el apartamiento de los administradores sociales, así como el principio de universalidad de la causa concursal.

Mas allá que pueda constituir un gran atractivo económico del Estado hacerse de una industria que transforma millones de toneladas de granos y sus derivados de harina y aceites, en miles de millones de dólares anuales, va de

suvo que ello no legitima el objetivo expropiatorio. Tampoco lo hace la invocación de la demora procesal debido a la pandemia, ni los eventuales ilícitos de sus directivos, ni la mentada soberanía, ni cualquier otra razón que se aleje de las formales y estrictas exigencias constitucionales.

Por último, cabría señalar que no hay memoria en el país de expropiaciones exitosas de empresas —operación afiliada a una economía de Estado por oposición al libre mercado— las cuales por el contrario han traído aparejados dilatados pleitos y cuantiosos costos económicos. No menos importante es que un Estado-empresa para conducir una organización del tipo que se propone expropiar requiere un expertise tecnológico, operacional, administrativo y manejo internacional de los negocios cuya practica no le es propia.

Si bien es cierto que la pandemia trae consigo efectos gravemente disruptivos en el plano económico, como lo hemos venido señalando, llevando a un importante número de empresas al desafío de sobrevivir, y que también aquella gravita en la eficiencia o suficiencia del sistema operativo de la ley concursal, no por ello el Estado quedaría habilitado a sustituirla mediante el recurso a la figura excepcional de la expropiación.

VII. Epílogo

Tanto la realidad local como global demuestran que no existe inmunidad para empresa alguna pues esta pandemia, en una u otra forma, afecta al sistema económico masivamente. Tal como sucede en lo biológico en el sistema jurídico concursal también se espera hallar una rápida solución terapéutica que aleje el efecto eutanásico del fenómeno.

Si bien debe admitirse que en medio de esta emergencia una reforma mayor del sistema concursal puede demandar un tiempo vital del que se carece, como mínimo habrá que reexpresarlo, eliminando las aristas antifuncionales que seguramente han pesado en la decisión de cierre o cesación de numerosos establecimientos industriales, negocios, actividades comerciales, profesionales y de otros agentes económicos, desincentivados hasta para acudir al auxilio judicial.

Aun con los mejores hallazgos de la ciencia jurídica y con los mejores medios instrumentales, dado que el sistema concursal se pondera en base a la eficacia, al igual que los remedios en el plano biológico, solo se podrá considerar un resultado satisfactorio del sistema si ha permitido paliar las consecuencias de la pandemia en la vida humana y en el universo empresarial. Recuerdo finalmente que Jacques Attali, escritor, pensador y filósofo francés de origen argentino, que escribió “Tous ruinés dans dix ans?”

interrogante que completaba con estos otros: “¿Estaremos pronto todos arruinados?; ¿Estamos en vías de arruinar a nuestros hijos?”, publicado en 2010, hace exactamente diez años, me hizo pensar al leerlo si no se trataría de una hipérbole, una exageración para hacer atrayente su lectura. Hoy solo interesaría que Attali no haya sido premonitorio (34).

(34) ATTALI, Jacques, “Tous ruinés dans dix ans?”, Ed. Librairie Arthème, Fayard, 2010.

LANZAMIENTO
**CONTRATOS,
NEUROCIENCIAS E
INTELIGENCIA ARTIFICIAL**



**Waldo
Sobrino**



1 tomo + eBook

Esta obra analiza la vinculación entre “Neurociencias y Derecho”, estudiando su repercusión en los jueces, testigos, Derecho Penal, Derecho Civil, Derecho de Consumo, etc. así como la relación entre “Neurociencias y Ética” y la moderna vinculación de “Neurociencias y Neuroderechos”.

El autor también desarrolla el impacto de la “Inteligencia Artificial” en el Derecho, haciendo un estudio de la aplicación de los Algoritmos Inteligentes; *Big Data*, *Deep Learning*; la utilización de la Justicia Predictiva; la Personería Jurídica Electrónica (de los robots); la responsabilidad civil vinculada con la Inteligencia Artificial, entre otros temas. Plantea el uso de los “Contratos Inteligentes” (*Smarts Contracts*) que exigen analizar el tema en profundidad, con la finalidad de estudiarlos y proteger a los más débiles y vulnerables.

Adquiera la obra llamando al **0810-266-4444**
o ingresando en www.TiendaTR.com.ar



the answer company™
THOMSON REUTERS®



Seguí nuestra nueva página
de [LinkedIn](#) con **contenido
específico** para abogados.

[f](#) ThomsonReutersLaLey
[t](#) @TRLaLey
[in](#) ThomsonReutersLatam

LANZAMIENTO **DERECHO & CRIPTOACTIVOS**

Desde una perspectiva jurídica, un abordaje sistemático sobre el fenómeno de las criptomonedas y demás activos criptográficos



**Vanina
Guadalupe
Tschieder**



1 tomo + eBook

Esta obra realiza un abordaje sistemático de los criptoactivos a partir del análisis de la normativa de derecho privado, financiero y tributario. Su contenido está enfocado en la legislación aplicable al uso de las monedas digitales, especialmente de las criptomonedas y sus implicancias en la contratación argentina.

Los profesionales de las ciencias jurídicas no pueden permanecer ajenos a este fenómeno que está en pleno auge y evolución. Capacitarse y tener conocimientos sobre criptoactivos, hoy se convierte en un imperativo y una diferencia cualitativa para estar a la vanguardia.

Adquirir la obra llamando al **0810-266-4444**
o ingresando en **www.TiendaTR.com.ar**



Seguí nuestra nueva página
de **LinkedIn** con **contenido
específico** para abogados.

f ThomsonReutersLaLey
t @TRLaLey
in ThomsonReutersLatam

LANZAMIENTO **PERFILES DIGITALES HUMANOS**

Proteger datos en la era de la inteligencia artificial
Retos y desafíos del tratamiento automatizado



**Juan G.
Corvalán**



1 tomo + eBook

Este libro es el primero de habla hispana sobre el tratamiento automatizado de datos personales. Brinda al lector herramientas para el estudio y comprensión de la utilización de la inteligencia artificial en el tratamiento de datos personales, y de las problemáticas que surgen en el escenario actual que desprotege a los titulares de los datos. Analiza también los incumplimientos en los que incurren las páginas web y las plataformas de las principales redes sociales.

Aborda de forma exhaustiva las normas de América Latina, de la Unión Europea y del Consejo de Europa; así también como la situación actual de desprotección de datos. Profundiza sobre los principios y derechos que se consagran en las normas, estándares y recomendaciones y estudia los nuevos principios y derechos que nacen en virtud del tratamiento automatizado.

Adquirir la obra llamando al **0810-266-4444**
o ingresando en www.TiendaTR.com.ar



the answer company™
THOMSON REUTERS®



Seguí nuestra nueva página
de [LinkedIn](#) con **contenido
específico** para abogados.

[f](#) ThomsonReutersLaLey
[t](#) @TRLaLey
[in](#) ThomsonReutersLatam

Nota editorial: El presente PDF es parte de los servicios de Thomson Reuters y reemplazará la versión impresa en los plazos dispuestos para el aislamiento social, preventivo y obligatorio establecido por el dec. 297/2020.

Thomson Reuters

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

CORREO
ARGENTINO

CENTRAL B

CUENTA N° 10269FI

FRANQUEO A PAGAR



the answer company™
THOMSON REUTERS®



CENTRO DE ATENCIÓN AL CLIENTE:
0810-266-4444