



IUS^{ET} PRAXIS



IUS^{ET} PRAXIS

REVISTA DE LA FACULTAD DE DERECHO *N.ºs 50-51, 2019-2020*



UNIVERSIDAD
DE LIMA

FONDO EDITORIAL

Ius et Praxis

Revista oficial de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima

Núms. 50-51, 2019-2020

CONSEJO EDITORIAL

Director general:

José Luis Germán Ramírez-Gastón Ballón

Editor:

Enrique Varsi Rospigliosi

Comité editorial

Raúl Canelo Rabanal (Universidad de Lima, Perú)

Ronald Cárdenas Krenz (Universidad de Lima, Perú)

Joaquín Missiego del Solar (Universidad de Lima, Perú)

Enrique Varsi Rospigliosi (Universidad de Lima, Perú)

Comité editorial internacional:

Enrique Varsi Rospigliosi (Perú) (Presidente)

Adolfo Alvarado Velloso (Argentina)

Aida Kemelmajer de Carlucci (Argentina)

Rémy Cabrillac (Francia)

Francisco Ramos Méndez (España)

Flavio Tartuce (Brasil)

© Universidad de Lima
Fondo Editorial
Av. Javier Prado Este 4600
Urb. Fundo Monterrico Chico, Lima 33
Apartado postal 852, Lima 100, Perú
Teléfono: 437-6767, anexo 30131
fondoeditorial@ulima.edu.pe
www.ulima.edu.pe

Edición, diseño y carátula: Fondo Editorial de la Universidad de Lima

Imagen de portada: Somemeans/Shutterstock.com

Impreso en el Perú

Los trabajos firmados son de responsabilidad de los autores. Queda prohibida la reproducción total o parcial de esta revista, por cualquier medio, sin permiso expreso del Fondo Editorial.

ISSN 2523-6296

Hecho el depósito legal en la Biblioteca Nacional del Perú n.º 2020-09663

ÍNDICE

PRESENTACIÓN	7
ARTÍCULOS	
COVID-19: entre el derecho a la salud y la protección de la privacidad <i>Angelo Venchiarutti</i>	11
La familia ante la pandemia del COVID-19 <i>Cristián Lepin Molina</i>	23
El deber de renegociar el contrato de buena fe en épocas del COVID-19 <i>Gustavo Ordoqui Castilla</i>	31
Derecho de niños, niñas y adolescentes frente al COVID-19 <i>Rosa Elizabeth Guío Camargo</i>	45
Reflexiones jurídicas en tiempos del COVID-19: "La fuerza mayor se hizo viral" <i>Luciano Barchi Velaochaga</i>	61
Incidencias contractuales del coronavirus y cláusula <i>rebus sic stantibus</i> <i>Carlos Lasarte</i>	81
Complejidades del periodo interino de un contrato de compraventa de acciones en el marco del COVID-19 <i>Alexandra Arizmendi de Romaña</i>	89
PONENCIAS	
Consecuencias del incumplimiento de los contratos a causa del COVID-19 en el derecho argentino <i>Sebastián Picasso</i>	101
Coronavirus cases <i>Nelson Rosenvald</i>	109

La pandemia como elemento de la frustración del fin del contrato <i>Fulvio Santarelli</i>	113
MISCELÁNEA	
La contratación complementaria: medida excepcional para la continuidad de las prestaciones a través de una nueva contratación <i>Roy Álvarez Chuquillanqui</i>	123
¿Por qué tenemos la balanza inclinada? La naturaleza de las decisiones del Estado en la etapa de ejecución de los contratos públicos <i>Óscar Alejos Guzmán</i>	139
Arbitraje y contratación pública en servicios de salud <i>Frank García Ascencios</i>	157
AUTORES	171

PRESENTACIÓN

Constituye un motivo de gran satisfacción presentar los números 50-51 (2019-2020) de *Ius et Praxis*, revista oficial de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, con la cual damos inicio a una nueva etapa de internacionalización.

La revista cuenta ahora con la valiosa participación de un Comité Editorial Internacional integrado por los profesores Aida Kemelmajer de Carlucci y Adolfo Alvarado Velloso, de Argentina; Flavio Tartuce, de Brasil; Francisco Ramos Méndez, de España, y Rémy Cabrillac, de Francia; y la estrecha colaboración del doctor Enrique Varsi Rospigliosi en calidad de presidente del Comité Editorial, todos ellos reconocidos exponentes en los ámbitos académico y profesional, a quienes les expresamos nuestro reconocimiento por su incondicional apoyo.

Para enfrentar este nuevo desafío, hemos logrado reunir en esta publicación a un destacado y prestigioso grupo de profesores investigadores, como Angelo Venchiarutti, de la Università Degli Studi di Trieste, Italia; Cristián Lepin Molina, de la Universidad de Chile; Gustavo Odorqui Castilla, de la Universidad Católica del Uruguay; Rosa Elizabeth Guío Camargo, de la Universidad Católica de Colombia; Carlos Lasarte, de la Universidad Nacional de Educación a Distancia de Madrid, España; Sebastián Picasso, de la Universidad de Buenos Aires, Argentina; Nelson Rosenvald, de la Pontificia Universidad Católica de São Paulo, Brasil; Fulvio Santarelli, de la Universidad de Buenos Aires, Argentina; Roy Álvarez Chuquillanqui, abogado experto internacional en Sistemas de Gestión Antisoborno; Óscar Alejos Guzmán, de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Perú; Alexandra Arizmendi de Romaña, Frank García Ascencios y Luciano Barchi Velaochaga, de la Universidad de Lima, Perú.

Cabe resaltar que estos artículos e investigaciones generan un diálogo académico sobre problemáticas asociadas a su realidad, fruto de lo cual nos abren la posibilidad de generar nuevos consensos contribuyendo al desarrollo de la conversación internacional, dinamizándola con el contraste de conocimientos, permitiéndonos superar distancias geográficas, diferentes culturas legales y visiones; lo que, definitivamente, contribuirá a

ensanchar los marcos analíticos para desarrollar un conocimiento propio que amplíe el existente.

La publicación de esta edición busca enfrentar un nuevo desafío que dará más valor y relevancia al conocimiento producido, por lo cual será de sumo interés para los jueces, abogados, estudiantes e interesados que se sirvan de ella apreciar sus bondades, dentro de un marco internacional que tiende cada vez más a un análisis multidisciplinario.

Germán Ramírez-Gastón B.

Director de la revista *Ius et Praxis*

Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima

ARTÍCULOS

COVID-19: ENTRE EL DERECHO A LA SALUD Y LA PROTECCIÓN DE LA PRIVACIDAD

ANGELO VENCHIARUTTI

Università degli Studi di Trieste, Trieste, Italia

Recibido: 2/8/2020 – Aprobado: 9/8/2020

doi: <https://doi.org/10.26439/iusetpraxis2020.n50-51.5027>

RESUMEN. Mantener la privacidad del paciente se convierte en un dilema ético y legal para los médicos y los hospitales cuando ello puede causar daño a terceros. Este breve artículo trata de analizar las preguntas que surgen al respecto, con referencia a los pacientes con COVID-19. Para tal fin, teniendo en cuenta las directrices jurisprudenciales y doctrinales desarrolladas también en sistemas jurídicos distintos del italiano, se analizan las circunstancias que justifican la violación de la confidencialidad del paciente por parte de los médicos.

PALABRAS CLAVE: confidencialidad / médico / paciente / datos sanitarios / terceros / deber de proteger

COVID-19: BETWEEN THE RIGHT TO HEALTH AND THE PROTECTION OF PRIVACY

ABSTRACT. Keeping patient privacy becomes an ethical and legal dilemma for doctors and hospitals when this can cause harm to third parties. This short article aims to study the questions that arise in this regard with reference to patients with COVID-19. To this end, taking into account the jurisprudential and doctrinal guidelines also developed in legal systems other than the Italian, the circumstances that justify the violation of patient confidentiality by doctors are analyzed.

KEYWORDS: confidentiality / doctor / patient / health data / third parties / duty to protect

CONFIDENCIALIDAD Y EMERGENCIA EPIDEMIOLÓGICA DEL COVID-19

La emergencia epidemiológica del COVID-19 ha sometido tanto a los profesionales como a las instituciones sanitarias a un esfuerzo significativo y encomiable en las intervenciones destinadas a tratar y contener la epidemia, especialmente en áreas en las que la infección se ha manifestado con particular acentuación.

En ausencia de terapias específicas, y a la espera de los resultados de la investigación sobre la posible vacuna, las medidas destinadas a contrarrestar la propagación del virus se han centrado, además de la hospitalización de los infectados en las estructuras hospitalarias, en el confinamiento voluntario de las personas y en imponer cuarentena a los infectados. Medidas que, evidentemente, han planteado una serie de problemas también en términos de protección de la confidencialidad en la relación médico-paciente. El problema se puede resumir de la siguiente manera: junto con el respeto a la confidencialidad de los infectados, puede haber necesidades opuestas. En general, todos los pacientes tienen derecho a la privacidad y la expectativa razonable de que la confidencialidad de su información personal será mantenida con rigor por parte de los profesionales sanitarios¹. Empero, por otra parte, en algunos casos, la divulgación de la información confidencial —o su uso— es deseable o necesaria.

En cuanto a los pacientes con COVID-19, la situación radica en que, debido al obvio efecto estigmatizador que está destinado a ocurrir en las personas infectadas, los pacientes esperan que los médicos mantengan la confidencialidad de la información sobre su salud. También hay necesidades opuestas. Nos referimos en particular a la necesidad de prevenir el contagio al requerir la adopción de las precauciones imprescindibles para evitarlo, así como a la necesidad de informar a aquellos que pueden encontrarse en riesgo (miembros de la familia, personal de enfermería o custodia, voluntarios, etcétera) por haber entrado en contacto con la persona infectada.

Obviamente, el problema no surge si la parte interesada da su consentimiento para la comunicación de la información que le concierne. Pero ¿qué sucede si la parte interesada no da su consentimiento o se opone a la divulgación?

La emergencia del COVID-19 ha llevado al Gobierno italiano y a las autoridades de protección civil (como se ha llevado a cabo en otros países) a elaborar regulaciones destinadas a permitir, incluso en ciertas circunstancias, el control o la difusión de datos relacionado con personas consideradas en riesgo epidemiológico:

1 En Italia, una obligación específica de secreto para algunas figuras profesionales de no divulgar o publicitar información de la que tienen conocimiento por razones de trabajo deriva del artículo 622 del Código Penal. En cuanto a los médicos, la obligación de mantener en secreto se establece en el artículo 10, "Secreto profesional", del Código de Deontología Médica (2018). Sobre el tema, véase Barni (2011, p. 161).

Con respecto a la relación médico-paciente, se puede inferir una imagen general de la documentación disponible en el sitio web del Garante para la Protección de Datos Personales. En particular, se han publicado una serie de respuestas a preguntas frecuentes (FAQ) que resumen y sistematizan las indicaciones dadas hasta ahora para el manejo correcto de los datos personales durante el periodo de emergencia. (Garante per la Protezione dei Dati Personali, s. f.)

Las preguntas frecuentes se dividen en cinco áreas temáticas. Entre las más relevantes para el tema que se trata, evidentemente están las incluidas en la categoría "Procesamiento de datos en el contexto sanitario en el ámbito de una emergencia sanitaria".

En primer lugar, debe recordarse que se afirma la legalidad del profesional sanitario durante la ejecución del hisopado del COVID-19 para preguntar al paciente la identidad de la persona positiva con la que mantuvo un contacto cercano, esto con el fin de reconstruir la cadena de los contactos que la persona diagnosticada con COVID-19 ha tenido. No hay indicaciones respecto a la legitimidad del profesional sanitario para comunicar el resultado positivo del hisopado a las personas con las que la infectada está destinada a mantener "contactos cercanos".

Por otro lado, se afirma que no hay nada que impida que el hospital donde se produjo la muerte de la persona infectada comunique a la compañía funeraria el estado positivo del fallecido por COVID-19 (dado que las disposiciones adoptadas durante la emergencia epidemiológica por coronavirus han previsto que, en casos de sospecha o muerte confirmada por dicha enfermedad, los operadores de servicios funerarios deben tomar precauciones especiales, similares a las ya previstas para la muerte de personas con enfermedades infecciosas y difusas, para evitar una infección adicional).

El Garante para la Protección de Datos Personales también se ocupa de la delicada cuestión relacionada con el suministro de información a los miembros de la familia, por parte de las instituciones sanitarias, sobre el estado de salud de los pacientes de COVID-19 que no pueden comunicarse de forma independiente. Al respecto, el Garante para la Protección de Datos Personales especifica que, en tales contextos, no existe ningún obstáculo para que el centro hospitalario asigne un número gratuito para comunicar tal información y proporcione medidas adecuadas para identificar a las personas que realmente tienen derecho a conocer sobre el estado de salud del familiar hospitalizado.

Por lo tanto, de esta aclaración se puede inferir el mantenimiento del derecho a la privacidad del paciente de COVID-19. Y esta circunstancia se confirma con la respuesta a la siguiente pregunta: ¿es posible difundir los datos de identificación de las personas positivas a COVID-19 o que han sido colocadas en aislamiento domiciliario? Al respecto, el Garante para la Protección de Datos Personales ha recordado que

la legislación actual prohíbe la difusión de datos sensibles. Esta prohibición no fue anulada por la legislación de emergencia sobre la emergencia epidemiológica de COVID-19. Por lo tanto, las instituciones sanitarias y cualquier otra entidad pública o privada no pueden difundir, a través de sitios web u otros canales, los nombres de los casos verificados de COVID-19 o de los sujetos a la medida de aislamiento con el fin de contener la propagación de la epidemia. (s. f.)

Además, algunas de las disposiciones adoptadas por el Gobierno en vista de la contención de la pandemia parecen tener repercusiones en el tema de la confidencialidad. Piénsese en la disciplina de “medida de cuarentena con vigilancia activa”. La disciplina establece que las “autoridades de salud territorialmente competentes” la adoptan (en particular) para “individuos que han tenido contactos cercanos con casos confirmados de enfermedades infecciosas propagadas por COVID-19” (Ministero della Salute, 2020). Para activar la cuarentena, presumiblemente será necesario informar a la parte interesada de la razón por la cual está sujeta a una medida que limita su libertad personal (durante al menos catorce días). Por lo tanto, se tratará de comunicarle, entre otros asuntos, la identidad del “caso confirmado” de COVID-19 con el que tuvo contactos cercanos.

Incluso, en ausencia de más estudios, la imagen obtenida de los datos que se han examinado hasta ahora parece estar algo fragmentada. Para intentar otorgar una respuesta a la pregunta formulada al principio de este breve ensayo, parece apropiado considerar otras situaciones. En el pasado, de hecho, ha habido casos en los que, en el contexto de una relación terapéutica, ha surgido un peligro para un tercero, y el médico se ha enfrentado al siguiente dilema delicado: preservar la confidencialidad del paciente o, en su lugar, informar a la persona amenazada para protegerla.

¿CUÁNDO SE PUEDE REVELAR EL SECRETO? EL DEBER DE PROTEGER DEL PSICOTERAPEUTA

Por lo tanto, parece apropiado mirar más allá de nuestras fronteras nacionales. La brevedad de esta contribución permite realizar solo unas pocas notas sobre la experiencia comparativa. Algunas ideas interesantes pueden inferirse de la evolución de algunos principios generales que han madurado en otras jurisdicciones con respecto a la relación entre el médico y el paciente.

En el contexto anglosajón, el principio según el cual el deber de confidencialidad del médico hacia el paciente no es absoluto también se encuentra bien arraigado. En ciertas circunstancias, el interés en la divulgación puede ser mayor que el interés en mantener la confidencialidad.

Las cuestiones controvertidas surgen sobre todo en los campos psicológicos y psiquiátricos. En ese momento, las decisiones de la Corte Suprema de California sobre el caso Tarasoff (1974 y 1976) causaron un gran alboroto, lo que impuso un nuevo deber al psicoterapeuta: informar de inmediato o, como la segunda de las decisiones que la Corte Suprema de California más tarde especificó, proteger a la víctima potencial a expensas de la obligación de confidencialidad².

Los hechos del caso se pueden resumir de la siguiente manera: Prosenjit Poddar, estudiante de la Universidad de California, Berkeley, confió a su terapeuta —empleado de la referida universidad— que tenía la intención de tomar un arma y matar a la mujer de la que estaba enamorado, Tatiana Tarasoff. El terapeuta informó a la policía del campus de la amenaza. Pero ni la policía ni el terapeuta advirtieron a la joven directamente. Cuando esta regresó de vacaciones, Poddar la mató.

Los padres de Tatiana demandaron a la policía del campus y a los Regents of University of California (administración) por no advertir a su hija. La Corte Suprema de California, en una primera decisión (Tarasoff v. Regents of University of California, 1974), dictaminó que los terapeutas tenían el “duty to warn others who are in foreseeable danger from the therapists’ patients”. Y en una segunda decisión (Tarasoff v. Regents of University of California, 1976) el tribunal atenuó el deber de advertir en un deber de proteger, entendido como el deber “to use reasonable care to protect the intended victim against such danger”.

Las dos decisiones de la Corte Suprema de California no han dejado de suscitar críticas y reservas dentro de la comunidad médica, así como entre los estudiosos del derecho (Klinka, 2009)³. En particular, se ha objetado que la simple relación entre el médico y el paciente no parece suficiente para justificar la existencia de tal deber para los psicoterapeutas. En el caso, la relación entre el psicoterapeuta y el estudiante era demasiado débil como para configurar respecto al primero el deber de controlar la conducta del segundo (Harper y Kime, 1934, p. 898).

En todo caso, frente a las críticas, los dos pronunciamientos no han quedado aislados. Los tribunales de los Estados Unidos de América han aplicado las reglas desarrolladas en el caso Tarasoff, aunque con una cierta variedad de avisos. Además, en la mayoría

2 Las dos decisiones de Tarasoff fueron fuertemente influenciadas por el artículo de Fleming y Maximoc (1974, p. 1025), publicado mientras el caso aún estaba pendiente ante la Corte Suprema de California. Para un comentario crítico de las dos decisiones, véase Stone (1976, p. 358).

3 Recuérdese que, ya después de las dos decisiones, más de un comentarista había propuesto varios efectos negativos de la Tarasoff Doctrine: en caso de violación de la confidencialidad, los pacientes que ya estaban en terapia se habrían sentido traicionados por su médico; dada tal eventualidad (es decir, la divulgación de lo que el paciente le había confiado al galeno), aquellos que aún no estaban en terapia habrían sido disuadidos de comenzarla.

de los estados, regulaciones específicas han establecido el deber del psicoterapeuta de informar a la posible víctima de su paciente. Sin embargo, existen diferencias significativas entre una y otra legislación. Por lo tanto, sigue habiendo una gran incertidumbre en cuanto a las circunstancias en que los psicoterapeutas deben violar la confidencialidad e informar a las posibles víctimas de sus pacientes.

Al final de este párrafo, ha de tenerse en cuenta que el reconocimiento de una posición de garantía en el campo de la responsabilidad médica no es ajeno al sistema legal italiano. Surge del establecimiento de la relación terapéutica con el paciente. Y estas circunstancias a veces han llevado a los jueces italianos a creer que los psiquiatras tienen la obligación de proteger a terceros⁴.

CONFIDENCIALIDAD DEL PACIENTE Y ENFERMEDADES CONTAGIOSAS

Siempre en el entorno legal de los Estados Unidos de América, el aumento progresivo de las personas con síndrome de inmunodeficiencia adquirida (sida) también ha generado preguntas delicadas. En particular, más de un autor se preguntó si los médicos podrían ser responsables del contagio por no haber brindado información a terceros sobre el riesgo de contraer el virus del sida de portadores identificados (Baruch, 1987, p. 169).

Si bien se reconoce la importancia especial de respetar la confidencialidad del paciente en este contexto, varios estudiosos han destacado que el derecho a la privacidad no es absoluto. En específico, se ha señalado que el médico puede violar el deber de confidencialidad cuando la divulgación de la información confidencial parezca necesaria para prevenir la propagación de una enfermedad contagiosa. Estas son hipótesis a las que los jueces del caso Tarasoff ya se habían referido. De hecho, no faltaron quienes iniciaron acciones legales contra los médicos para buscar una indemnización por los daños sufridos por no ser informados de la enfermedad de la pareja⁵. Sin embargo, a lo largo de los años se han expresado fuertes reservas, tanto por parte de la comunidad médica como de la legal, sobre la posibilidad de extender el deber de advertir en el caso de los médicos que tratan a pacientes con sida. En cualquier caso, se ha observado que la obligación del médico ha de ceñirse a un número bastante limitado de personas: es decir,

4 Cass. pen. 11 marzo 2008, n.º 10795, en <https://www.neldiritto.it>, quien confirmó la sentencia del psiquiatra por la muerte de uno de los trabajadores sanitarios. Sobre el tema de la legislación psiquiátrica en Italia, permítasenos mencionar Venchiarutti (2020).

5 Es conocido el caso en el que el ex amante de Rock Hudson, Marc Christian, demandó por daños tanto a los herederos como a los médicos del actor. Christian se quejó de que no había sido informado de la enfermedad de Hudson. Aunque Christian no había mostrado ningún síntoma de la enfermedad, el juez de primera instancia decidió aceptar el reclamo por daños y perjuicios por *intentional infliction of emotional distress*. Como la cantidad liquidada fue menor a la solicitada, Christian apeló la decisión de primera instancia. En 1991, se llegó a un acuerdo extrajudicial entre las partes que terminó la disputa. Al respecto, véase Hermann y Burris (1993).

las que —según el conocimiento del galeno— es probable que, debido a sus relaciones, contraigan la patología del paciente⁶.

También en Italia la propagación del sida y las crecientes preocupaciones relacionadas con la salud pública han estimulado un estudio en profundidad del tema relacionado con la naturaleza absoluta o relativa del secreto profesional (Casonato, 1996, p. 230). Para no dejar la solución de un asunto tan relevante y delicado a la responsabilidad del médico individual, el legislador ha brindado algunas indicaciones específicas:

La ley del 5 de junio de 1990, n. 135, sobre el tema de las intervenciones urgentes en el campo de la prevención y la lucha contra el SIDA. El artículo 5 establece, en el párrafo 5, que "los profesionales de la salud que, en el ejercicio de su profesión, se den cuenta de los casos de infección por VIH o SIDA, deben tomar todas las medidas necesarias para proteger la confidencialidad de la persona asistida", y, en el párrafo 4, que "la comunicación de los resultados de las pruebas de diagnóstico directas o indirectas para la infección por VIH solo puede darse a la persona a la que se refieren estas pruebas". Sin embargo, incluso si se refiere a un caso con una diferente enfermedad infecciosa (hepatitis C), el Tribunal Supremo de Italia ha considerado que el derecho a la salud física del tercero o de la comunidad prevalece contra el derecho a la defensa de los datos personales⁷.

INFORMACIÓN SOBRE ENFERMEDADES GENÉTICAS

Incluso en el contexto de las enfermedades genéticas, los avances en la ciencia dificultan la resolución del conflicto entre el derecho al secreto y el de la información. Una decisión reciente del Tribunal Superior de Justicia de Inglaterra (Quens Bench Division) ha decidido sobre este tema.

El contexto en el cual comienza la sentencia del tribunal inglés está marcado por una serie de eventos trágicos e inusuales. El padre de la actriz ABC había matado a la

6 Por ejemplo, en *Simonsen v. Swenson*, 104 Neb. 224, 177 N. W. 831 (1920), el Tribunal Supremo del Estado de Nebraska decidió que el médico puede revelar información confidencial de un paciente cuando sea necesario para evitar la propagación de una enfermedad contagiosa. Asimismo, en *Davis v. Rodman*, 147 Ark. 385, 227 S. W. 612 (1921), el Tribunal Supremo del Estado de Arkansas dictaminó que, al tratar a un paciente con una enfermedad contagiosa, el médico tiene el deber de advertir a los familiares de aquel. De nuevo, en *Hofmann v. Blackmon*, 241 So.2d 752 (Fla. Dist. Ct. App. 1970), cert. denied, 245 So. 2d 257 (Florida, 1971), la Florida District Court consideró que el médico, una vez que el paciente sea diagnosticado con una enfermedad contagiosa, tiene el deber de advertir a sus familiares.

7 El asunto se refería a la indemnización por el daño sufrido por el demandante tras haber contraído una enfermedad infecciosa grave (que luego condujo a su muerte), transmitida a él por su esposa. La mujer se enfermó por transfusiones de sangre infectada. Aunque los médicos conocían la grave patología, sintieron que tenían que proteger el derecho a la privacidad de los datos confidenciales. Por lo tanto, no proporcionaron ninguna comunicación a su esposo. En cambio, el tribunal consideró la prevalencia del derecho a la salud del esposo y de la comunidad sobre el derecho a la defensa de los datos personales.

madre de la niña a disparos. Mientras estaba internado en algunos centros sanitarios, el hombre fue diagnosticado con la enfermedad de Huntington: un mal neurodegenerativo que se manifiesta con anormalidades en el movimiento, problemas cognitivos y síntomas psiquiátricos.

Después de un tiempo, el personal médico que estaba tratando al hombre se enteró de que ABC estaba embarazada. Dicho personal conocía a la mujer: esta también había aceptado participar en algunas sesiones de psicoterapia familiar. En vista del alto riesgo de transmisión genética, los médicos tenían la intención de informar a la mujer sobre lo que le habían diagnosticado a su padre. Sin embargo, este no quería dar su consentimiento y, por lo tanto, no se comunicó nada a ABC. Solo después de unos años, la mujer descubrió que sufría la misma patología genética que su padre. Las pruebas médicas también revelaron la probable progresión degenerativa de la enfermedad en unos pocos años. Además de estar angustiada por su situación, la mujer estaba profundamente preocupada por su hijo.

Posteriormente, ABC demandó a los tres centros sanitarios en los que su padre había sido hospitalizado y pidió una indemnización por el daño psíquico sufrido y por los daños posteriores como consecuencia. Según la mujer, también debido a su embarazo, los tres centros sanitarios habían violado el deber de cuidarla por no haberle advertido sobre el riesgo de transmisión del gen que causa la enfermedad de Huntington.

La demandante señaló primero que los médicos eran conscientes del hecho de que ella sería una madre soltera, la única responsable de la educación y el cuidado de su hijo. Agregó que, si hubiera sido informada del diagnóstico realizado a su padre, se habría sometido a una prueba de inmediato para determinar la presencia de la enfermedad de Huntington. Y la mujer afirmó que, si la prueba hubiera confirmado la existencia de dicha enfermedad, habría interrumpido el embarazo para no exponer al niño al riesgo de depender (en el futuro) de una madre soltera gravemente enferma, o de convertirse en un huérfano en breve tiempo o de heredar la enfermedad. En este caso específico, los médicos y otros profesionales sanitarios debían haber considerado prevalentes sus derechos e intereses sobre los de proteger la privacidad de su padre.

La Cour of Appeal de Inglaterra había anulado una primera decisión que rechazaba las reclamaciones de la mujer. Luego vino el pronunciamiento de la High Court. La jueza reconoció que algunos profesionales de la salud (especialmente los que organizaron la psicoterapia familiar) tenían la obligación legal de equilibrar los derechos e intereses de sus pacientes para preservar su confidencialidad con los de otra persona, en que la divulgación de la salud del paciente podía reducir o prevenir un riesgo significativo de daño grave para el tercero.

Sin embargo, respecto al caso específico, para la jueza Yip, los profesionales sanitarios habían equilibrado, según un estándar razonable, los intereses opuestos del paciente y los de la hija. Así, la mencionada jueza concluyó lo siguiente:

I have not found any actionable breach of duty on the part of the second defendant. The decision not to disclose was supported by a responsible body of medical opinion and was a matter of judgment open to the second defendant after balancing the competing interests.

La decisión fue inmediatamente considerada significativa por los comentaristas en más de un aspecto. En primer lugar, porque establece por primera vez la existencia en el *common law* de un *legal duty of care* para un médico u otros profesionales sanitarios: este *duty of care* no encuentra su origen exclusivamente en reglas éticas, y estaría dirigido a equilibrar el derecho del paciente a garantizar su confidencialidad con los intereses públicos y los derechos de terceros en riesgo.

Como se desprende de la breve descripción del caso, tal deber surge en presencia de circunstancias singulares. Implica, sobre todo, la existencia de una relación cercana entre la persona interesada en recibir la información y el médico. En el caso examinado por el tribunal superior, la situación específica de ABC era bien conocida por uno de los equipos médicos —el que había promovido las sesiones de psicoterapia familiar—.

Según el tribunal, también es necesario determinar que existe una probabilidad significativa de que el tercero pueda sufrir daños si no se le informa. Y, en el caso concreto —especificó el tribunal—, ABC estaba en peligro de sufrir daños si la información sobre su riesgo genético no se había proporcionado; no solo era previsible, sino que los médicos del paciente lo habían previsto expresamente, tal como surgió durante el proceso.

La orientación jurisprudencial se alinea así con el puesto ya consolidado en el ámbito profesional. La jueza especifica que la obligación legal es paralela a la establecida en el campo profesional y debe ejercerse siguiendo las indicaciones del Consejo Médico General y las formuladas por las entidades en sectores especializados.

ALGUNAS CONCLUSIONES

Es momento de realizar algunas consideraciones concluyentes. La breve ilustración de los estudios de caso revela lo siguiente: de acuerdo con las reglas generales, el médico debe guardar el secreto de todo lo que el paciente le confía o que puede saber por su profesión. Sin embargo, en ciertas circunstancias, la divulgación de esa información puede estar justificada por intereses generales. En otras palabras, la divulgación de información confidencial a terceras personas podría ser justificable si se hace con el objeto de proteger derechos fundamentales de terceras partes o por un interés público

legalmente protegido. La divulgación solo estará justificada en circunstancias excepcionales, es decir, si sirve a un interés que, en esas circunstancias en particular, pese más que el derecho del paciente a la privacidad.

Toda vez que contrapesar los derechos del paciente con otros derechos e intereses es siempre difícil, esto puede llevarse a cabo más fácilmente si el conflicto ocurre con los derechos de terceras partes identificables o con un interés público difuso, como la salud pública.

Volvamos al tema inicial de estas páginas. La situación de salud de emergencia de COVID-19 destaca la necesidad de equilibrar la protección de la privacidad de la persona enferma con las necesidades opuestas de rapidez y urgencia de la intervención para garantizar la salud (así como el paciente) de terceros. En las páginas iniciales, se ha recordado que el legislador italiano ha autorizado, con diversas medidas, la comunicación de los datos personales de las personas infectadas entre las diversas instituciones competentes en el sector de la salud para hacer frente a la emergencia de COVID-19. De hecho, algunas de esas medidas establecen que la comunicación de los datos personales también se brinde a sujetos públicos y privados que no sean instituciones sanitarias. En algunos casos, entonces, el médico y las instituciones sanitarias se encuentran en la obligación de informar a terceros sobre las condiciones de salud de la persona infectada. Esto se refiere a los casos en que las autoridades sanitarias competentes deben adoptar la medida de “cuarentena con vigilancia activa” contra “personas que han tenido contactos cercanos con casos confirmados de enfermedad infecciosa difusa COVID-19”.

Se solicitaron acciones destinadas a regular orgánicamente las situaciones de emergencia provocadas por el coronavirus, sobre todo en lo que respecta a las medidas que limitan los derechos y las libertades fundamentales (Gatta, 2020). Por las circunstancias que se han examinado en este breve ensayo, las reglas éticas de los sectores profesionales interesados también han de actualizarse. Ya en la versión actual del Código Italiano de Deontología Médica hay algunas hipótesis sobre la causa justa de revelación para el médico de lo que le ha sido confiado o que ha podido saber debido a su profesión. Alguna sugerencia proviene de la experiencia extranjera. La articulación sobre el mismo aspecto de las directrices del Consejo Médico General —a las que se refirió expresamente la High Court de Inglaterra en la decisión antes mencionada— es bastante distinta. En ellas leemos lo siguiente:

Personal information may, therefore, be disclosed in the public interest, without patients' consent, and in exceptional cases where patients have withheld consent, if the benefits to an individual or society outweigh both the public and the patient's interest in keeping the information confidential. You must weigh the harms that are likely to arise from nondisclosure of information against the possible harm, both to the patient and to the overall trust between doctors and patients, arising from the release of that information. (ABC v St George's Healthcare NHS Trust & Ors, 2020)

REFERENCIAS

- ABC v St George's Healthcare NHS Trust & Ors. (28 de febrero del 2020). EWHC 455. Recuperado de <https://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/QB/2020/455.html>
- Barni, M. (2011). I doveri del medico. En S. Rodotà y P. Zatti (Dirs.) y L. Lenti, E. Palermo Fabris y P. Zatti (Eds.), *Trattato di biodiritto. I diritti in medicina* (pp. 139-171). Milán: Giuffrè.
- Baruch, D. W. (1987). AIDS in the Courts: tort liability for the sexual transmission of acquired immune deficiency syndrome. *Tort & Insurance Law Journal*, 22(2), 165-193.
- Casonato, C. (1995). *Diritto alla riservatezza e trattamenti sanitari obbligatori: un'indagine comparata*. Università degli Studi di Trento.
- Fleming, J. y Maximoc, B. (1974). The patient or his victim: the therapist's dilemma. *California Law Review*, (62), 1025-1068. Recuperado de <https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/calr62&div=42&id=&page=>
- Garante per la Protezione dei Dati Personali. (s. f.). COVID-19 e protezione dei dati personali. Recuperado de <https://www.garanteprivacy.it/temi/coronavirus/faq>
- Gatta, G. L. (2020). I diritti fondamentali alla prova del coronavirus. perché è necessaria una legge sulla quarantena. En *Sistema Penale*, 02 aprile. Recuperado de http://www.ristretti.it/commenti/2020/aprile/pdf/articolo_gatta.pdf
- Harper, F. V. y Kime, P. M. (1934). The duty to control the conduct of another. *Yale Law Journal*, (43), 886-905.
- Hermann, D. H. J. y Burris, S. (1993). Torts: Private law suits about HIV. En S. Burris, H. L. Dalton y J. L. Miller (Eds.), *AIDS law today* (pp. 341 y ss.). Yale University Press.
- Ministero della Salute. (2020). Circolare: Misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da COVID-19.
- Stone, A. A. (1976). The Tarasoff decisions: suing psychotherapist to safeguard society. *Harvard Law Review*, (90), 358-378.
- Tarasoff v. Regents of University of California. (1974). 529 P.2d 553, 118 Cal.
- Tarasoff v. Regents of University of California. (1976). 551 P.2d 334, 131 Cal. Rptr.14.
- Venchiarutti, A. (2020). Asistencia psiquiátrica y protección civil de la persona discapacitada: recurrencia y posibilidad de reforma. En C. A. Agurto Gonzales y S. L. Quequejana Mamani (Dirs.), *Derecho privado y comparación jurídica. El aporte de la escuela jurídica italiana* (pp. 135 y ss.). Santiago de Chile: Ediciones Olejnik.

BIBLIOGRAFÍA

- Cass. Civ. 11994/2017. (6 de mayo del 2017). Corte di Cassazione, Sez. III Civile, Sentenza. Recuperado de <https://www.privacy.it/2017/05/06/cass-privacy-paziente-vs-salute-terzi/>
- Hermann, D. H. J. (1986-1987). AIDS: Malpractice and transmission liability. *Colorado Law Review*, 58(1), 63-107.
- Klinka, E. (2009). It's been a privilege: advising patients of the Tarasoff duty and its legal consequences for the federal psychotherapist-patient privilege. *Fordham Law Review*, (78), 863-931.
- Talbot, J. S. (1988). The conflict between a doctor's duty to warn a patient's sexual partner that the patient has AIDS and a doctor's duty to maintain patient confidentiality. *Washington and Lee Law Review*, (45), 355-380.
- Thornton, J. (2020). Judgment in ABC case rules on confidentiality. *The Lancet*, (395), 771-772. doi:10.1016/S0140-6736(20)30494-3

LA FAMILIA ANTE LA PANDEMIA DEL COVID-19

CRISTIÁN LEPIN MOLINA

Universidad de Chile, Santiago de Chile, Chile

Recibido: 12/7/2020 – Aprobado: 19/8/2020

doi: <https://doi.org/10.26439/iusetpraxis2020.n50-51.5028>

RESUMEN. La coyuntura actual gira en torno a las consecuencias que ha traído el COVID-19 para la vida en sociedad. Esta enfermedad ha demostrado ser no solo un aspecto a considerar en la salud o la economía, sino que también tiene implicaciones en la forma en la que nos interrelacionamos y convivimos como seres sociales. El objeto del presente artículo es repasar los efectos que ha generado el COVID-19 y las medidas que se han adoptado para combatirla en el ámbito del derecho civil y, de forma más específica, otorgarle un enfoque al área de familia respecto a los efectos de la pandemia. A lo largo del trabajo analizaremos temas relacionados con las principales trabas para el acceso a la justicia, así como también los cambios en las relaciones personales entre los integrantes de la familia y las implicancias que conlleva la pandemia en materia de pensiones de alimentos.

PALABRAS CLAVE: relaciones paterno filiales / pandemia COVID-19 / derecho de familia / pensiones de alimento

THE FAMILY IN THE FACE OF THE COVID-19 PANDEMIC

ABSTRACT. The current situation revolves around the consequences that COVID-19 has brought for life in society. This has proven not only to be an aspect to consider in health or the economy but also to have implications in the way we interrelate and coexist as social beings. This article aims to review the effects generated by COVID-19 and the measures to combat it in the field of civil law. More specifically, its purpose is to focus on the family regarding the effects of the pandemic. Throughout this work, we will analyze issues related to the main obstacles to access to justice, as well as the changes in personal relationships among family members, and the implications of the pandemic in terms of alimony.

KEYWORDS: parental relationships / COVID-19 pandemic / family law / alimony

INTRODUCCIÓN

El coronavirus ha impactado muy fuertemente a Latinoamérica. Países como Chile, Perú y Argentina se han visto especialmente afectados por el nivel de contagio del virus y por las limitaciones a la libertad de los ciudadanos con el objeto de controlar la propagación de aquel. Esto nos lleva a revisar cuáles son las principales consecuencias o efectos que esta pandemia ha provocado en las relaciones de familia, en el derecho de familia y en la justicia de familia.

En este último caso, un tema fundamental es el acceso a la justicia de familia de grupos vulnerables, especialmente para las personas que están siendo víctimas de violencia dentro del entorno familiar, situación que sin duda se agudiza por la cuarentena obligatoria y las restricciones a la libertad ambulatoria.

En este trabajo, nos referiremos a distintos tópicos que afectan el derecho de familia, partiendo por el acceso a la justicia de familia en tiempos de la COVID-19, y luego abordaremos el impacto en las relaciones de familia, principalmente los efectos en la relación directa y regular, en las pensiones de alimentos y respecto a la violencia intrafamiliar.

COVID-19 Y ACCESO A LA JUSTICIA DE FAMILIA

Durante el confinamiento obligatorio, se ha dificultado el funcionamiento de los tribunales de justicia, por una parte, porque se ha restringido la circulación de los ciudadanos y, por otra, por la necesidad de evitar la aglomeración de personas y de esa forma reducir las posibilidades de contagio. En este escenario se suspendieron las audiencias y comparendos, y los tribunales han mantenido una actividad limitada.

Si bien en Chile no se ha decretado feriado judicial, los tribunales se mantienen funcionando, pero solo para causas urgentes. Es decir, aquellas en que exista peligro para la integridad física o psicológica de las personas. En tal sentido, existen diversas dificultades para la revisión judicial de las causas de familia, ya que no es posible realizar las audiencias de manera presencial en el tribunal, por lo que se ha debido recurrir a los medios tecnológicos, lo que representa ciertas exigencias de entrada que pueden terminar limitando el acceso a la justicia a quienes se encuentran en una situación más precaria y que no tienen acceso a internet o a una conexión que les permita participar activamente en las audiencias.

En consecuencia, existen varias trabas para acceder a la justicia en tiempos de pandemia, en especial para temas tan sensibles como los relacionados con la familia. La primera de ellas se refiere a la restricción para tramitar causas que tengan efectivamente algún problema para la salud o la integridad de las personas.

Como segunda traba podemos mencionar que existe un gran número de causas acumuladas, considerando el tiempo en que no han podido funcionar los tribunales, por

lo cual se estima un retraso considerable y la prolongación de su solución en el tiempo, y la única proyección a corto plazo es retomar las audiencias a través de plataformas de videoconferencia como Zoom o Webex (Poder Judicial de la República de Chile, 2020).

Las primeras audiencias no se han desarrollado libres de dificultades, especialmente en las causas más complejas, como las audiencias de juicio, en las que se debe rendir prueba viva, es decir, la declaración de testigos, peritos o partes. Las dificultades principalmente están relacionadas con las garantías de un debido proceso cuando el testimonio puede ser en cierta forma orientado o influido por terceros, ya que las plataformas de videoconferencia no garantizan que se respeten las condiciones mínimas en la incorporación de la prueba.

Una tercera traba tiene que ver con la mediación, ya que en Chile existen diversas materias de familia en las que se debe acreditar haber cumplido con el proceso previo y obligatorio de mediación. Entre las causas se encuentran la relación directa y regular, las pensiones de alimentos y el cuidado de los hijos. En tal sentido, se estima que no es posible llegar a un acuerdo a través de sistemas virtuales y no es posible realizar el proceso de mediación a través de las nuevas tecnologías, por lo que tampoco se podrá iniciar un juicio de familia en los casos en que la mediación es previa y obligatoria y, por lo tanto, un requisito de admisibilidad de la demanda, lo que en consecuencia representa una barrera importante de acceso a la justicia.

EL IMPACTO EN LAS RELACIONES DE FAMILIA

El confinamiento impuesto ha afectado las distintas esferas de la vida humana y ha obligado a los ciudadanos a permanecer en sus domicilios sin poder realizar sus actividades habituales, como asistir al colegio, trabajar y participar en reuniones sociales y en encuentros culturales y deportivos.

Por una parte, la restricción a la libertad ambulatoria ha impedido el desarrollo normal de las relaciones paterno filiales, y ha aumentado el número de casos de violencia intrafamiliar; y, por otra, la disminución de la actividad productiva y de servicios ha generado un aumento de la cesantía, la suspensión —en muchos casos— de la relación laboral y la quiebra de varias empresas, con el consecuente impacto en las pensiones alimentarias.

A continuación, vamos a analizar los temas planteados, ya que son de gran importancia social para el desarrollo de las familias.

Relación directa y regular y confinamiento

La mantención de la relación directa y regular en tiempos del COVID-19 se ha visto dificultada, ya que el confinamiento obligatorio impide mantener el vínculo entre el padre o

la madre que no tiene el cuidado personal o la custodia y su hijo, en parte por las restricciones para los ciudadanos para salir de su domicilio y en parte por el evidente riesgo de contagio del virus.

Es necesario señalar que la pandemia no necesariamente debe ser considerada una hipótesis de caso fortuito o fuerza mayor que habilite para suspender el régimen comunicacional por un cambio en las circunstancias. Ello dependerá del riesgo concreto que pueda resultar para la salud de los intervinientes o de las consecuencias en cada uno de estos y particularmente en la salud de los niños.

En este sentido, el cambio de circunstancias dependerá de si existe o no un riesgo concreto para la salud de los niños; no es un impedimento *per se* para mantener el vínculo entre el padre o la madre y el hijo. Este cambio de circunstancias puede habilitar para revisar vía demanda de modificación de relación directa y regular o para modificar los acuerdos que los padres tengan sobre esta materia.

Desde ese punto de vista, lo importante es que ambos progenitores lleguen a acuerdos para definir cómo se materializará el vínculo paterno filial en la situación de confinamiento obligatorio, buscando preservar el vínculo entre progenitores no custodios e hijos y manteniendo las medidas de seguridad para evitar riesgos en la salud de los niños. En tal sentido, las alternativas para mantener el vínculo por medios virtuales, como las videollamadas por WhatsApp o las plataformas de videoconferencia, se presentan como un espacio seguro para preservar el vínculo en los casos en que el régimen comunicacional no se pueda desarrollar de forma presencial (Lepin, 2020).

En ningún caso la pandemia es un obstáculo para dirigirse a buscar a los hijos de manera segura al domicilio donde viven con el padre o la madre que está a su cuidado y llevarlos a otro domicilio. Máxime si el padre o la madre que tiene el cuidado personal realiza actividades fuera del hogar, lo que en el fondo genera una situación de riesgo.

La idea, en definitiva, es minimizar el riesgo concreto para la salud de los niños y permitir que se desarrolle la relación directa y regular, y que solo en los casos en que no sea posible por tratarse de niños con enfermedades de base (por ejemplo, enfermedades respiratorias o graves) será necesario modificar transitoriamente el régimen de visitas y privilegiar las alternativas que la tecnología nos entrega.

Pandemia y pensiones de alimentos

En términos similares a los señalados, la pandemia no necesariamente va a significar un cambio de las circunstancias que permita modificar las pensiones de alimentos reguladas o acordadas por los progenitores. Ello se tendrá que analizar en concreto.

La pandemia, en este aspecto, trae consecuencias graves. Solo por considerar un dato, en Chile aumentó la cesantía en los últimos tres meses del 7 % al 15 %, y eso sin

considerar las medidas económicas que tomó el Gobierno en cuanto a dar la posibilidad a las empresas de suspender la relación laboral por un plazo de tres meses. En consecuencia, si sumamos los casos en los que se suspendió la relación laboral más los casos de cesantía, llegaríamos a un porcentaje superior al 30 % de personas que se han visto afectadas laboralmente y con una baja parcial o total de sus ingresos.

Esta situación, sin duda, afectará las pensiones de alimentos, lo que se traducirá en demandas de cese o de rebaja de aquellas. En ningún caso una baja en los ingresos o la cesantía habilitan para dejar de pagar de un día para otro los alimentos, ya que en Chile —y en la mayoría de los países— están amparados por un acuerdo o una sentencia aprobada por el tribunal que tiene el valor de cosa juzgada, y para su modificación será necesario iniciar un juicio en el cual se podrá pedir la suspensión, rebaja o cese de la pensión de alimentos, teniendo como fundamento el cambio en las circunstancias económicas como consecuencia de la pandemia que afectan directamente al alimentante.

En el caso de suspensión de la relación laboral, no necesariamente afectará las pensiones de alimentos reguladas, dado que se trata de una situación transitoria por un plazo de tres meses, y luego de transcurrido ese tiempo se retomará la relación laboral con el mismo ingreso que se tenía antes de la suspensión. Por lo tanto, no parece justificada una rebaja o cese de la pensión de alimentos. Habrá que observar el caso concreto para evaluar si el alimentante se ve afectado por la pandemia en cuanto a sus ingresos y si la situación es de carácter permanente, para que pueda considerarse un cambio de circunstancias que permita alterar lo resuelto o lo acordado por las partes.

Violencia intrafamiliar y confinamiento obligatorio

Por último, en cuanto a la violencia intrafamiliar, según estadísticas proporcionadas por la Organización Mundial de la Salud (OMS), han aumentado en un 70 % las llamadas a los números de emergencia por situaciones de violencia contra las mujeres y los niños en los distintos países miembros (DW, 2020).

La situación de violencia doméstica no es un tema nuevo. Más bien se trata de un problema grave que afecta a gran parte de la población mundial y que se ha visto agudizado por una serie de factores derivados de la pandemia, entre los cuales se encuentran la cesantía o disminución de los ingresos, la situación de confinamiento obligatorio, las sensaciones de angustia y temor, y la situación de hacinamiento en que viven los sectores más modestos de la sociedad.

Esta grave situación se debe considerar, y otorgar acceso a la justicia de familia a las personas que están siendo víctimas de violencia. Se han de adoptar por parte del Estado todas las medidas de prevención necesarias y asegurar a las víctimas la posibilidad de contar con asesoría letrada para poder ser representadas en juicio y lograr los resultados que permitan sancionar a los responsables.

En tal sentido, la representación es imprescindible, ya que es necesario que se dicten las resoluciones o medidas cautelares para la protección de las víctimas y, por sobre todo, que se realice un seguimiento a dichas medidas para que, efectivamente, se puedan cumplir y que las personas que se hallan en esta complicada situación no corran riesgos en cuanto a su integridad física o psíquica.

CONCLUSIONES

El coronavirus ha afectado todas las esferas de la vida humana, como las relaciones interpersonales y, especialmente, las relaciones familiares en los aspectos ya analizados, y en otros más que seguramente se van a manifestar con el transcurso del tiempo. Sin duda, el confinamiento obligatorio y las restricciones a la libertad individual inciden de forma directa en las relaciones de familia, ya que al limitar su desplazamiento se ven afectadas las relaciones paterno filiales y, por otro lado, la posibilidad de contagio del virus genera factores de riesgo respecto a la salud de los intervinientes. En el mismo sentido, dichas situaciones se transforman en factores de riesgo para las víctimas de violencia intrafamiliar, que viven los abusos encerradas con sus agresores.

REFERENCIAS

- DW. (8 de mayo del 2020). OMS confirma aumento de violencia contra mujeres por cuarentenas. Recuperado de <https://www.dw.com/es/oms-confirma-aumento-de-violencia-contra-mujeres-por-cuarentenas/a-53366780>
- Lepin, C. (2020). La pandemia COVID-19 y sus efectos en las relaciones de familia. En C. Lepin (Dir.), *Caso fortuito fuerza mayor. Estudios a partir de la pandemia del COVID-19* (pp. 99-106). Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Poder Judicial de la República de Chile. (13 de marzo del 2020). Acta n.º 41-2020. Recuperado de <https://www.pjud.cl/documents/396588/0/acta+41-2020+teletrabajo.pdf/35f724db-8c29-47ee-bac9-6846e24257ad>

BIBLIOGRAFÍA

- Dirección del Trabajo. (25 de marzo del 2020). ¿El empleador que se encuentra imposibilitado de funcionar con su empresa por el coronavirus puede suspender en forma unilateral la relación laboral? Recuperado de <https://www.dt.gob.cl/portal/1628/w3-article-118440.html>
- El Mostrador. (30 de junio del 2020). Efecto COVID-19: desempleo llega a un histórico 11,2% en todo Chile. Recuperado de <https://www.elmostrador.cl/dia/2020/06/30/efecto-covid-19-desempleo-llega-a-un-historico-112-en-todo-chile/>

- Lepin, C. (2017). *Derecho familiar chileno*. Santiago de Chile: Thomson Reuters.
- Lepin, C. (2019). *Código de derecho familiar*. Santiago de Chile: Editorial Hammurabi.
- Lepin, C. (2020). Relación directa y regular en tiempos de COVID-19. *Diario Jurisprudencial* (2). Recuperado de <https://latam.tirantonline.com/latam/>
- Lepin, C. y Ravetllat, I. (2020). *COVID-19 y derecho de familia*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Medina, G. (9 de abril del 2020a). Familia y coronavirus. 10 claves para comprender su relación jurídica. *La Ley*, LXXXIV (66), 2-3.
- Medina, G. (13 de abril del 2020b). COVID-19, el deber de cuidado y el derecho de comunicación de hijos, progenitores y familiares. *La Ley*, LXXXIV (67), 1-5.
- Meinz, E. (mayo del 2020). Impacto del COVID-19 en la economía de América Latina y Chile. Recuperado de <http://www.flacsochile.org/slider/articulo-impacto-del-covid-19-en-la-economia-de-america-latina-y-chile/>

EL DEBER DE RENEGOCIAR EL CONTRATO DE BUENA FE EN ÉPOCAS DEL COVID-19

GUSTAVO ORDOQUI CASTILLA

Universidad Católica del Uruguay, Montevideo, Uruguay

Recibido: 15/7/2020 – Aprobado: 22/7/2020

doi: <https://doi.org/10.26439/iusetpraxis2020.n50-51.5029>

RESUMEN. A raíz de la crisis mundial generada por la COVID-19, los contratos celebrados se ven perjudicados debido a que las circunstancias actuales han dado lugar a daños, tanto económicos como sociales, que dificultan el cumplimiento de lo pactado. El presente artículo busca enfatizar la importancia de la buena fe bajo una óptica tridimensional, para poder renegociar y conservar el contrato y sus obligaciones, tomando en cuenta la realidad social, las normas y los valores.

PALABRAS CLAVE: buena fe / renegociar / COVID-19 / conservación / obligaciones

THE DUTY TO RENEGOTIATE THE CONTRACTS OF GOOD FAITH IN TIMES OF COVID-19

ABSTRACT. As a result of the global crisis generated by COVID-19, contracts entered into have been affected by current events that have caused economic and social issues, which make it difficult to comply with the agreement. The present article seeks to emphasize the importance of good faith, under a tridimensional perspective, in order to renegotiate and keep contracts and their obligations, considering the social reality, the rules and the values.

KEYWORDS: good faith / renegotiate / COVID-19 / conservation / obligations

INTRODUCCIÓN

El derecho se debe analizar como una realidad tridimensional, por lo que se ha de ponderar la realidad socioeconómica de los valores y las normas.

La trascendencia de este tema está determinada por la vivencia reciente que nos ha tocado enfrentar como consecuencia del análisis de una cantidad importante de casos en nuestro país en que, cuando se vieron en la necesidad de enfrentar las circunstancias que creaba el COVID-19 al limitar especialmente la libertad de circulación, cientos de acreedores —que no eran en principio los afectados— se dieron cuenta de que las prestaciones no eran posibles de cumplir y, con la idea de mantener el acuerdo vigente, renegociaron; asimismo, actuando de buena fe y con espíritu de justicia y colaboración, buscaron nuevas soluciones con la concesión de nuevos plazos, la revisión de la ecuación económica del contrato, entre otras medidas.

En un día tuvimos cuatro casos en los que los acreedores y la supuesta parte fuerte eran los que proponían la revisión actuando de buena fe. El tema de la renegociación del contrato se estudia generalmente de forma complementaria a lo que sucede con la aplicación de la teoría de la imprevisión.

Nosotros lo presentamos en la posibilidad de que las partes hayan pactado o que este surja fundado en el principio general y fundamental de la buena fe contractual (artículo 1291 y numeral 2 del Código Civil uruguayo), en atención a las circunstancias del caso en que se advierta que se han frustrado con claridad las posibilidades y el fin del contrato.

ENFOQUE JURÍDICO TRIDIMENSIONAL APLICADO A LA COYUNTURA

No podemos pensar que solamente con leer las normas vamos a saber el derecho. La situación que estamos viviendo ahora nos exige un conocimiento de la realidad tal cual es en su verdadera dimensión; nos exige acercarnos al ser humano; nos exige ponderar esas tres dimensiones que nos mencionaba Carlos Fernández Sessarego, porque es una necesidad fundamental. Como también nos decía el maestro, “hay que preparar al músculo para correr, hay que poner conocimiento para construir”.

Si no nos ponemos de acuerdo en lo que vamos a buscar en el derecho, difícilmente nos vamos a poner de acuerdo en su solución; y más aún ahora que estamos viviendo un proceso sísmico en el que se mueven las estructuras básicas y tradicionales en las que se sustentaba la responsabilidad civil, porque se fundamenta la relación contractual.

Y es ante esta misma realidad tridimensional que surge el motivo por el cual vamos a tratar el tema propuesto, y hasta ya dimos el titular. Pero ello no fue algo que se me ocurrió a mí o que fui a buscar a los libros, sino que se trató de una vivencia que me tocó seguir como profesional de derecho en mi país.

Realidad socioeconómica

La situación fue muy clara a partir del momento en que se dispuso la emergencia y se exhortó al país a quedarse en casa y tomar las medidas que permitieran la mínima afectación de los derechos y daños lícitos que se pudieran establecer.

Ante el anuncio de las medidas adoptadas por el Gobierno, en dos o tres horas el teléfono de mi estudio sonaba y atendí a acreedores titulares —particularmente de los casos de arriendo— preocupados porque se les estaban yendo los deudores y los contratos estaban prácticamente sin sustento.

El arrendatario no podía desarrollar su función, y abandonaba la finca y la dejaba al propietario. En realidad, lo que estábamos acostumbrados a manejar eran conceptos en que el hecho fortuito llevaba a que se distorsionara el contrato. Empero, fue ante esta clase de situaciones que se empezó a visualizar una nueva forma de encarar la realidad contractual: el deber de renegociar.

Este es el deber básico y fundamental que nos enseña a ver una nueva dimensión del alcance de la buena fe, y que nosotros titulamos “El deber de renegociar el contrato de buena fe en épocas del COVID-19”.

¿Por qué?

Porque, como concepto previo, dentro de esta concepción de aplicar el instituto de la buena fe a tales circunstancias, tenemos que poner en juego el otro elemento que nos falta de la visión tridimensional: los valores.

Valores y derechos

Primero, se ha de encarar la realidad que estamos asumiendo. Esta es grave, tremenda y se observan claramente las delimitaciones de los derechos sustanciales ante la necesidad de priorizar unos derechos sobre otros, como el de la salud sobre el de la circulación o la información en nuestro país.

Si bien ante esta realidad socioeconómica tenemos los valores, también es cierto que tenemos los derechos, que son la tercera dimensión; y de ese derecho hay que decir que es algo más —como nos enseñaba Fernández Sessarego— que el conocimiento de la norma. Es el conocimiento de la norma aplicada a esa realidad.

Es allí donde aparece un instrumento que es la ventana abierta por la que se oxigenan casi todos los sistemas jurídicos latinoamericanos y europeos: la consagración del principio de buena fe, que hasta ahora y por ahora lo tenemos en los efectos de los contratos, y está tratando de jugar una nueva categoría pasando los títulos preliminares como concepto fundamental del ejercicio de cualquier derecho, sea contractual o no.

Este principio, en un determinado momento, trae dificultades para algunos por razones de inseguridad, y hemos tenido consideraciones académicas y enfrentamientos.

LA BUENA FE NO ES UN INVENTO

Se nos dice: “¡Cuidado con ese instrumento! ¡Hay que manejarlo con cuidado; nos trae inseguridad jurídica! ¡Es una fiera que hay que mantener dentro de la jaula!”.

Este instrumento de la buena fe no se reduce a ser tan solo un invento o una propuesta académica, sino que existe en las normas jurídicas. Son las propias normas del sistema las que abren la puerta para contemplar nuevas realidades y otorgarles flexibilidad a las reglas.

Si bien el principio de la autonomía de la voluntad es el límite básico que hay que respetar, no es sagrado ni absoluto, pues coexiste con el principio de buena fe, y esa buena fe es la que nos obliga a considerar valores no discrecionales o arbitrarios, es decir, aquellos fundados en la realidad de lo que está vigente en cada sistema jurídico.

Entonces, cuando empezamos a hablar del deber de renegociar, nos preguntamos: “¿Y en qué fundo el deber de renegociar? ¿Por dónde va ese deber de renegociar?”.

Así, nuevamente aparecen las proyecciones que surgen del propio deber de actuar de buena fe, que son los deberes de la honestidad, la lealtad, la confianza, la cooperación, la solidaridad, entre otros. Estas no son simplemente bonitas palabras, sino que se trata de derechos esenciales con bases fundamentales en las disposiciones de los códigos civiles que regulan el principio de buena fe.

PRINCIPIOS POSITIVIZADOS

En nuestro país se está sosteniendo —y con mucha firmeza— que no se trata de principios meramente reconocidos en el Código Civil, sino que vienen como principios generales con el respaldo constitucional. Nuestra Constitución protege directamente todos los derechos inherentes a la persona y, aunque no se refiera específicamente al principio de buena fe, sí alude a los principios generales que son inherentes a toda persona.

Dentro de ellos, está el tratar como deber de colaborar con el otro y pretender que uno sea también tratado con la misma regla. El deber de buena fe atañe tanto al acreedor como al deudor. Entre ambos tienen que resolver las circunstancias a las que se enfrentan actualmente, con gran inestabilidad.

Llevamos ya en América varias naciones —el Perú es una de ellas— con obras escritas sobre la buena fe y nos hemos encargado de ver cómo va evolucionando este gran principio en distintos países.

Hoy no tengo ninguna duda en decirles que la fuente del derecho contractual puede aparecer perfectamente identificada en la buena fe.

La buena fe contractual no es —repito— algo que se nos inventa, sino que se halla prevista por nuestros propios codificadores como ventana abierta a la nueva realidad. Y esa ventana abierta es la que va a ver lo que está ocurriendo ahora y es la que nos va a decir: “¡Ah! Hay un deber de renegociar que se funda en la propia existencia de la buena fe, y en la aplicación que se tenga que dar del deber de renegociar también ha de estar ordenada la buena fe”.

Es decir, no solamente en el fundamento de la obligación, sino que también tiene que darse a la hora de aplicarlo en la forma como se va a emplear este deber en ese principio fundamental de buena fe.

NORMAS DE LOS CÓDIGOS CIVILES EN AMÉRICA Y DEL DERECHO TRANSNACIONAL QUE SE REFIEREN A LA BUENA FE COMO FUNDAMENTO NORMATIVO

1. Derecho trasnacional

- Pautas de unificación utilizadas en la CEU.
- Principios Unidroit, artículos 2.1.15, 4.8, 5.1.2(c), 5.3.3 y 5.3.4.
- Principios Lando PECL, artículos 1:305, 2:301, 4:103, 4:107, 4:109, 4:410, 4:118, 5:102, 6:102 y 6:111.
- Código de los Contratos de la Academia Iusprivatista.
- Convención de Viena.
- Principios, definiciones y reglas de un derecho civil europeo: el marco común de referencia (DCFR), artículos II.-1:106; II.-3:301; II.-7:201; II.-7:205; II.-7:207; II.-7:215; II.-8:102; II.-9:101; II.-9:403, 404, 405; III.-1:106; III.-1:110; III.-3:203, y VI.-5:401.

2. En el régimen general internacional

Europa

- Código Civil español, artículos 7.1 y 1258.
- Código Civil griego, artículo 288.
- Código Civil portugués, artículo 762, numeral 2.
- Código Civil BGB § 242 y el ZGB, artículo 2, numeral 1.
- Código Civil italiano de 1942, artículo 1124.

- Código Civil francés, artículo 1135: “Las convenciones obligan no solo a aquello que se expresa, sino también a todas las cosas que la equidad, la costumbre o la ley otorgan a la obligación según su naturaleza”.

América

- Código Civil chileno, artículo 1546:

Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley o la costumbre pertenecen a ella.
- Código Civil colombiano, artículo 1603:

Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley o la costumbre pertenecen a ella.
- Código Civil argentino (2014), artículo 9: “Principio de buena fe. Los derechos deben ser ejercidos de buena fe”, y artículo 961:

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.
- Código Civil brasileño, artículos 113, 187, 421 y 422.
- Código Civil ecuatoriano, artículo 1562.
- Código Civil paraguayo, artículos 714 y 715.
- Código Civil costarricense, artículo 1023.
- Código Civil portorriqueño, artículo 1210.
- Código Civil boliviano, artículos 725 y 726.
- Código Civil salvadoreño, artículo 1417.
- Código Civil hondureño, artículo 1546.
- Código Civil venezolano, artículo 1160.
- Código Civil panameño, artículo 1109.
- Código Civil cubano, artículo 6.
- Código Civil uruguayo, artículo 1291, numeral 2.
- Buena fe pasa a primera división: la refieren en el Título Preliminar, Texto Proyectos, Código Civil y Comercial argentino, artículo 9; Código Civil suizo,

artículo 1, numeral 2; artículo 2, numeral 1, y artículo 3; Código Civil de Etiopía, artículo 375; Código Civil español, artículo 7, numeral 1, y proyecto peruano.

- Código Civil peruano (1984), artículo II: “Buena fe: los derechos se ejercen y los deberes se cumplen conforme a la buena fe”.
- Código Civil peruano, artículo 1362: “Los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes”, y artículo 168: “El acto jurídico debe ser interpretado de acuerdo con lo que se haya expresado en él y según el principio de buena fe”.

Interpretación sistemática

- Artículo 169: “Las cláusulas de los actos jurídicos se interpretan las unas por medio de las otras, atribuyéndose a las dudosas el sentido que resulte del conjunto de todas”.

Interpretación integral

- Artículo 170: “Las expresiones que tengan varios sentidos deben entenderse en el más adecuado a la naturaleza y al objeto del acto”.

Interpretación contra el estipulante

- Artículo 1401: “Las estipulaciones insertas en las cláusulas generales de contratación o en formularios redactados por una de las partes, se interpretan en caso de duda, a favor de la otra”.

No hay ninguna duda de que estas normas conforman una columna vertebral del sistema jurídico mundial y que, hoy por hoy, no debe haber ningún país que puede inhibirse de ponderar estos valores a la hora de encargarse de resolver, por ejemplo, los principios contractuales del margen o al margen, o sobre esta buena fe que estamos manifestando.

En el Código Civil uruguayo contamos con el artículo 1291, numeral 2, que tiene sus similares en Colombia, Ecuador y la última legislación argentina, que señala: “Todos los contratos se tienen que ejecutar de buena fe y en consecuencia obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las consecuencias que sean conformes a su naturaleza, a la equidad y a la ley”.

En la facultad, cuando transcribo o reproduzco este texto, casi siempre hago un minuto de silencio cuando llego al pasaje que indica: “Obligán no solo a lo que en ellos se expresa”.

Sí, dije bien. Hay una cláusula de los códigos civiles de la mayoría de los países americanos —Uruguay es uno de ellos— que establece claramente que los contratos obligan a lo que en ellos se expresa y, entonces, ¿a qué nos obliga? En consecuencia,

obligan no solo a todo lo que no dice, sino a todas las consecuencias según su naturaleza. ¿Cuál es la naturaleza? La causa, ya sea conforme a la equidad, el uso y la ley.

SIN TEMOR A LA BUENA FE

No le tengamos miedo a la buena fe. Seamos coherentes, defendamos la aplicación de estos principios. Yo no he encontrado todavía a nadie que me haya dicho: “Ordoqui, en mi país se aplicó abusivamente la buena fe”.

Hay un grupo que tiene miedo de que se rompa el principio de la fuerza vinculante; sin embargo, no soy yo quien lo dice, sino que es la norma en sí la que lo manifiesta al referir: “Oblígame a lo que en ello se expresa, sino a todas las consecuencias que según su naturaleza sean conformes a la equidad o a la ley”.

Este padrón de día aparece hoy ya no solamente en los códigos nacionales, internacionales y de normas transnacionales, sino también en códigos como el argentino del 2014, bien fresquito en su doctrina, que mantiene el mismo criterio. Y hoy quizá sea el momento de pensar con seriedad en la vigencia de estos principios de regulación con carácter latinoamericano y poder, de una buena vez por todas, decir que Latinoamérica tiene un derecho de los contratos como la Comunidad Europea posee el Unidroit, los principios Lando o el Código de los Contratos de la Academia Iusprivatista de derechos privados.

Este es el momento, desgraciadamente, en que se nos mueve el piso y podemos replantear muchas cosas. Tenemos tiempo, probabilidades y varios medios de conexiones. Pensemos y repensemos, porque se nos va el futuro de nuestra materia en cómo organizamos este tipo de aspectos.

BUENA FE PASIVA Y ACTIVA

La buena fe tiene aspectos pasivos y activos. De ella se han derivado principios básicos, como el de la colaboración, el de la transparencia y el de la confianza —son como ramas de un árbol que se consolidan y se proyectan—; y hoy puedo decir claramente que de ese árbol de la buena fe sale una rama que es el deber de renegociar y de actuar con corrección, tratando de conservar el principio que tenemos en todos los contactos en las normas de interpretación del contrato; conservar el contrato que puede estar corriendo riesgo a la hora de tener que enfrentar todas las circunstancias que conocemos.

Decía yo que inclusive este deber de renegociar está apareciendo cada vez más en la instancia de la Comunidad Europea. Fíjense ustedes que nosotros podemos decirles que en la ley de modernización del Código Civil español en materia de obligaciones y contratos, artículo 1213.2; en el proyecto de la reforma de Pierre Catala, artículo 1125;

Unidroit 6.2.3, y Lando 611, en todos está apareciendo insinuado el deber de renegociar aun en los casos en los que no se den estrictamente las hipótesis de casos fortuitos que se asemejan más, y aparece este instrumento cada vez más consolidado para no tener que entrar a discutir.

EJECUCIÓN DEL CONTRATO

Ahora, ¿hay imposibilidad absoluta con el tema del coronavirus al momento de ponderar la ejecución del contrato? ¿Es una imposibilidad temporal? ¿Es una imprevisión total? ¿Es una imprevisión parcial? ¿Cómo baso la imprevisión total si, por ejemplo, en nuestro país están definidas las leyes que regulan específicamente las situaciones de pandemia?

Antes de ingresar a la discusión de si hay caso fortuito se debe cumplir con el deber de renegociar bajo el fundamento de la buena fe. Hay tres o cuatro pautas que surgen de las aplicaciones generales acerca de cómo operaría ese deber de renegociar en la práctica; pero que nos quede claro que, como pilar fundamental, el deber lo estamos consolidando en la vigencia del principio de buena fe.

Se nos ha dicho que de la buena fe se deriva la obligación de seguridad en los casos de transportes y de accidentes hospitalarios, y siempre nos preguntamos de dónde surgió la obligación de seguridad.

La buena fe está fundada en el deber de colaboración y solidaridad. Hoy nadie duda de la existencia de la obligación de seguridad; tampoco deberíamos dudar de la exigencia del deber de renegociar en estas circunstancias fundadas precisamente en la buena fe. El contenido de este deber de renegociar, ¿cómo se plasma? Y aquí me estoy basando en las disposiciones mencionadas.

Pero de todas las disposiciones mencionadas —sobre todo de las últimas que se vienen generando— adviertan ustedes, a modo de ejemplo, que en la última legislación argentina del 2014, en el artículo 1011, aparece el derecho de rescisión en los contratos de suscripción continuada y, antes de rescindir un contrato, establece el deber de renegociarlo —tratar de evitar la rescisión o la extinción del contrato ya como figura independiente y complementaria—. Antes, pues, no teníamos el deber de renegociar en este tipo de situaciones jurídicas.

Ahora aparece por primera vez tomando forma en el mismo proceso. Para los que ya tenemos canas, esto se vivió cuando consolidamos la obligación de seguridad. Antes se decía: “¿Dónde está? Esto es un invento de los juristas en un momento de ilusiones. Es muy lindo tenerlas, pero ¿dónde está la norma que me hable de la seguridad, que me hable del deber de renegociar?”.

Se halla en la regulación del principio de buena fe y sus proyecciones, que son jurídicamente sustentables. No estoy hablando de sueños, sino de que esta postura y este alcance y proyección de la buena fe en la constitución de deberes como el de renegociar poseen sustento en la normativa que reconoció la buena fe, porque los sistemas jurídicos, cuando la reconocen, es porque saben sus proyecciones. Conocen que es una forma expresa de delegación de funciones en aquel que deberá decidir.

No podemos tener miedo de decir que se está creando un derecho sobre la base de las tensiones de los jueces cuando se sustentan en la buena fe. Y claro que es una máxima consolidada, como digo yo en la facultad, y tomo siempre como paralelo la obligación de seguridad frente al deber de renegociar, a raíz de que hubo una sentencia que lo dijo y otra que lo aceptó, y nadie lo duda. Sin embargo, no tenemos ninguna norma —por lo menos en nuestro derecho— que en forma expresa refiera que, si un paciente se cae de la cama, opera la obligación de seguridad; o que en el transporte, de la obligación de trasladar sana y salva a la persona, se traiga la obligación de seguridad. No hay ninguna norma que lo diga; empero, nadie duda de su vigencia.

Esa situación jurídica tenemos que ponderarla exactamente igual acá. Por ahora, en que estamos recién empezando un proceso en el cual el deber de renegociar consciente o inconscientemente ya está dándose en la práctica.

LA RENEGOCIACIÓN

Lo que me determinó a prenuunciar esta temática fue una vivencia en la que, en un solo día, proyecté cuatro renegociaciones en estas épocas, en las que las partes se acercaron de buena fe. Las dos se dieron cuenta de que era una situación que las superaba.

No hay duda de que los contratos de arrendamiento son los que más complejidad nos generan en esta circunstancia, y ni al acreedor ni al deudor les servía terminarlo. Al acreedor, porque le iba a quedar el local vacío, y al deudor porque, cuando terminara la pandemia, iba a perder el negocio.

Entonces se sientan y razonan el problema de a dos; recomponen y revisan el alcance del contrato del principio como un acuerdo, lo que está perfectamente regulado en el sistema jurídico. Y de ahí uno ve la buena fe con la que se está procediendo. Cada uno colaborando para resolver el problema, que es el camino que nos parece más sensato a tener en cuenta. Pero, claro, el deber de renegociar es una obligación de medios y no apunta a asegurar un resultado.

Nadie puede decir que, porque se renegocia un contrato, seguramente en todos los casos se terminarán resolviendo los problemas. En algunos ocurrirá así y en otros no. La obligación de medios es aquello que implica actuar con la diligencia debida y esto sí es exigible, desde nuestro punto de vista; y, sobre la base de la vigencia de este principio,

actuar con la diligencia debida para colaborar en la forma de poder conservar un contrato en esta situación de emergencia.

Más allá de la discusión acerca de si es un caso fortuito o uno de fuerza mayor, toda esa polémica que se genera en paralelo es extraordinaria; pero, antes de todo eso —y el segundo aspecto a considerar—, cuando las instituciones son reguladas, el deber de renegociar ha de ser planteado en un plazo razonable con cercanía al hecho. La renegociación no puede venir proyectada dos años después de que ocurrió un evento.

Entonces, la primera pauta respecto al contenido es que se trata de una obligación de medio. La segunda pauta es que debemos tener presente que ha de ser una verdad cercana o próxima, y después deben presentarse los requisitos propios para una renegociación en términos generales, que haya concretamente un hecho imprevisto, irresistible, extraordinario; figuras que se aparecen y que se acercan en nuestro derecho a una teoría de previsión.

FALTA DE LA TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN

Nuestro país —junto con Chile y otros más— no posee un texto expreso sobre la teoría de la imprevisión. Sin embargo, cuando hemos tenido que afrontar situaciones complejas, hemos —sobre la base de la buena fe— sustentado el criterio de la teoría de la imprevisión no como un aspecto patológico, sino positivo, con los ánimos de reconstruir aquello que se pudo caer o romper, que es el equilibrio contractual. Es con ánimos positivos que actúan las partes y, por eso, se proyecta el deber de la buena fe en su faz activa, en suposiciones como el deber de colaboración para subsanar la situación que se ha de enfrentar —por cierto, sumamente compleja—.

La solicitud tiene que ser sin demora, y el plazo de duración tampoco ha de ser tan extensivo. Ahora viene la gran pregunta que se plantean los pocos estudiosos que desarrollan esta temática: ¿se debe aceptar una propuesta razonable? Si nosotros fuéramos jueces actualmente, ¿qué diríamos? Está claro que se encuentra vigente el principio de la autonomía de la voluntad y eso hay que respetarlo. Desde nuestro punto de vista no es que pueda quebrarse el principio de la autonomía de la voluntad con el principio de renegociación. Empero, lo que sí es exigible es que las partes —tanto deudor como acreedor—, por su proyección, demuestren que actuaron perfectamente dentro de la razón y la tolerancia para llegar a un accionamiento.

Si lo logran, excelente: habrá una revisión de contrato. Pero, si no lo consiguen —lo cual obviamente puede ocurrir—, esos elementos —siempre que supongan actuar de buena fe— van a ser de mucha utilidad para resolver en el futuro, cuando terminen encaminados hacia el quehacer jurídico a través de la decisión de un juez. Porque, si no hay acuerdo, obviamente es el juez quien va a decir si se procedió o no de buena fe. E incluso

es allí donde se puede afirmar que tal persona no colaboró para nada con las circunstancias que había que encarar. Se aferró al principio de la autonomía de la voluntad y se quedó ciegamente enganchada. ¿Esa persona actuó correctamente? ¿Le podríamos reprochar que debió haber actuado con mayor buena fe en la revisión de la situación contractual?

Estos son los temas a los que tenemos que brindar respuestas y, de alguna forma, los estamos precisando con la existencia de este deber de renegociar.

CONCLUSIONES

Finalmente, debemos considerar al coronavirus no solo como una amenaza, sino también como una oportunidad para revisar la rutina de nuestras organizaciones. Las enseñanzas han de ser no solo éticas, sino jurídicas. Tenemos que aprender de estas circunstancias y de su resolución para presentar propuestas nuevas, más o menos precisas en relación con lo referido, y una de ellas la haremos como inminente a nivel mundial.

Nuestro pensamiento acerca de la regulación del deber de renegociar los contratos en situaciones extremas lo vemos reflejado —de alguna forma— en las palabras inteligente de José Luis Perales, cuando destaca que tenemos que darnos cuenta de que estamos viviendo un momento muy particular en el que la soberbia humana ha quedado arrodillada ante un microscópico enemigo. Como bien señala el cantautor, todo esto posiblemente nos sea apocalíptico, pero sí aleccionador. Quizá la humanidad necesitaba una sacudida que la despertara del letargo automático en el que vive, para que afloren valores naturales como la solidaridad y el bien común. Tal es la situación que vivimos en nuestro país.

En Uruguay se promulgó una ley mediante la cual se les descontó a todos los funcionarios públicos un 20 % de su salario para distribuirlo entre los más pobres y así pudieran alimentarse durante la situación de crisis. Al saber de esta propuesta, creí que se generarían problemas. Sin embargo, la población de nuestro país en su totalidad la asumió como un deber de solidaridad y a todos se nos descontó ese 20 % para distribuirlo a los más pobres.

Las agrupaciones que realizan las canastas solidarias —sin dinero del Estado— han logrado proyecciones realmente increíbles. Ello quiere decir que los valores que despiertan en este contexto son los que tenemos que asesorar y proyectar para que tengan cabida en los institutos jurídicos nuevos de cara al siglo XXI. La presencia de la buena fe ante las nuevas circunstancias y necesidades se revitaliza como un principio general básico en el fundamento y la aplicación del deber de renegociar.

Lo cual estamos seguros de aplicar y que nos llevará por el buen camino; asimismo, posibilitará que, en definitiva, podamos seguir conviviendo entre amigos dentro de la pacificación y la reorganización social que tanta falta nos hace en estos momentos.

BIBLIOGRAFÍA

- Bidart-Campos, G. (2004). Una mirada constitucional al principio de la buena fe. En M. Córdoba (Comp.), *Tratado de la buena fe en el derecho* (pp. 43-54). Buenos Aires: La Ley.
- Carbonnier, J. (1963). *Théorie des obligations*. París: Thémis.
- Cesàro, V. M. (2000). *Clausola di rinegoziazione e conservazione dell'equilibrio contrattuale*. Nápoles: Edizioni Scientifiche Italiane.
- Chamie, J. (2008). Equilibrio contractual y cooperación entre las partes: el deber de revisión del contrato. *Revista de Derecho Privado*, (14), 113-138. Recuperado de <https://revistas.uexnado.edu.co/index.php/derpri/article/view/552>
- Díez-Picazo, L., Rocca i Trías, E. y Morales y Ponce de León, A. (2002). *Los principios del derecho europeo de los contratos*. Madrid: Civitas.
- Georgeoglou, K. (2 de abril del 2020). El impacto del coronavirus en el cumplimiento de los compromisos comerciales. Recuperado de <https://home.kpmg/uy/es/home/insights/2020/04/el-impacto-del-coronavirus-en-el-cumplimiento-de-los-compromisos.html>
- Marasco, G. (2006). *La rinegoziazione del contratto. Strumenti legali e convenzionali a tutela dell'equilibrio negoziale*. Padua: Casa Editrice Antonio Milani (Cedam).
- Mosset Iturraspe, J., Falcón, E. M. y Piedecabras, M. A. (2002). *La frustración del contrato y la pesificación*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores.
- Ordoqui, G. (1998). *Lecciones de derecho de las obligaciones* (t. III, vol. 2). Montevideo: Ediciones del Foro.
- Ordoqui, G. (2008). *Desequilibrio de los contratos*. Montevideo: Universidad Católica del Uruguay.
- Ordoqui, G. (2015). *Tratado de derecho de los contratos* (t. I). Montevideo: Ediciones Legales.
- Ordoqui, G. (2017). *Buena fe contractual*. Montevideo: La Ley Uruguay.
- Peirano, J. (1966). *Curso de obligaciones*. Montevideo: Centro de Estudiantes de Derecho.
- Wieacker, F. (1977). *El principio general de la buena fe*. Madrid: Civitas.

DERECHOS DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES FRENTE AL COVID-19

ROSA ELIZABETH GUÍO CAMARGO
Universidad Católica de Colombia, Bogotá, Colombia

Recibido: 27/7/2020 – Aprobado: 3/8/2020

doi: <https://doi.org/10.26439/iusetpraxis2020.n50-51.5032>

RESUMEN. En la presente ponencia se revisa la protección de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes en relación con la declaratoria de pandemia originada por el COVID-19. Así, se revisa esta incidencia como debilidad, oportunidad, amenaza y fortaleza. Como debilidad porque inicialmente las normas que ordenaron confinamientos nacionales no contemplaron grupos diferenciados. También puede verse como una oportunidad, pues al estar los padres en contacto por mucho más tiempo con los hijos se fomenta un ejercicio más consciente de la patria potestad, lo que permitiría construir su desarrollo de una forma más dialógica. Es una amenaza porque en muchos casos el confinamiento ha recrudecido las situaciones de violencia intrafamiliar y favorecido la deserción escolar, especialmente para aquellos niños, niñas y adolescentes que se encuentran en entornos más vulnerables. Finalmente, también puede observarse como una fortaleza, si se tiene en cuenta que el escenario de confinamiento social pone a prueba a cada país en relación con el cumplimiento y la efectividad de los derechos de la infancia y la adolescencia.

PALABRAS CLAVE: derechos de los niños, las niñas y los adolescentes
/ confinamiento social / efectividad del derecho

RIGHTS OF BOYS, GIRLS AND ADOLESCENTS WITH REGARD TO THE COVID-19

ABSTRACT. This presentation reviews the protection of the rights of boys, girls and adolescents concerning the COVID-19 pandemic declaration. Thus, this situation is analyzed based on four aspects: weaknesses, opportunities, threats and strengths. It is considered a weakness because the initial national lockdown rules did not take into account the different social groups. It can also be considered an opportunity, since parents are spending a lot more time with their children, which fosters a more conscious exercise of parental authority and enables building a more dialogic development. It is a threat because, in many cases, lockdown has exacerbated intrafamilial violence and favored school dropouts, especially for those boys, girls and adolescents who live in the most vulnerable environments. Finally, it can also be a strength, if one takes into account that social lockdown tests each country's fulfillment and effectiveness of the rights of children and adolescents.

KEYWORDS: rights of boys / girls and adolescents / social lockdown
/ effectiveness of the law

INTRODUCCIÓN

Desde comienzos de este año 2020 nos encontramos frente a una situación excepcional, pues la Organización Mundial de la Salud (2020) declaró, en marzo pasado, que el COVID-19, causada por el virus SARS-CoV-2, es una pandemia. En consecuencia, los gobiernos de casi todos los países del mundo se vieron en la necesidad de cerrar fronteras y ordenar confinamientos a las personas que estuvieran en su territorio, con unas muy contadas excepciones relacionadas básicamente con quienes prestan sus servicios en los hospitales y centros de salud, así como con quienes se encargan de los servicios básicos y de la provisión de alimentos.

Aunque no podemos negar que la finalidad de ordenar que la mayoría de las personas permanecieran en sus casas fue impedir o retrasar la propagación del virus, tampoco es menos cierto que la nueva realidad impactó sensiblemente la cotidianidad y, con ello, el ejercicio de los derechos. Así, uno de los grupos más afectados por ser de los que poco o nada se tuvo en cuenta en las naciones que inicialmente ordenaron el confinamiento fue el de los niños y adolescentes.

Queremos, por lo tanto, presentar en este artículo que la declaratoria del COVID-19 como una pandemia posee, por lo menos, cuatro aristas para su análisis con respecto a los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes: puede verse como una debilidad, una oportunidad, una fortaleza o una amenaza.

EL COVID-19 COMO DEBILIDAD PARA EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES: DE REGRESO A LA *IN-FANS*

Si revisamos los textos sobre historia de la infancia en Aries Philippe (1987) y sobre derecho de infancia por Galvis Ortiz (2006), García (1998) y Guío Camargo (2011 y 2014), podemos inferir que el camino para que a los niños, las niñas y los adolescentes se les reconociera como sujetos de derecho ha sido bastante largo: buena parte del siglo xx y lo corrido del siglo xxi se ha dedicado a la reflexión académica y a la creación de diferentes instrumentos jurídicos para garantizar el ejercicio pleno de los derechos de toda la infancia y la adolescencia (convenciones, protocolos facultativos, observaciones generales, constituciones, leyes de infancia y adolescencia, jurisprudencia, etcétera).

Pero estos importantes avances pueden verse ahora seriamente afectados, pues en muchos países las normas jurídicas mediante las cuales se ordenaron los cierres y confinamientos se refirieron a la población de forma genérica, sin tener en cuenta grupos diferenciados —adultos mayores; niños, niñas y adolescentes; personas en situación de discapacidad; entre otros—, de tal manera que se omite la atención a las necesidades de cada grupo en particular.

En el caso de los niños, las niñas y los adolescentes, esta invisibilización —que equivale a que sus necesidades específicas no deban ser tomadas en cuenta al momento de la formulación de las políticas y los planes para el manejo y contención de la pandemia— puede tener consecuencias muy serias para el ejercicio activo de sus derechos, lo cual es violatorio de los mandatos contenidos en los artículos 2.1¹, 3.1², 4³ y 12⁴, a la luz de los cuales los Estados Partes deben garantizar el ejercicio pleno y efectivo de los derechos de todos los niños, las niñas y los adolescentes, y brindar los medios para que estos sean oídos, por sí mismos o mediante un representante o institución, en todos los asuntos que los afectan. Y, por supuesto, la declaratoria de pandemia por el COVID-19 es un asunto que afecta a la infancia y la adolescencia, aunque para cada uno habrá afectaciones diferentes.

Así, una es la situación de los niños más pequeños, que por efectos de la declaratoria de pandemia pueden ver vulnerado, por ejemplo, el acceso a su esquema de vacunación o a espacios donde se aprende a socializar con pares (jardines infantiles y guarderías). Otra, la de los niños que se hallan en situación de discapacidad, para quienes puede ser aún más complejo el acceso a la prestación de los servicios de salud física o mental requeridos. Los adolescentes pueden ver muy afectada la construcción de su espacio e identidad personal, especialmente si su entorno familiar es violento o, por efectos de la pandemia, se volvió aún más vulnerable (por ejemplo, si sus padres perdieron el empleo, se enfermaron o fallecieron como consecuencia del coronavirus). Si disgregamos por género, los riesgos de las niñas pueden ser, por ejemplo, el incremento de las tareas domésticas; y el de los niños, el hecho de que sean más fácilmente reclutados por grupos armados de delincuencia organizada o que se encuentran al margen de la ley.

1 “Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales”.

2 “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”.

3 “Los Estados Partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención. En lo que respecta a los derechos económicos, sociales y culturales, los Estados Partes adoptarán esas medidas hasta el máximo de los recursos de que dispongan y, cuando sea necesario, dentro del marco de la cooperación internacional”.

4 “Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional”.

Por ello, es necesario que los gobiernos de cada país, *motu proprio* o a instancias de organismos nacionales e internacionales de promoción y protección de los derechos de la niñez, revisen constantemente las normas jurídicas, las políticas y los planes para el manejo de la pandemia, siempre en función de reconocer que dentro del gran grupo “habitantes de una nación” hay diversidades que deben ser tomadas en cuenta, para que —al amparo del interés general— no terminen los derechos de cada uno como individuo en letra muerta.

EL COVID-19 COMO OPORTUNIDAD PARA EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES: UN NUEVO SIGNIFICADO DE LA PATRIA POTESTAD

Como segundo punto de este escrito, queremos destacar que las declaratorias nacionales de confinamiento social implican un ejercicio mucho más consciente de la patria potestad, especialmente en el aspecto de la representación legal, y una oportunidad para construirla de forma dialógica y no impositiva. En este sentido, la cercanía actual entre padres e hijos que es consecuencia del confinamiento permite reforzar los lazos familiares en orden a un ejercicio consciente de los derechos y deberes entre los padres y madres y sus hijos.

Así, “originalmente en Roma la patria potestad era considerada como un poder del padre-varón sobre sus hijos” (Varsi, 2012, p. 290), y posteriormente se entendió como “la autoridad que se otorga a los padres sobre los hijos para dirigirlos y representarlos judicial y extrajudicialmente” (Valencia y Ortiz, 1995, p. 15). Asimismo:

Luego, con el reconocimiento de los niños, las niñas y los adolescentes como sujetos activos titulares de derechos, debemos entender hoy que en virtud del principio de autonomía progresiva que cobija la capacidad de goce (o capacidad negocial) de la infancia y la adolescencia, la patria potestad hoy debe contemplar tanto un ejercicio digno de la misma, que reconozca esta progresividad en la autonomía de los hijos. (Valencia y Ortiz, 2020, p. 136)

Es, por lo tanto, una facultad que hoy por hoy no posee un carácter vertical, sino horizontal, y privilegia el desarrollo de los intereses de los hijos más que los de los padres (Varsi, 2012, p. 291), con lo cual su carácter es en la actualidad más dialógico que impositivo (Guío Camargo, 2020, p. 207).

Por ende, el confinamiento social impuesto por las normas que buscan proteger a las personas de la propagación del COVID-19 puede ser, también, una oportunidad; pues esta cercanía física entre padres e hijos y el hecho de permanecer todos juntos en un mismo espacio por tanto tiempo implican, en la práctica, un ejercicio de la patria potestad muchísimo más consciente, sobre todo en el aspecto relacionado con la representación legal de los hijos, ya que los padres se ven mucho más involucrados con los negocios jurídicos en los cuales actúan como representantes legales de sus vástagos (como sería el caso

de los que se celebran para la educación de los hijos en la etapa preescolar, primaria y secundaria). De suerte que este confinamiento se constituye en una oportunidad para construir un ejercicio de la patria potestad de una forma dialógica, tal y como lo propone la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) en sus artículos 5⁵ y 14.2⁶.

En tal sentido, el efecto del COVID-19 en contextos familiares sanos permite reforzar los lazos familiares pensando en los ambientes positivos, en orden a un ejercicio consciente de los derechos y deberes entre los padres, las madres y los hijos. Aquí se ve potenciada esa parte familiar, que podría observarse como una oportunidad.

Sin embargo, lo mismo no puede predicarse de contextos familiares violentos o vulnerables, donde este confinamiento es, de hecho, una amenaza para la efectividad de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes, punto del cual nos ocuparemos a continuación.

EL COVID-19 COMO AMENAZA PARA LA EFICACIA DE LOS DERECHOS DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES: VIOLENCIA INTRAFAMILIAR, DESERCIÓN ESCOLAR, RECLUTAMIENTO DE NIÑOS Y DEFICIENCIAS EN LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE SALUD PARA LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA EN SITUACIÓN DE DISCAPACIDAD

Para nadie es un secreto que, aun cuando el fin perseguido por las declaratorias nacionales de confinamiento social fue la protección de la vida y la salud de los habitantes de cada uno de los países, ello ha tenido como efecto colateral el aumento de la violencia en el hogar, lo que, para el caso de los niños, las niñas y los adolescentes, se traduce en una amenaza directa para la efectividad y garantía de sus derechos, especialmente en cuanto a la agudización y aumento de los casos de violencia intrafamiliar; la deserción escolar por falta de herramientas para el acceso a la educación remota o la imposibilidad de acompañamiento por los padres; el reclutamiento de menores de edad para las filas de los grupos armados al margen de la ley, y el hecho de que muchos niños, niñas y adolescentes en situación de discapacidad pueden carecer de la atención requerida por parte de sus cuidadores, y también por parte de las instituciones prestadoras de los servicios de salud que esta población necesita de forma permanente. A continuación, presentaremos los aspectos más relevantes de cada uno de ellos.

5 “Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención”.

6 “Los Estados Partes respetarán los derechos y deberes de los padres y, en su caso, de los representantes legales, de guiar al niño en el ejercicio de su derecho de modo conforme a la evolución de sus facultades”.

Contextos de violencia intrafamiliar que se han agudizado

Tal como lo señala la Organización de las Naciones Unidas (ONU), en el último año y antes de la declaratoria del COVID-19 como pandemia, un número aproximado de 243 millones de mujeres y niñas (de entre 15 y 49 años de edad) de todo el mundo han sufrido violencia sexual o física por parte de un compañero sentimental. Esta situación se ha recrudecido, pues debido al confinamiento muchas personas se han visto obligadas a convivir de forma permanente con sus agresores. Son dicientes los datos de la ONU, que reporta el aumento de las denuncias por violencia doméstica especialmente contra las mujeres y las niñas:

[En lo que va de este año] los teléfonos de asistencia en Singapur y Chipre han registrado un incremento de más del 30 % en las llamadas. En Nueva Gales del Sur (Australia), los trabajadores de primera línea comunicaron un 40 % más de solicitudes de casos de violencia. En Francia, los casos de maltrato aumentaron un 30 % desde el inicio del confinamiento el 17 de marzo. (ONU, 2020b)

Latinoamérica no ha sido la excepción, ya que en el reporte de World Economic Forum (2020) se indica lo siguiente:

Antes de la pandemia casi 20 millones de mujeres y niñas eran víctimas de violencias como la física y la sexual, y en lo corrido de la misma, las cifras han sufrido un aumento considerable: en Argentina, las llamadas a las líneas de emergencia que reciben casos de violencia doméstica aumentaron en un 67 %; en Chile el aumento fue del 70 % con relación al mismo periodo del año anterior; el estado brasileño de São Paulo reportó un aumento del 45 %; México señala que la violencia contra la mujer ha aumentado en un 25 %, Colombia reportó un aumento en las llamadas por violencia intrafamiliar del 130 % y Perú reportó, durante los primeros 23 días de estado de emergencia, 8000 llamadas de auxilio por violencia en el hogar. (PNUD Perú, 2020)

Además, ha sucedido que en muchas zonas no ha sido posible para las víctimas de violencia acudir a la tutela efectiva de sus derechos, pues no tienen conocimiento de cómo hacerlo y, además, en muchos casos inicialmente las autoridades administrativas y judiciales tuvieron que suspender términos o dejar de funcionar. Frente a ello, en muchos países se habilitaron lugares alternos para realizar denuncias, líneas especiales y campañas que involucraron incluso a algunos almacenes de comercio de víveres como mecanismo de comunicación más cercano a las víctimas, para que estas pudieran, desde allí, denunciar la violencia ocurrida en el hogar.

Esta situación vulnera los derechos de todas las víctimas y, en especial, los de las niñas, quienes son, en una proporción mayor, expuestas a este tipo de riesgos, tal y como lo reconocen el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer y el Comité de los Derechos del Niño, organismos que

señalan sistemáticamente que las prácticas nocivas están profundamente arraigadas en las actitudes sociales según las cuales se considera a las mujeres y las

niñas inferiores a los hombres y los niños sobre la base de funciones estereotipadas. También ponen de relieve la dimensión de género de la violencia e indican que las actitudes y estereotipos por razón de sexo o de género, los desequilibrios de poder, las desigualdades y la discriminación perpetúan la existencia generalizada de prácticas que a menudo implican violencia o coacción. (Naciones Unidas, 2014)

Deserción escolar por falta de herramientas para el acceso a la educación remota o imposibilidad de acompañamiento por los padres

Otro de los aspectos que han impactado la efectividad y el ejercicio de los derechos para los niños, las niñas y los adolescentes es el cierre de los diferentes centros educativos. De acuerdo con los datos de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (Unesco), más de 100 países tuvieron que cerrar temporalmente las escuelas, lo cual, para marzo del 2020, afectó a un número cercano a los 850 millones de niños en todo el mundo (Noticias ONU, 2020), “cifra que al 27 de julio del 2020 aumentó a 1 058 824 335 niños, niñas y adolescentes, esto es, el 60,5 % del total de los estudiantes matriculados en todo el mundo” (Unesco, 2020a y 2020b).

Entre ellos, quizá hay dos grupos de niños, niñas y adolescentes para quienes tales cierres escolares representan una amenaza adicional: se trata de aquellos niños y niñas más pequeños que adelantaban su primer acercamiento al entorno escolar en jardines infantiles y guarderías; así como de aquellos niños, niñas y adolescentes que, en situaciones precarias, recibían la alimentación en su escuela. De acuerdo con un informe publicado por el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (Unicef), “por lo menos 40 millones de niños menores de 5 años han visto interrumpido su proceso en jardines y guarderías, con lo que el desarrollo de sus habilidades sociales, emocionales y cognoscitivas se ha visto seriamente afectado” (2020); y, en consecuencia, se está privando a este grupo poblacional no solo de su derecho a la educación (artículos 28 y 29 de la CDN)⁷, sino de la atención diferenciada de sus necesidades (artículo 3)⁸.

7 “Artículo 28. 1. Los Estados Partes reconocen el derecho del niño a la educación y, a fin de que se pueda ejercer progresivamente y en condiciones de igualdad de oportunidades ese derecho, deberán en particular:

- a) Implantar la enseñanza primaria obligatoria y gratuita para todos;
- b) Fomentar el desarrollo, en sus distintas formas, de la enseñanza secundaria, incluida la enseñanza general y profesional, hacer que todos los niños dispongan de ella y tengan acceso a ella y adoptar medidas apropiadas tales como la implantación de la enseñanza gratuita y la concesión de asistencia financiera en caso de necesidad;
- c) Hacer la enseñanza superior accesible a todos, sobre la base de la capacidad, por cuantos medios sean apropiados;
- d) Hacer que todos los niños dispongan de información y orientación en cuestiones educacionales y profesionales y tengan acceso a ellas;
- e) Adoptar medidas para fomentar la asistencia regular a las escuelas y reducir las tasas de deserción escolar.

En cuanto al segundo grupo, no podemos desconocer que para muchos niños, niñas y adolescentes la posibilidad de asistir a la escuela les permitía, también, garantizar su alimentación. Así, el cierre de las escuelas como consecuencia de la declaración de la COVID-19 como una pandemia ha generado también un impacto en la alimentación infantil. Según datos de la Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura (FAO), “solo en América Latina y el Caribe, 85 millones de niños, niñas y adolescentes se benefician de los comedores escolares, y para 10 millones de ellos, la alimentación allí recibida correspondía a su comida principal” (ONU, 2020a). Tal situación vulnera no solo —como ya mencionamos— su derecho a la educación, sino también a la salud (artículo 24 de la CDN)⁹. Así:

2. Los Estados Partes adoptarán cuantas medidas sean adecuadas para velar por que la disciplina escolar se administre de modo compatible con la dignidad humana del niño y de conformidad con la presente Convención.

3. Los Estados Partes fomentarán y alentarán la cooperación internacional en cuestiones de educación, en particular a fin de contribuir a eliminar la ignorancia y el analfabetismo en todo el mundo y de facilitar el acceso a los conocimientos técnicos y a los métodos modernos de enseñanza. A este respecto, se tendrán especialmente en cuenta las necesidades de los países en desarrollo.

Artículo 29 1. Los Estados Partes convienen en que la educación del niño deberá estar encaminada a:

- a) Desarrollar la personalidad, las aptitudes y la capacidad mental y física del niño hasta el máximo de sus posibilidades;
- b) Inculcar al niño el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales y de los principios consagrados en la Carta de las Naciones Unidas;
- c) Inculcar al niño el respeto de sus padres, de su propia identidad cultural, de su idioma y sus valores, de los valores nacionales del país en que vive, del país de que sea originario y de las civilizaciones distintas de la suya;
- d) Preparar al niño para asumir una vida responsable en una sociedad libre, con espíritu de comprensión, paz, tolerancia, igualdad de los sexos y amistad entre todos los pueblos, grupos étnicos, nacionales y religiosos y personas de origen indígena;
- e) Inculcar al niño el respeto del medio ambiente natural.

2. Nada de lo dispuesto en el presente artículo o en el artículo 28 se interpretará como una restricción de la libertad de los particulares y de las entidades para establecer y dirigir instituciones de enseñanza, a condición de que se respeten los principios enunciados en el párrafo 1 del presente artículo y de que la educación impartida en tales instituciones se ajuste a las normas mínimas que prescriba el Estado”.

8 “1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.

2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.

3. Los Estados Partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada”.

9 “1. Los Estados Partes reconocen el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud. Los Estados Partes se esforzarán por asegurar que ningún niño sea privado de su derecho al disfrute de esos servicios sanitarios.

No podemos desconocer el hecho de que, aunque todos estamos en la misma pandemia, no todos contamos con las mismas herramientas para el acceso a esta educación remota. Algunos contarán con ordenadores y computadores en su casa, otros con celular, otros pedirán prestado en casas vecinas internet y otros no tienen esa posibilidad en lo absoluto. Entonces el escenario frente a la garantía del derecho a la educación de los niños, niñas y adolescentes se ve muy amenazado, pues justamente aquellos que pertenecen a entornos más vulnerables, son los que se concentran en gran riesgo de deserción escolar, o directamente excluidos, por no contar con herramientas tecnológicas adecuadas, que les permitan acceder a la escuela de forma remota, agudizándose, de esta forma, la desigualdad que ya existía antes del COVID-19. (ONU, 2020a)

Amenabarro, Lapuente y Navarro (2020) señalan lo siguiente:

Finalmente, otro aspecto que resulta incidiendo en el derecho a la educación de los niños, las niñas y los adolescentes, es el cambio y/o aumento de carga laboral de sus padres y madres, razón por la cual a muchos se les hace imposible hacer el acompañamiento académico a los niños y niñas —especialmente a los más pequeños, y/o a aquellos que tienen necesidades educativas especiales—, por lo que, en algunos casos, se han visto en la necesidad de interrumpir la escolarización de sus hijos por alguna de estas circunstancias lo cual va a tener incidencia en su desarrollo.

Reclutamiento de menores de edad para las filas de los grupos armados al margen de la ley

En algunos países, la suscripción del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la Participación de Niños en Conflictos Armados (Guío

2. Los Estados Partes asegurarán la plena aplicación de este derecho y, en particular, adoptarán las medidas apropiadas para:

- a) Reducir la mortalidad infantil y en la niñez;
- b) Asegurar la prestación de la asistencia médica y la atención sanitaria que sean necesarias a todos los niños, haciendo hincapié en el desarrollo de la atención primaria de salud;
- c) Combatir las enfermedades y la malnutrición en el marco de la atención primaria de la salud mediante, entre otras cosas, la aplicación de la tecnología disponible y el suministro de alimentos nutritivos adecuados y agua potable salubre, teniendo en cuenta los peligros y riesgos de contaminación del medio ambiente;
- d) Asegurar atención sanitaria prenatal y postnatal apropiada a las madres;
- e) Asegurar que todos los sectores de la sociedad, y en particular los padres y los niños, conozcan los principios básicos de la salud y la nutrición de los niños, las ventajas de la lactancia materna, la higiene y el saneamiento ambiental y las medidas de prevención de accidentes, tengan acceso a la educación pertinente y reciban apoyo en la aplicación de esos conocimientos;
- f) Desarrollar la atención sanitaria preventiva, la orientación a los padres y la educación y servicios en materia de planificación de la familia.

3. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas eficaces y apropiadas posibles para abolir las prácticas tradicionales que sean perjudiciales para la salud de los niños.

4. Los Estados Partes se comprometen a promover y alentar la cooperación internacional con miras a lograr progresivamente la plena realización del derecho reconocido en el presente artículo. A este respecto, se tendrán plenamente en cuenta las necesidades de los países en desarrollo”.

Camargo, 2016, p. 105), el inicio de procesos de negociación con grupos armados al margen de la ley y la suscripción de acuerdos de paz (Guío Camargo, 2018) no han impedido que, durante la pandemia desatada por la COVID-19, se continúe con el reclutamiento de menores de edad para la comisión de diversos hechos ilícitos.

Tal es el caso de Colombia, en donde la Procuraduría General de la Nación (2020) —organismo encargado constitucionalmente de la promoción y protección de los derechos humanos— denunció lo siguiente ante la Fiscalía General de la Nación:

El uso de menores de edad en la comisión de delitos, lesiones y homicidios de personas protegidas, actos de terrorismo, tortura y desplazamiento forzado del que han sido víctimas miles de niñas, niños, adolescentes y familias campesinas e indígenas, en medio de la pandemia por la COVID-19, a manos del Ejército de Liberación Nacional —ELN—, las disidencias de las antiguas FARC-EP, y otros 8 grupos armados ilegales.

Según los datos de la Coalición contra la Vinculación de Niñas, Niños y Jóvenes al Conflicto Armado en Colombia (Coalico) y de acuerdo con el monitoreo que realiza su Observatorio de Niñez y Conflicto Armado (ONCA), se evidenció que en dicho país, entre enero y mayo del 2020, se incrementaron en un 113 % las afectaciones vinculadas con reclutamiento de niños, niñas y adolescentes en relación con el mismo periodo del año 2019 (2020). Tales cifras demuestran que, pese a los avances jurídicos del país, en la práctica continúan los riesgos para las niñas, los niños y los adolescentes colombianos.

Dificultades en la atención de las necesidades de niños, niñas y adolescentes en situación de discapacidad

Al respecto, Alasuutari (2020) refiere lo siguiente:

Los niños, niñas y adolescentes en situación de discapacidad requieren una atención más especializada y directa por los cuidadores y pueden verse vulnerados doblemente, puesto que puede ocurrir que ya no cuenten con cuidadores especializados por la situación de confinamiento; o que las personas que realizaban tal cuidado deban ahora repartir su tiempo entre esta labor y otras —como el cuidado de más menores de edad, o de personas enfermas—, que no realizaban antes del confinamiento originado por el COVID-19. De acuerdo con datos del Banco Mundial, la atención a los niños, niñas y adolescentes en situación de discapacidad debe contemplar, entre otros, desafíos como: la falta de presupuestos para la intervención temprana y la educación inclusiva de la infancia y la adolescencia en situación de discapacidad; el estigma y la discriminación que marginan e invisibilizan sus necesidades; la falta de capacitación adecuada de sus profesores y la ausencia o dificultad para el acceso a de materiales especializados para trabajar integralmente en su educación; y el hecho de que muchos esfuerzos humanitarios no tienen en cuenta las especificidades de niños, niñas y adolescentes en situación de discapacidad.

Finalmente, resaltamos que es importante tener en cuenta que la reconfiguración de las relaciones jurídicas con los niños pasa por reconocer todas las falencias o imposibilidades que están ocurriendo en estos momentos; y que no se trata de un grupo homogéneo, sino que, por el contrario, las diferencias en edad, desarrollo y situación familiar, emocional y económica de sus entornos son factores que deben considerarse para atender adecuadamente sus necesidades y propiciar, de esta forma, un verdadero ejercicio activo de la titularidad de derechos señalada en la CDN, así como en las diversas normas nacionales que, de manera directa o indirecta, resultan aplicables a este grupo poblacional.

EL COVID-19 COMO FORTALEZA: UNA PRUEBA DEL VERDADERO ALCANCE DE LA AUTONOMÍA Y CAPACIDAD PROGRESIVA DEL EJERCICIO DE LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS, LAS NIÑAS Y LOS ADOLESCENTES

Las declaratorias nacionales de confinamiento social ponen a prueba el cumplimiento de cada país en cuanto al ejercicio de la capacidad negocial de los niños, las niñas y los adolescentes; e imponen la necesidad de que las regulaciones jurídicas relacionadas con los derechos de los consumidores tomen en cuenta a esta población como un importante sujeto de actuación jurídica. Por lo tanto, si quisiéramos darle una mirada de fortaleza a esta situación de confinamiento, es el hecho de que ella pone a prueba a cada país en cuanto al cumplimiento del reconocimiento de la capacidad negocial de niños, niñas y adolescentes, porque, al encontrarse estos muy entrelazados con los medios digitales o virtuales que antes tratábamos de evitar, hoy en día están muy relacionados con dichos medios. De hecho, las plataformas virtuales se han convertido en los medios que permiten la educación y la interacción remota de los niños, las niñas y los adolescentes con sus maestros, sus familiares y sus pares.

En tal sentido, los niños, las niñas y los adolescentes son sujetos de derecho que ahora —más que antes— se ven involucrados en las relaciones jurídicas de consumo: son ellos los que adquieren, a través de diversas plataformas, bienes o servicios diferenciados para sus necesidades, lo que pone en movimiento las cláusulas de las normas nacionales referidas a los derechos de los consumidores cuando estos son menores de edad y adquieren, por ejemplo, tecnología, ropa, cierto tipo de alimentos, etcétera.

No podemos desconocer que la interacción social mediada por las diversas plataformas tecnológicas y las redes sociales supone un enorme desafío frente al ejercicio del derecho a la intimidad. La CDN ha venido trabajando sobre el derecho a la intimidad de los adolescentes y ha señalado que estos tienen derecho a guardar sus historias clínicas y, aunque sean atendidos en confidencialidad por los médicos tratantes, es probable que en el actual escenario de pandemia ellos se vean seriamente afectados. La idea es que se imponga no tanto como una nueva norma que indique si la persona debe o no debe

hacer eso, sino desde la propia educación del padre o de la madre de respetar el espacio individual de su hijo.

Enrique Varsi (2020), en el webinar internacional *El derecho civil ante el COVID-19*, acabada nuestra ponencia, hizo referencia a lo siguiente:

Una de las grandes problemáticas que se han suscitado en los últimos meses es el cumplimiento del régimen de visita como derecho de los padres que no son tenedores, la realidad de las cosas llega a tener claro que no es un derecho de los padres sino de los niños de comunicarse con el padre que no convive. ¿Alguna reflexión sobre el particular que se haya generado en Colombia en la praxis?

Al respecto, consideramos que en la praxis colombiana lo que usualmente existe es un régimen de custodia en el que uno de los padres se queda con el niño y el otro realiza visitas. Este derecho se ha visto transgredido porque en algunas ciudades se han impuesto medidas como el “pico y género”, en que solo se podía salir por géneros ciertos días. No obstante, se ha observado en la práctica que había padres que, teniendo el derecho de visita, lo ejercieron; pero se declaró la pandemia y se quedaron con el niño en sus hogares y ahora no quieren entregarlo al otro padre, y tampoco están permitiendo el acceso al niño a los jardines o escuelas por medios remotos. Las normas internas del país tipifican como un delito el ejercicio arbitrario de la custodia del vástago menor de edad. Se ha venido disparando la incidencia de este delito y lo que se va a necesitar, sobre todo, es insistir mucho en lo que se ha comentado acerca de que el derecho de visitas no es un derecho del padre, sino que es una garantía para que se cumpla el derecho del niño a tener una familia y a no ser separado. Por lo tanto, se ha de insistir en la educación y no cosificar al niño como si fuera un botín de guerra.

Soluciones jurídicas a la vista del delito correspondiente no las hay. Sin embargo, es un escenario importante y debemos hacer hincapié en las escuelas de padres respecto a lo que es —en realidad— el interés superior del niño, para poder capacitar a los progenitores y sacarles la idea de que —como ya mencionamos— sus hijos son trofeos de guerra.

CONCLUSIONES

La pandemia ocasionada por el COVID-19 obligó a los gobiernos de muchos países a decretar confinamientos cuya finalidad fue contener el avance del virus. Ello tuvo efectos en el ejercicio de los derechos de todas las personas. Empero, en el caso de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes, tal situación se analizó desde cuatro ópticas: como una debilidad, una oportunidad, una fortaleza y una amenaza.

Así, los confinamientos nacionales pueden observarse como una amenaza para el ejercicio de los derechos de la niñez y la adolescencia, pues las normas que ordenaron

los confinamientos no disgregaron la afectación sobre los derechos de los diferentes grupos, lo cual implica, al amparo de estas normas de excepción, un retroceso en el reconocimiento de la titularidad activa de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes; y, en ese sentido, un regreso a la *in-fans* (sin voz), que por muchísimos años ha sido la constante del tratamiento de la niñez y la adolescencia por el derecho.

Por otro lado, el confinamiento obliga a un ejercicio mucho más consciente y dialógico de la patria potestad, por lo que en contextos familiares adecuados se propicia el ambiente para que los padres realicen un acompañamiento mucho más cercano a sus hijos durante las etapas de crecimiento en las que se encuentren estos últimos.

Sin embargo, no podemos desconocer que la situación descrita en el párrafo anterior no es la de muchos niños, niñas y adolescentes: para muchos de ellos, el confinamiento es una real amenaza para la eficacia de sus derechos por varias razones: i) la agudización de la violencia intrafamiliar; ii) el aumento de la deserción escolar en todos los niveles debido a la falta de herramientas para el acceso a la educación remota o la imposibilidad de realizar un acompañamiento por los padres o cuidadores; iii) en los países en los cuales persisten los conflictos armados internos, aumentó el número de personas menores de edad que fueron reclutadas para las filas de los grupos armados al margen de la ley, y iv) las dificultades que pueden surgir para la adecuada atención de las necesidades de niños, niñas y adolescentes en situación de discapacidad, ya sea por la ausencia de cuidadores especializados, o porque quienes realizaban tal labor deben atender ahora otras tareas adicionales.

Finalmente, y pese a que el panorama de la protección de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes no luce muy esperanzador en esta época de confinamiento, debemos señalar que también es un momento social que pone a prueba, en cada país y en el mundo entero, el verdadero alcance de la autonomía y capacidad progresiva del ejercicio de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes; y por ello sería también una fortaleza.

REFERENCIAS

- Alasuutari, H. (20 de abril del 2020). Abordando la desigualdad en la educación durante y después del COVID-19. Los retos de la educación inclusiva. Recuperado de <https://blogs.worldbank.org/es/education/abordando-la-desigualdad-en-la-educacion-durante-y-despues-del-covid-19-los-retos-de-la>
- Amenabarro, E. (Coord.), Lapuente, N. y Navarro, N. (2020). *COVID-19. Desescolarización involuntaria: las familias y la escuela frente al espejo*. Universidad del País Vasco, Escuela de Psicología. Recuperado de <https://www.ehu.eus/documents/4638236/14550176/0004.+IKERKETA.pdf/cb5a2e66-818b-5e1a-2c88-7f0adb1374ea>

- Aries, P. (1987). *El niño y la vida familiar en el antiguo régimen*. Madrid: Taurus.
- Coalición contra la Vinculación de Niñas, Niños y Jóvenes al Conflicto Armado en Colombia. (2020). Comunicado público: Llamado urgente al Estado colombiano para la implementación de medidas que garanticen la protección y acceso a los derechos de las niñas, los niños, adolescentes y jóvenes en todo el territorio nacional. Recuperado de <http://coalico.org/prensa/comunicados-publicos/comunicado-publico-llamado-urgente-al-estado-colombiano-para-la-implementacion-de-medidas-que-garanticen-la-proteccion-y-acceso-a-los-derechos-de-las-ninas-los-ninos-adolescentes-y-jovenes-en-todo/>
- Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia. (2020). Childcare in a global crisis: the impact of COVID-19 on work and family life. Recuperado de <https://www.unicef-irc.org/publications/1109-childcare-in-a-global-crisis-the-impact-of-covid-19-on-work-and-family-life.html>
- Galvis Ortiz, L. (2006). *Las niñas, los niños y los adolescentes titulares activos de derechos. Mirada a Latinoamérica*. Bogotá: Ediciones Aurora.
- García, E. (1998). *Infancia, ley y democracia en América Latina: una cuestión de justicia*. Bogotá: Editorial Temis.
- Guío Camargo, R. (2011). *La constitucionalización del derecho de infancia y adolescencia en Colombia* (tesis de maestría). Universidad Nacional de Colombia. Recuperado de <http://www.bdigital.unal.edu.co/7046/2/06697329.2011.pdf>
- Guío Camargo, R. (2014). Evolución de la protección jurídica de la infancia entre 1887 y 2014: de los hijos de familia y los menores, al reconocimiento de los niños como sujetos activos titulares de derechos. En J. A. Bonivento y P. Lafont (Comps.), *Jurista y maestro. Arturo Valencia Zea* (t. II) (pp. 165-203). Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.
- Guío Camargo, R. (2016). La protección jurídica para los niños en el conflicto armado colombiano: de la Declaración de Ginebra al Protocolo Facultativo relativo a la Participación de Niños en los Conflictos Armados. Estándares internacionales para tener en cuenta en el proceso de paz colombiano. En T. Vivas (Ed.), *Derechos humanos, paz y posconflicto en Colombia* (pp. 105-124). Bogotá: Universidad Católica de Colombia.
- Guío Camargo, R. (2018). Mandatos de protección del Estado colombiano a los niños en tiempos de conflicto y posconflicto. En VV. AA., *Desafíos contemporáneos para la protección de derechos humanos en escenarios de posconflicto*. Bogotá: Universidad Católica de Colombia.
- Guío Camargo, R. (2020). Reflexiones sobre el estatuto jurídico de la infancia y la adolescencia colombiana y su aplicación en la justicia constitucional. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 24(1), 207-236. <https://doi.org/10.18042/cepc/aijc.24.07>

- Naciones Unidas. Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer y Comité de los Derechos del Niño. (2014). Recomendación general núm. 31 del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer y observación general núm. 18 del Comité de los Derechos del Niño sobre las prácticas nocivas, adoptadas de manera conjunta. Recuperado de <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2014/9925.pdf>
- Noticias ONU. (5 de marzo del 2020). Cierre de escuelas por el coronavirus: hay 850 millones de niños y jóvenes afectados. Recuperado de <https://news.un.org/es/story/2020/03/1470641>
- Organización de las Naciones Unidas. (18 de marzo del 2020a). El cierre de los comedores escolares por el coronavirus, un desafío para la alimentación en América Latina. Recuperado de <https://news.un.org/es/story/2020/03/1471332>
- Organización de las Naciones Unidas. (7 de mayo del 2020b). Víctimas de la violencia doméstica atrapadas durante la pandemia. Recuperado de <https://www.un.org/es/coronavirus/articles/un-supporting-trapped-domestic-violence-victims-during-covid-19-pandemic>
- Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura. (2020a). Impacto del COVID-19 en la educación. Recuperado de <https://es.unesco.org/covid19/educationresponse>
- Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura. (2020b). Informe de seguimiento de la educación en el mundo. Inclusión y educación: todos sin excepción. Recuperado de <https://gem-report-2020.unesco.org/es/inicio/>
- Organización Mundial de la Salud. (24 de febrero del 2020). *¿Qué es una pandemia?* Recuperado de https://www.who.int/csr/disease/swineflu/frequently_asked_questions/pandemic/es/
- PNUD Perú. (12 de abril del 2020). La otra pandemia: violencia en el hogar en tiempos de cuarentena. Recuperado de <https://www.pe.undp.org/content/peru/es/home/presscenter/articles/2020/la-otra-pandemia--violencia-en-el-hogar-en-tiempos-de-cuarentena.html>
- Procuraduría General de la Nación. (9 de junio del 2020). Procurador denunció ante la Fiscalía reclutamiento ilícito y uso de menores en la comisión de delitos durante la pandemia del COVID-19. Recuperado de <https://www.procuraduria.gov.co/portal/Procurador-denuncio-ante-la-Fiscalia-reclutamiento-ilicito-y-uso-de-menores-en-la-comision-de-delitos-durante-la-pandemia-del-covid-19.news>
- Valencia, A. y Ortiz, A. (1995). *Derecho civil* (t. V). Bogotá: Editorial Temis.
- Valencia, A. y Ortiz, A. (2020). *Derecho Civil* (t. I). Bogotá: Editorial Temis.
- Varsi, E. (2012). *Tratado de derecho de familia*. Lima: Gaceta Jurídica.

Varsi, E. (2020). *El derecho civil ante el COVID-19* [webinario]. Recuperado de <https://us-iti.bbcollab.com/recording/4c29a5adbcf144568da6d33dd89b4a8e>

World Economic Forum. (28 de abril del 2020). "Otra pandemia": violencia doméstica aumenta en América Latina durante cuarentena. Recuperado de <https://es.weforum.org/agenda/2020/04/otra-pandemia-violencia-domestica-aumenta-en-america-latina-durante-cuarentena/>

BIBLIOGRAFÍA

De Mause, L. (1982). *Historia de la infancia*. Madrid: Alianza Editorial.

REFLEXIONES JURÍDICAS EN TIEMPOS DEL COVID-19: “LA FUERZA MAYOR SE HIZO VIRAL”

LUCIANO BARCHI VELAUCHAGA
Universidad de Lima, Lima, Perú

Recibido: 10/8/2020 – Aprobado: 17/8/2020

doi: <https://doi.org/10.26439/iusetpraxis2020.n50-51.5035>

RESUMEN. Ante la inmovilización ocasionada por la pandemia del COVID-19, se ha hecho bastante frecuente la invocación de la fuerza mayor como un hecho impeditivo para el cumplimiento de las obligaciones en los contratos. El autor analiza los elementos que constituyen la fuerza mayor, las clases de fuerza mayor, los supuestos a los que aplica y el concepto de imposibilidad sobreviniente por causa no imputable a las partes. También efectúa un análisis de la atribución de responsabilidad entre las partes cuando la prestación se torna imposible y si la fuerza mayor puede ser un eximente de responsabilidad.

PALABRAS CLAVE: fuerza mayor / extraordinario / imprevisible / irresistible
/ imposibilidad sobreviniente / causa no imputable / impedimento

LEGAL CONSIDERATIONS IN TIMES OF COVID-19: “FORCE MAJEURE HAS GONE VIRAL”

ABSTRACT. Due to the social lockdown caused by the COVID-19 pandemic, invocation of force majeure as an event that frustrates the performance of the obligations in a contract has become commonplace. The author analyzes the elements that make up the concept of force majeure, the types of force majeure, the cases in which it can be applied, and the notion of impossibility because of non-attributable cause. He also examines the attribution of liability between the parties of a contract when the obligations of said contract become impossible, and ponders if force majeure can free the parties of liability.

KEYWORDS: force majeure / extraordinary / unpredictable / irresistible
/ impossibility / non-attributable cause / impediment

El cólera se le convirtió en una obsesión. No sabía de él mucho más de lo aprendido de rutina en algún curso marginal, y le había parecido inverosímil que solo treinta años antes hubiera causado en Francia, inclusive en París, más de ciento cuarenta mil muertos.

Gabriel García Márquez

El amor en los tiempos del cólera

INTRODUCCIÓN: EL ESTADO DE LA CUESTIÓN

El 15 de marzo del 2020 se publicó en el diario oficial *El Peruano* el Decreto Supremo 044-2020-PCM, que declaró el estado de emergencia nacional por el plazo de quince días calendario y dispuso el aislamiento social obligatorio (cuarentena) por las graves circunstancias que afectaron la vida de la nación a consecuencia del brote del COVID-19.

Durante el estado de emergencia nacional, se garantizó el abastecimiento de alimentos y medicinas, así como la continuidad de los servicios de agua, saneamiento, energía eléctrica, gas, combustible, telecomunicaciones, limpieza y recojo de residuos sólidos, servicios funerarios y otros establecidos en dicho decreto supremo. Esto supuso la continuación de las actividades de las empresas que prestan los servicios antes señalados e, implícitamente, la suspensión legal de las demás actividades empresariales.

De inmediato se produjo una avalancha de invocaciones de fuerza mayor en el seno de diferentes tipos de contratos, sea porque se consideraba al COVID-19 como un hecho “extraordinario, imprevisible e irresistible” (hecho de Dios), sea porque se consideraba que tales características correspondían al Decreto Supremo 044-2020-PCM (hecho del príncipe). Esta ponencia recoge algunas de tales divagaciones.

LA FUERZA MAYOR: LA DENOMINACIÓN

En Roma se hablaba de *vis major* o *vis divina*. El artículo 1315 del Código Civil define al caso fortuito o la fuerza mayor (en adelante, FM) como un evento “extraordinario, imprevisible e irresistible”. El caso fortuito hace referencia a los “hechos de Dios” y la FM a los “hechos del príncipe”, pero se reconoce que poseen iguales características (Osterling, 2007). En el derecho anglosajón se habla de *force majeure*, expresión tomada del francés.

LAS CARACTERÍSTICAS DE LA FUERZA MAYOR EN EL CÓDIGO CIVIL PERUANO

El artículo 1315 del Código Civil señala: “Caso fortuito o fuerza mayor es la causa no imputable, consistente en un evento extraordinario, imprevisible e irresistible, que impide la ejecución de la obligación o determina su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso”.

El artículo citado considera como elemento de la calificación de la FM el carácter extraordinario, imprevisible e irresistible del evento. Bajo el Código Civil francés, los tres elementos necesarios que deben presentarse —acumulativamente— para que un evento califique como FM son la exterioridad, la imprevisibilidad y la irresistibilidad (Antonmattei, 1992, p. 12).

a) Extraordinario

Nuestro Código Civil hace referencia a "extraordinario"; sin embargo, bajo el Código Civil francés no se menciona esta característica: se habla de "exterioridad" (*extériorité*) (Larroumet, 1993, p. 167). Externo, es decir, fuera de la esfera de control del deudor; así, por ejemplo, los actos de Dios (*acts of God*), los actos de guerra (*acts of war*), entre otros. De Trazegnies (2015) señala que "extraordinario" es algo que sale de lo "ordinario, que no se ajusta a la sucesión normal de hechos" (p. 90).

En referencia a la "exterioridad" (*extériorité*) del evento, hoy es frecuente utilizar la expresión "impedimento ajeno a su control" o *beyond the control of the parties*.

b) Imprevisible

Además de extraordinario, el evento debe ser imprevisible para el deudor en el momento de celebrar el contrato. La imprevisibilidad del evento ha de ser apreciada *in abstracto*, es decir, se debe determinar si era previsible para un "hombre razonable" (Larroumet, 1993, p. 169) al momento de la celebración del contrato.

De acuerdo con Roppo (2011), el juicio de previsibilidad juega esencialmente sobre dos datos: el grado de especificidad y el grado de probabilidad del hecho sobrevenido a los cuales referir la posibilidad de preverlo. Más alto el grado de especificidad que se asume, más fácilmente el hecho deberá considerarse imprevisible: es previsible la genérica posibilidad de que en el futuro haya guerras; un poco menos previsible entre qué países estallará la guerra, y todavía menos previsible —diríase imprevisible— que la guerra estallará en los próximos diez días y que como consecuencia de ella se producirá la clausura, por ejemplo, del canal de Suez (p. 1025).

c) Irresistible

Irresistible es aquello a lo que uno no se puede oponer. Larroumet (1993) señala lo siguiente:

Lo mismo que la imprevisibilidad, la irresistibilidad se aprecia *in abstracto*, esto es, por referencia a lo que una persona normalmente razonable está en condiciones de hacer para evitar las consecuencias de un acontecimiento cuya ocurrencia no pudo evitar. En efecto, la irresistibilidad se aplica al acontecimiento mismo, o sea que ella supone que el deudor no pudo impedir que el acontecimiento ocurriera [...], pero se aplica también a las consecuencias del acontecimiento, esto es, que la ocurrencia de este debe haber impedido absolutamente al deudor ejecutar su obligación. (p. 171)

LAS CLÁUSULAS DE FUERZA MAYOR EN LOS CONTRATOS

La dificultad para establecer claramente el sentido de las características de la FM les da a los jueces (y a los árbitros) un considerable margen de discreción al evaluar su presencia. Esto lleva a las partes a incluir en los contratos —cada vez con mayor frecuencia— una cláusula que defina la FM (*force majeure clauses*). Se recurre a una práctica común en los países del *common law* y de los contratos internacionales. Al respecto, Katsivela (2007) señala lo siguiente: “Force majeure clauses that excuse a breaching party from liability for non-performance are common in most legal systems and are almost invariably included in international business contracts” (p. 110).

En el Perú, hay contratos a los que se aplica la ley peruana que contienen este tipo de cláusulas —propias del sistema del *common law*—. De Nova (2010), en Italia, habla del *contratto alieno* (contrato ajeno) para referirse a aquellos contratos regulados bajo la ley de un país del *civil law* en los que se incorporan cláusulas diseñadas para el sistema del *common law* (p. 2).

En tal sentido, determinar las características del evento que constituye FM dependerá de si se aplica supletoriamente el artículo 1315 del Código Civil (extraordinario, imprevisible e irresistible) o de si el contrato contiene una cláusula de FM (en cuyo caso las características de la FM dependerán de lo que las partes hayan acordado). Se distingue así entre *force majeure concepts* y *force majeure clauses*.

LA FUERZA MAYOR COMO EVENTO IMPEDITIVO

Lo que a veces se olvida es que la FM es un evento impeditivo, es decir, que el evento que califique como FM debe tornar imposible la prestación debida —“La *force majeure* peut être sommairement définie comme l'événement qui rend impossible la réalisation de la prestation promise” (Terré, Simler, Lequette y Chénéde, 2019, p. 810)—. El artículo 1315 del Código Civil también hace referencia a la imposibilidad “que impide la ejecución de la obligación”. Por lo tanto, para poder determinar si la prestación se torna imposible, hay que ver cada caso en particular.

Principio de vinculación del contrato y los eventos impeditivos

Durante el desarrollo de la relación contractual, pueden sobrevenir vicisitudes que perturben o interfieran con la operación económica programada por las partes. Esto, obviamente, ocurre en los contratos de duración. Al respecto, Gallo (2002) señala lo siguiente:

Los riesgos de una mutación de las circunstancias tales de crear una diferencia entre la regulación contractual —por definición, estática e inmutable— y la realidad en continua evolución serán naturalmente mayores cuanto más largo sea el intervalo de tiempo que corre entre el momento de la conclusión del contrato y la ejecución del mismo. (p. 4)

En el caso de sucesos sobrevinientes, el legislador parece disciplinar el problema a través de la regla de la "fuerza de ley" del contrato, que, en el caso del Código Civil peruano, se recoge en el primer párrafo del artículo 1361, que establece lo siguiente: "Los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos". Es el *pacta sunt servanda* de los romanos: las partes de un contrato deben cumplir lo acordado y de la forma acordada. De la fórmula "fuerza de ley" en realidad fluye la idea de "vínculo contractual", es decir, de la sujeción de las partes a los efectos del contrato¹.

Uno de los significados que se desprenden del principio de vinculación contractual (*pacta sunt servanda*) impone a las partes cumplir las obligaciones contractualmente asumidas, bajo cualquier circunstancia. ¿El deudor sigue obligado a cumplir incluso si la prestación se torna imposible sobrevinientemente por causa no imputable a las partes?

En el Código Civil peruano, se otorga relevancia a algunas vicisitudes (hechos, eventos o circunstancias) sobrevinientes a la conclusión del contrato cuya gravedad es considerada tal como para justificar una limitación a la operatividad de la regla de la "fuerza de ley": es el caso de la imposibilidad sobreviniente y de la excesiva onerosidad de la prestación.

Corresponde, entonces, distinguir, como regla general, los eventos sobrevinientes impositivos de los no impositivos. La imposibilidad sobreviniente supone el acaecimiento de un evento impositivo, mientras que la excesiva onerosidad de la prestación supone un evento no impositivo.

La imposibilidad sobreviniente de la prestación por causa no imputable a las partes²

La imposibilidad sobreviniente es una condición previa para la FM—"impide la ejecución de la obligación" (Antonmattei, 1992)—. En efecto, si el evento no impide al deudor la ejecución de la prestación, este no podrá invocar FM para excusarse del incumplimiento. Este es el caso de las obligaciones genéricas; su ejecución nunca se torna imposible (*genus nunquam perit*)³: lo genérico no perece. Ello ocurre con las obligaciones dinera-

1 Temporalmente puede no darse la coincidencia entre vínculo y efectos; en tal sentido, puede subsistir el vínculo aún si el contrato no produce todos sus efectos, como ocurre, por ejemplo, en el contrato sujeto a condición suspensiva.

2 Gran parte de las ideas de este punto ya fueron expuestas en Barchi (2011).

3 Artículo 1146 del Código Civil: "Antes de la individualización del bien, no puede el deudor eximirse de la entrega invocando la pérdida sin su culpa". En realidad, el aforismo *genus nunquam perit* no representa una regla de las obligaciones genéricas que excluya *a priori* que estas se puedan tornar imposibles.

Al igual que en la obligación de dar bien cierto en las obligaciones genéricas (amplia o limitada), la imposibilidad de la prestación se produce por la pérdida del bien debido. Lo que ocurre es que, en el caso de las genéricas, la imposibilidad exige la pérdida de todas las cosas del género.

Lo que ocurre en las genéricas es que la imposibilidad tendrá un diverso alcance en orden a las posibilidades del deudor. Así, por ejemplo, la obligación genérica amplia puede devenir imposible

rias, dado que la impotencia financiera (la falta de recursos) no se considera una excusa frente al incumplimiento (Bianca, 1993).

De acuerdo con el artículo 1315 del Código Civil: “*Caso fortuito o fuerza mayor es la causa no imputable [...] que impide la ejecución de la obligación*” [cursivas añadidas]. En otras palabras, la FM es el evento que torna imposible sobrevinientemente la ejecución de la prestación por causa no imputable a las partes.

Se suele señalar que la imposibilidad debe ser absoluta y objetiva. La imposibilidad de la prestación se dice objetiva cuando no solo es imposible para el particular deudor, sino también para cualquier otra persona en su lugar y en las mismas circunstancias. La objetividad de la imposibilidad determina que son irrelevantes las causas que conciernen solo a la persona del deudor, es decir, son irrelevantes los casos de imposibilidad meramente subjetiva. La imposibilidad subjetiva es la que se personaliza en el deudor.

Como señala Trimarchi (2008), la imposibilidad “es manifiestamente una noción objetiva, independiente de dificultades, impedimentos subjetivos o circunstancias desafortunadas relativas a la programación y a la organización del deudor”.

La imposibilidad subjetiva tendrá lugar en los casos en los cuales existe una conexión estrecha e indisoluble con la persona del deudor, como ocurre comúnmente en el caso de los contratos *intuitu personae* (Iacono, 2008). En tales supuestos, dado que el cumplimiento se halla estrechamente ligado a las cualidades personales de deudor⁴, no pueden dejar de asumir relevancia las vicisitudes que interesan directamente a dicho deudor. Los eventos que afectan física o psíquicamente a la persona del deudor y lo privan de la aptitud de ejecutar la prestación pueden calificar como FM cuando se trata de prestaciones de carácter personal (Bianca, 1994).

La imposibilidad debe ser absoluta en el sentido de que “el impedimento no puede ser superado de ninguna manera, cualquiera sea el esfuerzo que el deudor pueda hacer” (Caringella y De Marzo, 2007, p. 372). El carácter “absoluto” de la imposibilidad niega la relevancia de la simple *difficultas praestandi*.

La causa no imputable

De acuerdo con el artículo 1315 del Código Civil: “*Caso fortuito o fuerza mayor es la causa no imputable* [cursivas añadidas] [...] que impide la ejecución de la obligación”. La noción de “causa no imputable” se relaciona, pues, con la imposibilidad sobreviniente. Podría sostenerse, entonces, que la FM es el evento que torna imposible sobrevinientemente

por resultar imposible legalmente la entrega —el género queda fuera del comercio—. Al respecto, véase Sánchez Calero (1980).

4 “Artículo 1149.- La prestación puede ser ejecutada por persona distinta al deudor, a no ser que del pacto o de las circunstancias resultara que esta fue elegida por sus cualidades personales”.

la ejecución de la prestación: imposibilidad por causa no imputable a las partes sería igual a FM.

En nuestro Código Civil, al hablar de "causa no imputable", no se exige de tomar en consideración la debida diligencia requerida al deudor y este es, precisamente, el fundamento de la responsabilidad de aquel, conforme a lo previsto en el artículo 1314 del Código Civil: "Quien actúa con la diligencia ordinaria requerida, no es imputable por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso"⁵.

Al respecto, Osterling (2007) señala lo siguiente:

El artículo 1314 prescribe que quien actúa con la diligencia ordinaria requerida, no es imputable por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso. La norma [el artículo 1315] se refiere a la causa no imputable, es decir, a la ausencia de culpa, como concepto genérico exoneratorio de responsabilidad. (p. 223)

En síntesis, la FM es un evento no previsible ni superable con la diligencia debida (es, pues, una *superior force*).

Así, por ejemplo, califican como FM las prohibiciones establecidas por actos de la autoridad pública (hechos del príncipe): *factum principis*⁶. Adviértase que, en estos casos, en estricto, estamos fuera de la idea objetiva de imposibilidad. De hecho, el acto prohibido por la autoridad pública es posible, pero esto importa un costo: la violación de una norma imperativa. Ello, sin embargo, excede la debida diligencia del deudor. En estos casos, la promulgación del Decreto Supremo 044-2020-PCM "podría" calificar como FM.

En el caso de los eventos de la naturaleza (hechos de Dios)⁷, como terremotos, aluviones, epidemias, etcétera, es preciso, también, determinar si constituyen o no eventos impositivos que superan el esfuerzo debido diligente del deudor. Por ejemplo,

5 El Código Civil francés recurría a un parámetro (estándar) objetivo medio; así, establecía que para cumplir sus obligaciones el deudor debía usar la diligencia de un "buen padre de familia". Parámetro (estándar) objetivo medio = para cumplir sus obligaciones, el deudor debe usar la diligencia de un "buen padre de familia". El Código Civil francés (antes de la modificación del 2016 —Loi 2014-873—) lo eliminó por su carácter sexista y lo sustituyó por el estándar de la "persona razonable", con lo que se aproximó al criterio anglosajón del *reasonable man*. Del artículo 1320 del Código Civil se entiende que el deudor ha de actuar con la "diligencia ordinaria exigida por la naturaleza de la obligación y que corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar".

6 La ICC Force Majeure Clause 2003 señala entre los eventos: "Act of authority whether lawful or unlawful, compliance with any law or governmental order, rule, regulation or direction, curfew restriction, expropriation, compulsory acquisition, seizure of works, requisition, nationalization".

7 La ICC Force Majeure Clause 2003 señala entre los eventos: "Act of God, plague, epidemic, natural disaster such as but not limited to violent storm, cyclone, typhoon, hurricane, tornado, blizzard, earthquake, volcanic activity, landslide, tidal wave, tsunami, flood, damage or destruction by lightning, drought".

el fenómeno de El Niño genera fuertes lluvias que afectan, principalmente, la costa del Perú. De acuerdo con las investigaciones realizadas, se reporta desde el año 1892. Queda claro que no es un evento imprevisible y que, por lo tanto, debería ser tenido en cuenta en la construcción de obras de infraestructura.

Se podría sostener, teniendo en cuenta el artículo 1972 del Código Civil⁸, que la causa no imputable, además de la FM, comprende el hecho determinante de tercero y el hecho del acreedor. Hay que considerar que el hecho de tercero se puede poner de manifiesto bajo tres aspectos (Bianca, 1994) y no todos ellos serán excusa del deudor frente al incumplimiento: i) la falta de provisión de los medios necesarios al deudor para que este pueda cumplir su obligación —por ejemplo, el constructor no puede ejecutar la prestación porque su proveedor incumple entregarle los materiales—; ii) la intervención del tercero que priva al deudor del bien debido o de los medios necesarios para cumplir —por ejemplo, ladrones sustraen el bien debido al acreedor—, y iii) constreñir el incumplimiento —por ejemplo, una banda criminal advierte al contratista que no puede continuar con la ejecución de la obra sin pagar un cupo—.

La diligencia debida impone al deudor tomar las medidas necesarias contra los incumplimientos o retardos de sus proveedores y prevenir hechos de terceros sobre bienes en su esfera de control, dentro de los límites de la debida diligencia. Por otro lado, hay causa no imputable cuando la amenaza o violencia asume extremos de seriedad y gravedad.

El hecho del acreedor sí constituye una excusa del deudor frente al incumplimiento; es una “causa no imputable al deudor”. Al respecto, debe tenerse en cuenta que la imposibilidad definitiva de la prestación puede producirse por “causa imputable al acreedor”⁹ o “por culpa del acreedor”¹⁰.

Si la imposibilidad de la prestación se produce por causa imputable al acreedor, este asume el riesgo. Así, el segundo párrafo del artículo 1432 del Código Civil establece lo siguiente: “Cuando la imposibilidad sea imputable al acreedor, el contrato queda resuelto de pleno derecho. Sin embargo, dicho acreedor deberá satisfacer la contraprestación”.

En este caso, la relación obligatoria se extingue (ex artículo 1316 del Código Civil). El deudor, cuya prestación deviene imposible por el hecho del acreedor, se libera de la obligación y es exonerado de la responsabilidad por la no ejecución de la prestación.

8 “En los casos del artículo 1970, el autor no está obligado a la reparación cuando el daño fue consecuencia de caso fortuito o fuerza mayor, de hecho determinante de tercero o de la imprudencia de quien padece el daño”.

9 El artículo 1432 del Código Civil hace mención a la causa imputable (“Cuando la imposibilidad sea imputable al acreedor”).

10 Así, por ejemplo, el artículo 1155 menciona la imposibilidad “por culpa del acreedor”.

De acuerdo con el artículo 1432 del Código Civil, el contrato queda resuelto automáticamente ("de pleno derecho"), pero el deudor mantiene el derecho a la contraprestación. Hay aquí una contradicción.

En efecto, algunos autores¹¹ sostienen que la imposibilidad sobreviniente imputable al acreedor no conlleva la resolución del contrato; sino que este subsiste y, a pesar de que el deudor se libera de la ejecución de la prestación a su cargo que se tornó imposible, tendrá derecho a recibir la contraprestación. Adviértase, pues, que el pago de la contraprestación se da en la medida en que el contrato subsiste. Otro sector considera que el contrato se resuelve automáticamente, pero que el deudor tiene derecho al resarcimiento de la lesión del interés positivo¹². En ambos casos, el deudor se ve eximido de responsabilidad por el incumplimiento o por el retardo en el que incurre.

¿Es posible que el acreedor alegue FM en su carga de colaboración? Al respecto, ha de tenerse en cuenta que la mora del acreedor es *inculcata*; por lo tanto, el acreedor no puede alegar FM para eximirse de su carga de colaboración. Es cierto que el artículo 1338 del Código Civil hace referencia a "sin motivo legítimo"; pero la doctrina, de manera unánime, reconoce que se refiere al hecho de que el acreedor puede negarse justificadamente a recibir el bien que el deudor le ofrece cuando no se dan los requisitos objetivos de regularidad del pago (identidad, indivisibilidad e integridad).

LAS CONSECUENCIAS DE LA IMPOSIBILIDAD SOBREVINIENTE POR CAUSA NO IMPUTABLE A LAS PARTES

La imposibilidad sobreviniente puede ser definitiva o temporal.

Las consecuencias de la imposibilidad definitiva por causa no imputable a las partes

Al sobrevenir un obstáculo que impide la ejecución de una prestación, surgen problemas que inciden en el riesgo relativo al evento sobrevenido. Estos problemas pueden ser encuadrados en una doble perspectiva: en primer lugar, con referencia a la asignación del riesgo al interno de la relación obligatoria y, en segundo lugar, cuando la relación obligatoria es de fuente contractual, con referencia a la asignación de los riesgos entre las partes del contrato (Cabella, 2002).

11 Al respecto, véase Cabella (2002, pp. 117-118) y Delfini (2003, p. 49). Cabe advertir que el Código Civil italiano no disciplina las consecuencias de la imposibilidad sobreviniente por causa imputable al acreedor.

12 El § 324 del BGB no habla de resolución; señala "que la primera parte mantiene su pretensión a la contraprestación" y añade lo siguiente: "Debe, sin embargo, deducir lo que se ahorra como consecuencia de la liberación de la prestación, o lo que adquiere o intencionalmente omite adquirir por un uso ulterior de su trabajo". Luego de la modificación, el § 326 recoge el texto citado.

Asignar el riesgo al interno de la relación obligatoria supone establecer si el impedimento vale para liberar al deudor (de la prestación imposible) del cumplimiento de su obligación (riesgo a cargo del acreedor) o si, en cambio, el deudor sigue obligado a cumplir y, de no hacerlo, resarcir los daños y perjuicios que sufra el acreedor (riesgo a cargo del deudor).

Asignar el riesgo entre las partes del contrato constituye una operación más compleja, que tiende a determinar si al sobrevenir el impedimento de la ejecución de una prestación ello supone la extinción del vínculo contractual o si, en cambio, i) lo deje subsistente e inalterado, o ii) lo deje subsistir solo con modificaciones.

Respecto a los contratos con prestaciones recíprocas, el riesgo estará a cargo del deudor de la prestación impedida cuando el contrato sobreviva inalterado o cuando al extinguirse el vínculo contractual surja la obligación a cargo de la parte deudora. Los riesgos se repartirán cuando el contrato esté sujeto a modificaciones o cuando el vínculo contractual se extinga y al extinguirse la obligación del deudor (riesgo de la prestación a cargo del deudor) se extinga también la contraprestación (riesgo de la contraprestación a cargo de la otra parte). Todo el riesgo será a cargo de la parte acreedora, si la parte deudora se libera manteniendo el derecho a la contraprestación.

El artículo 1316 del Código Civil se refiere a la única consecuencia que se genera de la imposibilidad —definitiva— sobrevenida de la prestación por causas no imputables a las partes en el caso de un contrato con prestación a cargo de una sola de las partes: la extinción de la relación obligatoria y la consecuente liberación del deudor.

Pero ¿cuáles son las consecuencias cuando estamos frente a un contrato con prestaciones recíprocas? Es decir, cuando existen prestaciones a cargo de ambas partes y una de ellas se torna imposible de manera sobrevenida. La respuesta se encuentra en los siguientes libros del Código Civil: en el libro VI (“Las obligaciones”), lo encontramos a propósito de las relaciones obligatorias con prestación de dar bien cierto (artículo 1138 del referido código), de las relaciones obligatorias con prestación de hacer (artículos 1154, 1155 y 1156 del código mencionado) y en las relaciones obligatorias con prestación de no hacer (artículo 1160 del código aludido, que remite a los artículos 1154, primer párrafo, 1155 y 1156). En el libro VII lo encontramos en la sección primera (“Contratos en general”) respecto a los contratos con prestaciones recíprocas (artículos 1431, 1432 y 1433 del Código Civil). Al ocuparse del contrato de compraventa, se refiere a la transferencia del riesgo (artículos 1567, 1568, 1569 y 1570 del acotado código).

¿Qué sucede cuando la imposibilidad se produce por causa no imputable a las partes? En este caso, será de aplicación el artículo 1431 del Código Civil, que señala lo siguiente:

En los contratos con prestaciones recíprocas, si la prestación a cargo de una de las partes deviene imposible sin culpa de las contratantes, *el contrato queda resuelto de pleno derecho* [cursivas añadidas]. En este caso, el deudor liberado el derecho a contraprestación y debe restituir lo que ha recibido.

Empero, las partes pueden convenir en que el riesgo esté a cargo del acreedor.

¿Y si la prestación deviene imposible temporalmente por causa no imputable a las partes?

Si se tiene en cuenta que la FM es la causa no imputable, entonces el análisis se centrará en analizar el caso de la imposibilidad sobreviniente temporal por FM. Este es el supuesto más frecuente: el impedimento temporal.

Al respecto, el artículo 1316 del Código Civil establece lo siguiente:

La obligación se extingue si la prestación no se ejecuta por causa no imputable al deudor.

Si dicha causa es temporal, el deudor no es responsable por el retardo mientras ella perdure [cursivas añadidas]. Sin embargo, la obligación se extingue si la causa que determina la inejecución persiste hasta que el deudor, de acuerdo al título de la obligación o a la naturaleza de la prestación, ya no se le pueda considerar obligado a ejecutarla; o hasta que el acreedor justificadamente pierda interés en su cumplimiento o ya no le sea útil.

La imposibilidad temporal se caracteriza por la incerteza en las vicisitudes de la relación obligatoria, la cual puede desembocar en un resultado positivo —por cesación del impedimento— o negativo —como consecuencia de pasar de un impedimento provisorio a uno definitivo—, o bien en un resultado incierto, a causa de una prolongación por tiempo indeterminado del impedimento temporal (Fondrieschi, 2012).

Ahora bien, si se trata de un contrato con prestaciones recíprocas, ¿qué sucede con la contraprestación? Pues el sinalagma que liga la prestación temporalmente imposible a contraprestación hace que esta última no sea debida, y una eventual pretensión de cumplimiento sería bloqueada por una excepción de incumplimiento (Cabella, 2002).

El artículo 1316 del Código Civil deja muchos vacíos en caso de impedimento temporal. Veamos:

- a) Algunos autores consideran que en este caso la FM tiene un "efecto suspensivo"¹³ y esa suspensión puede suponer: i) la extensión del plazo para la ejecución del

13 Véase Fontaine y De Ly (2013, p. 462), Delfini (2003, p. 35), Roppo (2011, p. 1007) y Fondrieschi (2012, p. 309).

contrato por el mismo tiempo durante el cual la ejecución estuvo suspendida o ii) la no extensión de la duración del contrato.

- b) La suspensión puede generar problemas en los contratos de abastecimiento; así, la pregunta es si el comprador está facultado para realizar una operación de reemplazo y obtener las provisiones de un tercero (Fontaine y De Ly, 2013).
- c) ¿Qué pasa con los costos en los que las partes incurrieron durante la suspensión? Fontaine y De Ly (2013) indican lo siguiente:

Los costos pueden ser considerables: gastos de almacenamiento para mercaderías cuya entrega ha sido suspendida, gastos de mantener temporalmente al personal a la espera, etc. Tales gastos están ligados a la obligación de utilizar todos los medios posibles para asegurar la ejecución de lo que queda del contrato tan pronto como sea posible.

Las cláusulas de FM generalmente establecen que no habrá compensación entre las partes por estos costos.

- d) El Código Civil tampoco impone a las partes la obligación de reanudar la ejecución del contrato inmediatamente. Sin embargo, en este caso creemos que dicha obligación se genera sobre la base del principio de buena fe.

La duración del evento de FM (“FM prolongada”) puede tener como efecto privar sustancialmente a una o ambas partes contratantes de las expectativas razonables que legítimamente cabía esperar a tenor del contrato; correspondería otorgar a cada parte la facultad de terminar el contrato mediante una notificación realizada a la otra parte. Así, el efecto suspensivo se convierte en un efecto extintivo que opera de pleno derecho.

LA FUERZA MAYOR COMO EXIMENTE DE RESPONSABILIDAD: ¿FRACTURA CAUSAL O EXCUSA FRENTE AL INCUMPLIMIENTO?

De Trazegnies, comentando el artículo 1372 del Código Civil relativo a la responsabilidad extracontractual (*rectus* lesión de un interés jurídicamente protegido en la vida de relación), señala que uno de los casos en los cuales se rompe el vínculo causal entre el causante aparente y la víctima es la FM. En tal caso, al no existir nexo causal, no hay tampoco responsabilidad (1999). Por ello, la FM es considerada un supuesto de fractura causal.

En el caso de la lesión del interés crediticio (responsabilidad contractual) la situación es distinta¹⁴. La prestación está dirigida a satisfacer el interés del acreedor, que no

14 Gran parte de las ideas de este punto ya fueron expuestas en Barchi (2018).

es otra cosa que la necesidad de bienes y servicios¹⁵. Se produce una lesión del interés crediticio cuando el comportamiento del deudor, apreciado desde una óptica objetiva, independiente de cualquier valoración o calificación de dicho comportamiento, no se ajusta al programa de prestación (Díez-Picazo, 2008).

La regla general de la responsabilidad civil establece que, para imponer a alguien la obligación de reparar el daño, es necesario que este lo haya causado (Infantino, 2015, p. 86). Si bien es condición necesaria, no es condición suficiente. Así lo explica Honoré (2010): el ser causante del daño no es una condición necesaria ni suficiente para ser considerado responsable del daño por la ley. No es una condición necesaria porque la ley puede hacer responsable a una persona por el daño causado por otra, por animales, por objetos inanimados, por procesos, entre otros. En estos casos, a la persona se le atribuye responsabilidad no por haber causado el daño, sino por haber asumido el riesgo de que otra persona, animal, cosa o proceso lo cause. El riesgo puede ser voluntariamente asumido o impuesto por la ley.

En efecto, por un lado, los factores de atribución delimitan ulteriormente el radio de acción; así, no siempre quien ha causado un daño responde. Conforme a los artículos 1314 (responsabilidad por lesión al interés crediticio) y 1969 (responsabilidad por lesión de un interés jurídicamente protegido en la vida de relación) del Código Civil, además de la causalidad, se requiere la concurrencia de la culpa¹⁶.

En el sistema de la responsabilidad civil, la causalidad cumple una doble finalidad: imputa al responsable el hecho ilícito ("causalidad de hecho" o *cause in fact*, en el derecho anglosajón) y establece la entidad de las consecuencias perjudiciales del hecho que se traducen en el daño resarcible —"causalidad jurídica"— (Franzoni, 2004). En otras palabras, la "causalidad de hecho" se refiere a la determinación del hecho fuente de la responsabilidad y la "causalidad de jurídica" al problema de la selección de las consecuencias dañosas resarcibles.

En lo que respecta a la responsabilidad por lesión del interés crediticio, a diferencia de lo que ocurre en el caso de la responsabilidad por lesión de un interés jurídicamente protegido en la vida de relación (responsabilidad extracontractual), no es un problema la búsqueda del responsable por cuanto la existencia de la relación obligatoria simplifica la individualización del sujeto llamado a responder el hecho dañoso: el deudor (Pinori, 1999). En el mismo sentido, Carbone (2009) señala que en la responsabilidad

15 Al respecto, Nicolò (2008) señala lo siguiente: "El concepto de interés no es de por sí un concepto jurídico, sino que es un *prius* respecto al Derecho, un dato preexistente al ordenamiento, que será tomado de la Economía para ser más o menos considerado. Para definir el concepto de interés, es necesario, por ende, recurrir a los conceptos de la ciencia económica" (p. 106).

16 El artículo 1970 del Código Civil recoge la responsabilidad objetiva.

contractual el sujeto responsable ya es conocido e identificado, y es el deudor que no ha ejecutado la prestación debida.

En efecto, el artículo 1321 del Código Civil ya individualiza al responsable del daño en la persona del deudor, "quien no ejecuta sus obligaciones". Por lo tanto, en el caso de la responsabilidad por lesión del interés crediticio, en principio, no se recurre a la causalidad para imputar el hecho dañoso a un sujeto (causalidad de hecho). Un asunto distinto es la delimitación del daño resarcible que el deudor que no ejecuta la prestación debida habrá de asumir (causalidad jurídica).

Por ende, en la responsabilidad por lesión del interés crediticio no hay fractura causal; el deudor incumplió su prestación, pero tiene una excusa frente a su incumplimiento: la FM.

¿QUÉ SIGNIFICA QUE LA FUERZA MAYOR SEA UNA EXCUSA FRENTE AL INCUMPLIMIENTO?

El artículo 1317 del Código Civil establece lo siguiente:

El deudor no responde de los daños y perjuicios resultantes de la inejecución de la obligación, o de su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, por causas no imputables, salvo que lo contrario esté previsto expresamente por la ley o por el título de la obligación.

El deudor no responde por el incumplimiento cuando la prestación a su cargo deviene definitiva y totalmente imposible por causas no imputables a las partes.

En el caso de la imposibilidad temporal, conforme al artículo 1316 del Código Civil, "el deudor no es responsable por el retardo mientras ella perdure".

Podemos concluir, entonces, que el deudor no responde por la lesión del crédito (incumplimiento o retardo) cuando esta se produce por causas que no son superables por el deudor actuando con la diligencia ordinaria. Así, por ejemplo, un terremoto (caso fortuito) constituye un supuesto de causa no imputable solo si el deudor previó las medidas de prevención normalmente adecuadas con base en la común experiencia o la técnica profesional relativa al tipo de la prestación (Bianca, 1994). Como puede apreciarse, la imposibilidad sobreviniente por causa no imputable a las partes constituye una excusa frente al incumplimiento (artículo 1317 del Código Civil).

¿Qué significa que el deudor tenga una excusa frente a su incumplimiento? Veamos.

La "inejecución" de la prestación, sea en la hipótesis de incumplimiento o en la de retardo, puede generar daños a ambos contratantes: no solo al acreedor, sino también al deudor. En efecto, Trimarchi (2010) refiere lo siguiente:

El acreedor de la prestación no cumplida puede, por una parte, haber pagado la contraprestación contractual, haber realizado gastos, asumido obligaciones y desatendido ocasiones alternativas confiando en conseguir la prestación que le es debida: gastos y daños que corresponden a su *interés negativo* (y representan su daño a la confianza); por otra parte, él ve frustrada la espera de conseguir el valor de la prestación que le era debida y los provechos que se habrían derivado, que corresponden a su *interés positivo* (y representan su daño por el incumplimiento). Y añade: En cuanto al deudor, si el incumplimiento implica para él la pérdida del derecho a la contraprestación, él ve frustrada la espera de recibirla y de conseguir los provechos que habría podido obtener, y ve faltar la cobertura que esta habría podido proporcionarle para los gastos eventualmente afrontados para preparar el cumplimiento. (p. 4)

Cuando se dice que el deudor es responsable, significa que asume los daños de la inejecución: los propios y los del acreedor, y queda obligado a pagarle la indemnización de daños y perjuicios. Cuando se menciona que el deudor no responde por causa no imputable, entonces cada parte asume sus propios daños.

La FM se entiende como una excusa al incumplimiento del deudor debido a un impedimento más allá del control de aquel cuyas consecuencias no podría haber evitado o superado. Las características del impedimento son las siguientes: i) debe superar la esfera de control del deudor, lo que supone que este ha de soportar el riesgo de su propia actividad; ii) no habría podido ser tomado en consideración al tiempo de la celebración del contrato, es decir, un hombre razonable no podía haberlo previsto, y iii) el deudor debe probar que no habría podido evitarlo o no habría podido superarlo, lo cual depende de circunstancias concretas (es insuperable). No se puede esperar que el deudor tome precauciones desproporcionadas respecto al riesgo para impedir el evento.

A MODO DE COLOFÓN: EL ACUERDO DISTINTO

Como se ha podido advertir, el artículo 1315 del Código Civil no es una norma imperativa. Ello permite a las partes recurrir a las cláusulas de FM dejando de lado referirse a un "evento extraordinario, imprevisible e irresistible que impide la ejecución de la obligación" y hacerlo, por ejemplo, a "an impediment beyond the debtor's control and if the debtor could not reasonably be expected to have avoided or overcome the impediment or its consequences".

Pero no solo eso. Debemos tener presente que una de las funciones de los contratos—principalmente en los de duración— es la asignación de los riesgos entre las partes involucradas. El contrato es un acto de previsión y, por ende, las partes al celebrarlo se proyectan hacia el futuro. Es decir, la previsión es la esencia del contrato.

A través de la previsión, las partes asignan los riesgos. En efecto, al prever para el futuro la ocurrencia de un evento, se distribuyen las consecuencias de este. La adopción de un tipo contractual supone una distribución convencional del riesgo de manera implícita (Delfini, 1999, p. 33). Esto comprende también el hecho de incluir un determinado tipo de cláusula¹⁷.

Las partes, frente a un evento “extraordinario, imprevisible e irresistible que impide la ejecución de la obligación” o “an impediment beyond the debtor’s control”, podrían asignar los riesgos de manera diferente a lo que hace el Código Civil por defecto.

REFERENCIAS

- Antonmattei, P. (1992). *Contribution à l'étude de la force majeure* [La contingencia contractual] (t. 220). París: Bibliothèque de Droit Privé.
- Barchi, L. (2011). La “teoría del riesgo” o, mejor dicho, la atribución del riesgo en caso de imposibilidad sobreviniente de la prestación. *Revista de Análisis Especializado de Jurisprudencia - RAE Jurisprudencia*, 4(38), 73-86.
- Barchi, L. (2018). ¿Quién ha sido? Algunas consideraciones sobre la causalidad y la imputación en materia de responsabilidad civil en el Código Civil peruano. En H. Campos y J. Gabriel (Coords.), *Responsabilidad civil. De la comparación a la aplicación* (pp. 83-123). Lima: Thémis Editorial Jurídica.
- Bianca, M. (1993). *Diritto civile* [Derecho civil] (t. 4). Milán: Giuffrè.
- Bianca, M. (1994). *Diritto civile* [Derecho civil] (t. 5). Milán: Giuffrè.
- Cabella, L. (2002). Impossibilità sopravvenuta [Imposibilidad inesperada]. En F. Galgano (Ed.), *Commentario del Codice Civile* [Comentarios al Código Civil]. Bolonia: Zanichelli.
- Carbone, V. (2009). Nesso di causalità e criteri di valutazione del danno contrattuale [Criterios de causalidad y evaluación del daño contractual]. En: A. Zoppini (Ed.), *Diritto civile* [Derecho civil] (VIII, t. I.). Milán: Giuffrè.
- Caringella, F. y De Marzo, G. (2007). *Manuale di diritto civile. II Le Obligazioni* [Manual de derecho civil. II Las obligaciones]. Milán: Giuffrè.
- De Nova, G. (2010). *Il contratto alieno* [El contrato ajeno] (2.ª ed.). Turín: Giapichelli.
- De Trazegnies, F. (1999). *La responsabilità extracontractual* (5.ª ed., t. I). Bogotá: Editorial Temis.

17 Así, por ejemplo, incluyendo una cláusula de reajuste (artículo 1235 del Código Civil), para mantener la suma de dinero pactada en valor constante. Otro ejemplo es la incorporación de una cláusula *take or pay* en un contrato de suministro de gas natural.

- De Trazegnies, F. (2015). Artículo 1315. Caso fortuito o fuerza mayor. En C. Soto (Dir.), *Tratado de responsabilidad civil contractual y extracontractual. Comentarios a las normas del Código Civil* (vol. I). Lima: Instituto Pacífico.
- Delfini, F. (1999). *Autonomia privata e rischio contrattuale* [Autonomía privada y riesgo contractual]. Milán: Giuffrè.
- Delfini, F. (2003). Dell'impossibilità sopravvenuta. Artt. 1463-1466 [La imposibilidad suprimida. Artículos 1463-1466]. En F. Busnelli (Dir.), *Il Codice Civile. Commentario* [El Código Civil. Comentario]. Milán: Giuffrè.
- Díez-Picazo, L. (2008). *Fundamentos del derecho civil patrimonial* (6.ª ed., vol. 2). Cizur Menor (Navarra): Civitas-Thomson Reuters.
- Fondrieschi, A. (2012). L'impossibilità sopravvenuta per causa non imputabile al debitore [La imposibilidad sobrevenida por causa no imputable al deudor]. En R. Sacco (Comp.), *Trattato di diritto civile* (t. 4). Turín: UTET.
- Fontaine, M y De Ly, F. (2013). *La redacción de contratos internacionales. Análisis de cláusulas*. Cizur Menor (Navarra): Civitas-Thomson Reuters.
- Franzoni, M. (2004). L'illecito [El ilícito]. En *Trattato della responsabilità civile*. Milán: Giuffrè.
- Gallo, P. (2002). *Sopravvenienza contrattuale e problema di gestione del contratto* [Contingencia contractual y problema de gestión de contratos]. Milán: Giuffrè.
- Honoré, T. (2010). Causation in the law [Causalidad en la ley]. *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Recuperado de <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3796/21.pdf>
- Iacono, M. (2008). L'impossibilità sopravvenuta [La imposibilidad sobrevenida.] En P. Fava, *Le obbligazioni. Diritto sostanziale e processuale* [Obligaciones. Derecho sustantivo y procesal] (t. II). Milán: Giuffrè.
- Infantino, M. (2015). El derecho comparado de la causalidad aquiliana. En C. Moreno (Coord.), *Estudios sobre la responsabilidad civil*. Lima: Ediciones Legales.
- Katsivela, M. (2007). Contracts: force majeure concepts or force majeure clauses? [Contratos: ¿conceptos de fuerza mayor o cláusulas de fuerza mayor?]. *Uniform Law Review*, 12(1), 101-119.
- Larroumet, C. (1993). *Teoría general del contrato* (vol. II). Bogotá: Editorial Temis.
- Nicolò, R. (2008). Las situaciones jurídicas subjetivas. *Advocatus*, (012), 103-116. <https://revistas.ulima.edu.pe/index.php/Advocatus/article/view/2711>
- Osterling, F. (2007). *Las obligaciones* (8.ª ed.). Lima: Grijley.
- Pinori, A. (1999). Il criterio legislativo delle conseguenze immediate e dirette [El criterio legislativo de consecuencias inmediatas y directas]. En G. Visintini y T. Arrigo, *Risarcimento del danno contrattuale ed extracontrattuale* [Resarcimiento del daño contractual y extracontractual]. Milán: Giuffrè.

- Roppo, V. (2011). Il contratto [El contrato]. En G. Iudica y P. Zatti (Eds.), *Trattato di diritto privato* [Tratado de derecho privado]. Milán: Giuffrè.
- Sánchez Calero, F. (1980). Las obligaciones genéricas. *Revista de Derecho Privado*, 64(1), 644-660.
- Terré, F., Simler, P., Lequette, Y. y Chénéde, F. (2019). *Droit Civil. Les obligations* [Derecho civil. Las obligaciones] (12.ª ed.). París: Dalloz.
- Trimarchi, P. (2008). Incentivi e rischi nella responsabilità contrattuale [Incentivos y riesgos en la responsabilidad contractual]. *Rivista di Diritto Civile*, 54(3), 341 y ss.
- Trimarchi, P. (2010). *Il contratto: inadempimento e rimedi* [El contrato: incumplimientos y remedios]. Milán: Giuffrè.

BIBLIOGRAFÍA

- Ambrosoli, M. (2002). *La sopravvenienza contrattuale*. Milán: Giuffrè.
- Barchi, L. (2004). ¿Mora del acreedor? Necesidad de algunas precisiones. En F. Escobar, R. Morales, L. León y E. Palacios (Dirs.), *Negocio jurídico y responsabilidad civil. Estudios en memoria del profesor Lizardo Taboada Córdova*. Lima: Grijley.
- Barchi, L. (2009). Algunas consideraciones sobre el receso en el Código Civil peruano: a propósito del artículo 1786. *Advocatus*, (19), 291-321.
- Breccia, U. (1991). Le obbligazioni [La obligación]. En G. Iudica y P. Zatti (Eds.), *Trattati di diritto privato*. Milán: Giuffrè.
- Cattaneo, G. (1973). Mora del creditore [Mora del acreedor]. En A. Scialoja y G. Branca (Eds.), *Commentario del Codice Civile* [Comentarios del Código Civil]. Bolonia: Zanichelli.
- De Nova, G. (2011). Il contratto ha forza di legge [El contrato tiene fuerza de ley]. En *Il contratto. Dal contratto atipico al contratto alieno* [El contrato. Del contrato atípico al contrato ajeno]. Padua: Cedam.
- Espinoza, J. (2019). *Derecho de la responsabilidad civil* (9.ª ed., t. 1). Lima: Instituto Pacífico.
- Farnsworth, E. A. (2004). *Contracts* [Contratos] (4.ª ed.). Nueva York: Aspen Publishers.
- Fernández, A. (2006). Imputación objetiva en un caso de responsabilidad civil *ex delicto*: criterio de la provocación. Comentario a la STS, 2ª, 26.9.2005. *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, (1). Recuperado de <https://indret.com/imputacion-objetiva-en-un-caso-de-responsabilidad-civil-ex-delicto-criterio-de-la-provocacion/?edicion=1.06>
- Fernández Cruz, G. y León Hilario, L. (2004). Comentarios al artículo 1315 del Código Civil. En *Código Civil comentado* (t. VI). Lima: Gaceta Jurídica.

- Mezzanotte, F. (2009). *Impossibilità per causa non imputabile al debitore* [Imposibilidad por causa no imputable]. En N. Lipari y P. Rescigno, *Diritto civile* (vol. III). Milán: Giuffrè.
- Ruscello, F. (2003). *Istituzioni di diritto privato* [Instituciones de derecho privado] (vol. 2). Milán: Giuffrè.
- Visintini, G. (1987). *Inadempimento e mora del debitore. Artt. 1218-1222* [Incumplimiento y mora del deudor. Artículos 1218-1222]. En P. Schlesinger (Dir.), *Il Codice Civile. Commentario*. Milán: Giuffrè.

INCIDENCIAS CONTRACTUALES DEL CORONAVIRUS Y CLÁUSULA *REBUS SIC STANTIBUS*

CARLOS LASARTE

Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, España

Recibido: 15/7/2020 – Aprobado: 22/7/2020

doi: <https://doi.org/10.26439/iusetpraxis2020.n50-51.5039>

RESUMEN. La pandemia del coronavirus ha generado múltiples consecuencias en el mundo del derecho, con especial atención en el ámbito contractual. El contexto constituye situaciones imprevisibles para los contratantes, por lo que se deben encontrar soluciones que permitan reestablecer las relaciones contractuales o darles la mejor salida posible. En ello radica la gran relevancia de la cláusula *rebus sic stantibus*. Así, en el presente artículo, se tratarán distintos aspectos a considerar para su aplicación en el contexto de la pandemia del coronavirus.

PALABRAS CLAVE: cláusula / *rebus sic stantibus* / coronavirus
/ equivalencia de prestaciones / eventualidades

CONTRACTUAL INCIDENTS OF THE CORONAVIRUS AND REBUS SIC STANTIBUS CLAUSE

ABSTRACT. The coronavirus pandemic has generated multiple consequences in the world of law with special attention to the contractual world. The context constitutes unpredictable situations for the contracting parties, so solutions must be found that allow the reestablishment of contractual relationships or give them the best possible way out. In this lies the great relevance of the *rebus sic stantibus* clause. Thus, throughout the article, different aspects to be considered for its application in the context of the coronavirus pandemic will be discussed.

KEYWORDS: clause / *rebus sic stantibus* / coronavirus / equivalence of benefits
/ eventualities

A Elena González Orozco, perspicaz e inteligente abogada, por incitarme a trabajar, incluso en estado de confinamiento, con especial agradecimiento, afecto y cariño.

LA ALTERACIÓN DE LAS CIRCUNSTANCIAS CONTRACTUALES Y LA CLÁUSULA *REBUS SIC STANTIBUS*

Son relativamente frecuentes los supuestos en que, como consecuencia de la extraordinaria alteración de las circunstancias atinentes al contrato, no previstas ni previsibles por las partes en el momento de su celebración, se producen efectos que atentan contra la equivalencia de las prestaciones establecidas originariamente cuando se celebra el contrato.

Dichos supuestos plantean graves problemas de justicia material, a los que el derecho —de alguna forma— debe hacer frente, aunque las partes no se hayan preocupado de preverlos o no exista norma concreta alguna dirigida a su resolución.

Basta pensar en aquellos contratos cuya ejecución queda diferida temporalmente, sean o no de carácter duradero, y cuyo cumplimiento exija para una de las partes un inusitado sacrificio, claramente desproporcionado en relación con el contenido inicial de la relación obligatoria. Tras la guerra civil española, por ejemplo, algunas personas que tenían pactado un contrato de suministro con los aceituneros de Jaén pretendieron que estos les siguieran entregando tan magnífico fruto en las condiciones, cantidades y precios pactados con anterioridad, pretensión que en términos prácticos era y fue totalmente inasumible.

Ante semejantes eventualidades, la doctrina y la jurisprudencia españolas han recurrido tradicionalmente, mucho antes de que el contagio inherente al coronavirus haya provocado una cadena de consecuencias económicas que todavía están por verse y evaluarse aunque sea de manera aproximada, a la llamada cláusula *rebus sic stantibus* como remedio para el desequilibrio patrimonial que la alteración de las circunstancias contractuales comporta, en el sentido de entender implícito o subyacente en todo contrato de tracto sucesivo un pacto en virtud del cual el cumplimiento contractual se entiende necesario siempre y cuando las cosas sigan manteniéndose tal y como se encontraban en el momento de perfección del contrato (*contractus qui habent tractum succesivum vel dependentiam de futuro rebus sic stantibus intelligitur*).

Esto es, en caso de una extraordinaria modificación del entorno contractual, habría de concluirse que el contrato no vincula a las partes o que, por lo menos, no las obliga más que adecuándolo, de forma necesaria, a las circunstancias coetáneas al momento de ejecución o cumplimiento de las respectivas prestaciones. Con ello se evitarían

consecuencias notoriamente injustas que resultan repelentes para el jurista y se permitiría una constante adecuación de los acuerdos contractuales pactados al principio general de buena fe que el ordenamiento jurídico coloca como pilar fundamental del tráfico jurídico-patrimonial.

No obstante, por adecuado y correcto que parezca tal planteamiento, la verdad es que semejante pretensión no puede compaginarse fácilmente con otro de los principios básicos de la materia contractual y que históricamente constituyó la idea motriz de la moderna configuración del contrato como mecanismo jurídico del intercambio de bienes y servicios: *pacta sunt servanda* (en román paladino: “los contratos hay que cumplirlos”).

Su desconocimiento implicaría, en el fondo, hacer dejación simultánea del mantenimiento de la seguridad jurídica contractual y podría acarrear —si se llevara a sus últimas consecuencias— que el cumplimiento de los contratos quedase sometido al arbitrio de una de las partes (solución radicalmente vetada por el artículo 1256 del Código Civil español) en cuanto hubiera de atenderse a las expectativas patrimoniales que, derivadas del contrato, imaginó cualquiera de los contratantes y que, subjetivamente, consideran justas.

Por ello, la admisibilidad de la cláusula *rebus sic stantibus* se realiza con extraordinaria cautela: “La jurisprudencia ha admitido la doctrina de la llamada cláusula *rebus sic stantibus*, si bien de manera restrictiva, por afectar al principio general *pacta sunt servanda* y a la seguridad jurídica, exigiendo por ello como requisitos necesarios para su aplicación”, declaraba ya de forma terminante la señera Sentencia del Tribunal Supremo —en adelante, STS— del 27 de junio de 1984, que —junto con muchísimas otras— procuraba resaltar la necesidad de cohonestar las exigencias de justicia material en el equilibrio de las prestaciones con la seguridad del tráfico jurídico.

LA CLÁUSULA *REBUS SIC STANTIBUS* COMO SUPUESTO DE INTEGRACIÓN CONTRACTUAL

La confrontación entre el principio de seguridad contractual (*pacta sunt servanda*) y el mantenimiento de la equivalencia de las prestaciones (cláusula *rebus sic stantibus*) se ha pretendido superar, en favor de esta última, argumentando que dicha “cláusula” se encuentra ínsita en todo contrato por voluntad presunta de las partes. Tal planteamiento, no obstante, es erróneo y, además, podría originar no pocas confusiones al respecto.

Sin embargo, la virtualidad propia de la cláusula *rebus sic stantibus* (ajustar el contenido contractual a las nuevas circunstancias o declarar la ineficacia del contrato en cuestión para el futuro) no se deriva de pacto entendido alguno, ni de la voluntad presunta de las partes ni —por supuesto— es una “cláusula contractual” en el sentido convencional de regla prevista e insertada en el contrato por las partes.

Al contrario, se trata sencillamente de una aplicación concreta a los contratos de ejecución temporalmente diferida de las reglas de integración contractual imperativamente establecidas por el artículo 1258 del Código Civil español, que —por principio— son indisponibles para la voluntad (presunta, implícita, tácita o declarada) de las partes contratantes.

Por consiguiente, para explicar su operatividad concreta —de largo conocida en la jurisprudencia española— es innecesario acudir a esquemas de otros derechos (la “excesiva onerosidad de la prestación” de los artículos 1467 a 1469 del Código Civil italiano de 1942, o la teoría de “la base del negocio” —*Geschäftsgrundlage*— creada por Paul Oertmann y Karl Larenz para el derecho alemán), como se han complacido en hacer algunos de nuestros civilistas más señeros del siglo xx.

REQUISITOS Y EFECTOS DE LA APLICACIÓN DE LA CLÁUSULA *REBUS SIC STANTIBUS*

La reiteradísima jurisprudencia española sobre el particular exige —acaso con un punto de rigor excesivo— que se den las circunstancias o requisitos siguientes para que quepa la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*:

- 1) Que entre las circunstancias existentes en el momento de celebración del contrato y las concurrentes en el momento de su cumplimiento o ejecución se haya producido una alteración extraordinaria.
- 2) Que, a consecuencia de dicha alteración, resulte una desproporción exorbitante y fuera de todo cálculo entre las prestaciones convenidas.
- 3) Que no exista otro medio (jurídicamente hablando) de remediar el desequilibrio sobrevenido de las prestaciones.
- 4) Que las nuevas circunstancias fueran imprevisibles para las partes en el momento de celebración.
- 5) Que quien alegue la cláusula *rebus sic stantibus* tenga buena fe y carezca de culpa (véanse las STS del 19 de abril de 1985, del 27 de junio de 1984 y del 9 de mayo de 1983).

Aunque las consecuencias de la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* se encuentran en estrecha dependencia con los datos de hecho, como regla general, el Tribunal Supremo se inclina más por revisar o modificar la originaria equivalencia de las prestaciones que por declarar la ineficacia sobrevvenida del contrato, atendiendo al ya mencionado principio de conservación de aquel: “En cuanto a sus efectos [declaraba ya la STS del 17 de mayo de 1957] hasta el presente se le han negado los rescisorios, resolutorios o extintivos del contrato, otorgándole solamente los modificativos del mismo,

encaminados a compensar el desequilibrio de las prestaciones u obligaciones” (de los “efectos modificativos” habla igualmente la STS del 13 de marzo de 1987 y, después, las del 25 de enero y el 1 de marzo del 2007, entre otras).

En la reciente jurisprudencia, posee particular interés considerar la STS 820/2013, del 17 de enero. En el caso, los compradores de una vivienda unifamiliar pretenden la aplicación de la cláusula y reclaman a la promotora la devolución de lo pagado (unos 30 000 euros), así como la resolución del contrato. La compañía mercantil vendedora, en demanda reconvenional, defiende la validez del contrato y reclama la cantidad pendiente (200 000 euros). El juzgado otorga la razón a la promotora y condena a los compradores a cumplir el contrato. La sentencia de apelación estima la demanda y desestima la reconvenición, aplicando materialmente la cláusula *rebus sic stantibus*; técnica rechazada en casación por el Tribunal Supremo al considerar que la diferencia de meses entre celebración y prevista ejecución del contrato (en el 2008), con apreciación generalizada —además— de la crisis económica y financiera existente, impide la aplicación de la *rebus sic stantibus*.

La jurisprudencia española más reciente (véanse las STS del 17 de enero del 2013, del 18 de enero del 2013, del 15 de octubre del 2014 y del 24 de junio del 2015, por ejemplo) exige para la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*, con mayor flexibilidad que en otras épocas, que la alteración sea sobrevenida y que concurra un aumento extraordinario de la onerosidad o que no concurra la posibilidad de haber efectuado una previsión razonable de la situación finalmente desencadenada. No obstante, con buen criterio, la STS 227/2015, del 30 de abril (ponente: Rafael Sarazá Jimena) declara inaplicable la doctrina *rebus sic stantibus* en las compraventas claramente especulativas, pues considerarlas bajo dicho prisma sería contrario a la buena fe, criterio axiológico que es, justamente, uno de los pilares en los que debe apoyarse la citada doctrina.

En todo caso, como indica la STS 447/2017, del 13 de julio, la imposibilidad sobrevenida liberatoria no es aplicable a las deudas de pago de dinero y no cabe la exoneración del deudor con invocación de la doctrina de la cláusula *rebus sic stantibus* en los casos de dificultades de financiación.

Conviene observar, por otro lado, que la aplicación de la cláusula estudiada no se limita al ámbito del derecho privado, pues la jurisprudencia ha tenido ocasión de reiterar su incidencia en la contratación administrativa, como indicó María Paz Sánchez González, a pesar del principio de “a riesgo y ventura” que rige en esta materia (véanse las STS de la Sala Cuarta, de lo Social, del 18 de febrero de 1986 y del 24 de enero de 1984).

Respecto a la crisis financiera del 2007-2008 como hecho determinante para la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*, la jurisprudencia ha tenido oportunidad de declarar “que la crisis financiera es un suceso que ocurre en el círculo de sus actividades empresariales, que no puede considerarse, imprevisible o inevitable” (STS 742/2014, del

11 diciembre). En la misma línea, la STS 64/2015, del 24 febrero, afirmó que del carácter de hecho notorio que caracterizó la crisis económica del 2008 no comporta, por ella sola, que se derive una aplicación generalizada, o automática, de la cláusula *rebus sic stantibus* a partir de dicho periodo, sino que es del todo necesario que se contraste su incidencia causal o real en el marco de la relación contractual de que se trate.

Por su parte, la STS 237/2015, del 30 abril, dejó establecido que, aun admitiendo la posibilidad de aplicar la regla *rebus sic stantibus* a quien se ve afectado por la crisis económica, previene no obstante contra el peligro de convertir esa posibilidad en un incentivo para incumplimientos meramente oportunistas. Véase también, en este sentido, últimamente, la STS 214/2019, del 5 de abril.

LA INCIDENCIA DEL ESTADO DE ALARMA Y LOS CONTRATOS EN FASE DE EJECUCIÓN O CUMPLIMIENTO

Como es bien sabido, la terrible y fatídica expansión del coronavirus, en un breve periodo que ha parecido galopar al ritmo de diabólicos caballos voladores por el mundo, ha provocado el terror general a lo largo y ancho del planeta: de Asia a Europa, de Europa a América y, finalmente, a África, lo cual ha generado una multitud de fallecimientos inesperados y un número elevadísimo de afectados e infectados sin que, a ciencia cierta, nadie sepa qué puede ocurrir en las próximas semanas y meses.

Lo que sí sabemos ya es que el estado de alarma, reclusión y confinamiento domiciliario que se ha ido generalizando en todos los países afectados —con mejor o peor criterio político de sus gobernantes; esa es otra cuestión— ha imposibilitado el cumplimiento de numerosos contratos firmados y celebrados con anterioridad, cuya ejecución requerirá de todos los interesados en ellos de una readecuación de los términos de cumplimiento en el futuro más o menos inmediato en que su ejecución resulte posible.

Sabemos también que para dilucidar las consecuencias resultantes de la recuperación de la equivalencia de las prestaciones contractuales pendientes de cumplimiento no podrá perderse de vista lo que para la doctrina y la jurisprudencia españolas se llama cláusula *rebus sic stantibus*, a la que hemos dedicado estas páginas por ser el criterio regulador de la materia secularmente admitido en nuestros pagos e impuesto, sin vía de escape alguna, por la jurisprudencia reiterada, en caso de inexistencia de un buen acuerdo o una buena composición de intereses pactada por las propias partes contratantes.

Por lo tanto, quizá no deba considerarse inoportuno recordar aquello de que “más vale un mal arreglo que un pleito eterno” o, como mínimo, largo e inseguro.

REFERENCIAS

- Casación STS 64/2015, 24 de febrero (Villa de Madrid). (2015). Tribunal Supremo: Sala Primera, de lo Civil. Recuperado de <https://supremo.vlex.es/vid/569416522>
- Casación STS 742/2014, 11 de diciembre (Villa de Madrid). (2014). Tribunal Supremo: Sala Primera, de lo Civil. Recuperado de <https://supremo.vlex.es/vid/551913182>
- Sentencia del Tribunal Supremo, 18 de febrero (Madrid). (1986). Tribunal Supremo: Sala Cuarta, de lo Social. Recuperado de <https://supremo.vlex.es/vid/-76889901>
- Sentencia del Tribunal Supremo, 13 de marzo (Villa de Madrid). (1987). Tribunal Supremo: Sala Primera, de lo Civil. Recuperado de <https://supremo.vlex.es/vid/1-100-c-206594>
- Sentencia del Tribunal Supremo, 27 de junio (Villa de Madrid). (1984). Tribunal Supremo: Sala Primera, de lo Civil. Recuperado de <https://supremo.vlex.es/vid/-77547499>
- Sentencia del Tribunal Supremo 214/2019, 5 de abril (Madrid). (2019). Tribunal Supremo: Sala Primera, de lo Civil. Recuperado de <https://supremo.vlex.es/vid/778852529>
- Sentencia del Tribunal Supremo, 24 de febrero (Madrid). (1984). Tribunal Supremo: Sala Segunda, de lo Penal. Recuperado de <https://supremo.vlex.es/vid/-77230267>
- Sentencia del Tribunal Supremo 227/2015, 30 de abril (Villa de Madrid). (2015). Tribunal Supremo: Sala Primera, de lo Civil. Recuperado de <https://supremo.vlex.es/vid/570910054>
- Sentencia del Tribunal Supremo 237/2015, 30 de abril (Villa de Madrid). (2015). Tribunal Supremo: Sala Primera, de lo Civil. Recuperado de <https://supremo.vlex.es/vid/569416562>
- Sentencia del Tribunal Supremo 820/2013, 17 de enero (Villa de Madrid). (2013). Tribunal Supremo: Sala Primera, de lo Civil. Recuperado de <https://supremo.vlex.es/vid/compraventa-vivienda-rebus-sic-stantibus-iva-429311886>

COMPLEJIDADES DEL PERIODO INTERINO DE UN CONTRATO DE COMPRAVENTA DE ACCIONES EN EL MARCO DEL COVID-19

ALEXANDRA ARIZMENDI DE ROMAÑA
Universidad de Lima, Lima, Perú

Recibido: 17/8/2020 – Aprobado: 24/8/2020
doi: <https://doi.org/10.26439/iusetpraxis2020.n50-51.5040>

RESUMEN. El presente artículo aborda aquellas situaciones contractuales que quedaron fuera del pacto contractual ante una situación no prevista como la pandemia ocasionada por el brote del COVID-19 y el consecuente estado de emergencia promulgado en el Perú. El análisis se efectúa en el marco de un contrato de compraventa de bien mueble, en que el activo en venta representa un activo subyacente cuyo valor depende de su buena preservación durante la pandemia: las acciones de una sociedad en marcha. Así pues, realiza un repaso de las figuras disponibles en el derecho civil para encaminar las complejidades que presenta un contrato de compraventa de acciones durante el periodo interino entre la firma del contrato y la fecha de cierre.

PALABRAS CLAVE: contratos de compraventa de acciones / activo subyacente / periodo interino / negocio en marcha / apalancamiento / exención

COMPLEXITIES OF THE INTERIM PERIOD OF A STOCK PURCHASE AGREEMENT WITHIN THE FRAMEWORK OF COVID-19

ABSTRACT. This paper addresses those contractual situations that were left out of the contractual agreement, in the face of unforeseen circumstances such as the pandemic caused by the COVID-19 outbreak and the resulting state of emergency declared in Peru. The analysis is carried out within the framework of a stock purchase agreement, where the asset for sale consists of an underlying asset whose value depends on its good state of preservation during the pandemic: the shares of an operating company. Thus, this article reviews those tools available in civil law to address the complexities presented by a stock purchase agreement during the interim period between its execution and closing date.

KEYWORDS: stock purchase agreements / underlying asset / interim period / operating corporation / leverage / waiver

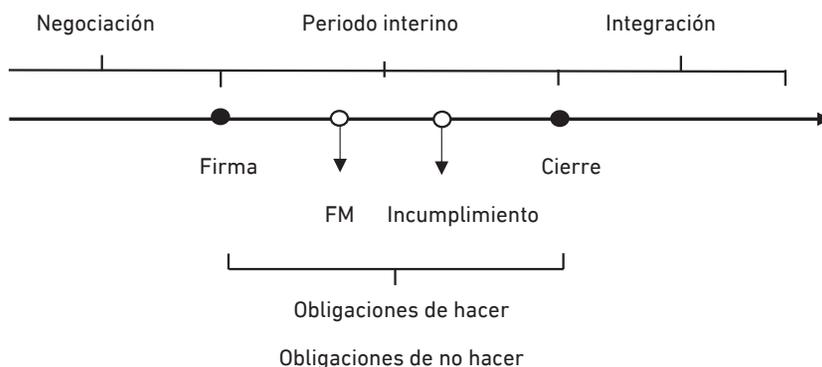
INTRODUCCIÓN

El presente artículo se basa en la ponencia realizada en el webinar internacional *El derecho civil ante el COVID-19*. En dicha ponencia, se tomó como punto de referencia un caso hipotético (en adelante, el caso de estudio) para el desarrollo de la potencial problemática que se podría presentar en una transacción de compraventa de acciones cuando estos contratos se negocian en momentos de crisis, como la pandemia generada por el COVID-19. El análisis de este caso servirá para evaluar las herramientas que se encuentran en nuestro ordenamiento jurídico y en el derecho comparado, para observar cómo podemos actuar ante situaciones imprevistas como la que estamos viviendo ahora a causa del coronavirus.

EL CONTRATO DE COMPRAVENTA DE ACCIONES

El caso de estudio es uno sencillo en el marco de un contrato de compraventa de acciones (en adelante, el contrato). A diferencia de un contrato de compraventa de cualquier otro bien (una casa, un automóvil, cualquier otro mueble, etcétera), en un contrato de compra de acciones el bien materia de venta (las acciones) representa un activo subyacente (una compañía). El valor de las acciones en venta se encuentra íntimamente ligado al valor de la compañía subyacente (entendida como empresa en marcha, conjunto de activos, obligaciones, derechos, etcétera). Entonces, al tener ese componente distinto, el mundo del derecho civil, que regula el contrato de compraventa, encuentra una intersección con el mundo del derecho corporativo, que regula el activo subyacente. En ese sentido, en el contexto general de la operación de compraventa de acciones, los intereses de las partes contractuales de la compraventa (comprador y vendedor) estarán íntimamente ligados al valor de la compañía entendida como un negocio en marcha al momento en que se negocia, firma y cierra el contrato de compraventa. En tal sentido, ese valor puede variar en el tiempo, incluyendo el periodo en el que se desarrolla la operación de compraventa.

A continuación, se presenta una línea de tiempo que muestra las distintas etapas de un contrato de compraventa de acciones con la particularidad de que, en nuestro caso de estudio, la firma del contrato (en adelante, la fecha de firma) será en una fecha distinta a la del cierre de la operación (en adelante, la fecha de cierre).



Elaboración propia

En el caso de estudio, en la fecha de firma se suscribe el contrato, con lo que se obliga a las partes a transferir la titularidad de las acciones y la contraprestación en la fecha de cierre, siempre y cuando se verifiquen las condiciones precedentes acordadas por las partes. En el periodo interino, cada una de las partes se encargará de realizar los actos necesarios para cumplir con las condiciones precedentes a la fecha de cierre que se encuentran a su cargo.

En ese periodo interino, se desata la situación de la pandemia a consecuencia del COVID-19. Como todos hemos experimentado, las reacciones de los diversos países frente a esta pandemia han sido distintas, y se han dictado múltiples medidas de seguridad, salud y economía. Concretamente, en el Perú se emitió el Decreto Supremo 044-2020-PCM, que declaró el estado de emergencia nacional (en adelante, el estado de emergencia), el cual ha sido prorrogado y modificado por disposiciones subsecuentes. Entre las medidas dictadas por el Gobierno peruano, se dispuso la inmovilidad social obligatoria y, en consecuencia, muchas empresas no han podido operar durante meses. Adicionalmente, se determinaron normas destinadas a la activación progresiva de la economía, así como exigencias para la implementación de protocolos sanitarios.

Es práctica regular que este periodo interino se encuentre bastante regulado contractualmente en los contratos de compraventa de acciones mediante: i) obligaciones de hacer, como, por ejemplo, operar el día a día del negocio de la misma forma en que se ha venido operando en el último año; así como ii) obligaciones de no hacer, como, por ejemplo, abstenerse de solicitar deuda adicional, abstenerse de disponer de activos importantes para el negocio de la compañía, abstenerse de realizar inversiones en *capex*, etcétera.

En el contexto del COVID-19 y el estado de emergencia, hemos observado cómo en muy pocas semanas la gran mayoría de las empresas peruanas se han visto fuertemente limitadas en la operación de sus negocios. Muchas no han podido operar por semanas, lo

cual ha conllevado la inejecución de sus obligaciones contractuales y, al mismo tiempo, se han visto perjudicadas por la inejecución de obligaciones de sus proveedores. Se han tenido que activar cláusulas de fuerza mayor, retardos, periodos de gracia y renegociaciones de acuerdos. El Gobierno les exige nuevas obligaciones a las empresas, como la implementación de protocolos sanitarios, restricciones en el reparto de sus productos, limitaciones de aforo, entre otros aspectos, que implican una inversión no prevista en su presupuesto. Asimismo, se produjo reducción de clientela, despido del personal y cierre de operaciones. En general, el mercado ha sido fuertemente impactado por esta paralización y a las empresas no les quedó otra opción que ser flexibles para reaccionar rápidamente a la nueva realidad y conseguir adaptarse para poder sobrevivir.

Resulta claro que la pandemia y el estado de emergencia constituyen una situación no imputable a las partes contratantes. Entonces, en el caso de estudio, la compañía se encuentra en un escenario de crisis y con riesgo de insolvencia. Cabe recordar que actualmente, durante el periodo interino, la compañía aún se encuentra en manos del vendedor y depende de este realizar los actos destinados a preservar la existencia y el valor de la compañía. De lo contrario, el valor del activo subyacente del contrato se perderá, lo cual perjudicará tanto al comprador como al vendedor. Sin embargo, al ser los contratos de compraventa tan variados en sus estructuras y como resultados propios de los tipos de industria de la compañía que es objetivo de la transacción, así como de los intereses de las partes que se encuentran en negociación, la situación de salvaguarda del valor no se resuelve tan fácilmente. Es aquí donde surge lo que denominamos “el dilema del vendedor”.

EL DILEMA DEL VENDEDOR: CUMPLIMIENTO CONTRACTUAL

El dilema en el que se encuentra el vendedor consiste en debatirse entre: i) cumplir con las obligaciones de no hacer que se han establecido a su cargo en el contrato y, en consecuencia, no tomar acción frente a la crisis para salvaguardar el valor de la compañía, o ii) incumplir su obligación contractual de no hacer y tomar acciones para salvaguardar el valor de la compañía a pesar de que dichas acciones se encuentran expresamente restringidas por el contrato.

En el primer supuesto, en caso de que el vendedor cumpla su obligación contractual y efectivamente no haga nada frente a la crisis en la que se encuentra la compañía, dicho vendedor estará obligado a presenciar cómo su compañía se va en caída libre mientras él se queda de brazos cruzados o, más bien, contractualmente atado de manos. En ese caso, la compañía se estará viendo afectada exponencialmente conforme vaya pasando más tiempo en el contexto de la crisis sin un accionista a cargo que tome acciones para mitigar los perjuicios que se han producido en el negocio. Tengamos en cuenta que, mientras la compañía se encuentra afectada, también se perjudican sus *stakeholders*:

trabajadores, acreedores, proveedores, etcétera. Adicionalmente, se genera un perjuicio potencial para el comprador en vista de que el activo subyacente del bien que va a adquirir por la operación de compraventa en la fecha de cierre habrá perdido su valor.

Por otro lado, la segunda opción que tiene el vendedor consiste en incumplir el contrato, pero tomar acciones para salvar la compañía y preservar el valor del negocio. Entonces, el vendedor podría, por ejemplo, acceder a los préstamos que ha facilitado el Gobierno para retomar operaciones; en consecuencia, el vendedor endeuda la compañía e incumple su obligación de no tomar deuda adicional en el periodo interino. Del mismo modo, el vendedor podría realizar una inversión para comprar activos destinados a cumplir con los protocolos dictados por el Gobierno para poder empezar a operar, o el vendedor podría vender una línea de negocio o maquinaria importante de la compañía para salvar el resto de las líneas de negocio de dicha compañía.

De la situación descrita, pareciera que no hay mucho que pensar, y que salvar la compañía sería la decisión adecuada a tomar en una situación como la que presenta el caso de estudio, ya que es la opción que, en principio, beneficia a todas las partes involucradas: la compañía, sus *stakeholders*, el vendedor e incluso el comprador. No obstante, antes de llegar a conclusiones anticipadas, revisemos la postura en la que se puede encontrar el comprador.

Las alternativas que maneja el comprador pueden ser decisiones válidas de negocio y estar pensadas en el interés de la compañía en general; sin embargo, el comprador puede válidamente poseer intereses muy particulares en la compañía, los cuales determinan su decisión de compra e incluso la valorización que ha efectuado a la compañía. Estos factores no necesariamente van a coincidir con las variables que el vendedor utiliza para darle valor a la compañía. Es así como, por ejemplo, el comprador puede tener interés particular en la compañía únicamente por una de sus líneas de negocio, y justamente esa línea es la que el vendedor desprende como una de sus medidas de salvaguarda ante la crisis. Otro ejemplo es que al comprador solo le sea económicamente eficiente adquirir una compañía con cierto nivel de apalancamiento, pero una vez que el vendedor toma la deuda nueva como medida de salvaguarda la *ratio* de apalancamiento cambia de tal forma que al comprador ya no le resulta económicamente eficiente la operación. Las medidas de salvaguarda del vendedor, si bien se encuentran destinadas a salvar el activo subyacente, al mismo tiempo pueden importar un cambio sustancial en las variables de la transacción y ocasionar que la operación genere menos sinergias u oportunidades distintas a las calculadas inicialmente por el comprador y, en consecuencia, baje el retorno esperado.

Un tema adicional a tener en cuenta que normalmente también se halla presente en este tipo de contratos son las denominadas cláusulas MAC (*material adverse change*) y MAE (*material adverse effect*), las cuales regulan circunstancias sustancialmente

adversas. Precisamente estas cláusulas son mecanismos de salida del contrato a favor del comprador ante la ocurrencia de eventos que produzcan cambios o efectos sustancialmente adversos en el negocio de la compañía. La definición de estos eventos puede variar de contrato a contrato, pero en nuestro caso de estudio podría configurarse como efecto materialmente adverso la disminución de flujos de la compañía de una manera no prevista y radicalmente distinta al ejercicio anterior.

Estas son cláusulas estándar en los contratos de compraventa de acciones. Teniendo en cuenta esta variable, pareciera ahora que el comprador podría quedarse de brazos cruzados mientras se desarrolla la crisis en el periodo interino y hacer caso omiso de cualquier *waiver* que solicite el vendedor para autorizarlo a incumplir alguna de sus obligaciones de no hacer y así poder ejecutar medidas de salvaguarda. En ese caso, el vendedor puede ver si efectivamente la compañía se va en caída libre ante la inacción de dicho vendedor (contractualmente atado de manos). En caso de que, en efecto, el valor de la compañía caiga, es esperable que alguno de los supuestos MAC o MAE se configure. Con ello, el comprador se verá liberado de su obligación de adquirir la compañía. Es decir, el comprador no hace nada por liberar al vendedor de su dilema, no autoriza las medidas de salvaguarda para preservar el valor de la compañía; pero al mismo tiempo tampoco está asumiendo ningún riesgo de verse perjudicado por dicha pérdida de valor, ya que tiene una cláusula de salida que le permite darse la vuelta en caso de que efectivamente la compañía vaya mal. De esta forma, será el vendedor quien se quede con la compañía desvalorizada.

Así, en nuestro caso de estudio hay dos partes contractuales que pueden estar actuando de acuerdo con lo inicialmente pactado en su contrato y, de buena fe, encontrarse preocupadas por los intereses que cada una de ellas tiene en la operación. Sin embargo, ante la situación de crisis con las circunstancias que llevan a la compañía al límite es donde se agudizan estas diferencias.

A MANERA DE EJEMPLO...

Para ejemplificar este dilema, simplifiquemos aún más el supuesto y pensemos en un contrato de compraventa de una casa. Imaginemos que el vendedor se compromete frente al comprador a entregarle la casa dentro de un mes y, además, se obliga a no mojar los pisos de madera de dicho inmueble. Sin embargo, una semana antes de la entrega, durante el periodo interino del contrato de compraventa, la casa se empieza a incendiar. Entonces, el comprador se ve en el mismo dilema. Llevándolo un poco al absurdo, debe pensar qué hacer ante esa crisis: llamar a los bomberos e incumplir su obligación contractual de no mojar los pisos de madera de la casa, pero con la finalidad de intentar salvarla del incendio, o quedarse de brazos cruzados y cumplir a cabalidad con su obligación contractual, pero ver cómo la casa es consumida por el fuego.

Con este ejemplo, se hace un poco más difícil de comprender el segundo supuesto y, en nuestra opinión, resulta evidente que la situación que pretende salvar la totalidad de la casa prevalece frente a salvaguardar la obligación contractual.

HERRAMIENTAS DISPONIBLES EN EL DERECHO CIVIL

Pensando en las herramientas que nos otorga el Código Civil y poniéndonos en los zapatos del legislador, cuesta pensar que el mismo código que nos pide el saneamiento de los bienes, asegurar la habitabilidad de un bien inmueble, el deber de cuidado, las obligaciones de mitigación de daño y negociar de buena fe sea al mismo tiempo un código que ate de manos al comprador, imposibilitándolo de preservar el activo subyacente de un contrato de compraventa de acciones, al ser la compañía tan relevante para muchos *stakeholders* y, en consecuencia, valiosa en la sociedad. Lo cierto es que la situación descrita en el caso de estudio no tiene una solución predeterminada en nuestro ordenamiento, y debemos acudir a revisar las herramientas disponibles en el derecho civil para resolver el dilema.

Entonces, revisemos brevemente algunas de las herramientas contenidas en el Código Civil peruano, así como otras que podemos encontrar en el derecho comparado.

- **Cuantificación de daños: mitigación de daños**

En primer lugar, revisemos la figura de la obligación de mitigar daños, regulada en el artículo 1327 del Código Civil peruano. En ese supuesto, nos tenemos que situar en un momento en que ya ha ocurrido un incumplimiento y se ha producido un daño. Ahora, el problema aquí es que la figura de mitigación de daños que tenemos en el Código Civil no es aplicable al caso de estudio porque la figura de mitigación es una carga del acreedor de la obligación incumplida. En tal caso, precisamente el dilema del vendedor ocurre en un momento previo y parte del mencionado dilema es la evaluación de incumplir o no las obligaciones a su cargo en el contrato. Es cierto que su incumplimiento “mitigaría” los efectos de la crisis. Pero esa mitigación y ese perjuicio ocasionados por la crisis no han sido causados por el comprador, sino por un evento de fuerza mayor.

Por otro lado, también se podría argumentar que, por su parte, el comprador se halla en la obligación de “mitigar” los daños que se pudieran ocasionar por la crisis mediante el otorgamiento del *waiver* solicitado por el vendedor para autorizar su incumplimiento contractual y ejecutar las medidas de salvaguarda de la compañía. Sin embargo, esta situación tampoco cumple con los presupuestos requeridos por el Código Civil mencionados en el párrafo anterior.

Ello se encuentra muy ligado a la renegociación del contrato, porque efectivamente el *waiver* se va a otorgar a través de una modificación contractual, y aquí la llave del asunto es qué tanto yo puedo depender de la voluntad del comprador

de que quiera otorgar el *waiver*, o exigirle que renegocie conmigo, porque en ese supuesto está por buena fe, en cierto modo, razonablemente obligado a renegociar y de una manera muy rápida.

- **Frustración del propósito del contrato**

Otra herramienta que no se halla en el Código Civil peruano, pero que encontramos en el derecho comparado es la figura de la frustración del contrato, incorporada en los *Coronation cases* y, además, actualmente adoptada en el Código Civil argentino. Esta figura presupone que existe un hecho no imputable a las partes por el cual se frustra todo el propósito que dichas partes inicialmente tenían para la celebración del contrato. Ello da lugar a la resolución del referido contrato.

En el caso de estudio no se produce una frustración del propósito del contrato porque, de nuevo, el hecho generador del dilema del vendedor se produce en un momento previo al que eventualmente generaría una frustración. Precisamente el vendedor quiere evitar que el propósito del contrato se vea frustrado por la pérdida de valor de la compañía; desea tomar las medidas de salvaguarda no solo para preservar el valor de la compañía, sino también para conservar el sentido de la operación de compraventa y que las partes no pierdan el interés en dicha contratación.

- **Excesiva onerosidad**

También se debe tener en cuenta la excesiva onerosidad del Código Civil peruano y el *hardship* del *common law*. Estas dos figuras han sido muy comentadas últimamente en el contexto de la COVID-19 precisamente porque son relevantes en contextos en los cuales el contrato deviene en un desequilibrio y existe un sobrecosto en la prestación en el marco de un contrato de ejecución continuada o diferida (como es el caso de estudio).

Este tampoco es nuestro caso de estudio porque la prestación no es el problema, sino que este radica en la complejidad de observar cómo está dada la asignación de riesgos en el periodo interino. En el momento en que surge el dilema del vendedor no se sabe en manos de quién van a quedarse las acciones y, en consecuencia, el activo subyacente. Tampoco se posee certeza del valor de la compañía ni si dicho valor va a corresponder al precio pactado por las acciones. De nuevo, el dilema está destinado a determinar si se actúa para preservar dicho valor.

- **Fuerza mayor**

La última figura que vamos a repasar es la fuerza mayor, que se encuentra regulada en el artículo 1315 del Código Civil peruano. El caso fortuito y la fuerza mayor

están contenidos en los supuestos de causas no imputables, que responden a la inejecución de obligaciones, junto con la actuación con diligencia ordinaria. Ya hemos conversado en varias oportunidades previas acerca de que, al menos en el Perú, la pandemia de la COVID-19 y el decreto que declara el estado de emergencia —y dispone la inmovilidad social obligatoria— son un supuesto de fuerza mayor para la mayoría de los casos que hemos revisado. Evidentemente, como bien se sabe, la fuerza mayor debe ser revisada caso por caso, de acuerdo con lo pactado en el contrato, las particularidades del contexto, la industria a la que pertenece la empresa contratante y las obligaciones que se encuentran pendientes de ejecución respecto a las cuales se alega fuerza mayor.

Más allá de este repaso, pensemos cómo se relaciona nuestro caso de estudio con la figura de la fuerza mayor. El Código Civil indica que la fuerza mayor es un evento irresistible, imprevisible, extraordinario que impide la ejecución de la obligación o determina su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso. Ahora bien, ¿cómo aplicar esta figura a una obligación de no hacer como la descrita en nuestro caso de estudio?

CONCLUSIONES: HERRAMIENTA CONTRACTUAL

Como recomendación general ante este vacío o incertidumbre, tenemos siempre la posibilidad de hacer uso de la libertad contractual y prevenir estas situaciones regulando en nuestros contratos las consecuencias de un imprevisto similar en situaciones de crisis que se desaten durante el periodo interino. Este tema adquiere incluso mayor relevancia cuando recordamos que hace un tiempo se viene discutiendo la Ley del Control de Fusiones, cuya implementación va a ocasionar que los periodos interinos de las operaciones de M & A (*mergers and acquisitions*) sean más prolongados.

La recomendación es realizar una excepción expresa a la obligación de llevar a la compañía de acuerdo con el curso ordinario, y facultar al vendedor para ejecutar actos que se encuentren destinados a preservar el valor de la compañía por causas que se relacionen con la pandemia, el coronavirus, el estado de emergencia y otros temas derivados, que razonablemente puedan destinarse a conservar el valor de la compañía, el negocio, las líneas de negocio y el desarrollo de las actividades de la compañía entendida como un negocio en marcha.

REFERENCIAS

Código Civil del Perú. (1984). Recuperado de <https://lpderecho.pe/codigo-civil-peruano-realmente-actualizado/>

Decreto Supremo 044-2020-PCM, Decreto Supremo que declara Estado de Emergencia Nacional por las graves circunstancias que afectan la vida de la Nación a consecuencia del brote del COVID-19. (15 de marzo del 2020). Recuperado de https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/566448/DS044-PCM_1864948-2.pdf

PONENCIAS

CONSECUENCIAS DEL INCUMPLIMIENTO DE LOS CONTRATOS A CAUSA DEL COVID-19 EN EL DERECHO ARGENTINO

SEBASTIÁN PICASSO

Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, Argentina

Recibido: 7/8/2020 – Aprobado: 14/8/2020

doi: <https://doi.org/10.26439/iusetpraxis2020.n50-51.5041>

RESUMEN. El problema que se plantea en el presente texto versa sobre los efectos que produce el incumplimiento en los contratos suscritos en Argentina como consecuencia de la pandemia del coronavirus. Para comenzar, debido a dicha pandemia, los gobiernos de varios países del mundo han decidido adoptar distintas medidas de emergencia, entre las cuales se destaca el aislamiento social obligatorio, por lo que se ha generado una abrupta caída de las diversas actividades económicas y, por lo tanto, la imposibilidad de cumplir muchos contratos en curso. Frente a ello, cabría preguntarse cuáles son los remedios o las salidas que ofrece el derecho positivo para resolver tal problema.

PALABRAS CLAVE: pandemia / aislamiento social obligatorio / contrato / obligación / caso fortuito / incumplimiento / imposibilidad / renegociación

CONSEQUENCES OF BREACH OF CONTRACT DUE TO COVID-19 UNDER THE ARGENTINE LAW

ABSTRACT. This paper addresses the problem caused by the effects of breach of contracts entered into in Argentina as a result of the coronavirus pandemic. To begin with, due to the coronavirus pandemic, the governments of several countries worldwide have decided to take different emergency measures, among which compulsory social distancing stands out. Said situation has generated an abrupt fall in the various economic activities and, therefore, the impossibility to fulfill many ongoing contracts. In view of this, one might ask oneself what remedies or solutions are offered by positive law to solve this problem.

KEYWORDS: pandemic / mandatory social distancing / contract / obligation / act of God / breach / impossibility / renegotiation

En el derecho argentino hay una serie de institutos que, según la doctrina, pueden aplicarse ante el incremento de casos de incumplimientos contractuales como consecuencia de los efectos de la pandemia del coronavirus, tales como el aislamiento social obligatorio, la cuarentena y el impedimento de entrada y salida del país, a saber: i) la invocación de un caso fortuito, ii) la aplicación de la teoría de la imprevisión, iii) la frustración del fin del contrato y iv) la renegociación contractual. Aunque haremos hincapié en la primera de esas instituciones, dedicaremos unas breves consideraciones finales a la cuestión de la renegociación de los contratos.

En el sistema del Código Civil y Comercial argentino, el deudor se obliga hasta el límite de la imposibilidad. La idea es que, en tanto haya incumplimiento, hay responsabilidad del deudor, salvo que este pruebe que dicho incumplimiento se ha debido a un caso fortuito que produjo una imposibilidad de cumplimiento sobrevenida, objetiva, absoluta, definitiva y no imputable al obligado. Entonces, hay cumplimiento forzado, y eventualmente también responsabilidad del deudor, hasta el límite de un caso fortuito que causa esa imposibilidad.

La imposibilidad se encuentra expresamente regulada por dos normas del Código Civil y Comercial argentino: el artículo 955, que hace referencia a la extinción de las obligaciones por imposibilidad, y el artículo 1732, que se refiere a los efectos que ella conlleva en la responsabilidad civil (la eximición del deudor). Estas dos normas establecen una serie de requisitos que la imposibilidad de cumplimiento debe reunir para producir esos dos efectos (extinción de la obligación y exoneración del deudor). El primero de ellos pasa por el hecho de que la imposibilidad ha de ser causada por un caso fortuito. El caso fortuito está definido expresamente por el Código Civil y Comercial argentino con los tres elementos con los que la doctrina en general suele reconocerlo: la imprevisibilidad, la inevitabilidad y la exterioridad respecto a la actividad del deudor.

Entonces, la primera pregunta que corresponde formularnos es si el brote de coronavirus, así como las medidas adoptadas como consecuencia de este por las autoridades estatales —como el aislamiento social preventivo y obligatorio—, constituyen realmente un caso fortuito. Poca duda cabe sobre ello en lo que respecta a las limitaciones a las actividades de los ciudadanos derivadas de los decretos del Poder Ejecutivo, que constituyen un clásico hecho del príncipe.

En efecto, al principio del brote de coronavirus a lo largo de Sudamérica, el aislamiento social obligatorio se impuso en la totalidad del territorio nacional argentino. Esto implicaba no solo que los habitantes debían permanecer en sus casas, sino también la prohibición de una larga serie de actividades. Sin embargo, hoy en día esas medidas se han segmentado según las distintas regiones del país; en algunas —como en la ciudad de Buenos Aires y la provincia homónima— continúan fuertes medidas restrictivas, mientras que en otras zonas tales precauciones se han relajado bastante.

Ahora bien, creemos conveniente precisar que la propia existencia de la pandemia, independientemente de las normas que establecen restricciones a los derechos de las personas, también constituiría un hecho extraordinario, imprevisible e irresistible. En su momento se ha discutido si otras enfermedades, como la peste, la gripe A, el dengue o la chikunguña, podían constituir o no un caso fortuito. La jurisprudencia francesa, por caso, tiene dicho que esas enfermedades no acarrearán un verdadero caso fortuito, dado que se trata de males ya conocidos, o bien de dolencias cuya letalidad no era tan significativa.

No obstante, entendemos que esas consideraciones no serían aplicables en el caso del coronavirus, porque su aparición es muy reciente, porque existen todavía grandes interrogantes acerca de su funcionamiento en el mundo científico, porque tiene un extraordinario nivel de contagiosidad y porque, además, presenta un nivel importante de letalidad —por lo menos para ciertos grupos de riesgo—.

Entonces, consideramos que la propia pandemia del coronavirus, independientemente de las restricciones que en consecuencia dispusieron las autoridades, constituye en sí misma un caso fortuito. De hecho, también en Francia, al menos dos tribunales (la Corte de Apelaciones de Colmar y la de Burdeos) han considerado que el riesgo del contagio derivado del COVID-19 que impide a las personas asistir a las audiencias judiciales constituye un caso fortuito.

La importancia de esta conclusión estriba en que podría llevar a justificar la existencia de un *casus* incluso con anterioridad al dictado de las medidas restrictivas. Por ejemplo, si un viaje programado se cancela semanas antes de que entren en vigor las medidas restrictivas en el territorio nacional, dado que en el país de destino había una circulación significativa del virus; o si quien había alquilado un local para la realización de un evento masivo cancela dicho evento pocos días antes del dictado de aquellas medidas.

Adicionalmente, el Código Civil y Comercial argentino dispone que la imposibilidad de cumplimiento debe ser sobrevenida. Sobre el particular, no cabe duda de que, en la medida en que se trate de contratos celebrados con anterioridad a que sobrevenga la pandemia del coronavirus, estamos ante una imposibilidad sobrevenida.

Asimismo, según la ley, la imposibilidad debe ser objetiva, lo que significa que ha de referirse a la prestación en sí y por sí considerada, y no a situaciones personales o patrimoniales propias del deudor. Es importante señalar que tanto esta característica como la que veremos a continuación tienen una influencia directa en las obligaciones de dar sumas de dinero, ya que este nunca perece. Por esa razón, el deudor no podría escudarse en una imposibilidad sobrevenida para eximirse de la obligación de pagar. Si el deudor no tiene dinero (por ejemplo, porque no puede explotar su negocio debido a las restricciones vigentes), esto implicaría una imposibilidad subjetiva y tampoco sería absoluta, en la medida en que el dinero nunca perece. Lo que sí podría afectarse por la

situación actual no sería la obligación de pagar en sí misma, sino el lugar de pago; pero esto, a lo sumo, daría lugar a una imposibilidad temporal, durante el tiempo razonable para que las partes pudiesen acordar otro modo de hacerse efectivo el pago (como una transferencia bancaria).

Por otro lado, la característica principal de la imposibilidad tal y como la estructura el Código Civil y Comercial argentino estriba en que ella debe ser absoluta, lo que significa que no ha de poder ser resistida o vencida por las fuerzas humanas. Dicho de otro modo, ni aun con los mayores esfuerzos posibles el deudor —ni este ni ningún otro— debe poder vencer esa imposibilidad.

En nuestro caso, queda claro que el aislamiento social obligatorio y, por lo tanto, la prohibición legal de ciertas actividades implican una imposibilidad absoluta de realizar tales actividades, así como de cumplir prestaciones que las personas deben forzosa-mente ejecutar fuera de sus domicilios (salvo los casos de las actividades consideradas “esenciales” y expresamente permitidas).

A lo que se suma que en ciertos casos el riesgo de contagio puede generar una imposibilidad moral, es decir, no necesariamente una imposibilidad absoluta desde un punto de vista objetivo. Por ejemplo, podría ser posible que alguien se traslade materialmente para cumplir una determinada actividad. Empero, si se tratase de una actividad o una situación que puede generar un alto nivel de riesgo de contagio, entonces estaríamos ante lo que llamamos una imposibilidad moral. El Código Civil y Comercial argentino prevé esta hipótesis cuando, en el último párrafo de su artículo 1732, dispone que la exigencia de la imposibilidad absoluta ha de apreciarse teniendo en cuenta el ejercicio regular de los derechos y las exigencias de la buena fe. De tal forma, en ciertos casos, cuando el cumplimiento de la prestación sea todavía posible desde el punto de vista material, pero esté reñido con la buena fe, el juez puede de todos modos calificar la existencia de una imposibilidad que exime al deudor.

En otro orden de ideas, que la imposibilidad deba ser absoluta no quiere decir que aquellos casos en los cuales el deudor requiere un esfuerzo extraordinario para cumplir no pueden ser tenidos en cuenta por la ley. Sin embargo, esto no se daría ya bajo el prisma de la imposibilidad, sino sobre la base de la teoría de la imprevisión. Ello supone que, aunque no se llegue al límite de la imposibilidad, el deudor puede pedir un reajuste o eventualmente la resolución del contrato, como consecuencia de que su prestación se volvió excesivamente onerosa por circunstancias sobrevinientes e imprevisible para las partes.

Otra característica que la imposibilidad tiene que reunir consiste en que debe ser definitiva. Si la obligación ya no puede ser cumplida en el futuro, entonces la obligación se extinguiría y no habría ni cumplimiento forzado ni responsabilidad del deudor. En

cambio, si la imposibilidad es meramente temporaria, la doctrina está de acuerdo con que solo habría una suspensión de la responsabilidad por mora, pero una vez superada la imposibilidad el deudor debe cumplir la obligación.

Nos parece importante señalar esto último debido a que sabemos que en algún momento la pandemia terminará, al igual que las restricciones a las actividades de las personas establecidas normativamente. Entonces, en la medida en que puedan retomarse las actividades y en que se acabe la pandemia, las obligaciones que han quedado suspendidas por imposibilidad transitoria o temporaria podrán ser ejecutadas, siempre y cuando no exista un plazo esencial o la demora no haya frustrado de manera definitiva el interés del acreedor, casos en los cuales estaríamos en el supuesto de una imposibilidad definitiva y no temporaria.

Finalmente, la legislación argentina señala que la imposibilidad, para poder extinguir la obligación y liberar al deudor, no ha de ser imputable al hecho del obligado. Entendemos que, más allá de algún caso en el que una persona se exponga imprudentemente a una situación de contagio —lo que le impediría aducir la enfermedad como un supuesto de imposibilidad—, o bien de quienes ya se encontraban en mora con anterioridad al inicio de la pandemia, dicho requisito también estaría cumplido frente a la imposibilidad causada por la pandemia o por las medidas administrativas o legales que impiden la circulación o la realización de ciertas actividades.

Hasta aquí hemos hablado de los efectos que la imposibilidad tiene en las obligaciones. Ya hemos mencionado que el Código Civil y Comercial argentino regula esta cuestión cuando regla el incumplimiento de las obligaciones en general, mas no cuando se refiere específicamente a los contratos, a diferencia de lo que sí sucede con otros ordenamientos, como por ejemplo el Código Civil y Comercial italiano o el Código Civil francés, que contemplan separadamente los efectos de la imposibilidad para las obligaciones y para los contratos. En Argentina, en cambio, no hay una norma general para los efectos de la imposibilidad en materia de contratos.

Ahora bien, cuando el análisis se traslada al contrato, es decir, a los efectos que la imposibilidad de cumplimiento de una obligación tiene en el marco de un contrato, no es posible extrapolar sin más el sistema previsto para las obligaciones sin considerar el contexto en el que ellas se ubican. Así, en el caso del alquiler de un salón de fiestas, uno podría sostener que para el locador del salón se tornará imposible el cumplimiento de la obligación bajo la coyuntura actual; pero, en cambio, para quien arrendó el salón todavía sería posible pagar, por lo que seguiría obligado a hacerlo. Es evidente que esa no puede ser la solución: en tales casos, la imposibilidad de cumplimiento de una obligación tiene necesariamente que repercutir en la economía general del contrato y, por lo tanto, salvo que se trate de obligaciones accesorias o secundarias, debe también generar la extinción del contrato en su totalidad. Lo anteriormente expuesto no se encuentra mencionado de

modo expreso en el Código Civil y Comercial argentino —al menos de manera general y para todos los contratos—, pero hay diversos ejemplos en la regulación especial de varios de ellos: el contrato de locación de cosas, el contrato de obra o de servicios, el consorcio de cooperación, el comodato, etcétera.

Además, a la misma solución podría llegarse en Argentina por otra vía: la invocación de la frustración del fin del contrato, prevista en el artículo 1090 del Código Civil y Comercial. Este último establece que la parte perjudicada puede resolver el contrato cuando se frustra definitivamente su finalidad, si ello 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. Dicha “finalidad” no es otra que la causa fin del contrato, que el código (artículo 281) reconoce tanto en su versión objetiva (el fin inmediato autorizado por el ordenamiento jurídico que ha sido determinante de la voluntad) como, según los casos, en la subjetiva (los motivos exteriorizados que hayan sido incorporados al acto en forma expresa o tácita, si son esenciales para ambas partes).

Ahora bien, en la medida en que la finalidad objetiva del contrato tiene que ver con el cumplimiento del fin típico del negocio (verbigracia, en la compraventa, el intercambio de cosa por precio), si una de esas prestaciones no puede ya cumplirse, habría una frustración de la causa fin objetiva del contrato, y por esta vía también podría llegarse a la conclusión ya planteada, según la cual la imposibilidad de cumplimiento de una obligación principal del contrato generaría la resolución del acuerdo.

Si, en cambio, se tratara de una imposibilidad temporal, el contrato quedaría suspendido y ninguna de las partes estaría compelida a cumplir sus obligaciones hasta que cesara la imposibilidad temporal. Estimamos que en esta última situación se encuentra hoy en día una buena cantidad de contratos: los de espectáculo público, los referidos a gimnasios y natatorios, los de limpieza o seguridad de locales comerciales y los de construcción inmobiliaria, entre muchos otros, se han suspendido —en principio— de manera temporal, y en algún momento, salvo que en el medio se frustre irreversiblemente el interés del acreedor, podrán continuar siendo ejecutados luego de la pandemia.

Para concluir, cabe hacer hincapié en un tema que se encuentra en debate en la doctrina argentina: la eventual obligación de renegociar los contratos. Sobre el particular, varios juristas han avanzado la idea de que, incluso existiendo imposibilidad de cumplimiento en los términos que hemos mencionado previamente, habría una obligación de las partes de renegociar el contrato para evitar su extinción. Idea que no compartimos.

La renegociación de los contratos se halla prevista por el Código Civil y Comercial argentino en casos sumamente puntuales. Ya mencionamos que, en los casos en que fuese de aplicación la teoría de la imprevisión, esto podría desembocar en una renegociación entre las partes para evitar la readecuación judicial.

Otro caso en el cual el Código Civil y Comercial argentino expresamente menciona la renegociación del contrato se encuentra establecido en su artículo 1011, que dispone que, en los contratos de larga duración, quien tiene intenciones de rescindir debe dar a la otra parte la posibilidad de renegociar de buena fe. En este caso, la regla de la renegociación se explica por el hecho de que, en los contratos de larga duración, las prestaciones no están fijadas de una vez y para siempre, sino que se van adaptando en función de las circunstancias. Por ejemplo, los contratos de servicios educativos en Argentina han experimentado cambios importantes como consecuencia de la pandemia del coronavirus. No hay clases presenciales, pero las instituciones educativas prestan sus servicios por medio del auxilio informático. Allí tendría sentido una renegociación que permitiera adaptar la cuota que se paga a las exigencias impuestas por las nuevas realidades (disminución de gastos fijos de las escuelas, etcétera).

Ahora bien, en el resto de los contratos, y exceptuando los casos de imprevisión, el código consagra otro sistema. Si hay incumplimiento, el único límite es la imposibilidad. Si hay imposibilidad, hay extinción del contrato, y quien tiene derecho a prevalerse de la extinción no tiene por qué verse obligado a renegociar sobre la base de principios que, si bien son muy atendibles —como la buena fe o la conservación del contrato—, no pueden pulverizar un pilar fundamental del derecho de las obligaciones y los contratos, como es la regla de la fuerza obligatoria. Es muy peligroso sostener que, ante una situación excepcional como la que estamos viviendo, tal principio cede frente a una supuesta obligación de renegociar, porque una vez abierto ese grifo el acreedor ya nunca estará seguro de que, cuando reclama legítimamente la ejecución o —según los casos— la resolución de un contrato, el juez no le dirá que en realidad debía haberlo renegociado. Con ello, se minaría severamente la seguridad jurídica.

Una cuestión distinta sería que el propio legislador estableciese, para este caso excepcional, medidas de emergencia que obliguen a renegociar ciertos contratos, tal y como ocurrió, por ejemplo, en España con los contratos de consumo. Esto último no solo es conveniente, sino que resulta absolutamente necesario, pero sería peligroso suplir la inacción del legislador creando pretorianamente, sobre la base de principios vaporosos, una obligación de renegociar que equivale a decir que los contratos ya no son realmente vinculantes, dado que, incluso si se incumplen o se extinguen, hay que renegociarlos.

CORONAVIRUS CASES

NELSON ROSENVALD

Pontificia Universidad Católica de São Paulo, São Paulo, Brasil

Recibido: 16/8/2020 – Aprobado: 23/8/2020

doi: <https://doi.org/10.26439/iusetpraxis2020.n50-51.5049>

RESUMEN. El autor propone que, en las condiciones de la pandemia del COVID-19, es necesario replantear los supuestos de responsabilidad de los profesionales médicos debido a las circunstancias extraordinarias y los riesgos que asumen durante dicha pandemia. Esto implica limitar su responsabilidad en los casos de pacientes con esta enfermedad y permitirles realizar ciertas prácticas o tratamientos fuera de los protocolos convencionales. Además, propone que es necesario replantear el concepto de culpa para los profesionales médicos. Sin embargo, la propuesta no avala la eliminación de responsabilidad en todos los ámbitos (por ejemplo, en el caso de las prácticas discriminatorias o extremadamente negligentes).

PALABRAS CLAVE: condiciones de emergencia / responsabilidad limitada
/ *good samaritan laws* / principio de solidaridad / negligencia / culpa

CORONAVIRUS CASES

ABSTRACT. The author proposes that, in the light of the COVID-19 pandemic, it is necessary to reformulate the notions of liability for medical professionals due to the extraordinary circumstances and risks they are facing during the pandemic. This requires limiting their liability in coronavirus cases, and allowing them to perform certain practices and recommend certain treatments that may not be on the usual protocols. Furthermore, he suggests that it is necessary to reconsider the concept of guilt for medical professionals. However, the proposal does not support the elimination of liability in all cases; for example, in the cases of discrimination or extreme negligence.

KEYWORDS: emergency conditions / limited liability / good samaritan laws
/ principle of solidarity / negligence / guilt

En periodos normales, un profesor de Derecho solo se refiere a la responsabilidad civil de los médicos con dos propósitos: enseñar a sus estudiantes sobre la mala praxis, es decir, cuando por negligencia existe una violación de la *leges actis*; o, más recientemente, cuando hay un daño a la autodeterminación del paciente debido a alguna falla en el proceso de obtención de su consentimiento informado. Sin embargo, la pandemia no solo ha cambiado drásticamente las circunstancias de los contratos, sino también las de la actuación de los profesionales de la salud.

El hecho jurídico del COVID-19 repercute en el derecho de las obligaciones de distintas maneras: en la fuerza mayor, en el derecho a renegociar y en la revisión contractual. Asimismo, en las relaciones entre médico y paciente, ya sea en cuanto a las tecnologías de telemedicina y protección de los datos personales del paciente, a la prescripción *off label* de medicamentos, a los ensayos clínicos y a lo que nos interesa, que es la resignificación de la culpa de los médicos.

Hace un mes, el Instituto Brasileño de Estudios de Responsabilidad Civil —la asociación que presido— redactó un proyecto de ley cuyo punto principal es el siguiente:

Dadas las circunstancias urgentes y dramáticas en las que médicos, profesionales de la salud y otros proveedores del sector médico tienen que prestar servicios, el estado tiene que garantizar que, desde el 20 de marzo del 2020 hasta el final de la declaración de emergencia, no se responsabilice a estos profesionales por efectos adversos relacionados por el COVID [*sic*] excepto en el caso de negligencia grave. (2020)

Está claro que tales excepciones no se aplican al Estado, que sigue siendo responsable de acuerdo con el régimen específico de responsabilidad existente. Desafortunadamente, el proyecto de ley no ha progresado, pero las discusiones son intensas, y los abogados y los jueces tendrán que enfrentar estos problemas.

La idea principal es la siguiente: practicar la medicina en condiciones de crisis como las que ha generado el COVID-19 no es lo mismo que ejercerla en condiciones normales. Existe una dimensión sanitaria relativa a la salud pública que es la circunstancia de que la enfermedad se haya extendido por todo el mundo sin que hasta la fecha exista una vacuna o un remedio comprobadamente eficaz. La única medida preventiva que las autoridades han recomendado es el aislamiento social. Por lo tanto, hay que articular reglas más claras que limiten la responsabilidad de las decisiones de los profesionales de la salud en condiciones de crisis. En otras palabras: el estándar del servicio es flexible y reconoce la alteración de las circunstancias.

En tiempos normales, este estándar se mide en función de cómo los médicos razonables y competentes ejercen sus habilidades y conocimientos para satisfacer las necesidades de sus pacientes. Sin embargo, cuando hay que asignar recursos escasos

entre pacientes en condiciones de triaje, lo que es un cuidado adecuado para un individuo no se puede determinar de forma aislada de consideraciones más amplias de salud pública. Esto es un hecho: en la pandemia, la demanda de servicios de salud sobrepasa la oferta disponible, y los médicos toman decisiones de vida o muerte. Tal es su responsabilidad; no una que anhelan, sino la que inevitablemente les toca asumir. Como existen incertidumbres y fluctuaciones en la legislación con respecto a las posibles responsabilidades, es importante que el Congreso aclare el alcance de la limitación en el contexto de la pandemia.

En el nivel del derecho comparado, los cincuenta estados de los Estados Unidos de América cuentan con *good samaritan laws*, que proveen escudos de responsabilidad a las personas que voluntariamente prestan servicios de atención médica en situaciones de emergencia. La mitigación de responsabilidad reduce el temor de aquellos que en una tragedia dudarían en auxiliar a terceros por el riesgo de ser demandados por lesiones o muerte por negligencia. También se aplica en periodos de excepción la doctrina del buen samaritano a la conducta de los profesionales de la salud, especialmente en los cuidados que se brindan como respuesta a desastres, los que incluyen una emergencia de salud pública.

En Brasil, el COVID-19 es la primera crisis contemporánea de salud pública con el potencial de sobrecargar el Sistema Único de Salud (SUS). Los prestadores de servicios de salud, principalmente los médicos, merecen una libertad considerable para sus deliberaciones de buena fe. En consecuencia, el estándar de servicio que se brinda adecuadamente sufre una modulación en cuanto a su aplicación. Es más, esta protección trasciende las decisiones de los facultativos. En circunstancias sin precedentes, estos profesionales trabajan en ambientes peligrosos sin los recursos que necesitan. Los médicos y las enfermeras prueban métodos de esterilización y materiales alternativos, otorgan tratamientos *off label* e improvisan dispositivos médicos de uso no aprobado. Incluso a veces trabajan sin el uso de equipos de protección apropiados, en instalaciones construidas de forma apurada o en especialidades para las que no necesariamente poseen licencia. Se hallan en circunstancias de emergencia.

En nuestra opinión, la lógica normativa de mitigar la responsabilidad se basa en el principio de solidaridad: cuando la sociedad pide que alguno de sus miembros asuma grandes riesgos personales al servir los intereses del público, es razonable esperar que esa misma sociedad asuma algunas responsabilidades a cambio de los riesgos asumidos. Por ejemplo: de acuerdo con el Código de Ética Médica brasileño, entre los derechos de los médicos se encuentra el de suspender sus actividades cuando la institución para la que trabajan no ofrezca condiciones adecuadas para la práctica profesional, excepto en situaciones de urgencia y emergencia. En el caso de los profesionales de la salud que trabajan en la línea de frente durante la pandemia, es

apropiado que la sociedad reduzca los riesgos de responsabilidad impuestos a aquellos que en una emergencia de salud pública están sujetos a riesgos sustanciales no solo personales, sino que también afectan a sus familiares. Eso significa que el paciente que se sienta ofendido por una omisión de cuidado en un ambiente sin crisis no tendrá necesariamente una queja válida en un ambiente de crisis. Por lo tanto, la adopción de una norma activa de emergencia no impide que se realicen reclamos contra los profesionales de la salud, pero sí les proporciona defensas adicionales en lo que se refiere al COVID-19, además de las que ya están permitidas por la ley.

Una observación esencial es que no se trata de una propuesta de exclusión de causalidad por fuerza mayor. Porque el hecho inevitable e irresistible de la pandemia no acarrea una imposibilidad absoluta, aunque sea temporal, de brindar atención médica. Sin embargo, la objetiva alteración de las circunstancias requiere que el análisis judicial de los estándares de conducta profesionales se adapte a un escenario de calamidad. La responsabilidad personal del médico sigue siendo subjetiva, pero la evaluación casuística de la expresión “cuidado razonable y exigible” se contextualizará en el marco de excepción. Por lo tanto, los profesionales de la salud serán responsabilizados cuando sus actos y omisiones sean irrespetuosos, negligentemente groseros, discriminatorios o violen las normas éticas. Por ejemplo, un médico que haya diagnosticado erróneamente a un paciente debido a una prueba falsa de COVID-19 estaría bien respaldado por la modulación de responsabilidad. Sin embargo, los profesionales que toman decisiones discriminatorias no deben quedar inmunes a las sanciones por este comportamiento antijurídico. Tampoco habrá inmunidad para los profesionales que ignoran o violan conscientemente las normas de triaje y derivación profesionalmente articuladas y aprobadas para los pacientes bajo cuidado.

Un buen punto de partida para eliminar la inseguridad jurídica es la reciente decisión del Supremo Tribunal Federal de Brasil, que otorgó una interpretación constitucional al artículo segundo del Decreto 966 del 2020. El redactor —el ministro Luis Roberto Barroso— estableció que, en la caracterización de lo grosero, se toma en cuenta la observancia de estándares, normas y criterios científicos o técnicos según lo establecen organizaciones y entidades internacional y nacionalmente reconocidas. Entendemos que la pandemia no exime al médico de actuar de acuerdo con el consenso formulado por expertos basados en evidencias. En un sentido análogo, la Ley 13979 de Brasil, que dispuso sobre el aislamiento a causa del COVID-19, determinó que las medidas para combatir la pandemia deben fijarse con base en la evidencia científica.

Para concluir, creemos que es prudente considerar la posibilidad de replantear el concepto de culpa en el ejercicio de las actividades médicas en el transcurso de la pandemia. Por razones obvias, esto no quiere decir que el COVID-19 por sí sola eximirá al médico de la responsabilidad en su actuación. No obstante, podríamos afirmar que la pandemia acarrea una relajación en la exigibilidad de ciertas conductas.

LA PANDEMIA COMO ELEMENTO DE LA FRUSTRACIÓN DEL FIN DEL CONTRATO

FULVIO SANTARELLI

Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, Argentina

Recibido: 31/8/2020 – Aprobado: 7/9/2020

doi: <https://doi.org/10.26439/iusetpraxis2020.n50-51.5050>

RESUMEN. La República Argentina ha contemplado en su Código Civil y Comercial la aplicación de la teoría de la frustración de los propósitos, figura recogida del derecho anglosajón. Este concepto ha sido adaptado a la realidad económica argentina y supone que al haber una alteración de carácter extraordinario, sobreviniente y posterior a las circunstancias existentes al tiempo de la celebración de un contrato se pierda el interés en dicha prestación, y esto devendría en una readecuación del contrato. Enmarcados en la situación actual de la pandemia, esta norma puede ser de gran utilidad.

PALABRAS CLAVE: contrato / frustración de los propósitos / derecho anglosajón / derecho continental

THE PANDEMIC AS AN ELEMENT OF FRUSTRATION OF THE END OF THE CONTRACT

ABSTRACT. The Argentine Republic has provided for the theory of frustration of purpose, a doctrine from the common law, in its Civil and Commercial Code. This concept has been adapted to the country's economic reality and entails that, in the event of an extraordinary, supervening and subsequent change in the conditions existing at the time of entering into a contract, any of the parties may lose interest in said agreement, thus resulting in its renegotiation. This regulation can be very useful framed in the current situation of the pandemic.

KEYWORDS: contract / frustration of purpose / common law / civil law

Estoy muy agradecido por esta prestigiosa invitación. Siempre tuve un alto respeto por la doctrina peruana, y ustedes han sido siempre muy amables conmigo en mis visitas anteriores a Lima, ya que me han permitido admirar las publicaciones de *Ius et Praxis* y las he conocido muy de cerca. Los doctores Fernández Sessarego, Osterling Parodi, Fernando de Trazegnies y tantos otros que fueron, en su momento, guías de los primeros estudios que realizamos en la materia. Es para mí un honor estar aquí.

Ahora bien, dado el tiempo que tenemos para esta exposición, y el honor que significa la compañía de cada uno, preparé un tema muy particular para esta ocasión. Se trata de la frustración del fin como un instrumento que puede ser útil en las circunstancias tan particulares que presenta la pandemia.

Nosotros en Argentina tenemos la frustración del fin a partir del Código Civil y Comercial del 2015. Tenemos regulada específicamente la frustración del fin del contrato como un instrumento de readecuación contractual. Esta figura también posee otros efectos, como la resolución del contrato, pero fundamentalmente busca ser un instrumento que permita la readecuación contractual.

Quiero empezar con una mirada general al sistema de contratos que inauguró el Código Civil y Comercial argentino. Se trata de un sistema contractual flexible en el que se distinguen tres tipos contractuales básicos: el contrato paritario, el contrato de adhesión y el contrato de consumo.

El contrato de adhesión no necesariamente es el contrato de consumo. Puede haber contrato de adhesión inclusive entre empresas, y ahí aparece una problemática, que, si bien no está mencionada de este modo en el código, sí aparece y tiene cobijo en la figura del empresario débil.

Y observamos también la clásica distinción de los contratos con el consumidor, con lo cual la impronta que presenta la teoría general del contrato en el nuevo Código Civil y Comercial es, en este punto, bastante moderna y adecuada a una realidad argentina, y cualquiera que lea los diarios se da cuenta de que es bastante fluctuante en términos de economía e inestabilidad. Dado esto necesitamos, eventualmente, normas que nos permitan adecuar los contratos a tales sobresaltos que la economía va experimentado, ya que el contrato siempre, y en todo lugar, sigue a la economía.

Normas como la que vamos a ver en un minuto del derecho extranjero pueden presentar esa firmeza y estabilidad porque responden a economías estables y duraderas. En Argentina, estas no son las cualidades que predominan en la economía, con lo cual me parece que acá hay algo de novedad que puede interesar al público que nos escucha, porque es una figura que posee tintes propios y no habituales.

La frustración es una figura que proviene del derecho inglés. En nuestro caso, en el derecho continental europeo que se encuentra hecho al modo del Código de Napoleón,

solamente contemplábamos la sobrevivencia contractual como aquellos hechos sobrevinientes extraordinarios. Estábamos capturados con la idea de caso fortuito y con eso parecía que todo estaba resuelto, por lo que nos manejábamos bajo esa lógica.

Sin embargo, avanzado el siglo XIX e influenciado por la doctrina alemana, más precisamente la de la República de Weimar, se empezó a hablar de la teoría de la presuposición de las bases, y aparecía la teoría de la imprevisión. Entonces, la sobreviniencia contractual en el derecho continental europeo se manejaba con estas dos alternativas.

Tengo que decir que la teoría de la imprevisión no fue unánimemente aceptada. Por ejemplo, en Francia no se recibió en el mismo siglo XIX. Y con limitaciones para ciertos contratos podía tener alguna solución de readecuación particular. Lo mismo con el Código Civil italiano. Con ello, la imprevisión tuvo una dispareja aceptación como teoría.

La frustración del fin aparece como figura exótica y propia del derecho inglés en los famosos casos de la coronación. Es cierto que el derecho inglés conocía la frustración del contrato por la imposibilidad de la prestación, que es a lo que nosotros llamamos caso fortuito o de fuerza mayor. Pero la frustración del fin tiene que ver con otro punto, con otra cuestión. Los autores ingleses suelen distinguir entre la frustración de la prestación y la de los propósitos comunes. En este punto se puede apreciar que hay algo más que la prestación en sí misma, que hay un componente mayor que la factibilidad de la prestación, y está relacionado con la utilidad que le reporta esa prestación a la otra parte.

Los antecedentes que se conocen respecto a la frustración por imposibilidad datan de 1863, y en los casos de la coronación hay dos: en 1902 y en 1903, en que la coronación de Eduardo VII se frustró por una enfermedad, por lo que se dio el caso del alquiler de balcones en la avenida por donde pasaba el carruaje; y en el otro se alquiló un navío para ver el despliegue militar de la fuerza naval inglesa con motivo de los festejos de la coronación. Los dos eventos se frustraron porque se pospuso la coronación y de ahí prosiguieron los reclamos. Las dos prestaciones aún eran posibles, ya que era factible seguir usando los balcones y navegar en el barco, pero ya se había perdido el interés propio de la prestación.

En un caso se aplicó la teoría de la frustración de los propósitos y funcionó, y en el otro no. La distinción radicó en que, en el balcón, claramente la utilidad estaba dada por la coronación; sin embargo, respecto a los navíos, la corte —en aquel momento, la Cámara de los Loes— consideró que la navegación en sí misma era un interés que pudo haber estado presente en quien rentó el barco, con lo cual pudo haber navegado tranquilamente, y se consideró satisfecha la utilidad de la prestación.

Todo esto parece casi un cuento y no una jurisprudencia; sin embargo, lo es. Habla este concepto de la utilidad de la prestación y, además, agrega un plus: dicha utilidad de la prestación debe ser compartida.

Nosotros, en el derecho continental, hablaríamos de la causa fin y de los fines de cada uno de los contratantes causalizados. Hechos carne en el contrato, conocidos y adquiridos también por el otro, asociados en esa utilidad. Esto es lo que captan los casos ingleses, al modo inglés, absoluta casuística, pero que están presentes en nuestro derecho.

En el caso particular del Código Civil y Comercial argentino, el artículo 281 señala que los motivos particulares, aquellos que reformularon el causalismo francés, entendido también como los fines y los móviles de las partes, para que surtan sus efectos propios, deben estar causalizados y expuestos en común, así como aceptados por la otra parte. Hay una suerte de asociación en esa finalidad o utilidad común. Tal es clave para entender qué es lo que se frustra —valga la redundancia— en la frustración del fin y para comprender sobre qué recae la frustración y qué es lo que queda sin efecto con motivo de los hechos sobrevinientes.

Entonces, configurados estos elementos, corresponde analizar cómo la COVID-19 constituye un efecto frustratorio y termina incidiendo en la utilidad de las prestaciones.

Entendemos que de dos maneras. Primero, porque la pandemia es sustento para los hechos del príncipe, es decir, que por parte de las autoridades se determinen medidas relacionadas con el tránsito y el desplazamiento de la gente; en definitiva, vinculadas con las restricciones a las habituales libertades de las que gozamos. Esto es lo que en Argentina llamamos aislamiento social preventivo y obligatorio. Ello, de por sí, es un hecho que impide el cumplimiento de contratos y hace imposible la prestación, y serán situaciones en las que se configure un caso fortuito. Pero habrá otras en las que la prestación seguirá siendo posible, aunque esta carecerá de sentido. Por ejemplo, los casos de locación comercial; las franquicias que poseen, naturalmente, componentes locativos y, además, se hallan directamente enfocadas en una actividad comercial. Si la gente no circula en la calle, entonces este contrato pierde el sentido que lo motivó y hay una frustración del fin, a pesar de que la prestación sigue siendo posible, ya que el local está habilitado. “Señor, abra y trate de vender”; empero, si no hay gente o clientela, será imposible hacerlo y el negocio carecerá de sentido. Es aquí donde la frustración encuentra su lugar.

Otro caso posible es uno que tomé de un fallo de la Corte de Colmar, en Francia, de principios de este año, en el que puede suceder que, aun cuando no se fijen las normas de aislamiento o estas recién empiecen a flexibilizarse —como actualmente estamos viviendo en Argentina—, eso no implica que no haya ninguna restricción. Por ejemplo, los individuos que sean de alto riesgo no van a poder cumplir sus prestaciones. Entonces, si tenemos que alguien debe prestar o cumplir una obligación de hacer en el lugar donde hay gente ajena, no podrá ir si es que es de riesgo, ya que sus posibilidades de contagio aumentan y estará eximido de responder.

Así pues, básicamente el fenómeno del COVID-19 como tal influye en las prestaciones contractuales de estas dos maneras básicas que estamos graficando y que

después analizaremos, caso por caso, para determinar cuándo es una situación de caso fortuito y cuándo es una situación de frustración del fin.

De cara completamente a los efectos, en nuestro sistema argentino, en los artículos 955 y 956 del Código Civil y Comercial, tenemos regulado el caso fortuito y la imposibilidad de cumplimiento. Esta última puede ser definitiva o temporaria.

Vemos que ello, respecto a la COVID-19, puede incidir de forma permanente o temporaria. En cuanto a la forma temporaria, hay que resaltar que se revive aquella teoría de las obligaciones de carácter esencial, es decir, las obligaciones que tienen sentido en una oportunidad determinada. Pensemos en todas aquellas prestaciones referidas a fiestas, conmemoraciones, casamientos, todo el ámbito del turismo, etcétera. En la medida en que sean de carácter esencial, se convierten en una imposibilidad y ya no tiene sentido que se cumplan en un futuro.

Me interesa incidir por un minuto en el concepto del plazo esencial, sobre el cual a veces nos confundimos porque entendemos que todo plazo es esencial, y no es así. Todo plazo es importante —por algo es un elemento modal—, pero cuando hablamos de las obligaciones de prestación esencial estamos añadiendo un plus, algo más que un plazo, y es que este plazo hace al interés del acreedor. Dicho interés tiene el plazo en determinada oportunidad, ni antes ni después.

No puedo dejar de mencionar como ejemplo el traje de novia. En algún momento la gente se casaba mucho más que ahora y se usaban los trajes de novia; entonces, era para el día de la fiesta, ni minutos antes ni después. Claramente unas horas después carecía de toda importancia el cumplimiento de la obligación por parte de la modista. En este ejemplo se evidencia lo que es el plazo esencial: este posee un plus mayor a cualquier situación que tenga un plazo normal.

Es decir, aun hablando de un caso fortuito en el concepto de obligación del interés que tiene dicho plazo, aparece esa idea que es la frustración del fin. Ahora bien, la frustración del fin se halla regulada en el artículo 1090 de Código Civil y Comercial, y básicamente está definida como una alteración de carácter extraordinario de las circunstancias existentes al tiempo de su celebración, que —como tal— es ajena a las partes y supera el riesgo asumido en el contrato. Esto es, no se trata de un mal negocio, ni de una falta de visión ni de algo que pudo encontrarse en el gobierno de los contratantes, sino que es sobreviniente y posterior al momento del contrato, y hace que se pierda el interés en esa prestación.

Se admite en nuestro régimen legal la frustración del fin del contrato de manera temporaria, con lo cual se acomodaría muy bien a supuestos como el que expusimos de la franquicia de locación, en el que temporariamente habrá un paréntesis en la lógica económica de ese contrato.

Entonces, si la frustración del fin es temporaria, se avalará la resolución solo si impide la realización oportuna de la obligación cuyo tiempo de ejecución es esencial. Aquí está capturado el concepto del plazo esencial y lo que veníamos charlando, que le da sentido al concepto de fin como frustración del final. Con fin, nos referimos a ese interés que las partes reconocen como común en un momento determinado. Ahora bien, habrán notado que mencioné la resolución y aquí parece haber una contradicción con lo que he expuesto al comienzo de la presentación respecto a que nuestro código nos permite un sistema de readecuación; y, sin embargo, la norma nos habla de resolución. Esto es cierto: la norma habla de resolución, pero en realidad, cuando a la norma la completamos con otra que tenemos en el Código Civil y Comercial que se refiere a los contratos de duración (artículo 1011), ahí nos invita la norma a ir a un supuesto de “antes de resolver en los contratos de resolución, se obliga a los contratantes a negociar, a manera de buena fe, las condiciones de esa resolución”.

Hay que conectar ambas normas y entender que, frente a un supuesto de frustración del fin del contrato, antes de que las partes, de forma unilateral, puedan resolverlo, deben renegociar la forma —si es que existe— de continuar.

Esta idea de frustración del fin se difuminó en el mundo a partir de la globalización y porque todos teníamos en la práctica acceso a contratos que venían del derecho anglosajón, en los que encontrábamos las cláusulas denominadas, habitualmente, *hardship*. Algunas dificultades son habituales y otras no. Estas cláusulas permiten adecuar el contrato a dichas dificultades.

Las cláusulas *hardship* en los contratos de larga duración o de gran envergadura —contratos de obra o los que fuesen— suelen generar instancias de autocomposición para observar si ese contrato es reconducible a condiciones que sigan manteniendo el interés de las partes o recurrir a un tercero. Le toma un carácter casi arbitral.

El Código Civil y Comercial argentino capta esta mecánica y espíritu; y, juntando la idea de la frustración del fin y la renegociación antes que la resolución, nos otorga una respuesta apropiada para la flexibilidad del contrato que se ve golpeado por las circunstancias que hoy analizamos desde todas las perspectivas que este evento está tratando.

Enrique Varsi: muchas gracias, Fulvio, por esta brillante exposición acerca de la teoría de la frustración del contrato, y sobre todo por este ejemplo tan característico que nos brinda el derecho inglés en el que tú alquilas el balcón para ver la coronación y, a la hora de la hora, se frustra la prestación. Es interesante este tema como lógica para comenzar a analizar tan intrincada institución, que —como tú bien sabes— no tenemos esbozada en nuestro Código Civil de 1984, y que ustedes sí han planteado.

¿Ya tenían algún precedente antes de la incorporación al Código Civil y Comercial argentino?

Fulvio Santarelli: sí, había un antecedente y fue bien curioso. En un contexto de contrato de *shopping center*, es decir, por dicho contrato nosotros entendemos un contrato madre del organizador, y en ese momento era la empresa Carrefour.

Esta es la propietaria de los supermercados Carrefour —una francesa—. Vino a Argentina en 1984 y abrió su primer *shopping center* a las afueras de la ciudad de Buenos Aires, en la zona norte, lo que hoy es Pilar, a treinta kilómetros del centro de la capital. Puso ahí un *mall* y organizó, con todas las marcas que concurrían a conformarla, un contrato como es del estilo. Para hacerlo sencillo, fijando un valor locativo y unas regalías por lo que es ese consumo.

Carrefour se comprometía a una serie de segmento comercial, o sea, prometía cierta afluencia del público ABC 1, que es como habitualmente lo determinan las empresas que segmentan al público y al consumo, y así se formalizaron los contratos.

Por casi diez años, ello funcionó perfectamente bien. ¿Qué pasó? Los *shoppings* seguían construyéndose, y en el mismo camino que había entre Buenos Aires y el mencionado *shopping* se construyó uno mucho más grande, el Unicenter —que todavía existe—.

Entonces, la organizadora del *shopping center* de Carrefour pretendió seguir cobrando las mismas prestaciones y, en algunos casos, sus comerciantes dejaron de pagar las deudas a modo de protesta. Carrefour inició las ejecuciones, es decir, el cobro de esas deudas.

Los comerciantes justamente usaron como defensa que se había frustrado el contrato y que había cambiado de objeto, y la Cámara Comercial de Buenos Aires —en esa ciudad tenemos una cámara con competencia exclusivamente comercial— entendió este asunto y, efectivamente, hizo hincapié en la frustración del fin.

Entonces los obligó a readecuar la prestación. Ni acogió la demanda ni sustentó la defensa: los obligó a renegociar y adecuarse a la situación que era real, y claramente ya no era la originaria. Así pues, hubo una aplicación concreta de esta figura en aquel supuesto. El que hubiera competencia no era culpa de nadie, sino que esta representaba una circunstancia sobreviniente que cambiaba los presupuestos sobre los cuales estaban fundamentados los contratos anteriores. Esta fue la aplicación del caso argentino más reconocida de la idea de la frustración del contrato.

MISCELÁNEA

LA CONTRATACIÓN COMPLEMENTARIA: MEDIDA EXCEPCIONAL PARA LA CONTINUIDAD DE LAS PRESTACIONES A TRAVÉS DE UNA NUEVA CONTRATACIÓN

ROY ÁLVAREZ CHUQUILLANQUI

Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado, Lima, Perú

Recibido: 2/1/2020 – Aprobado: 9/1/2020

doi: <https://doi.org/10.26439/iusetpraxis2020.n50-51.5051>

RESUMEN. En el presente trabajo, el autor aborda la figura de la contratación complementaria prevista en la normativa de contrataciones del Estado, y realiza un análisis de este mecanismo excepcional en virtud de los criterios vertidos por el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE).

PALABRAS CLAVE: OSCE / contrataciones del Estado / contrato / prestaciones

CONTRACT RENEWAL: AN EXCEPTIONAL MEASURE FOR THE CONTINUITY OF PROVISION OF SERVICES THROUGH A NEW CONTRACT

ABSTRACT. In this paper, the author addresses the concept of contract renewal provided for in government procurement regulations, and analyzes this exceptional mechanism based on the criteria established by the Government Procurement Supervising Agency (OSCE).

KEYWORDS: OSCE / government procurement / contract / provision of services

IDEAS INICIALES. INTRODUCCIÓN

El quehacer de la administración pública trae consigo un importante componente contractual, ya que a través de este medio pueden adquirirse los bienes, servicios y obras requeridos por las entidades públicas (en adelante, las entidades) para el cumplimiento de sus funciones.

A diferencia de la contratación tradicional, la contratación pública posee un tratamiento singular en función de la necesidad pública que busca atender. Al respecto, el Tribunal Constitucional ha señalado que

la contratación estatal tiene un cariz singular que lo diferencia de cualquier acuerdo de voluntades entre particulares, ya que, al estar comprometidos recursos y finalidades públicas, resulta necesaria una especial regulación que permita una adecuada transparencia en las operaciones. (Expediente 020-2003-AI/TC, 2004, numeral 11)

Dicha especial regulación se encuentra recogida en la normativa de contrataciones del Estado¹, la cual establece —entre otros aspectos— los requisitos y procedimientos que deben emplearse tanto para la selección y contratación de un determinado proveedor como para la atención de la necesidad prevista por la entidad durante la ejecución contractual.

Sobre este punto ha de indicarse que la suscripción de un contrato entre una entidad y un proveedor del Estado —el cual en ese momento adquiere la denominación de contratista— constituye el hito que pone fin a la fase selectiva y permite el punto de inicio de la fase de ejecución contractual, en la cual las partes desarrollan sus respectivas prestaciones a satisfacción de su contraparte, con lo cual alcanzan la finalidad de la contratación.

No obstante, culminada la ejecución de las prestaciones, puede darse el caso de que —de manera excepcional²— una entidad requiera la continuidad de dichas prestaciones para la atención de una nueva necesidad que por sus características no amerite un procedimiento de selección o, de corresponder, dicha contratación se desarrolle mientras se elija al nuevo contratista.

Así, por ejemplo, una entidad convoca un procedimiento de selección para la contratación del servicio de seguridad y vigilancia de sus sedes a nivel nacional por el periodo de un año. Producto de ello, un determinado proveedor obtiene la buena pro y suscribe

1 De conformidad con lo indicado por el OSCE en constantes opiniones, la normativa de contrataciones del Estado se encuentra conformada por la Ley de Contrataciones del Estado, su reglamento y las demás normas de carácter reglamentario emitidas por el OSCE.

2 Sobre la naturaleza excepcional de esta figura, pueden revisarse las Opiniones 102-2018/DTN, 040-2017/DTN y 031-2016/DTN.

contrato. El contratista desarrolla con normalidad su prestación y, estando cerca de la culminación del plazo de ejecución contractual, la entidad advierte que el procedimiento de selección convocado para elegir al nuevo proveedor se ha retrasado y que a la fecha de culminación del plazo de ejecución de la contratación original no se contaría con el nuevo proveedor adjudicado, con lo cual se genera una afectación al aprovisionamiento oportuno del referido servicio.

Ante dicha eventualidad, la normativa de contrataciones del Estado contempla la figura de la contratación complementaria como un mecanismo excepcional aplicable en la contratación de bienes y servicios en general, que permite contratar de manera directa al mismo contratista para que desarrolle la misma prestación manteniendo las condiciones que formaron parte de la contratación original.

ASPECTOS GENERALES DEL CONTRATO COMPLEMENTARIO

Contratación inmediata sin fase de selección

Dentro del proceso de contratación existen fases que permiten a la entidad desarrollar la contratación de su necesidad. Así, de manera previa se planifica y formula la voluntad estatal para luego, mediante un método de contratación, elegir al proveedor con el cual se suscribirá el contrato, con el fin de reducir la discrecionalidad en la selección del proveedor.

No obstante, la posibilidad de contratar complementariamente constituye un supuesto de excepción a la obligación de las entidades de convocar procedimientos de selección para contratar a los proveedores que les brindarán los bienes o servicios en general necesarios para el cumplimiento de sus funciones. Así, Morón (2016) señala que

la normativa privilegia el principio de eficiencia por sobre el principio de libre concurrencia en el entendido que el proveedor ya fue elegido sobre bases objetivas en un proceso anterior y que resulta conveniente para la obtención pronta de los medios que necesita la Administración (bienes y servicios para el cumplimiento de sus fines), seleccionar ya a quien ha evidenciado que sus bienes o servicios satisfacen suficientemente los requisitos adecuados de precio, calidad, plazo de entrega y uso final. (p. 682)

En ese sentido, la contratación complementaria, al ser una contratación sin procedimiento de selección, debe aplicarse de forma restrictiva y únicamente cuando se cumplan las condiciones establecidas en la normativa de contrataciones del Estado.

Libre consentimiento de las partes

La contratación complementaria constituye un nuevo contrato, pero con el mismo contratista inicial y en las mismas condiciones que el contrato original. Por lo tanto, para la suscripción de este nuevo contrato es necesario contar, en principio, con la voluntad de la entidad de continuar con dichas prestaciones y la voluntad del contratista de brindarlas bajo las mismas condiciones, el cual no se encuentra en la obligación de suscribirlo³.

Asimismo, debe indicarse que la contratación complementaria se materializa con la voluntad de las partes plasmada en un nuevo contrato y no requiere de un documento de aprobación o autorización correspondiente⁴, como sí es aplicable en otras figuras de la ejecución contractual⁵.

Justificación de la contratación complementaria

Tal como se indicó en el acápite anterior, la decisión de suscribir un contrato complementario nace de la propia voluntad de las partes plasmada en el nuevo contrato sin requerirse ningún documento autoritativo adicional.

Ahora bien, el hecho de que no se necesite un documento que lo autorice no significa que la contratación complementaria pueda carecer de la justificación debida. Así, conforme a lo indicado por el OSCE en el criterio previsto en la Opinión 085-2019/DTN, el área usuaria⁶ de la contratación debe brindar el sustento necesario que permita requerir y justificar la finalidad pública de una contratación complementaria.

Por su parte, un aspecto relevante recogido en la mencionada Opinión 085-2019/DTN es la posibilidad de que el área requirente de la contratación complementaria sea una distinta al área usuaria de la contratación original, en el entendido de que

la normativa de contrataciones del Estado no ha previsto, como requisito para el empleo de la contratación complementaria, que esta deba ser requerida y/o sustentada por la misma área usuaria que otorgó la conformidad del bien o servicio en general que fue contratado originalmente. (numeral 3.4)

En tal sentido, la contratación complementaria puede sustentarse por un área usuaria distinta a la prevista en la contratación inicial, siempre que sea requerida por un

3 Al respecto, puede consultarse la Opinión 056-2014/DTN, la cual concluye que "la contratación complementaria, al determinar la suscripción de un nuevo contrato con el mismo contratista y en las mismas condiciones del contrato original, requiere contar con el consentimiento previo de las partes; por lo que, el contratista no se encuentra obligado a suscribirlo, debiendo más bien producirse un acuerdo o consentimiento de este con la Entidad".

4 Véase este aspecto en la Opinión 010-2016/GTN.

5 Tales como la aprobación de adicionales, reducciones o contrataciones directas.

6 Es decir, aquella cuyas necesidades pretenden ser atendidas con dicha contratación, o la que canaliza los requerimientos formulados por otras dependencias.

área dentro de la entidad, se justifique la finalidad pública de tal contratación y esta se oriente al cumplimiento de las funciones de la entidad.

Prestaciones divisibles

Si bien la contratación complementaria puede aplicarse en los objetos contractuales de bienes y servicios en general, no en todas estas prestaciones resultará procedente dicha figura. Así, por ejemplo, si una entidad adquiere un equipo médico de gran complejidad cuyo monto corresponde a un procedimiento de adjudicación simplificada, no procedería en este caso aplicar una contratación complementaria (contratación menor), ya que dicha contratación original no tiene la calidad de ser divisible en una prestación inferior a la total contratada.

Así, solo serán procedentes las contrataciones complementarias cuando, dentro de los requisitos previstos en la normativa de contrataciones del Estado, se realicen respecto a bienes o servicios en general que tengan la calidad de ser divisibles, y así suscribir un nuevo contrato menor que integra elementos desarrollados en la contratación original.

Necesidad sobreviniente

Se ha mencionado que la contratación complementaria tiene su origen en un contrato anterior suscrito entre una entidad y un proveedor válidamente seleccionado. Al respecto, el hecho de que esta figura se denomine contratación complementaria no significa que los bienes o servicios en general a contratarse tengan una vinculación de complementariedad con los bienes o servicios en general anteriormente prestados, sino que mediante ella se busca atender una nueva necesidad de la entidad, cuya contratación complementa a la anterior.

En ese sentido, la contratación complementaria nace como una nueva necesidad sobreviniente a la ya ejecutada, que, si bien se vincula con la anterior al compartir determinados elementos, representa una nueva contratación.

DEFINICIÓN DEL CONTRATO COMPLEMENTARIO

El contrato complementario constituye —según sostiene Morón (2016)—

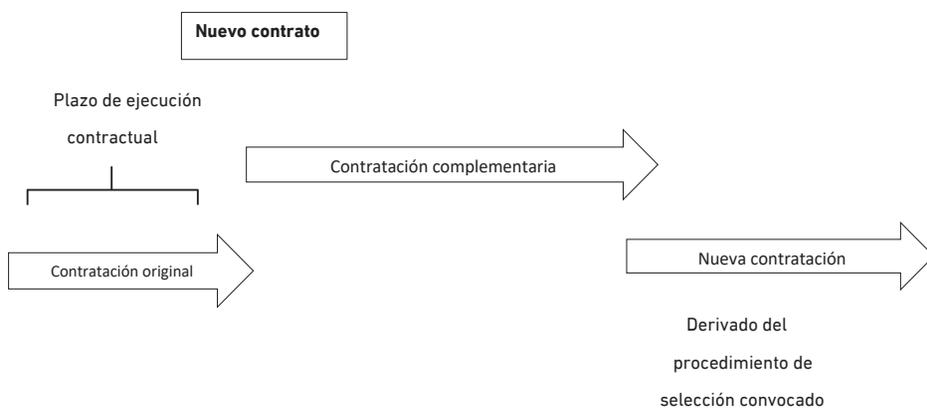
la aptitud o habilitación legal para que las entidades puedan concertar de manera directa contrataciones de aprovisionamiento de bienes o servicios —sin acudir al procedimiento que por el monto y materia correspondería— con un proveedor anterior siempre que se trate del mismo objeto contractual y bajo las mismas condiciones anteriores. (p. 682)

Por su parte, Martínez (2008) señala lo siguiente:

Este contrato complementario es un reflejo directo del contrato inicial que lo informa, no pudiendo introducirse nuevos elementos de negociación o variantes, puesto que el único elemento discrecional que conservan las partes, en adición a la propia voluntad de obligarse a dicho contrato, es el de establecer su duración y volumen, cuyo límite es el 30 % del contrato original. (p. 128)

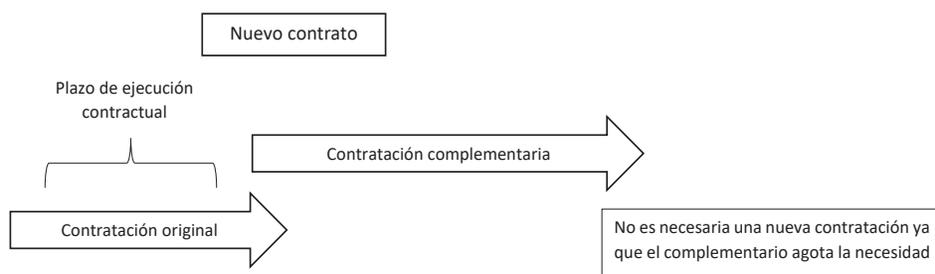
En atención a estas definiciones, podemos señalar que el contrato complementario es una herramienta excepcional que permite a la entidad realizar una nueva contratación —de manera directa y sin desarrollar el procedimiento de selección correspondiente— con el proveedor contratado inicialmente, y se contemplan en esta nueva contratación las condiciones de la original conforme a los límites y restricciones establecidos en la normativa de contrataciones del Estado.

Así, cuando la entidad, luego de culminada la ejecución de un contrato, mantiene la misma necesidad —la cual resulta ser inmediata y sobreviniente a la anterior—, puede emplear esta figura para contar con la prestación en el tiempo que tarde el desarrollo del procedimiento de selección correspondiente para la nueva contratación, es decir, emplear la contratación complementaria como una medida temporal hasta contar con el contrato derivado del nuevo procedimiento de selección convocado.



Elaboración propia

Por el contrario, cuando la contratación complementaria permite cubrir la necesidad de manera total y no resulta necesario convocar un nuevo procedimiento de selección, como sucede en la contratación de bienes o servicios no reiterativos o permanentes, el contrato complementario permitirá atender la necesidad en conjunto.



Elaboración propia

NORMATIVA APLICABLE AL CONTRATO COMPLEMENTARIO

Considerando que el contrato complementario constituye una nueva contratación, surge la duda sobre la normativa que debe aplicarse cuando se haya producido una variación respecto a la normativa vigente en el contrato original.

Al respecto, considerando la regulación constitucional sobre la aplicación de las normas en el tiempo⁷, nuestro ordenamiento jurídico se rige por la teoría de los hechos cumplidos, por la cual la ley es obligatoria desde su entrada en vigencia, esto es, desde el día siguiente de su publicación en el diario oficial, y se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes, salvo disposición expresa de la misma ley que posterga su vigencia en todo o en parte, o que permite que la legislación precedente siga produciendo efectos de manera ultractiva.

Sobre el particular, el numeral 11 de la Sentencia del Tribunal Constitucional derivada del Expediente 0002-2006-PI/TC establece que

Díez-Picazo [...] sostiene que "en el momento en que una ley entra en vigor, despliega, por definición, sus efectos normativos y debe ser aplicada a toda situación subsumible en su supuesto de hecho; luego no hay razón alguna por la que deba aplicarse la antigua ley a las situaciones, aún no extinguidas, nacidas con anterioridad".

7 El artículo 103 de la Constitución Política del Perú establece que "la ley, desde su entrada en vigencia, se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y no tiene fuerza ni efectos retroactivos; salvo, en ambos supuestos, en materia penal cuando favorece al reo. La ley se deroga solo por otra ley". Por su parte, el artículo 109 de la carta magna dispone lo siguiente: "La ley es obligatoria desde el día siguiente de su publicación en el diario oficial, salvo disposición contraria de la misma ley que posterga su vigencia en todo o en parte".

En tal sentido, en vista de que la contratación complementaria constituye un nuevo contrato, en este se aplica la normativa vigente al momento de su suscripción. Similar criterio mantiene el OSCE en las Opiniones 040-2017/DTN, 088-2019/DTN, entre otras.

REQUISITOS DEL CONTRATO COMPLEMENTARIO

El artículo 174 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado mediante el Decreto Supremo 344-2018-EF, establece la regulación normativa de la contratación complementaria y precisa los requisitos necesarios para que esta sea procedente. Así, el referido artículo fija las siguientes condiciones para el empleo de la contratación complementaria: i) que esta se realice dentro de los tres meses posteriores a la culminación del plazo de ejecución del contrato; ii) con el mismo contratista; iii) por un monto no mayor al 30 % del monto del contrato original; iv) por única vez; v) en tanto culmine el procedimiento de selección convocado; vi) que se trate del mismo bien o servicio en general antes contratado; vii) que el contratista preserve las condiciones que dieron lugar a la adquisición o contratación, y viii) que su celebración no sea respecto a contratos de ejecución de obras ni de consultorías (incluidas las de obra), y tampoco de contrataciones directas.



- **Que se realice dentro de los tres meses posteriores a la culminación del plazo de ejecución del contrato**

Una de las condiciones para desarrollar una contratación complementaria es que esta sea suscrita dentro de los tres meses posteriores a la culminación

del plazo de ejecución contractual de la contratación original. El hecho de que se cuente con estos tres meses no significa que la prestación del contrato complementario deba efectuarse en dicho periodo, sino que en este las partes se encuentran habilitadas para perfeccionar el contrato complementario.

Para conocer el punto de partida de donde se contabilizan los referidos tres meses, es preciso mencionar que el plazo de ejecución contractual es el periodo en que el contratista se ha obligado a ejecutar las prestaciones a su cargo. No debe confundirse el referido plazo con el de vigencia del contrato, el cual está referido al periodo de existencia o vigor de las obligaciones del contrato⁸.

En ese sentido, culminado el plazo de ejecución contractual —lo que no incluye el plazo correspondiente a la entidad para otorgar la conformidad y efectuar el pago—, las partes del contrato original cuentan con hasta tres meses para suscribir el contrato complementario.

- **Que se perfeccione con el mismo contratista**

Si bien la contratación complementaria permite a la entidad contratar de manera directa a un proveedor para ejecutar prestaciones ya desarrolladas, esta nueva contratación debe efectuarse necesariamente con el mismo contratista, siempre que este manifieste su voluntad de suscribir el nuevo contrato.

Ahora bien, considerando que la contratación complementaria constituye una nueva relación contractual que se materializa a través de la celebración de un nuevo contrato, si al momento de suscribirlo el contratista se encuentra impedido para contratar con el Estado, tal situación imposibilitaría la suscripción del contrato complementario.

- **Que la contratación se desarrolle por un monto no mayor al 30 % del monto del contrato original**

Uno de los requisitos para la suscripción de un contrato complementario es que el monto de este no supere el 30 % del monto del contrato original. Al respecto, el Anexo de Definiciones del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado señala que el “contrato original” es aquel suscrito como consecuencia del otorgamiento de la buena pro en las condiciones establecidas en las bases y la oferta ganadora⁹.

8 Es necesario precisar que la vigencia del contrato no finaliza con la ejecución de las prestaciones por parte del contratista, pues una vez vencido dicho plazo aún deben llevarse a cabo algunos actos adicionales, como la conformidad y el pago.

9 A diferencia del contrato actualizado o vigente, el cual es definido como el contrato original afectado por las variaciones realizadas por los reajustes, las prestaciones adicionales, la reducción de prestaciones o por ampliación o reducción del plazo, u otras modificaciones del contrato.

En tal sentido, el monto de un contrato complementario tiene como límite cuantitativo el 30 % del monto del contrato suscrito según las condiciones señaladas en las bases y en la oferta ganadora (contrato original), sin considerar para tal efecto las variaciones de precio que pudieran haberse producido, tales como las generadas por prestaciones adicionales, reducción de prestaciones, reajustes, entre otras modificaciones efectuadas durante su ejecución.

- **Que la contratación se realice por única vez**

Considerando el carácter excepcional de esta figura, solo puede desarrollarse en un único momento. Así, incluso cuando no se haya empleado el límite porcentual máximo para desarrollar una contratación complementaria, no podrán llevarse a cabo posteriormente nuevas contrataciones de este tipo, ya que la normativa ha considerado que se desarrolle en una sola oportunidad.

En tal sentido, corresponde a la entidad identificar las prestaciones requeridas y desarrollar la contratación complementaria en una sola ocasión, para garantizar el cumplimiento de las funciones, los servicios, las actividades o las operaciones que la entidad tiene a su cargo, y contratar únicamente la parte necesaria para cubrir un eventual desabastecimiento.

- **Que la contratación se realice en tanto culmine el procedimiento de selección convocado**

En la medida en que la contratación complementaria permite que la entidad satisfaga la necesidad de abastecerse de determinados bienes o servicios en general entre una contratación culminada y otra en curso, la entidad deberá contratar únicamente la parte necesaria para cubrir un eventual desabastecimiento y en tanto culmine el procedimiento de selección ya convocado. Así, dicho requisito supone la existencia de un procedimiento de selección convocado de forma previa a la suscripción del contrato complementario, con la finalidad de garantizar el desarrollo de las actividades a cargo de la entidad, en tanto se seleccione al proveedor que cubrirá dicho requerimiento.

Ahora bien, la normativa es clara al indicar la necesidad de contar con la convocatoria del procedimiento de selección de forma previa a la suscripción del contrato complementario, por lo que este no podría suscribirse si el proceso de contratación se encontrase en la fase de planificación y actuaciones preparatorias.

No obstante, tal requisito no siempre será exigido, ya que, de conformidad con el numeral 174.2 del artículo 174 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, no será necesario llevar a cabo la nueva convocatoria cuando con dicha contratación complementaria se agote la necesidad de la entidad, lo cual debe ser sustentado por el área usuaria al formular su requerimiento.

- **Que la contratación se realice respecto al mismo bien o servicio en general antes contratado**

Para que la contratación complementaria sea procedente, la prestación que es objeto de contratación debe corresponder al bien o servicio en general que fue materia de la contratación original. En ese sentido, independientemente de si se trata de bienes o servicios, la contratación complementaria ha de comprender las mismas prestaciones contratadas (bien o servicio en general), sin existir la posibilidad de que al momento del perfeccionamiento se puedan incorporar nuevas prestaciones.

- **Que el contratista preserve las condiciones que dieron lugar a la adquisición o contratación**

Si bien la contratación complementaria determina la celebración de un nuevo contrato, aunque con el mismo contratista y sobre los mismos bienes o servicios en general, resulta necesario que el contrato complementario incorpore todas las condiciones que dieron lugar a la contratación original y aquellas en las que esta culminó su ejecución.

Ahora bien, es preciso mencionar que durante la ejecución contractual el contrato puede sufrir modificaciones expresamente permitidas en la normativa de contrataciones del Estado, tales como adicionales, reducción u otras modificaciones contractuales. Así, tal como lo establece la Opinión 152-2015/DTN, la verificación de la identidad del objeto y de las condiciones del contrato complementario debe realizarse respecto a las prestaciones y condiciones vigentes al momento en que culminó su ejecución.

En tal sentido, las condiciones establecidas en el contrato original —lo que incluye las modificaciones a él— se mantienen y, por lo tanto, son de aplicación al contrato complementario que se suscriba, con excepción del monto del contrato original, el cual no puede ser mayor al treinta 30 % de este.

- **Que su celebración no sea respecto a contratos de ejecución de obras ni de consultorías, y tampoco de contrataciones directas**

El legislador ha optado porque la contratación complementaria se emplee en la contratación de bienes y servicios en general en la medida en que estos objetos contractuales pueden ajustarse a las condiciones descritas en el artículo 174 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

En efecto, la contratación complementaria no es posible para el caso de obras, ya que por la especialidad no resultaría razonable contratar las mismas prestaciones para la construcción de un nuevo hospital o quizá una nueva obra de saneamiento, teniendo en cuenta que cada obra, por muy similar que sea a otra

previamente desarrollada, mantiene características independientes y debe contar con su propio expediente técnico de obra. Por su parte, se observa que en la contratación de las consultorías —que incluye consultoría en general y consultoría de obras— no es procedente la figura de la contratación complementaria dado que no podría desarrollarse una contratación menor a la inicialmente efectuada, en la medida en que una consultoría no posee la calidad de ser divisible y constituye un único todo.

En ese sentido, la contratación complementaria puede desarrollarse para la contratación de bienes o servicios en general, pero no en todos estos objetos, puesto que es necesario que dicha prestación tenga la calidad de ser divisible, entre otras condiciones establecidas en la normativa de contrataciones del Estado.

Por su parte, considerando que la contratación complementaria es un procedimiento excepcional que permite atender necesidades de orden coyuntural, el contratista debería ser elegido mediante un procedimiento competitivo que dé origen a la contratación inicial. En tal sentido, la figura de la contratación complementaria no puede ser empleada en los contratos derivados de una contratación directa¹⁰, en la medida en que en este tipo de contrataciones existe una privación del principio de libre competencia.

DIFERENCIA ENTRE EL CONTRATO COMPLEMENTARIO Y LAS PRESTACIONES ADICIONALES

En la ejecución contractual es posible aplicar distintas figuras que permiten a la entidad alcanzar la finalidad del contrato; sin embargo, con el fin de extender la provisión de las prestaciones contratadas, se observa que las entidades emplean equivocadamente la figura de la contratación de prestaciones adicionales y la contratación complementaria.

En principio, debe indicarse que la contratación de prestaciones adicionales es una prerrogativa con la que cuenta la entidad a fin de ordenar al contratista efectuar prestaciones adicionales a las originalmente pactadas hasta por el límite establecido en la normativa de contrataciones del Estado. Dichas prestaciones tienen como objetivo alcanzar la finalidad del contrato, lo cual implica perseguir el propósito de satisfacer la necesidad pública que originó dicha contratación, y el costo de dichas prestaciones adicionales, en los contratos de bienes o servicios, se determina sobre la base de las especificaciones técnicas o términos de referencia, según corresponda, y de las condiciones y precios pactados en el contrato, o —en su defecto— por acuerdo entre las partes.

10 La contratación directa es un procedimiento de selección de carácter no competitivo, puesto que, por razones coyunturales, económicas o de mercado, la entidad pública requiere contratar directamente con un determinado proveedor para satisfacer su necesidad.

Por su parte, a diferencia de lo anterior, la contratación complementaria constituye una nueva contratación —en el entendido de que la original alcanzó la finalidad debida— que tiene su origen en una circunstancia extraordinaria externa sobreviniente al contrato ya ejecutado, que permite realizarla dentro de los tres meses posteriores a la culminación del plazo de ejecución contractual.

Por otro lado, a diferencia de la prestación adicional, la contratación complementaria no resulta ser obligatoria, por lo que requiere la concurrencia de voluntades y la aceptación del anterior proveedor.

Tabla 1

Diferencia entre prestaciones adicionales y contratación complementaria

Prestaciones adicionales	Contratación complementaria
Se aplican a un contrato en ejecución.	Representa un nuevo contrato.
Buscan alcanzar la finalidad de la contratación originaria.	Corresponde a una necesidad sobreviniente a la contratación originaria.
Se ejecutan de manera obligatoria.	Requiere el consentimiento de las partes.
Se aplican para todos los objetos contractuales.	Se aplica solo para bienes y servicios en general.
Se aprueba como máximo hasta el 25 % del monto del contrato original en el caso de bienes y servicios.	Se aprueba como máximo hasta el 30 % del monto del contrato original.
Pueden ser aprobadas más de una vez en la medida en que no excedan el monto máximo.	Se realiza solo una vez.

Elaboración propia

En ese sentido, las figuras de las prestaciones adicionales y las contrataciones complementarias muestran marcadas diferencias, en principio, por el ámbito donde se aplican, ya sea a la contratación original (prestaciones adicionales) o a la nueva contratación (contratación complementaria). Asimismo, es preciso mencionar que no es un requisito previo haber optado por la ejecución de prestaciones adicionales para luego emplear la contratación complementaria, ya que cada una de estas figuras se aplica cuando se configuren los supuestos previstos en la normativa de contrataciones del Estado.

APLICACIÓN DE LAS FIGURAS DE LA EJECUCIÓN CONTRACTUAL

En la medida en que la contratación complementaria determina la suscripción de un nuevo contrato, resulta posible que en dicha contratación se apliquen las figuras propias de la ejecución contractual previstas en la normativa de contrataciones del Estado. Tal criterio ha sido establecido por el OSCE en diversas opiniones, como por ejemplo en la

Opinión 102-2018/DTN, en la que se permite la aplicación de la figura de ampliación de plazo en una contratación complementaria.

En ese sentido, las figuras aplicables durante la ejecución contractual pueden ser empleadas en la ejecución del contrato complementario siempre que se cumpla con cada uno de los requisitos establecidos en la normativa de contrataciones del Estado.

Considerando lo anterior, en una contratación complementaria es posible la aplicación de prestaciones adicionales; sin embargo, bajo un reciente criterio recogido en la Opinión 228-2019/DTN se ha precisado lo siguiente:

En el supuesto en que una entidad hubiese determinado la necesidad de aprobar prestaciones adicionales durante la ejecución de un contrato complementario, deberá cuidar —entre otros aspectos— que: i) los adicionales sean necesarios para alcanzar la finalidad del contrato y no excedan el 25 % del monto de la contratación complementaria; y ii) el monto del contrato complementario —incluido los adicionales— no exceda el 30 % del monto del contrato original, conforme a lo establecido en el artículo 150 del Reglamento.

Sobre el primer elemento no se presenta mayor complejidad, ya que, en efecto, para que proceda la ejecución de prestaciones adicionales en el caso de bienes o servicios tales no pueden exceder el 25 % del monto del contrato original, que para el presente caso representa el monto de la contratación complementaria.

No obstante, el segundo elemento sí posee mayor relevancia, ya que está fijando como tope máximo del contrato complementario, incluidas las prestaciones adicionales, el 30 % del monto del contrato original. Así, en caso de que se haya optado por suscribir el contrato complementario por el tope máximo correspondiente (30 % del monto del contrato original), no resultaría procedente la aprobación de prestación adicional alguna.

CONCLUSIONES

La contratación complementaria constituye una nueva relación contractual entre el contratista y la entidad, que se materializa a través de la celebración de un nuevo contrato y que es distinto e independiente de aquel que las partes celebraron originalmente. Así, dicha figura permite proveer a la entidad los mismos bienes y servicios en general que esta requiere para atender una determinada necesidad, hasta que culmine —de ser el caso— el procedimiento de selección convocado para tal efecto.

Pese a que las contrataciones complementarias y la ejecución de prestaciones adicionales permiten satisfacer las necesidades de bienes y servicios que pueda tener la entidad, la contratación complementaria encuentra su justificación en la necesidad de atender una situación extraordinaria y externa a la ejecución de un contrato ya culminado.

De conformidad con el reciente criterio del OSCE recogido en la Opinión 228-2019/DTN, el límite porcentual aplicado para la contratación complementaria, correspondiente hasta el 30 % del monto del contrato original, representa el límite máximo no solo al momento de perfeccionar el contrato complementario, sino también durante su ejecución. Por lo tanto, de aprobarse prestaciones adicionales al contrato complementario, el monto de este —incluidos los adicionales— no puede exceder el 30 % del monto del contrato original.

REFERENCIAS

- Expediente 0002-2006-PI-TC (Lima). (2007). Tribunal Constitucional: Pleno Jurisdiccional. Recuperado de <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/00002-2006-AI.pdf>
- Expediente 020-2003-AI/TC (Lima). (2004). Tribunal Constitucional: Pleno Jurisdiccional. Recuperado de <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/00020-2003-AI.html>
- Martínez, M. (mayo del 2008). El contrato complementario en el régimen de contratación pública. *Revista Jurídica del Perú. Normas Legales*, (87), 125-133.
- Morón, J. (2016). *La contratación estatal*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Opinión 010-2016/DTN. (2016). Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado: Dirección Técnico Normativa. Recuperado de <https://www.gob.pe/institucion/osce/informes-publicaciones/737629-opinion-n-010-2016-dtn>
- Opinión 056-2014/DTN. (2014). Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado: Dirección Técnico Normativa. Recuperado de <https://www.gob.pe/institucion/osce/informes-publicaciones/738082-opinion-n-056-2014-dtn>
- Opinión 085-2019/DTN. (2019). Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado: Dirección Técnico Normativa. Recuperado de <https://www.gob.pe/institucion/osce/informes-publicaciones/290921-opinion-n-085-2019-dtn>
- Opinión 102-2018/DTN. (2018). Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado: Dirección Técnico Normativa. Recuperado de <https://www.gob.pe/institucion/osce/informes-publicaciones/737235-opinion-n-102-2018-dtn>
- Opinión 152-2015/DTN. (2015). Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado: Dirección Técnico Normativa. Recuperado de <https://www.gob.pe/institucion/osce/informes-publicaciones/737981-opinion-n-152-2015-dtn>
- Opinión 228-2019/DTN. (2019). Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado: Dirección Técnico Normativa. Recuperado de <https://www.gob.pe/institucion/osce/informes-publicaciones/429467-opinion-n-228-2019-dtn>

¿POR QUÉ TENEMOS LA BALANZA INCLINADA? LA NATURALEZA DE LAS DECISIONES DEL ESTADO EN LA ETAPA DE EJECUCIÓN DE LOS CONTRATOS PÚBLICOS*

ÓSCAR ALEJOS GUZMÁN

Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, Perú

Recibido: 1/1/2020 – Aprobado: 8/1/2020

doi: <https://doi.org/10.26439/iusetpraxis2020.n50-51.5052>

RESUMEN. Los llamados contratos públicos son diferentes a los contratos privados no solo porque interviene el Estado, sino porque se someten a un régimen jurídico distinto que le otorga ciertas prerrogativas a este último. Siendo así, interesa saber si el ejercicio de dichas prerrogativas en la ejecución del contrato implica que estemos en presencia de actos administrativos o de actos contractuales. La importancia no es terminológica, sino funcional, pues dependiendo de ello serán aplicables supletoriamente las normas de derecho público o de derecho privado.

PALABRAS CLAVE: contratación pública / ejecución contractual / acto contractual / acto administrativo

WHY DO WE HAVE A LEANING SCALE? THE NATURE OF GOVERNMENTAL DECISIONS IN THE EXECUTION OF PUBLIC CONTRACTS

ABSTRACT. Public contracts are different from private contracts not only due to government intervention but also because those contracts are subject to a different legal regime which grants certain powers to the State. In this scenario, it is interesting to know if the execution of those powers means that we are in front of administrative actions or contract actions. The importance of this matter is not terminological but functional, because it will allow us to know which rules are applicable: public rules or private rules.

KEYWORDS: public procurement / contract execution / contract actions / administrative action

* Varias de las ideas expuestas son fruto de discusiones con Ramón Huapaya y Néstor Shimabukuro, a quienes agradezco sus críticas, comentarios y sugerencias. Los errores son producto de mi torpeza y, por ende, exclusivamente imputables a mí.

INTRODUCCIÓN¹

Los contratos que celebra el Estado no son como cualquier contrato entre privados. Si bien en ambos casos se adquieren bienes y se contratan servicios y obras, lo cierto es que tal similitud es solo aparente. En todo caso, la similitud se queda allí, en lo que puede ser objeto del contrato.

Así, en primer lugar, la sola presencia del Estado² revela que no se trata de un contrato común y corriente (Baca, 2009, p. 69; Martin, 2013, p. 306). El Estado, cuando contrata, no deja de ser Estado. Sigue estando sujeto al principio de legalidad, es decir, la antítesis de la libertad que caracteriza a las partes de un contrato privado. Por ende, cuando el Estado contrata, no lo hace en ejercicio de su libertad (que no tiene), sino en cumplimiento de una habilitación legal previa.

En línea con ello, la legislación se encarga de consolidar dicha distinción en todas las etapas del ciclo contractual. Desde la preparación, en la que se establece una serie de reglas para definir las necesidades de la entidad contratante, pasando por la selección del contratista mediante un proceso concurrencial, hasta la etapa de ejecución del contrato, en que la ley le otorga una serie de prerrogativas que no posee un particular cuando toma decisiones dentro de un contrato. De ahí que sea de sumo interés la naturaleza que tienen estas decisiones en la etapa de ejecución contractual, pues —como observaremos— determinan que la balanza se incline a favor del Estado.

Descifrar la naturaleza de una institución implica —a nuestro modo de ver— responder a las preguntas de por qué y para qué existe dicha institución. Así, hablamos de *naturaleza* desde una perspectiva *funcional*, bajo la premisa de que solo sabiendo la justificación y la finalidad de una institución se pueden interpretar adecuadamente las reglas que le son aplicables.

En las siguientes líneas analizaremos la naturaleza de las decisiones que toma el Estado para ejecutar sus contratos y cuáles son las consecuencias de determinar dicha naturaleza. Para ello, nos centraremos en los contratos regidos por la Ley de Contrataciones del

1 En el presente artículo utilizaré exclusivamente fuentes nacionales. Entiendo que es necesaria una explicación, aunque el espacio no me permite detallar todos los argumentos que sustentan mi decisión. Por ello, me limito a indicar que ya existe en nuestro país una ingente doctrina nacional que ha estudiado el tema. Siendo así, en la medida en que no pretendo hacer un análisis de derecho comparado, he excluido las fuentes foráneas, no sin antes reconocer que existe abundante doctrina extranjera que se ha ocupado del tema. Aclaro finalmente que no me inspira una suerte de chauvinismo, sino solamente una preocupación por resaltar lo que se viene escribiendo entre nosotros desde hace más de una década.

2 Cabe aclarar que, dentro del universo de contratos públicos, me centraré exclusivamente en los llamados contratos de aprovisionamiento, por medio de los cuales el Estado adquiere bienes, servicios y obras. Sobre los distintos tipos de contratos públicos en el Perú, véanse los trabajos de Jorge Danós (2006), Richard Martin (2013), Víctor Baca (2014), Juan Carlos Morón (2016) y Ramón Huapaya (2018).

Estado, cuyo Texto Único Ordenado fue aprobado por el Decreto Supremo 082-2019-EF (en adelante, LCE) y su reglamento, aprobado por el Decreto Supremo 344-2018-EF (en adelante, RLCE). Previamente, explicaremos qué tipos de decisiones toma el Estado en ejecución del contrato y cómo estas se regulan en nuestra legislación.

OTRA VEZ SOBRE EL CONTRATO PÚBLICO Y SU DIFERENCIA CON EL CONTRATO PRIVADO

Utilizamos la expresión “otra vez” porque la distinción entre contrato público y privado es un tema recurrente, e incluso nos hemos pronunciado al respecto (Alejos, 2019, pp. 350-352). Pese a ello, la recurrencia de la discusión no necesariamente implica consenso (Baca, 2014, p. 272).

Pues bien, en dicha discusión, nos adherimos a la posición que considera que sí existe un *contrato público*, distinto al privado. Así, una *primera* diferencia entre el contrato público y el privado es la relacionada con la *vinculación a la ley* que se presenta en cada caso. Se sabe que el privado, cuando contrata con otro privado, se somete a la ley en sentido negativo (se permite el pacto siempre que no viole la ley), porque goza de autonomía de la voluntad. Sin embargo, cuando el Estado contrata, ¿tiene autonomía de la voluntad o no?

Como lo expresamos en su oportunidad, consideramos que no. Si bien puede parecer que el Estado contrata en función de una suerte de “autonomía de la voluntad”, lo cierto es que actúa sujeto al principio de legalidad. De esta manera, el Estado no contrata porque quiere ni como quiere, sino porque debe y en función de los parámetros que la misma ley le habilita. Recordemos además que, cuando el Estado contrata, no lo hace en procura de la satisfacción de un interés propio, sino que siempre lo hace para satisfacer el interés público.

Si bien puede considerarse que actúa con cierto margen de decisión que le permite negociar y pactar con los particulares³, lo cierto es que ello deriva de una potestad discrecional que también se sujeta al principio de legalidad.

Una *segunda* diferencia entre ambos contratos es el *proceso de formación* de la voluntad (Danós, 2006, p. 17). Mientras que en el contrato privado no existen reglas sobre el particular y queda a la libertad de las partes cómo llegan a un acuerdo, en el contrato público la regla general es que la voluntad del Estado se forma luego de un *procedimiento administrativo* (Shimabukuro y Alejos, 2018, pp. 64-66) concurrencial, conforme al cual se busca adjudicar el contrato al mejor postor.

3 En la doctrina nacional, Víctor Baca (2014, pp. 273-274), Juan Carlos Morón (2016, p. 58) y Ramón Huapaya (2018, p. 619).

Es cierto que los privados también pueden convocar concursos para elegir a su contraparte, pero ello se lleva a cabo como parte de su libertad de contratar. En cambio, para el Estado es la regla general, impuesta por mandato de la Constitución, específicamente por su artículo 76. Es verdad también que existen ciertas excepciones al procedimiento concurrencial para que el Estado contrate. Pero son eso, excepciones. La regla general sigue siendo el procedimiento concurrencial para la formación de la voluntad del Estado.

Una *tercera* diferencia —la más relevante para el presente estudio— radica en el *régimen jurídico exorbitante* que caracteriza a las decisiones del Estado en la ejecución del contrato. Dicho régimen jurídico se explica por el *interés público* que es causa del contrato. Precisamente para salvaguardar dicho interés público la ley le reconoce al Estado determinadas potestades en la ejecución contractual.

Sobre este último punto, es importante mencionar que —sin perjuicio de las discrepancias entre los autores— quienes sostienen que existe un verdadero “contrato público” coinciden en sus características esenciales. En particular, seguimos la posición de Ramón Huapaya (2013, p. 286), en el sentido de que el contrato público se define por su *finalidad pública*. Coincide en este punto Juan Carlos Morón (2016, p. 59), para quien el interés público es causa del contrato.

Como hemos indicado, es precisamente dicho interés público el que justifica la existencia de un régimen jurídico distinto, en que la ley le otorga determinadas prerrogativas al Estado. Ahondando en ello, Morón (2016, pp. 578-580) nos habla del *principio de continuidad en la ejecución*, conforme al cual el interés público subyacente al contrato exige que las prestaciones se ejecuten de forme continua, por lo que se le otorgan al Estado diversas prerrogativas que le permiten asegurar dicha continuidad (aprobando ampliaciones de plazo o adicionales, modificando el contrato, imponiendo su interpretación, etcétera).

Como tales, estas potestades o prerrogativas comparten las características de cualquier otra potestad. Así, no solo tienen su origen en la ley, sino que se *imponen* de forma unilateral al contratista, y es innecesario su consentimiento o anuencia.

Es cierto que en los contratos privados también podemos apreciar situaciones similares, en las que una de las partes ejerce determinados derechos de forma casi impositiva. Sin embargo, la diferencia radica en que en estos casos la exorbitancia proviene de una situación *de facto* (mayor poder de negociación de una de las partes), mientras que, en los contratos públicos, la exorbitancia viene otorgada por la ley⁴.

4 Como se ha indicado: «A diferencia de lo que ocurre con el contrato privado, en el que solo excepcionalmente una de las partes tiene capacidad singular para imponer deberes a la otra, dado que la regla es la igualdad entre las partes; en el contrato administrativo las entidades mantienen —como

Sin duda existen más diferencias⁵, pero son estas las que nos parecen más relevantes a fin de realizar el análisis central de este estudio.

DECISIONES DEL ESTADO DURANTE LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO

Como hemos visto, existen particularidades propias de los contratos públicos que permiten distinguirlos de los contratos privados. Entre dichas particularidades, interesa resaltar la existencia de un régimen jurídico exorbitante a favor del Estado, conforme al cual este posee distintas prerrogativas o potestades ajenas a las que tiene un privado.

Siendo así, interesa descifrar por qué y para qué existen dichas prerrogativas, que, en buena cuenta, consagran un régimen jurídico particular que inclina la balanza a favor del Estado. Dicho de otro modo, es importante comprender cuál es la naturaleza —en términos funcionales— de las prerrogativas del Estado en la ejecución de los contratos públicos.

Por qué y para qué son dos cuestiones vinculadas. La justificación de una determinada institución legal se suele hallar en la finalidad que se quiere alcanzar. Recordemos que las instituciones legales son *instrumentales*, es decir, son *medios* para conseguir determinados *finés*.

Dicho ello, corresponde preguntarse lo siguiente: *¿por qué existen estas prerrogativas?* Porque la ley así lo establece. *¿Y por qué la ley lo establece así?* Porque se entiende que solo así se puede garantizar el interés público que subyace a estos contratos. *¿Cómo?* Permitiendo que el Estado asuma una posición de *dirección* que le sirve para asegurar la *ejecución oportuna* del contrato, con miras a la *satisfacción del interés público*. Las razones antes anotadas nos permiten explicar nociones esenciales para entender la naturaleza de estas prerrogativas.

En primer lugar, el origen de dichas prerrogativas se halla siempre en la ley. Esta aclaración no es baladí. Durante mucho tiempo se discutió sobre la existencia de “prerrogativas implícitas” que existirían solo por el hecho de estar frente a contratos públicos. La clara vulneración a la seguridad jurídica que dicha teoría conlleva nos permite sostener que no existen (ni deben existir) prerrogativas implícitas (Linares, 2005, p. 290); sino que, por el contrario, solo hay prerrogativas si estas son fijadas por ley. Esto no debería dar lugar a mayores dudas. En buena cuenta, es simple y llanamente la aplicación del *principio de legalidad*.

regla general— capacidades inusuales sobre el contratista que le permiten una dirección estratégica del contenido, su ejecución y su propia existencia» (Morón y Aguilera, 2018, p. 144).

5 Sobre el particular, léase con provecho a Juan Carlos Morón (2016, pp. 58-72). También a Juan Carlos Morón y Zita Aguilera (2018, pp. 26-40).

Ahora, la ley consagra tales prerrogativas porque se entiende que solo al otorgarle estas al Estado se le permite garantizar la satisfacción del interés público. Solamente con dichas prerrogativas el Estado puede asegurar que los contratos se ejecuten de manera oportuna (para eso están las prerrogativas de supervisión, interpretación y modificación del plazo) y con miras a satisfacer las necesidades públicas que se traducen en mejores bienes, servicios y obras (para eso están las prerrogativas de aprobación de adicionales, modificación unilateral, intervención económica de la obra, etcétera).

Se debe recordar que el *interés público* que subyace a los contratos públicos se materializa cuando se permite al Estado cumplir adecuadamente sus funciones de satisfacer necesidades públicas. Por ejemplo, cuando un hospital público adquiere equipamiento médico es para prestar mejor los servicios de salud. Lo mismo sucede cuando se adquieren patrulleros para mejorar el servicio de seguridad ciudadana.

Sucede lo mismo en la contratación de servicios. Por ejemplo, últimamente las entidades vienen contratando los servicios de consultoras especializadas para implementar programas de cumplimiento. El objetivo no es otro que mejorar la organización estatal para que se puedan cumplir las funciones públicas sin incurrir en ningún tipo de conducta ilegal. El caso de las obras es mucho más claro. La contratación de la construcción de una carretera o un hospital tiene como objetivo satisfacer las necesidades públicas de transporte y salud, respectivamente⁶.

Todas estas necesidades requieren siempre de atención inmediata y en las mejores condiciones, de ahí que resulte sumamente importante garantizar que los contratos se ejecuten de manera oportuna, eficaz y eficiente. Precisamente para garantizar ello es que la ley le otorga al Estado distintas *prerrogativas*.

En las siguientes líneas haremos referencia a algunos supuestos concretos de prerrogativas, de forma para nada exhaustiva, dado que nuestro propósito es simplemente demostrar que en estos casos se presentan las características antes mencionadas.

Aprobación de adicionales y reducciones

La aprobación de adicionales y reducción de prestaciones constituye un tipo del género de "modificación unilateral del contrato", probablemente una de las prerrogativas más importantes y conocidas. Esta posibilidad de modificar unilateralmente el contrato se reconduce al llamado *principio de mutabilidad* (Huapaya, 2013, p. 300; Shimabukuro,

⁶ Evidentemente el interés público subyacente se podrá apreciar en mayor o menor medida dependiendo del bien, servicio u obra. Al respecto, es ilustrativo el ejemplo de Mario Linares (2009, p. 178): «Por ejemplo, en el caso de la construcción o remodelación de parte de la sede de oficinas de una entidad pública, la misma no se encontrará afectada a un fin público con la misma claridad que una carretera, pero puede deducirse la utilidad pública en función del objeto o finalidad de la Entidad».

2015, p. 16; Morón y Aguilera, 2014, p. 326). Cabe resaltar que son actos unilaterales porque proceden por decisión exclusiva de la entidad, sin necesidad de la anuencia del contratista.

Esta prerrogativa se sustenta en el *interés público* que subyace al contrato (Shimabukuro, 2015, p. 16). El mismo artículo 34 de la LCE precisa que la modificación se permite “para alcanzar la finalidad del contrato de manera oportuna y eficiente”. En efecto, es el interés público el que justifica que el Estado pueda modificar unilateralmente el contrato mediante la aprobación de adicionales de obra. Es el interés público el que justifica, por ejemplo, que se apruebe la construcción de un piso adicional en un hospital, si con ello se consigue la finalidad pública de garantizar una prestación idónea del servicio de salud.

Ahora bien, la necesidad de modificar los contratos surge de dos hechos importantes y vinculados: i) la larga duración de los contratos y ii) su consecuente naturaleza incompleta (Morón y Aguilera, 2014, p. 327). En efecto, en contratos de suministro, servicios prolongados u obras, es usual que el plazo de ejecución sea extenso. Siendo extenso, es más difícil para las partes prever ciertas situaciones; de ahí su naturaleza *incompleta*. En tal contexto, es necesario permitir la modificación de los contratos, precisamente para abordar dicha incompletitud (Shimabukuro, 2015, p. 25).

En línea con ello, las razones por las cuales se puede proceder a modificar un contrato público son múltiples, y es imposible encasillarlas en una lista taxativa de supuestos. Sin embargo, cabe destacar que, en cualquier caso, la modificación de un contrato debe analizarse en consonancia con el *principio de igualdad* consagrado en el literal b) del artículo 2 de la LCE (Morón y Aguilera, 2014, p. 335). En efecto, no es tolerable que se modifique el contrato otorgando una ventaja ilegítima que los demás postores no sabían que podían adquirir al momento de presentar sus ofertas. Aquí el principio de igualdad opera en retrospectiva, pues obliga a mirar cómo fueron afectados los postores ayer (en la presentación de ofertas) por los cambios que se pretenden realizar ahora (modificando el contrato).

En el caso específico de los adicionales, se ha precisado que efectivamente son el resultado del ejercicio de una prerrogativa pública; implican una prestación por parte del contratista que es indispensable para alcanzar la finalidad de interés público del contrato (Aguilera, 2010, p. 847); tienen su origen en situaciones imprevisibles o errores en el expediente, y requieren de disponibilidad presupuestal (Linares, 2009, p. 181).

Además de estas características, resulta de particular importancia considerar que la aprobación de adicionales de obra está sujeta a determinados condicionamientos cuantitativos y cualitativos (artículo 34 de la LCE y artículo 157 del RLCE). Conforme a ello, estamos frente a un caso en el que la ley ha establecido un *control previo* a cargo

de la misma administración (Aguilera, 2010, pp. 847-848). Pero no solo ello: incluso ha excluido la posibilidad de discutir esta materia en sede arbitral (artículo 45 de la LCE)⁷.

Eso es lo que concierne a los adicionales. Su contrapartida, las reducciones de prestaciones, también se manifiesta a través de una decisión unilateral de la entidad contratante que tiene como fundamento la satisfacción del interés público subyacente al contrato (artículo 34.3 de la LCE)⁸. Como bien se ha indicado (Morón, 2018, p. 1), la reducción de prestaciones ha recibido menor atención que la aprobación de adicionales, pese a que su naturaleza es más gravosa al significar una reducción no solo en la prestación comprometida, sino también en el ingreso del contratista (por ejemplo, cuando se le impone al contratista dejar de construir un sótano luego de determinarse que era innecesario y podía afectar negativamente la estructura de un colegio).

Ampliación de plazo

La potestad de ampliar el plazo contractual también forma parte de la prerrogativa de modificación unilateral del contrato (artículo 34.9 de la LCE). A diferencia del caso anterior, en el que se amplía o reduce el objeto contractual (las prestaciones), en este se amplía el *plazo* de ejecución.

Vale notar que, si bien tal prerrogativa se ejerce a pedido del contratista, este nunca puede forzar ni negociar la ampliación. Queda en poder de la entidad el aprobar la ampliación; de ahí que siga siendo una *decisión unilateral*. Se aprecia así la balanza inclinada a favor del Estado como titular de la prerrogativa en cuestión, la cual se caracteriza evidentemente por su unilateralidad, presunción de validez y ejecutividad. Tan es así que al contratista solo le queda cuestionar la decisión (denegatoria) de la entidad mediante el arbitraje (artículo 158.6 del RLCE).

Por último, cabe recordar que esta prerrogativa también se sustenta en el *interés público*, ya que es precisamente este el que justifica que se prolongue el plazo contractual para permitir la correcta satisfacción de las necesidades públicas. Solo ampliando el plazo se permite al contratista entregar adecuadamente los bienes o prestar de manera idónea un servicio a favor del Estado.

7 Cabe señalar que Zita Aguilera (2010, pp. 850-855) sostiene que la decisión de aprobar adicionales no constituye el ejercicio de una potestad, sino que se trata de un acto contractual, en donde el Estado actúa como un sujeto contractual en condiciones de igualdad. Discrepo totalmente de esta postura, conforme se aprecia en el texto.

8 Vale resaltar estas reflexiones de Juan Carlos Morón (2018, p. 2): «Más bien, hablemos del principal destinatario del contrato: el ciudadano o la sociedad. Preguntémosnos si es acorde al interés público, que el ciudadano se quede con un menor suministro de medicamentos, menos ambulancias o patrulleros, con menores prestaciones de salud que habían sido contratadas con locadores o con menor infraestructura en actual ejecución, bajo el argumento de recortes presupuestales. Estas son las principales consecuencias directas de la reducción de prestaciones y no solo, el menor gasto corriente que se ejecuta».

Nulidad del contrato

Conforme ha sido advertido (Baca, 2009, p. 77), la invalidez en los contratos públicos puede dividirse temporalmente, de manera que se puede hablar de invalidez antes de la firma del contrato o invalidez luego de su firma (artículo 44.2 de la LCE). En el primer caso, la vía para declarar la nulidad es netamente administrativa; en el segundo, la vía común es la arbitral (artículo 44.5 de la LCE).

Sin embargo, luego de la firma del contrato, también se permite la nulidad de oficio, por decisión propia de la entidad (artículo 44.2 de la LCE), aunque condicionada a la existencia de vicios graves (Baca, 2009, p. 85; Aguilera, 2018, p. 289), como la contratación con impedidos o cuando se ha contratado directamente sin seguir el previo procedimiento de selección.

Ahora bien, el solo hecho que la nulidad pueda ser declarada unilateralmente por el Estado, sin necesidad de recurrir a ninguna autoridad jurisdiccional (Rodríguez, 2011, p. 292), es prueba de que nos encontramos frente a un típico ejercicio de potestad. Incluso quien muestra reticencias a aceptar la aplicación de normas de derecho público a los contratos no niega que la posibilidad de declarar la nulidad de oficio sea una prerrogativa que, además, encuentra justificación en el *interés público* subyacente al contrato (Aguilera, 2018, p. 290).

Habiendo quedado claro que estamos frente a una verdadera *prerrogativa*, cabe destacar que el caso particular de la nulidad de oficio amerita un comentario adicional. En efecto, al ser un acto administrativo, le son aplicables supletoriamente las normas de derecho público que rigen a estos actos. Precisamente en el caso de la nulidad de oficio del contrato se presenta un supuesto de vacío. En efecto, ni la LCE ni el RLCE contemplan un plazo de prescripción para el ejercicio de esta potestad de revisión. Ante dicha ausencia, debería quedar claro que es de aplicación el plazo que prevé la Ley del Procedimiento Administrativo General —en adelante, LPAG— (Baca, 2016, p. 545).

Frente a ello, Aguilera (2018, pp. 292-293) sostiene que la LPAG no sería aplicable. Pero no porque sea aplicable el Código Civil, sino porque, al ser una *potestad*, esta no debería estar sujeta a plazo. Esta posición merece dos comentarios. Primero, al ser una potestad, debería quedar claro que, de todas las normas posibles, la LPAG es la más compatible. Segundo, coincidimos en que la potestad de declarar la nulidad de oficio por vicios graves no debería estar sujeta a plazos de prescripción; sin embargo, la LPAG ha preferido imponer dichos plazos, lo que puede ser criticable (Baca, 2009, p. 73), pero no por ello podemos simplemente negar la aplicación de la LPAG aduciendo falta de compatibilidad.

¿ACTO ADMINISTRATIVO O ACTO CONTRACTUAL?

Si partimos de la premisa de que los actos mencionados anteriormente son el producto del ejercicio de una potestad o prerrogativa, entonces no debería haber mayor problema en reconocer que son verdaderos actos administrativos (Baca, 2014, p. 274).

Dichas prerrogativas, por estar fijadas en la ley y justificarse en el interés público, son materializadas mediante la emisión de actos administrativos. En tal sentido, su ejercicio implica *unilateralidad, ejecutividad y ejecutoriedad*⁹.

Estas características del acto administrativo se aprecian con claridad en el ejercicio de las prerrogativas por parte del Estado durante la ejecución contractual, como se ha podido apreciar en los casos antes señalados. En efecto, en ellos la administración impone su decisión *unilateralmente* y no necesita ni el consentimiento ni la anuencia del contratista. Asimismo, su decisión goza de presunción de validez (Abruña, 2016, p. 258) y, por ello, surte plenos efectos desde su notificación (ejecutividad), e incluso puede imponer su voluntad por la fuerza (ejecutoriedad)¹⁰.

Ello se condice perfectamente con lo que hemos señalado antes sobre la justificación y finalidad de las prerrogativas. Solo mediante actos administrativos, el Estado puede asegurar que sus decisiones durante la ejecución contractual permitirán efectivamente satisfacer el interés público de forma oportuna, eficaz y eficiente. Esto es así por las características de todo acto administrativo.

Así, el ejercicio de estas prerrogativas requiere que las decisiones gocen de *estabilidad* y, por ende, de *presunción de validez*, ambas predicables de los actos administrativos (Danós, 2010, pp. 27-29). Conforme a estas características, las decisiones de la administración se presumen válidas hasta que no se declare su invalidez. Ello le permite —en consonancia con lo que se quiere en la ejecución de contratos públicos— a la administración cumplir con sus funciones sin que el administrado la obstaculice.

Pero no solo ello. Son actos administrativos porque —aun dictados en el marco de ejecución de un contrato— son decisiones del Estado que inciden sobre la situación jurídica de un administrado, conforme a la definición del artículo II de la LPAG. Es decir, poseen un contenido *regulador* (Huapaya, 2010, p. 126).

9 Respecto de estas características, es clara la explicación sucinta de Antonio Abruña (2016, p. 258): «A la naturaleza y efecto propio de la potestad se añaden normalmente dos de las características más importantes de los actos administrativos: la ejecutividad y la ejecutoriedad. Por la primera, los efectos jurídicos del acto administrativo son inmediatamente exigibles sin necesidad de previo reconocimiento judicial en caso de resistencia (artículo 16° LPAG), y por la segunda, es susceptible de ejecución forzosa, incluso en contra de la voluntad de los destinatarios (artículo 192° LPAG)».

10 Al respecto, señalan Juan Carlos Morón y Zita Aguilera (2018, p. 144): «Las prerrogativas de la administración son la proyección de la ejecutoriedad administrativa unilateral institucionalizadas en el contrato e incorporada como un régimen jurídico general».

Por ejemplo, en el caso particular de las ampliaciones de plazo, el Estado decide si otorga el derecho a mayor plazo que es exigido por el contratista. Lo mismo acontece con el acto que aprueba un adicional. Por su parte, el acto de declaración de nulidad incide negativamente sobre la esfera jurídica del contratista, pues le extingue su derecho al contrato y dentro del contrato.

Cabe agregar que este *contenido regulador* contribuye a su vez a la finalidad *estabilizadora de relaciones jurídicas* que se predica del acto (Huapaya, 2010, p. 120). En efecto, mientras se reconozca ese carácter regulador (conforme al cual el acto incide en la esfera jurídica del administrado), entonces se coadyuva a generar estabilidad a las relaciones que entabla la administración, ya sea cuando otorga un derecho, niega un pedido o impone un gravamen. En todos estos casos, el Estado no emite una mera opinión o sugerencia, sino que impone su voluntad.

En tal sentido, a estos actos les son aplicables las reglas esenciales de todo acto administrativo, situación que se ve confirmada por la regulación que le dispensan la LCE y el RLCE. Así, su régimen de validez es el mismo que prevé el artículo III de la LPAG: debe ser dictado por autoridad competente, tener un objeto posible, estar motivado, cumplir una finalidad pública (el fin del contrato) y seguir el procedimiento regular (metódicamente detallado en el RLCE).

Por ello, debe quedar claro que, precisamente por ser actos administrativos, son actos perfectamente controlables. El hecho de que sean actos unilaterales no niega la existencia y necesidad de dicho control, sino que más bien refuerza su exigibilidad (Shimabukuro, 2015, p. 18)¹¹.

Asimismo, le son aplicables los *principios del derecho administrativo* (Danós, 2006, p. 36). Destaca, por ejemplo, el *principio de razonabilidad* (Huapaya, 2013, p. 319; Shimabukuro, 2015, p. 22), conforme al cual se exige que el ejercicio de estas prerrogativas sea razonable, es decir, que se evalúe previamente si la decisión es la más idónea, menos gravosa y más proporcional respecto a la situación del contratista. Además, es aplicable el *principio de buena fe*, reconocido universalmente en materia contractual. Es más, este principio (reconocido en el artículo IV de la LPAG) es incluso más potente en la contratación pública, dado el interés público comprometido (Shimabukuro, 2015, p. 33).

Ahora bien, que sean actos administrativos no enerva que posean un régimen especial. Sobre todo en lo que atañe a *aspectos externos* al acto mismo, como son los *mecanismos de revisión* (nulidad y revocación). En efecto, a diferencia del régimen general

11 Algo similar decía Alberto Ruiz-Eldredge (1992, p. 186) hace más de dos décadas: «No debe olvidarse que las potestades unilaterales de la administración pública en un contrato administrativo con un administrado no pueden ser jamás arbitrarias, sino regladas o, en todo caso, discrecionales».

de la LPAG, la LCE ha optado por someter la revisión de todos los actos administrativos dictados en ejecución del contrato al mecanismo de solución de controversias arbitral.

Así pues, no cabe aquí reconsideración ni apelación (mecanismos de revisión impulsados por el administrado); tampoco caben los mecanismos de revisión de oficio. Cualquier cuestionamiento a la validez de los actos administrativos mencionados se somete al fuero arbitral. Vale notar que esto es esencialmente lo que se sostiene en la Opinión 130-2018/DTN.

¿ELLO LES PRIVA DE SU NATURALEZA DE ACTOS ADMINISTRATIVOS?

Por supuesto que no¹². Dos razones permiten sostener nuestra posición: i) la naturaleza del acto se halla en sus aspectos internos (régimen de existencia y validez) y no externos (régimen de cuestionamiento o revisión), y ii) existen ejemplos de otros actos administrativos que también poseen un régimen de revisión especial y no por ello dejan de ser actos administrativos (por ejemplo, los actos sujetos solo a reconsideración, los actos inimpugnables en sede administrativa, etcétera).

Por ello, resultaba innecesario decir que la LPAG es inaplicable a la ejecución del contrato, como se hizo en las Opiniones 130-2018/DTN y 106-2018/DTN. En efecto, no era necesario sostener esa posición (equivocada, a nuestro modo de ver) para sustentar que el régimen de cuestionamiento del acto tiene lugar en el fuero arbitral.

Un argumento adicional nos permite sostener que los actos estudiados son, en efecto, actos administrativos. La razón es que sí existen *actos contractuales*, claramente diferenciables de los *actos administrativos*. Un ejemplo es la *suspensión del plazo de ejecución de la obra* (artículo 178 del RLCE). Este acto sí es contractual porque implica “acuerdo” entre las partes. El artículo citado dispone que las partes “pueden acordar por escrito la suspensión del plazo de ejecución”, con lo cual se revela un caso clarísimo de “acuerdo” o, mejor dicho, de “acto contractual”, cuya esencia precisamente reside en el *consenso* entre ambas partes.

Este consenso es lo que falta en los actos administrativos y particularmente en los actos antes estudiados, cuya esencia más bien es —como hemos referido— la unilateralidad, la presunción de validez, la ejecutividad y la ejecutoriedad. De ahí que, al concederse una ampliación de plazo, por ejemplo, no sea necesario firmar una adenda (Opinión 195-2015/DTN), porque precisamente el acto es unilateral.

12 Aun cuando se refiera a los contratos de concesión, Ramón Huapaya (2013, p. 327) asume una posición similar en el sentido de que la naturaleza de acto administrativo no desaparece porque su cuestionamiento se realice en la vía arbitral.

Lo expuesto permite sostener que el orden de prelación que se reconoce en la primera disposición complementaria final de la LCE¹³ y, más específicamente, en la primera disposición complementaria final del RLCE¹⁴ no es baladí. Este orden de prelación reconoce que muchas de las decisiones estatales en ejecución del contrato son verdaderos actos administrativos. De ahí que, ante el vacío en la ley especial, se deban aplicar primero las *normas de derecho público* y solo luego las *normas de derecho privado*¹⁵.

En virtud de ello, no podemos compartir lo sostenido por la Dirección Técnico Normativa del OSCE en la Opinión 130-2018/DTN (repetido en otras opiniones):

La Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, **no regula las relaciones contractuales de las entidades públicas, sino las actuaciones de la función administrativa del Estado y el procedimiento administrativo común** [subrayado y negrita en el original], como se desprende del Artículo II de su Título Preliminar.

[...]

Por ello, en concordancia con el criterio desarrollado en la Opinión N° 107-2012/DTN, debe señalarse que **ante la ausencia de regulación de algún hecho o situación en la normativa de contrataciones del Estado que se ocupa de la ejecución contractual, será necesario recurrir, supletoriamente, a las disposiciones del Código Civil que resulten compatibles** [subrayado y negrita en el original], y no a las disposiciones de la Ley N.º 27444, pues, como se ha indicado, estas resultarían incompatibles con la lógica contractual.

[...]

En ese sentido, mediante la presente opinión, este Organismo Técnico Especializado precisa el criterio establecido en las Opiniones N.º 007-2013/DTN, N.º 195-2015/DTN, que analizan la naturaleza de las declaraciones de la Entidad respecto a las solicitudes de ampliación de plazo, en la medida que las actuaciones relacionadas con la gestión contractual (como son las decisiones de la Entidad que resuelven las solicitudes de ampliación de plazo) **no** [subrayado en el original] tienen calidad de actos administrativos.

13 **Primera.** La presente norma y su reglamento prevalecen sobre las normas del procedimiento administrativo general, de derecho público y sobre aquellas de derecho privado que le sean aplicables. Esta prevalencia también es aplicable a la regulación de los procedimientos administrativos sancionadores a cargo del Tribunal de Contrataciones del Estado.

14 **Primera.** En lo no previsto en la Ley y el Reglamento, son de aplicación supletoria las normas de derecho público y, solo en ausencia de estas, las de derecho privado.

15 Así, Christian Guzmán (2015, p. 541), aunque comentando la legislación anterior. Así también nos decía Alberto Ruiz-Eldredge (1992, p. 194) mucho antes de que existiera el marco normativo actual: «En nuestra opinión, la administración pública celebra contratos que quedan sometidos al derecho público, o a la doctrina del derecho público, a los principios generales del derecho administrativo y solo supletoriamente al derecho privado».

Tampoco podemos compartir la tesis de Aguilera (2018, p. 287), quien —coincidiendo con la opinión antes transcrita— sostiene que los actos en ejecución del contrato no son *compatibles* con la lógica de la LPAG, sino con la del Código Civil. En nuestra opinión, carece de asidero pretender resolver controversias sobre actos unilaterales, ejecutivos, ejecutorios y con presunción de validez aplicando el Código Civil, diseñado para actos bilaterales, consensuales y sin presunción que los ampare.

De ahí que nos reafirmemos en sostener que, en el caso del ejercicio de prerrogativas, son aplicables supletoriamente las normas del derecho público, entendiendo por tales tanto a las *reglas* como a los *principios*¹⁶. Cabe aclarar que ello sería así aun si no existiera el orden de prelación previsto en las normas citadas. La naturaleza misma de dichas decisiones así lo exige, de tal manera que el orden de prelación de las normas aplicables se deriva de la misma esencia de dichos actos, por lo que es aplicable incluso a otros contratos públicos, como los de concesión (Huapaya, 2013, p. 294).

Asimismo, es necesario precisar que, incluso cuando son aplicables las normas de derecho privado, estas deberán modularse considerando el carácter público del contrato (Huapaya, 2013, p. 295).

REFLEXIONES CONCLUSIVAS

En la contratación pública nos encontramos con la balanza inclinada a favor del Estado. Ello no debería resultar extraño, dado que el Estado actúa —incluso cuando contrata— en procura de satisfacer un interés público que exige que posea determinadas prerrogativas. Evidentemente esta situación no cambia en los contratos de aprovisionamiento. Por el contrario, en estos casos, el interés público que subyace al contrato exige satisfacer de forma continua y oportuna determinadas necesidades públicas vinculadas con los bienes, los servicios y las obras que el Estado contrata.

Siendo así, el legislador ha decidido otorgarle al Estado ciertas prerrogativas que le permiten asegurar precisamente esa satisfacción continua y oportuna de las necesidades públicas. En buena cuenta, dichas prerrogativas le permiten asegurar la ejecución del contrato de tal manera que este cumpla su finalidad.

16 Sobre los principios en materia de contratos públicos de aprovisionamiento, ver el estudio de Juan Carlos Morón (2006, pp. 191 y ss.). Asimismo, sobre los contratos de concesión, el profundo estudio de Ramón Huapaya (2013, pp. 307-328). En este último trabajo, se señala: «Ciertamente, frente a una aplicación irreflexiva de los principios contractuales civiles a la contratación pública, entendemos y sostenemos que existirá un orden de primacía para la aplicación de las fuentes normativas en los contratos públicos, en los cuales en primer lugar, son de aplicación plena y recibo los principios jurídicos del derecho administrativo, mientras que los principios y normas del derecho serán siempre de aplicación supletoria al fenómeno contractual público» (Huapaya, 2013, p. 308).

Como tales, estas prerrogativas parten de una habilitación legal previa, implican una imposición unilateral por parte del Estado y se justifican en el interés público que subyace al contrato. Porque poseen esas características es que no pueden sino ser *actos administrativos*, caracterizados por su unilateralidad, ejecutividad y ejecutoriedad, con contenido regulador y función estabilizadora. Solo mediante verdaderos actos administrativos es que el Estado puede asegurar la eficaz, eficiente y oportuna ejecución del contrato, con miras a satisfacer el interés público.

Ello no podría ocurrir si los consideramos *actos contractuales*, en que la clave es el *consenso*. El interés público que subyace al contrato público no puede permitir que la ejecución de las prestaciones se dilate por el entrapamiento de una negociación. Claro está que ello no implica dejar desprovisto de protección al contratista frente al ejercicio de dichas prerrogativas. En todo caso, implica una tutela mayor. El hecho de considerar que estamos frente a verdaderos *actos administrativos* tiene como consecuencia que son aplicables todos los *controles de validez* sobre ellos. Estos límites al ejercicio de las prerrogativas los puede hacer valer el contratista cuando discuta los respectivos actos administrativos, situación que sería inconcebible si se les considerara solamente como actos contractuales sujetos al derecho privado.

La única particularidad de estos actos es que la ley ha previsto que su mecanismo de revisión sea el arbitraje. Sin embargo, ello no enerva el hecho de que los árbitros deban guiarse por las reglas del derecho público al momento de evaluar las pretensiones de las partes, pretensiones que precisamente han de ir dirigidas a cuestionar la validez de los actos administrativos.

Ahora, como bien se viene poniendo de relieve en los estudios de derecho administrativo, no basta con asegurarle al administrado los mecanismos de reacción idóneos frente a las actuaciones públicas. Se requiere entonces una perspectiva diferente que ponga el énfasis en cómo hacer que la actuación pública actúe mejor. Bajo la premisa de que el Estado tiene que cumplir funciones de interés público, resulta de sumo interés asegurar que cumpla con dichas funciones de forma correcta. No solo que no perjudique el administrado, sino que decida bien.

Como se apreciará, este cambio de perspectiva es trascendental en la contratación pública. No basta con darle prerrogativas al Estado para asegurar el interés público. Tampoco basta con darle herramientas de protección al contratista. Es necesario ir más allá y diseñar los mecanismos necesarios para que el ejercicio de dichas prerrogativas se realice de forma correcta.

Ello pasa por varios aspectos: i) el diseño del procedimiento para ejercer las prerrogativas; ii) el impulso de una labor que busque uniformizar criterios para el ejercicio de las prerrogativas (probablemente a cargo del OSCE), considerando que estamos frente a una infinidad de entidades; iii) la capacitación a los funcionarios involucrados

en la ejecución de los contratos; iv) la implementación de mecanismos alternativos de solución de controversias, como la junta de resolución de disputas, que privilegia el lado técnico y las soluciones concurrentes a la ejecución; v) la reformulación de los mecanismos de control (disciplinario) que se ejercen sobre los funcionarios; entre muchos otros factores.

Lamentablemente, el desarrollo de estos aspectos escapa al objeto de este artículo, aunque nos queda claro que su estudio será mucho más provechoso y fructífero para quien se anime a emprenderlo.

REFERENCIAS

- Abruña, A. (2016). Sobre el así denominado concepto estricto de acto administrativo. *Foro Jurídico*, (15), 250-271. Recuperado de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/view/19851>
- Aguilera, Z. (2010). El arbitraje en los contratos públicos y los adicionales de obra. En Asociación Peruana de Derecho Administrativo, *Modernizando el Estado para un país mejor. Ponencias del IV Congreso Nacional de Derecho Administrativo* (pp. 841-857). Lima: Palestra.
- Aguilera, Z. (2018). La aplicación supletoria de las normas en arbitrajes de contratos del Estado. *Actualidad Jurídica*, (293), 275-294.
- Alejos, O. (2019). Convenios arbitrales desequilibrados en los contratos públicos bajo la Ley de Contrataciones del Estado. *Derecho PUCP*, (82), 347-370. <https://doi.org/10.18800/derechopucp.201901.012>
- Baca, V. (2009). La anulación de los contratos públicos regulados en la nueva Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento. *Revista de Derecho Administrativo*, (7), 69-93. Recuperado de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/14014/14636>
- Baca, V. (2014). El concepto, clasificación y regulación de los contratos públicos en el derecho peruano. *Ius et Veritas*, 24(48), 270-297. Recuperado de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/11922>
- Baca, V. (2016). La modificación del régimen jurídico de los contratos de gestión patrimonial en derecho peruano. En Asociación Peruana de Derecho Administrativo, *Derecho administrativo: hacia un Estado más confiable. Libro de ponencias del VII Congreso Nacional de Derecho Administrativo*. Lima: Thompson Reuters-ECB.
- Danós, J. (2006). El régimen de los contratos estatales en el Perú. *Revista de Derecho Administrativo*, (2), 9-44. Recuperado de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/16330/16738>

- Danós, J. (2010). ¿Constituye el acto administrativo fuente del derecho en el ordenamiento jurídico peruano? *Revista de Derecho Administrativo*, (9), 21-37. Recuperado de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/13703/14327>
- Decreto Supremo 082-2019-EF, Texto Único Ordenado de la Ley 30225, Ley de Contrataciones del Estado. (13 de marzo del 2019). Recuperado de <https://www.gob.pe/institucion/mef/normas-legales/266672-082-2019-ef>
- Decreto Supremo 344-2018-EF, Reglamento de la Ley 30225, Ley de Contrataciones del Estado. (31 de diciembre del 2018). Recuperado de <https://www.gob.pe/institucion/mef/normas-legales/235964-344-2018-ef>
- Huapaya, R. (2010). Propuesta de una nueva interpretación del concepto de acto administrativo contenido en la Ley de Procedimiento Administrativo General. *Revista de Derecho Administrativo*, (9), 115-133. Recuperado de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/13709/14333>
- Huapaya, R. (2013). Una propuesta de formulación de principios jurídicos de la fase de ejecución de los contratos públicos de concesión de servicios públicos y obras públicas de infraestructura (con especial referencia al marco jurídico de promoción de la inversión privada en el Perú). *Ius et Veritas*, 23(46), 284-329. Recuperado de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/11973>
- Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General. (10 de abril del 2001). Recuperado de <http://www.pcm.gob.pe/wp-content/uploads/2013/09/Ley-de-Procedimiento-Administrativo-de-PersonalLey27444.pdf>
- Linares, M. (2005). El contrato administrativo en el Perú. *Revista de Derecho Administrativo*, (1), 285-308. Recuperado de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/16358/16764>
- Linares, M. (2009). Adicionales de obra pública. Obra pública y contrato, adicionales, función administrativa, control público, arbitraje y enriquecimiento sin causa. *Revista de Derecho Administrativo*, (7), 175-190. Recuperado de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/14020/14642>
- Martin, R. (2013). El laberinto estatal: historia, evolución y conceptos de la contratación administrativa en el Perú. *Revista de Derecho Administrativo*, (13), 305-353. Recuperado de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/13483/14110>
- Morón, J. (2016). *La contratación estatal*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Morón, J. (2018). La prerrogativa de la reducción de prestaciones en los contratos públicos: límites y requisitos en el derecho peruano. *Contratación administrativa práctica*, (158), 1-6. Recuperado de <https://drive.google.com/file/d/1uk4LOF57B C3ouZu7JhIhx8OSyT2rLfLJ/view>

- Morón, J. y Aguilera, Z. (2014). La modificación convencional de los contratos administrativos. Necesidad, límites y regulación. En E. Espinosa-Saldaña (Dir.), *Tendencias actuales en contratación pública*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Opinión 130-2018/DTN. (2018). Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado: Dirección Técnico Normativa. Recuperado de <https://www.gob.pe/institucion/osce/informes-publicaciones/737263-opinion-n-130-2018-dtn>
- Opinión 195-2015/DTN. (2015). Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado: Dirección Técnico Normativa. Recuperado de <https://www.gob.pe/institucion/osce/informes-publicaciones/738024-opinion-n-195-2015-dtn>
- Rodríguez, R. (2011). Naturaleza jurídica de las decisiones de la administración durante la etapa de ejecución contractual. *Revista de Análisis Especializado de Jurisprudencia*, (38).
- Shimabukuro, N. (2015). El principio de mutabilidad o flexibilidad en la modificación del contrato de concesión de servicios públicos y obras públicas de infraestructura suscrito en el marco jurídico de asociaciones público-privadas. *Derecho & Sociedad*, (45), 15-34. Recuperado de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechosociedad/article/view/15221>
- Shimabukuro, N. y Alejos, O. (2018). La naturaleza del procedimiento de selección de contratistas y el carácter común de la Ley del Procedimiento Administrativo General. *Ius et Veritas*, (56), 62-72. <https://doi.org/10.18800/iusetveritas.201801.004>

BIBLIOGRAFÍA

- Guzmán, C. (2015). *Manual de la Ley de Contrataciones del Estado*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Huapaya, R. (2018). Concepto, especies y criterios del contrato público. En J. Morón y J. Danós (Coords.), *Estudios de derecho administrativo. El derecho administrativo iberoamericano. Innovación y reforma. Libro homenaje al profesor Juan Carlos Cassagne* (pp. 617-627). Lima: Gaceta Jurídica.
- Morón, J. (2006). Los principios inspiradores de la contratación administrativa y sus aplicaciones prácticas. *THĒMIS-Revista de Derecho*, (52), 189-210. Recuperado de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/8831>
- Morón, J. y Aguilera, Z. (2018). *Aspectos jurídicos de la contratación estatal*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Ruiz-Eldredge, A. (1992). *Manual de derecho administrativo. Temática esencial*. Lima: Cultural Cuzco.

ARBITRAJE Y CONTRATACIÓN PÚBLICA EN SERVICIOS DE SALUD

FRANK GARCÍA ASCENCIOS
Universidad de Lima, Lima, Perú

Recibido: 17/2/2020 – Aprobado: 24/2/2020

doi: <https://doi.org/10.26439/iusetpraxis2020.n50-51.5053>

RESUMEN. El arbitraje en la contratación pública ha tenido un colosal desarrollo en el país, debido a que generalmente los conflictos que involucran contratos con el Estado se resuelven mediante arbitraje. En el presente trabajo se aborda un tema escasamente conocido y desarrollado: el arbitraje en materia de contratación pública en servicios de salud. Este tipo de arbitraje se presenta en las controversias derivadas de los contratos entre el Estado y los establecimientos de salud para brindar atención médica a los asegurados. El Estado celebra contratos como lafas pública (EsSalud o SIS) con Ipress (clínicas). Este es un arbitraje especializado en salud, en el cual se aplica esencialmente la Ley de Contrataciones del Estado, su reglamento y la normativa sanitaria correspondiente. El trabajo brinda ideas centrales con base en la experiencia del autor.

PALABRAS CLAVE: arbitraje / contratación pública / salud / lafas e Ipress / asegurados / Superintendencia Nacional de Salud / Centro de Conciliación y Arbitraje

ARBITRATION AND PUBLIC PROCUREMENT IN HEALTH SERVICES

ABSTRACT. Arbitration in public procurement has had a colossal huge development in the country, because generally conflicts involving contracts with the State are generally resolved through arbitration. This paper addresses a poorly known and developed topic: arbitration in public procurement in health service public procurements. This type of arbitration occurs in disputes arising from contracts between the State and health facilities, to provide medical care to for the insured. The State enters into contracts as a public lafas (EsSalud or SIS) with Ipress (clinics). This is an arbitration specialized in health, where the State Contracting Public Procurement Law, its rRegulations and the corresponding health regulations are essentially applied. This research e work provides central ideas based on the author's experience.

KEYWORDS: arbitration / public contracting procurement / health / lafas and Ipress / insured / National Superintendency of Health / Conciliation and Arbitration Center

INTRODUCCIÓN

El arbitraje como mecanismo alternativo de solución de conflictos goza de un creciente apogeo en el país. Sarcásticamente, se afirma que hoy en día todos quieren ser árbitros debido a que no hay nada mejor que decidir. Todos buscan tener la última palabra.

El creciente enamoramiento ha sido impulsado por el arbitraje en contratación pública. Disciplina en la que hay mucho pan por rebanar, a causa de las numerosas posiciones y constantes modificaciones normativas. Sin embargo, no hay nada escrito en materia de arbitraje y contratación pública en servicios de salud.

Arbitraje, en que se aplica la normativa en salud, la Ley de Contratación Pública y su reglamento. Una materia especializada que ha generado la participación de otro órgano ajeno al Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE). Ahora, el Centro de Conciliación y Arbitraje (Ceconar) de la Superintendencia Nacional de Salud (Susalud) participa gestionándolo.

Las siguientes líneas buscan brindar un primer acercamiento a este tipo de arbitraje especializado.

ARBITRAJE EN CONTRATACIÓN PÚBLICA

El arbitraje es un mecanismo heterocompositivo de resolución de conflictos en el que un tercero —llamado árbitro— conoce y resuelve controversias de libre disposición sometidas a su competencia. Es un mecanismo alternativo al Poder Judicial en cuanto a solución de conflictos. La Constitución le otorga rango constitucional y lo regula como jurisdicción especial¹. Más allá de discutir su naturaleza jurisdiccional, el tema central es que su reconocimiento constitucional como jurisdicción ha permitido su fortalecimiento y consolidación en el sistema jurídico nacional.

En el Perú, el arbitraje ha tenido un desarrollo titánico debido a la crisis del sistema de justicia estatal, que ha ocasionado que se adopten otros sistemas alternativos para solucionar los conflictos, desde la difusión de la conciliación extrajudicial, la mediación y el trato directo hasta el arbitraje.

Si bien hay características o ventajas que distinguen al arbitraje del clásico proceso judicial —como son la especialidad, la flexibilidad, la celeridad, entre otras—, consideramos que su central fortaleza radica en la libertad para someterse a este mecanismo alternativo. Autonomía que permite evaluar si es conveniente sustraerse del poder estatal de justicia y elegirlo como medio idóneo para resolver conflictos.

1 “Artículo 139 de la Constitución.- Son principios y derechos de la función jurisdiccional:
1. La unidad y exclusividad de la función jurisdiccional. No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y la arbitral”.

La libertad para someterse al arbitraje se materializa en la autonomía para decidir si celebrar o no un convenio arbitral, el cual representa la confianza en el arbitraje; la luz verde para adoptar este mecanismo alternativo. El convenio arbitral

provoca un doble efecto: uno *positivo* y otro *negativo*. Genera un efecto *positivo*, pues las controversias serán resueltas en un proceso arbitral, donde las partes deberán cumplir con lo laudado. Asimismo, produce un efecto *negativo*, ya que otros órganos están impedidos de solucionar estas controversias. (García, 2013, p. 84)

La libertad para decidir si acudir al arbitraje es su real fortaleza. Compartimos las palabras de Emmanuel Gaillard (2010) cuando afirma que “las nociones, esencialmente filosóficas, de libertad y de voluntad se encuentran en el corazón mismo del derecho de arbitraje” (p. 8).

La noción de libertad para someterse al arbitraje tiene distinto matiz cuando se aborda el arbitraje en la contratación pública, debido a que en el Perú, desde 1998 con la derogada Ley 26850 (Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado), el legislador adopta su obligatoriedad como mecanismo para resolver las controversias en materia de contratación estatal.

La obligatoriedad del uso del arbitraje para resolver los conflictos en la ejecución contractual o la interpretación del contrato público sugiere pensar que el legislador se ha alejado de la noción de libertad. Sin embargo, no es el caso, ya que el Estado ha adoptado la decisión de que, frente a cualquier conflicto con algún contratista, entonces —como regla general— debe resolverse mediante arbitraje.

La libertad permite que uno decida si acudirá o no al arbitraje. Esta misma libertad, sumada a la problemática del sistema estatal de justicia, hizo que el Estado opte por el camino de someter a arbitraje sus conflictos derivados de la ejecución del contrato.

Sobre el particular, García-Calderón (2001) sostiene que

es evidente que cualquiera que desee contratar con el Estado se verá afectado y deberá someterse a esta obligatoriedad en la medida en que se desee contratar por ser una exigencia interna de éste, tal como puede ocurrir con cualquier empresa privada que exige requisitos mínimos para poder contratar con terceros. (p. 144)

En ese sentido, la central fortaleza del arbitraje basado en la libertad continúa vigente en nuestro sistema jurídico, tanto en el arbitraje privado como en el de contratación pública.

La Constitución reconoce la libertad para acudir al arbitraje en contratación pública. El artículo 62 señala que “los conflictos derivados de la relación contractual solo se solucionan en la vía arbitral o judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley”. Seguidamente, el artículo 63 acoge lo siguiente:

El Estado y las demás personas de derecho público pueden someter las controversias derivadas de relación contractual a tribunales constituidos en virtud de tratados en vigor. Pueden también someterlas a arbitraje nacional o internacional, en la forma en que lo disponga la ley.

El artículo 4 del Decreto Legislativo 1071 (Decreto Legislativo que norma el Arbitraje) regula la competencia del Estado para someter a arbitraje las controversias derivadas de sus contratos. Asimismo, la Ley de Contrataciones del Estado establece que “las controversias que surjan entre las partes sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia o invalidez del contrato se resuelven mediante conciliación o arbitraje, según el acuerdo de las partes”.

Respecto a la experiencia del arbitraje en la contratación pública, consideramos que es positiva, a pesar de que en los últimos años se ha cuestionado la conducta no ética de algunos árbitros, lo cual ha llevado a fortalecer el control sobre los propios árbitros, las instituciones arbitrales, los procuradores públicos y todo agente vinculado al sistema.

Finalmente, el arbitraje y la contratación pública son dos áreas disímiles, pero que en el Perú se han hermanado. En efecto, los especialistas en ambas materias deben conocer la normativa vigente del arbitraje en general y de la Ley de Contrataciones del Estado y su reglamento. Los árbitros están atentos a los cambios —o propuestas de reformas— en la referida ley.

CONTRATACIÓN PÚBLICA EN SERVICIOS DE SALUD

El contrato público es definido como el acuerdo celebrado entre el Estado y un privado para la adquisición de bienes y servicios, y la ejecución de obras. Tafur y Miranda (2008) lo conceptualizan en los siguientes términos:

Según este tipo de contratos el Estado (a través de sus diversas entidades) puede satisfacer sus necesidades de provisión de bienes, servicios y obras, que le permitan cumplir con sus objetivos. Bajo este tipo de contratos se engloban los de compraventa, suministro, arrendamiento, contratación de servicios, consultorías, ejecución de obras, y otros de similar naturaleza. Los contratos regidos por estas normas tienen un denominador común: el Estado entrega dinero y recibe a cambio un bien, servicio u obra. (p. 147)

Generalmente, la experiencia arbitral en contratación pública radica en los conflictos que se presentan sobre bienes, servicios, ejecución y consultoría de obras. Sin embargo, existe un área escasamente difundida que se ha presentado en los últimos años: las controversias derivadas de los servicios contratados entre el Estado y los establecimientos médicos privados con el objeto de brindar servicios de salud a los asegurados.

El contrato celebrado entre el Estado y los establecimientos médicos privados permite que los asegurados del Seguro Social de Salud (EsSalud) y el Seguro Integral

de Salud (SIS) puedan atenderse en clínicas privadas, por lo que, como Estado, se busca descongestionar los hospitales y otorgar un mejor servicio de salud a los pacientes. Dicha política está acorde con el objetivo de hacer efectivo el derecho a la salud.

La salud es un derecho inherente al ser humano. Uno, por la condición de persona, tiene garantizado este derecho, que permite que se logre vivir en bienestar físico y mental. El concepto de salud trasciende al solo estado de enfermedad. La Organización Mundial de la Salud (OMS) la define como un “bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades”.

El derecho a la salud es uno que goza de reconocimiento expreso en la Constitución. El artículo 9 indica que “el Estado determina la política nacional de salud. El Poder Ejecutivo norma y supervisa su aplicación. Es responsable de diseñarla y conducirla en forma plural y descentralizadora para facilitar a todos el acceso equitativo a los servicios de salud”. Mientras que el artículo 10 regula que “el Estado reconoce el derecho universal y progresivo de toda persona a la seguridad social, para su protección frente a las contingencias que precise la ley y para la elevación de su calidad de vida”. Finalmente, el artículo 11 legisla lo siguiente:

El Estado garantiza el libre acceso a prestaciones de salud y a pensiones, a través de entidades públicas, privadas o mixtas. Supervisa asimismo su eficaz funcionamiento. La ley establece la entidad del Gobierno nacional que administra los regímenes de pensiones a cargo del Estado.

En ese contexto, la Ley 26842 (Ley General de Salud) regula la responsabilidad del Estado en garantizar la adecuada cobertura de salud de la población. El artículo VI del Título Preliminar establece que

es de interés público la provisión de servicios de salud, cualquiera sea la persona o institución que los provea. Es responsabilidad del Estado promover las condiciones que garanticen una adecuada cobertura de prestaciones de salud a la población, en términos socialmente aceptables de seguridad, oportunidad y calidad.

Es responsabilidad del Estado garantizar la cobertura de salud de la población. Por consiguiente, el aparato público, a través de los mecanismos contractuales vigentes, debe brindar el acceso a la salud mediante su propia infraestructura y a través del sector privado.

En tal sentido, la Ley 29344 (Ley Marco de Aseguramiento Universal en Salud) es fundamental en este objetivo, debido a que, aparte de buscar concretar el acceso universal a la salud, también regula a los agentes vinculados al sector, como el Ministerio de Salud (Minsa), las Instituciones Administradoras de Fondos de Aseguramiento en Salud (Iafas) y las Instituciones Prestadoras de Servicio de Salud (Ipress).

Así, el Decreto Supremo 008-2010-SA (reglamento de la Ley Marco de Aseguramiento Universal en Salud) norma el sistema de contratación entre lafas e lpress, que tiene por objetivo garantizar el acceso a los servicios de salud. El artículo 19 indica que

las IAFAS tendrán libertad para contratar con las IPRESS de su elección para la conformación de sus redes de prestación de servicios de salud. Las IAFAS deberán contratar la prestación de servicios de salud única y exclusivamente con instituciones prestadoras de servicios de salud registradas en SUNASA (SUSALUD), de acuerdo a las normas que ésta establezca. (2010)

Las lafas son entidades públicas, privadas o mixtas que gestionan fondos para atenciones en salud. En cambio, las lpress son establecimientos de salud y servicios médicos públicos, privados o mixtos que brindan una atención médica (prevención, promoción, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación). En otras palabras, lpress es todo centro médico².

La interrelación entre lafas e lpress es fundamental para finalmente brindar atención en salud a los asegurados. Esta relación de naturaleza contractual tiene sus complejidades por las normas médicas aplicables, como las normas técnicas aprobadas por el Minsa, entre otras que las partes deciden que sean vinculantes para la ejecución del contrato.

La complejidad de este tipo de contratación es mayor cuando la lafas es pública y la lpress es privada. EsSalud y SIS son lafas públicas que, dentro del marco de esta normativa, celebran contratos con lpress privadas para ofrecer atención médica a sus asegurados.

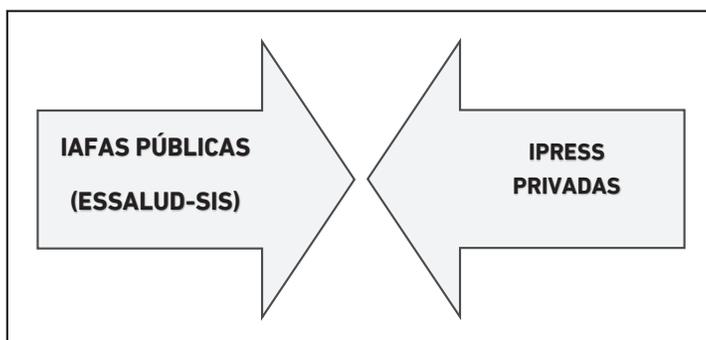


Figura 1. lafas públicas -lpress privadas

Elaboración propia

2 El Decreto Legislativo 1158, norma destinada al fortalecimiento y cambio de denominación de la Superintendencia Nacional de Aseguramiento en Salud, regula en mayor detalle a las lafas e lpress.

Este es un contrato especializado al que, adicionalmente, se aplica la Ley de Contrataciones del Estado y su reglamento, por lo que existen en el país arbitrajes sobre prestaciones de servicios de salud contratadas por Iafas públicas e Ipress privadas. Toda una novedad, debido a que ahora se aplica la normativa de contratación pública en los contratos de prestación de servicios médicos a asegurados.

El entorno del contrato entre Iafas públicas e Ipress privadas se enmarca en uno de contratación pública. El contrato de servicios de salud deriva de un procedimiento especial de contratación. Diversos decretos supremos³ regulan disposiciones destinadas a viabilizar la contratación entre EsSalud y SIS e Ipress a través de un procedimiento especial. Sin embargo —a la vez—, no debe dejarse de lado su especialidad en el sector salud, que lo convierte en un tipo de arbitraje especializado en salud.

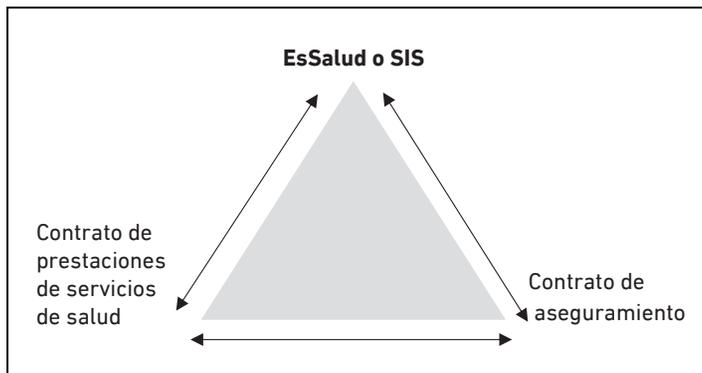


Figura 2. Contrato de prestaciones de servicios de salud Iafas públicas e Ipress privadas
Elaboración propia

EXPERIENCIA ARBITRAL

La experiencia arbitral en esta materia aún es escasa, pero no inexistente. El Ceconar de Susalud fue el centro arbitral competente para administrar estos casos, conforme a la normativa emitida para viabilizar este procedimiento especial de contratación. Voluntad del sector que ha sido plasmada en los contratos de servicios de salud entre EsSalud o el SIS con los diversos establecimientos privados de salud.

El Ceconar es un órgano dependiente administrativamente de Susalud que gestiona con autonomía los mecanismos alternativos de resolución de conflictos en salud (MARCS)

³ Entre los decretos supremos que regulan este procedimiento especial de contratación, tenemos los correspondientes a los números 002-2013-SA, 013-2014-SA, 017-2014-SA, entre otros.

a través de la mediación, la conciliación extrajudicial, el arbitraje y demás mecanismos alternativos. Asimismo, administra a nivel nacional el servicio de conciliación y arbitraje especializado en salud (García, 2018, p. 24).

La decisión de someter este tipo de casos a un arbitraje institucional administrado solo por Ceconar genera controversias, debido a que se deja de lado a los centros arbitrales privados. Sobre todo cuando es esencialmente en contratación pública. Materia extraña para Ceconar, centro acostumbrado a gestionar arbitrajes en atenciones médicas, seguros de salud, Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito (SOAT) y Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo (SCTR).

El Ceconar ha gestionado estos arbitrajes con la carencia de no ser un centro especializado en contratación pública. Asimismo, genera un caso *sui generis* en el país, puesto que es el segundo centro público —diferente a OSCE— que gestiona arbitrajes en contratación pública. Incluso con mayor inflexibilidad que OSCE, porque implementa el arbitraje institucional público y exclusivo para gestionar estos casos.

De igual modo, la escasa experiencia del Ceconar en este arbitraje que involucra un contrato público ha generado la nula transparencia para publicar los laudos arbitrales emitidos en esta materia, pese a que una institución arbitral pública debe transparentar dicha información, al ser una de las partes el Estado y al hallarse en controversia un caso sobre contratación estatal.

Dejando a un lado las dificultades en la gestión de estos arbitrajes, debe precisarse que este es un arbitraje de derecho, en razón de que se está frente a una controversia en contratación pública.

Esta experiencia restringida al arbitraje institucional del Ceconar ha sido modificada en los últimos contratos entre lafas públicas e lpress privadas, en que se han pactado progresivamente convenios arbitrales con la propuesta de administración de instituciones arbitrales privadas.

Las controversias que se dilucidan en este arbitraje son frecuentemente las siguientes: a) aplicación de penalidades, b) falta de pago, c) incumplimiento contractual, d) indemnización por daños, e) resolución contractual, f) recepción y conformidad, entre otras.

La controversia respecto a las penalidades se presenta continuamente debido a que los contratos entre lafas públicas e lpress privadas regulan la aplicación de “otras penalidades” dentro del marco de la Ley de Contrataciones del Estado, es decir, el contrato recoge un número de conductas tipificadas como sancionables, la frecuencia de la conducta, la forma de cálculo y el procedimiento a aplicar para sancionar.

Ahora, en estos tiempos de pandemia global debido al COVID-19, se ha generado otra controversia en estos contratos de prestación de servicios de salud, ya que no se

han podido brindar los servicios con la normalidad prevista. Es necesario resaltar que, generalmente, la forma de pago en estos contratos es la *tarifa per cápita*, es decir, el pago se realiza por la atención a un número promedio de asegurados de la lafas pública estimado en el contrato, y no por cada prestación individualizada. En contraste, respecto a los contratos en que sí se recoge un pago por un número determinado de prestaciones, no existe mayor contingencia.

En relación con la condición de árbitro único o el presidente del tribunal arbitral, debe tener la especialidad en arbitraje, contratación pública y derecho administrativo, conforme a la Ley de Contrataciones del Estado. En ese sentido, al designar el Ceconar al árbitro —que generalmente es árbitro único—, debe tener en consideración este mandato de carácter legal respecto a los profesionales que conocen y resuelven controversias en materia de contratación estatal.

En lo que respecta a las actuaciones arbitrales, el arbitraje administrado por Ceconar se inicia con la demanda arbitral. Sin embargo, previendo estos casos en contratación pública, en la que se regula el plazo de caducidad de treinta días hábiles para iniciarlo, el reglamento arbitral del Ceconar⁴ establece la posibilidad de presentar la solicitud arbitral, pero en los quince días siguientes de ingresada dicha solicitud tiene que alcanzarse la demanda.

La demanda arbitral se traslada por un plazo de quince días a la contraparte. En caso de que el demandado deduzca alguna excepción o reconvencción, se traslada al demandante para su absolución. Una vez absuelta, en caso de que las partes no lleguen a un acuerdo sobre quién es el árbitro, siempre que sea resuelta por un árbitro único, entonces Ceconar lo designa. En caso de que la cláusula regule la conformación de un tribunal arbitral, entonces los dos árbitros designan al presidente del tribunal.

Previo abono de honorarios arbitrales, se convoca a una audiencia única, donde el árbitro se instala e invita a las partes a llegar a un acuerdo antes de continuar con el arbitraje. Si no se alcanza, entonces el árbitro difiere o se pronuncia sobre las excepciones deducidas, de ser el caso. Luego, se fijan los puntos controvertidos, conforme a la demanda y la contestación. Seguidamente, se admiten, rechazan u ordenan de oficio pruebas. En caso de que no hubiera pruebas que actuar, en el acta se concluye con la etapa probatoria y se concede un plazo de cinco días a las partes para que presenten sus

4 “Resolución de Superintendencia N.º 162-2016-SUSALUD/S

Sexto. Solicitud Arbitral

Excepcionalmente, cuando se regule plazos de caducidad y/o prescripción menor o igual a quince (15) días para iniciar una acción legal, entonces se podrá iniciar el arbitraje con la sola presentación de la solicitud arbitral, debiendo presentar la demanda arbitral en un plazo no mayor quince (15) días de ingresada la solicitud, bajo apercibimiento de archivar el expediente arbitral.

Esta excepción debe ser probada en la solicitud arbitral, salvo contrario se archiva por parte de la secretaría del Centro”.

alegatos escritos. En caso de que sí existieran, entonces aquellas se tienen que actuar. Finalmente, se pone el caso para laudar.

Respecto a los arbitrajes administrados por instituciones arbitrales privadas, no es necesario presentar la demanda arbitral, sino la solicitud arbitral, que se pondrá en conocimiento de la contraparte.

En relación con el laudo arbitral, el árbitro tiene un plazo regulado en el reglamento arbitral para emitirlo. Este debe notificarse por el Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado (Seace) y a ambas partes, conforme lo regula la Ley de Contratación Pública. No obstante, al no estar registradas las bases de contratación en el Seace por ser, generalmente, un procedimiento especial de contratación, entonces no puede efectivizarse la notificación por dicho medio, lo que genera que el árbitro tenga que ordenar que la secretaría arbitral remita copia del laudo al OSCE.

En las siguientes figuras se puede observar la tramitación del arbitraje en el Ceconar:



Figura 3. Tramitación

Elaboración propia



Figura 4. Tramitación con excepciones y reconvencción

Elaboración propia

Más allá de las controversias que puedan suscitarse entre las públicas e Ipress privadas, resulta imprescindible tener en consideración que debe fortalecerse este vínculo contractual en beneficio de los asegurados. La alternativa de contar con clínicas privadas para que atiendan a los asegurados y descongestionen los hospitales públicos es positiva, sobre todo en un sistema sanitario con limitaciones como el peruano (Soto, 2019).

CONCLUSIONES

Se espera que estas líneas hayan servido como un primer acercamiento a este arbitraje especializado, en el cual el objeto del contrato no es la provisión de bienes ni servicios en general, ni tampoco de obras, sino la debida prestación de servicios de salud a través de un centro médico privado a favor de los asegurados de EsSalud y SIS.

Lo más cercano al típico arbitraje en contratación pública es la participación del Estado como parte y la aplicación de la Ley de Contrataciones y su reglamento. No obstante, su especialidad radica en el objeto del contrato, que lleva a que también se tengan en consideración las normas técnicas médicas y demás normativa sanitaria aplicable en cada contrato en particular.

La normativa vigente ha colocado primero al Ceconar como única institución arbitral pública que gestiona estos arbitrajes. Ello fue cuestionable al no considerar otros centros arbitrales privados para administrar estos casos. Sin embargo, progresivamente, se han ido celebrando convenios arbitrales en los que encargan su administración a instituciones arbitrales privadas.

El presente texto ha buscado brindar algunos elementos centrales sobre las nociones y la práctica arbitral en los conflictos de servicios de salud. Con el deseo de haber aportado algunas nociones fundamentales sobre este arbitraje especializado, se concluyen estas líneas.

REFERENCIAS

- Constitución Política del Perú. (1993). Recuperado de <https://lpderecho.pe/constitucion-politica-peru-actualizada/>
- Decreto Supremo 008-2010-SA, Decreto Supremo que aprueba el reglamento de la Ley 29344, Ley Marco de Aseguramiento Universal en Salud. (2 de abril del 2010). Recuperado de <http://www.sunat.gob.pe/legislacion/remunerac/DecSup008.pdf>
- Gaillard, E. (2010). *Teoría jurídica del arbitraje internacional*. Asunción: La Ley Paraguaya-Centro de Estudios de Derecho, Economía y Política-Thomson Reuters.
- García, F. (2013). El convenio arbitral en el derecho peruano. *Athina*, (10), 83-94. Recuperado de <https://revistas.ulima.edu.pe/index.php/Athina/article/viewFile/1160/1114>

- García, F. (2018). *Mecanismos alternativos de solución de conflictos en seguros de salud en el Perú* (tesis de maestría). Universidad Pontificia de Salamanca, España.
- García-Calderón, G. (2001). Análisis del arbitraje en la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado. *Ius et Praxis*, (032), 142-149. <https://doi.org/10.26439/iusetpraxis2001.n032.3640>
- Ley 29344, Ley Marco de Aseguramiento Universal en Salud. (9 de abril del 2009). Recuperado de <http://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/Leyes/29344.pdf>
- Organización Mundial de la Salud. (s. f.). Preguntas más frecuentes. Recuperado de <http://www.who.int/suggestions/faq/es/>
- Resolución de Superintendencia 162-2016-SUSALUD/S. (4 de octubre del 2016). Recuperado de <https://www.gob.pe/institucion/susalud/normas-legales/851762-162-2016-susalud-s>
- Soto, A. (2019). Barreras para una atención eficaz en los hospitales de referencia del Ministerio de Salud del Perú: atendiendo pacientes en el siglo XXI con recursos del siglo XX. *Revista Peruana de Medicina Experimental y Salud Pública*, 36(2), 304-311. <http://dx.doi.org/10.17843/rpmesp.2019.362.4425>
- Tafur, S. y Miranda, R. (2008). Contratación estatal: algunas reflexiones generales. *Derecho & Sociedad*, (29), 140-152. Recuperado de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/17267>

AUTORES

ANGELO VENCHIARUTTI

Licenciado y doctor en Derecho por la Università degli Studi di Trieste (Italia). Profesor de Derecho Privado en la referida casa de estudios. Autor de diversas publicaciones. Entre las más importantes destacan *La compensatio lucri cum damno, Orientamenti italiani e europei a confronti* (Pisa: Pacini Giuridica, 2020), *Viaggi organizzati e tutela del turista, Profili di diritto comparato e europeo* (Padua: Cedam, 2012), *La protezione civilistica dell'incapace* (Milán: Giuffrè, 1995) e "I diritti della personalità" (en P. Cendon [Ed.], *I bambini e i loro diritti*. Bologna: Il Mulino, 1991, pp. 47-63).

CRISTIÁN LEPIN MOLINA

Abogado y máster en Derecho Privado por la Universidad de Chile. Candidato a doctor en Derecho Civil en la Universidad de Buenos Aires (Argentina). Posgrado de Actualización en Derecho Civil (Universidad de Buenos Aires) y posgrado en Ley de Matrimonio Civil y Tribunales de Familia (Universidad de Chile). Actual abogado integrante de la Corte de Apelaciones de Santiago, juez árbitro, director del Departamento de Enseñanza Clínica del Derecho y académico de la Universidad de Chile. Director de la *Revista de Derecho de Familia e Infancia* y del *Diario Jurisprudencial*, ambos de la Editorial Tirant Lo Blanch (Valencia, España).

GUSTAVO ORDOQUI CASTILLA

Profesor de Derecho Médico en la Universidad de Montevideo (Uruguay). Académico correspondiente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba (Argentina). Académico correspondiente de la Academia Iusprivatista de Derecho Privado (Pavía, Italia). Secretario académico de la Asociación Iberoamericana de Derecho Privado. Integrante del Grupo de Investigaciones de Derecho Privado de la Pontificia Universidad Javeriana (Bogotá, Colombia). Director del Grupo de Investigación de Derecho Privado de la Universidad de Montevideo. Autor de numerosas obras, dentro de las cuales destacan *Derecho médico* (3 tt.) (Montevideo: Ediciones del Foro, 2004),

Derecho de tránsito (4 tt.) (Montevideo: Ley Uruguay, 2010), *Abuso de derecho* (pról. A. Alterini) (Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2010), *Buena fe contractual* (pról. J. L. de los Mozos; publicado en Colombia en el 2011, en Paraguay en el 2019, en Argentina en el 2017, en Madrid en el 2005 y en Lima en el 2016) y *Derecho de daños* (5 tt., 6 vols., pról. A. Alterini) (Montevideo: La Ley Uruguay 2011-2013).

ROSA ELIZABETH GUÍO CAMARGO

Abogada especialista en Derecho Administrativo. Magíster en Derecho y candidata al doctorado en Derecho por la Universidad Nacional de Colombia. Profesora del curso de Derecho Privado en la Universidad Católica de Colombia y en la Universidad Nacional de Colombia. Docente de la Maestría en Derecho de Familia en la Universidad Antonio Nariño (Bogotá, Colombia).

LUCIANO BARCHI VELAUCHAGA

Abogado por la Universidad de Lima. Magíster en Derecho con mención en Derecho Civil por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Candidato a doctor en Derecho por la citada casa de estudios. Profesor de Derecho Civil en la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima y docente de la Maestría en Derecho Civil de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Actualmente se desempeña como abogado sénior de la Gerencia Legal de Pluspetrol. Árbitro de la nómina del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima. Árbitro de la nómina del Instituto Nacional de Derecho de Minería, Petróleo y Energía. Árbitro de la nómina del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Árbitro de la nómina del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio Americana del Perú (AmCham Perú). Autor de diversos ensayos de su especialidad. Ha participado como expositor y panelista en diferentes certámenes sobre temas de su *expertise*.

CARLOS LASARTE

Licenciado en Derecho por la Universidad de Sevilla (España) y doctor en Derecho por la Universidad de Bolonia (Italia). Fue catedrático y secretario general de la Universidad de Sevilla. Fue vocal de la comisión gestora encargada de la instauración de la prestigiosa Universidad Carlos III de Madrid, así como encargado de la Secretaría General y el Vicerrectorado de Profesorado de dicha universidad. Fue vocal permanente de la Comisión General de Codificación y académico correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación (RAJyL), presidente de la sección española de la Comisión Internacional del Estado Civil y presidente del organismo internacional. Representó a España en diversas sesiones de la Conferencia de La Haya y en Estrasburgo. Fue presidente del comité científico de la revista *Estudios sobre el Consumo* (hasta el 2008) del

Instituto Nacional del Consumo de España, así como investigador principal en diversos proyectos I+D+I financiados por distintos ministerios y entidades de derecho público y privado. Con efectos desde el primero de octubre del 2019, fue nombrado profesor emérito de la Universidad Nacional de Educación a Distancia. Creó la asociación Instituto de Desarrollo y Análisis del Derecho de Familia en España (Idadfe). Es autor de múltiples obras, entre las que destacan *Curso de derecho civil patrimonial* (25.ª ed.) (Madrid: Tecnos, 2019), *Manual sobre protección de consumidores y usuarios* (11.ª ed.) (Madrid: Editorial Dykinson, 2019) y *Compendio de derecho civil: trabajo social y relaciones laborales* (8.ª ed.) (Madrid: Dykinson, 2010).

ALEXANDRA ARIZMENDI DE ROMAÑA

Abogada por la Universidad de Lima y máster en Derecho Corporativo, Gobierno Corporativo, M & A y Financiamientos por la Harvard Law School. Abogada destacada por Miranda & Amado en Citybank del Perú S. A. Profesora de Seminario de Derecho Corporativo y Derecho Comercial II en la Universidad de Lima. Autora de diversos artículos, entre los que destacan “*Crowdfunding* y los riesgos de la regulación actual” (en el diario oficial *El Peruano*) y “La atribución de responsabilidad por las declaraciones y garantías referidas a la situación de la compañía objetivo en el marco de una M & A” (en la revista *Advocatus*, [29]).

SEBASTIÁN PICASSO

Abogado y doctor en Derecho por la Universidad de Buenos Aires (Argentina). Diplôme d’Études Approfondies de Droit Privé en la Universidad de París XII (Francia). Juez de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil (Buenos Aires). Profesor titular de Derecho Civil en la Universidad de Buenos Aires.

NELSON ROSENVALD

Magíster y doctor por la Pontificia Universidad Católica de São Paulo (Brasil), con estudios de posdoctorado en la Universidad de Roma III (Italia). Procurador de justicia del Ministerio Público de Minas Gerais. Profesor visitante de la Universidad de Oxford (Inglaterra) y profesor investigador de la Universidad de Coímbra (Portugal). Miembro de la Society of Legal Scholars (Reino Unido). Es autor de diversos artículos científicos en revistas jurídicas nacionales e internacionales, así como de una completa colección de manuales de derecho civil brasileño, que incluye siete volúmenes publicados en la Editora Juspodivm en sucesivas ediciones. Entre sus monografías destacan *Dignidade humana e boa-fé no Código Civil* (São Paulo: Saraiva, 2005), *O direito civil em movimento. Desafios contemporâneos* (Salvador: Juspodivm, 2017) y *As funções da responsabilidade civil. A reparação e a pena civil (em Português do Brasil)* (São Paulo: Saraiva, 2017).

FULVIO SANTARELLI

Abogado por la Universidad de Buenos Aires (Argentina). Especialista en asesoría jurídica de empresas. Doctor en Derecho por la Universidad Austral (Argentina). Director de la cátedra de Teoría General del Contrato. Conjuez de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires. Integrante del plantel académico en Derecho Privado del Consejo de la Magistratura de la Provincia de Buenos Aires, desde el 2018. Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Palermo, de la Universidad de Buenos Aires, de la Universidad de San Isidro, entre otras instituciones. Director editorial y de desarrollo de producto para el mercado legal Latam Sur y Región Andina. Director del Instituto de Derecho Civil del Colegio de Abogados de San Isidro y director del Programa de Actualización del Nuevo Código Civil y Comercial en la misma institución, en conjunto con el Departamento de Posgrado de la Universidad de Buenos Aires.

ROY ÁLVAREZ CHUQUILLANQUI

Abogado especialista en contrataciones públicas. Egresado de la Maestría en Gerencia Pública de la Universidad Continental. Experto internacional en Sistemas de Gestión Antisoborno ISO 37001. Especialización en contratación pública brindada por la Red Interamericana de Compras Gubernamentales, el Banco Mundial, el Banco Interamericano de Desarrollo, Fidic e instituciones nacionales. Especialista legal en contratación pública en tres entidades públicas y jefe de licitaciones en dos empresas privadas. Desde hace más de ocho años se desempeña como especialista en interpretación normativa de la Dirección Técnico Normativa del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE). Capacitador del referido organismo y de diversas instituciones nacionales.

ÓSCAR ALEJOS GUZMÁN

Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Adjunto de docencia en la misma casa de estudios. Asociado del Área de Derecho Administrativo y Contratación Pública de CMS Grau.

FRANK GARCÍA ASCENCIOS

Abogado y magíster en Derecho Empresarial por la Universidad de Lima. LLM en Derecho por la Universidad de Hawái en Mānoa (Estados Unidos). Máster en Seguros y Gerencia de Riesgos por la Universidad Pontificia de Salamanca (España). Catedrático en la Universidad de Lima.



COVID-19: entre el derecho a la salud y la protección de la privacidad

La familia ante la pandemia del COVID-19

El deber de renegociar el contrato de buena fe en épocas del COVID-19

Derecho de niños, niñas y adolescentes frente al COVID-19

Reflexiones jurídicas en tiempos del COVID-19: "La fuerza mayor se hizo viral"

Incidencias contractuales del coronavirus y cláusula *rebus sic stantibus*

Complejidades del periodo interino de un contrato de compraventa de acciones en el marco del COVID-19

Consecuencias del incumplimiento de los contratos a causa del COVID-19 en el derecho argentino

Coronavirus cases

La pandemia como elemento de la frustración del fin del contrato

La contratación complementaria: medida excepcional para la continuidad de las prestaciones a través de una nueva contratación

¿Por qué tenemos la balanza inclinada? La naturaleza de las decisiones del Estado en la etapa de ejecución de los contratos públicos

Arbitraje y contratación pública en servicios de salud