

REFLEXIONES JURÍDICAS AL INTERIOR
DE NOBOA, PEÑA & TORRES, ABOGADOS

LA SITUACIÓN DE LOS CONTRATOS FRENTE A LOS EFECTOS DEL COVID-19



NOBOA, PEÑA & TORRES
ABOGADOS ECUADOR

WWW.LEGALECUADOR.COM



LA SITUACIÓN DE LOS CONTRATOS FRENTE A LOS EFECTOS DEL COVID-19

REFLEXIONES JURÍDICAS AL INTERIOR DE
NOBOA, PEÑA & TORRES, ABOGADOS

RESUMEN: Sin perjuicio de que los contratos son leyes para las partes contratantes, pueden ocurrir circunstancias ajenas a su voluntad que impiden o complican su cumplimiento. Tomando en consideración la crisis que actualmente vivimos por el COVID-19, en este ensayo resumiremos cuáles son algunas de ellas: 1. La fuerza mayor o caso fortuito. 2. El pacta sunt servanda y las consecuencias del rebus sic stantibus. 3. La teoría de la imprevisión. 4. La ruptura del equilibrio económico de los contratos. 5. Las cláusulas de efecto material adverso. 6. La imposibilidad de cumplimiento. 7. Posibilidades de concursos preventivos 8. Exigibilidad judicial o arbitral de los contratos en estos tiempos.

Una de las mayores preocupaciones que se

han generado como consecuencia de la lamentable pandemia mundial del Covid19, es la situación o los efectos que dicho acontecimiento, y las resoluciones o medidas adoptadas por cada país, y en nuestro caso, por el Ecuador, han ocasionado, y que, probablemente, seguirán ocasionando en el futuro. Dichos efectos están severamente influidos por ciertas nociones jurídicas que cobran singular importancia y que, probablemente estén siendo motivo de conversaciones o planteamientos entre los empresarios o agentes económicos, y a las cuales nos vamos a referir más adelante de manera breve.

Previo a comentar dichas nociones, debemos tener claro que, en la vida empresarial, existen diversos tipos de contratos que generan distintos efectos; y así,



hay contratos de arrendamiento de instalaciones y equipos; los hay de proveeduría; de distribución de productos de distinta naturaleza; de prestación de servicios; existen joint ventures y otros tipos de asociaciones, así como relaciones de orden laboral, otras derivadas de la contratación pública, y un gran etcétera.

Todos esos contratos, por principio, son una ley para las partes, lo que significa que éstas, en primer término y, ante todo, tienen el deber de intentar el cumplimiento contractual. Pero, una circunstancia extraordinaria como la que se está viviendo, hace que los agentes económicos, unos en forma directa y actual (probablemente la mayoría) hayan debido suspender de manera fáctica sus labores y operaciones, con el consiguiente efecto de perder o ver sustancialmente mermada su fuente de ingresos, lo que ocasiona un problema inmediato de caja y un potencial problema estructural de solvencia; otros pueden continuar operando, pero en circunstancias complicadas por la situación; y, en general, muchos, particularmente los que están dentro de áreas sensibles a los nuevos comportamientos sociales que se sugieren, se plantean escenarios futuros con fundamentadas incertidumbres, y todos ellos analizan, o deben analizar, cuál es el rol o la conducta que les corresponde den-

tro del marco de sus contratos. Y así, en unos casos, verán con preocupación que ellos no podrán cobrar sus acreencias o cumplir las propias oportunamente lo que podría aludir a un simple retraso, o se verán abocados a recibir planteamientos de reestructuración o, más grave aún, de una simple imposibilidad de pagos.

Por ahora, los primeros efectos se están viendo en el área laboral; pero es probable que comiencen a observarse con cierta inmediatez en otras áreas contractuales, siendo las que probablemente se presenten en primer término las relacionadas con los contratos de arrendamientos de viviendas o locales comerciales; luego los relativos a las proveedurías con el efecto en cascada que esto ocasiona, pues si, por ejemplo, un agente no recibe oportunamente la proveeduría de materia prima, verá retrasada la posibilidad de cumplimiento de sus compromisos; otros podrán verse afectados por los ajustes sociales antes aludidos derivados de la crisis, y otros por efectos estructurales de fondo que ésta origine.

Como sabemos los contratos son leyes para los contratantes, pero a veces ocurren circunstancias ajenas a la voluntad de las partes que impiden su cumplimiento, o que lo hacen excesivamente oneroso cambian-

do el escenario que las partes tuvieron al momento de la celebración del contrato. A esto se refieren los distintos temas que vamos a tratar más adelante.

En principio, las diversas situaciones deberán ser atendidas por las partes contratantes; y otras podrán ser influenciadas o resueltas (a través de normativas) por parte de los entes estatales como ya está sucediendo y probablemente seguirá pasando como es el caso de la Junta de la Política y Regulación Monetaria y Financiera en relación con el sector de instituciones del sistema financiero, o las de índole laboral. Habrá que analizar lo que en cada caso se vaya regulando.

Dicho ello, veamos cuáles son aquellas circunstancias jurídicas que estarán en cabeza de los empresarios y sus asesores:

1. La fuerza mayor o caso fortuito.

Esta la define el artículo 30 del Código Civil ecuatoriano indicando que se trata del acontecimiento imprevisto que es imposible resistir. Es decir, se trata de una situación que, dentro de los cánones razonables, no haya sido posible prever con cierta anterioridad, la cual, además, es irresistible, es decir, que queda fuera del marco de posibilidades normales (no extraordinarias)

que un agente económico o empresario pueda acometer.

El COVID-19 y el complemento, que lo constituye el acto de autoridad, en este caso el Decreto de Excepción, constituyen un acontecimiento imprevisto y ha sido irresistible para la gran mayoría de empresas; y, por ende, puede ser que muchos intenten calificarlo como una fuerza mayor o caso fortuito.

Más allá de las digresiones respecto de las diferencias entre fuerza mayor o caso fortuito (que académicamente se sostiene que existen), así como del análisis de expresiones que utiliza nuestra ley como que la fuerza mayor o caso fortuito no haya sido ocasionado por culpa de agente, el efecto de estos acontecimientos impacta a los contratos, y lo hace de diversa manera según la naturaleza de cada contrato - expresada en términos muy amplios- así como de los tiempos de ejecución de las obligaciones que ellos encierran. De manera tal que si un contrato se refiere a la entrega de un cierto bien específico y este se destruye por el acontecimiento de fuerza mayor, la pérdida de ese bien la sufre ya sea el acreedor, o el deudor, dependiendo de ciertas circunstancias, y podría traer como consecuencia la terminación del contrato; o si el acontecimiento sólo merma o disminu-



ye la cosa materia de la obligación en cuyo caso, el contrato podría no quedar terminado, sino que se cumple entregando la cosa en el estado en que se encuentra; o si por su naturaleza el contrato es de aquellos que sí podrán seguirse ejecutando una vez superado el acontecimiento de que se trate y teniendo en cuenta si este puede ser considerado como una fuerza mayor.

También se toma en cuenta el tipo de obligación implícita en los contratos, esto es, si se trata de una actual, o de una diferida en el tiempo (las que se llaman de tracto sucesivo), o si se trata de una obligación en la que se ofrece un resultado concreto, o es una de medios (en las que se ofrece poner todo lo que se está, razonablemente, dentro de las posibilidades de quien se obliga).

En general, el caso fortuito o la fuerza mayor plantean el análisis de cuál debe ser la solución jurídica que el acontecimiento tiene sobre el contrato; esto es si hace que éste quede terminado o si simplemente deba suspenderse o diferirse en el tiempo. Ambos, son efectos, como se comprenderá, sumamente delicados e importantes.

La fuerza mayor o el caso fortuito, que están expresamente contemplados en la ley, son parte de nuestra tradición jurídica, y la Corte se ha referido en muchas ocasiones a este fe-

nómeno. Como son las cosas en derecho, su aplicación dependerá de las circunstancias de cada contrato.

2. El pacta sunt servanda y las consecuencias del rebus sic stantibus.

Los dos términos antes aludidos, escritos en latín, se refieren, el primero a que el contrato es una ley para las partes y no puede ser invalidado sino por causas legales; y el segundo, a que los contratos “son como están” al tiempo de la contratación, es decir que, al contratar, las partes se han referido a las circunstancias existentes en ese momento y han pensado que esas circunstancias, y no otras, son las que regularán la ejecución del contrato. Pero la misma teoría deja implícita la posibilidad de que, si cambian tales circunstancias en el tiempo, las obligaciones contractuales podrían verse alteradas. Podemos completamente complementar esta idea con el hecho de que los contratos llevan sobrentendida una “conmutatividad”, es decir, que encierran un equilibrado interés para las partes; pero ese equilibrio puede verse alterado por circunstancias no previstas, y a ello se recurre, en algunas legislaciones, en búsqueda de un reajuste.

En el Ecuador no hay una declaración expresa en la norma jurídica de cuáles son



los efectos prácticos del principio *rebus sic stantibus*, pero sí hay fallos jurisprudenciales que se refieren a él, abriendo la posibilidad de plantear reajustes a los términos contractuales.

La doctrina jurídica, que ha invocado la Corte ecuatoriana, ha señalado que dentro de esta categoría se pueden agrupar las situaciones como las de grave incertidumbre en cuanto a la contraprestación, imposibilidad en cuanto al ejercicio del derecho y, finalmente los casos de prestación agobiadora, es decir, aquellas prestaciones que, aunque posibles por sí, sería ir contra la *bona fide* exigir las, imponiendo al deudor un sacrificio exorbitante. Es decir, hay vestigios -para llamarlos de alguna manera a los rastros de reconocimiento- de la invocación del principio que aquí revisamos.

Es escasa la jurisprudencia en nuestro país en esta materia, de manera que habrá que estar atentos a resoluciones que se vayan adoptando, y, en particular, a las circunstancias de cada contrato, para ver la procedibilidad de este argumento y del planteamiento que se haga.

3. La teoría de la imprevisión.

Si bien el derecho reconoce la fuerza mayor o el caso fortuito con una potencia capaz de

llegar a extinguir la obligación o a suspender sus efectos, también se desarrolló una teoría para aquellos casos en que, pese a tratarse de una situación imprevista, no hay la imposibilidad absoluta de cumplir, pero resulta que el cumplimiento se vuelve exageradamente oneroso dadas las nuevas circunstancias; es decir, esas circunstancias, no previsibles, hacen que el equilibrio del contrato se rompa. Esta teoría, en realidad, surgió como consecuencia de los gravísimos efectos económicos de situaciones adversas de carácter macroeconómico, como fueron las hiperinflaciones.

Se sostiene que, ante la ocurrencia de esos eventos imprevistos, las partes pueden intentar, al igual que en el caso anterior, el reajuste de los términos del contrato en la búsqueda de condiciones más apropiadas e, inclusive, la resolución del mismo, requiriendo, para la invocación de esa doctrina, que no se trate de un contrato de ejecución instantánea, que el acto imprevisto sea sobreviniente, y que la ejecución conlleve una erogación que, atendidas las circunstancias, sea exagerada.

En definitiva, la Teoría de la Imprevisión, como lo ha dicho alguno de los fallos de la Corte ecuatoriana, “es la resultante de una cláusula tácita inherente a todo contrato de larga duración: la conocida cláusula *rebus sic*



stantibus...”.

Al igual que en el caso anterior en que no hay una norma expresa sobre la materia, también es escasa la jurisprudencia ecuatoriana sobre la materia, y habrá que estar atentos, según las circunstancias de cada contrato, para ver la procedibilidad de este argumento y del planteamiento que se haga.

4. La ruptura del equilibrio económico de los contratos.

En el campo del derecho administrativo ha prosperado la teoría de la ruptura del equilibrio económico de los contratos como causa de eventuales reajustes. Esta es una derivación, desde el punto de vista dogmático, de las dos teorías previamente señaladas.

En efecto, al igual que todos los contratos, los del campo administrativo deben ser pactados de tal manera que exista equilibrio económico entre las obligaciones de las partes, por esto son contratos sinalagmáticos o conmutativos. Normalmente en estos contratos, ese equilibrio corresponde o se refleja en una ecuación financiera que se establece al momento de la celebración del mismo. Ese equilibrio puede romperse ya sea porque se produce una afectación real, grave

y significativa; y, en este caso del COVID-19, nos interesa señalar que alguien podría plantearlo a título de ser un factor extraño o externo que reúne esas características y que ha surgido de manera imprevista e irresistible (es decir con los atributos de la fuerza mayor) y que puede estar complicando el cumplimiento oportuno de la obligación. No sabemos aún si este acontecimiento encarecerá el costo de cumplimiento de los contratos por tener que implementar nuevas medidas de seguridad o de salud o ambientales, pero habrá que estar atentos a si ello ocurre.

En estos casos, podría revisarse la posibilidad de alegar ese rompimiento del equilibrio contractual que la Corte ecuatoriana sí ha considerado como noción general.

5. Las cláusulas de efecto material adverso.

Particularmente cuando se trata de contratos más sofisticados y encaminados a durar mucho tiempo, y en especial cuando intervienen partes de diversos países, se suelen incorporar cláusulas relativas a lo que se denomina efectos materiales adversos; entendidos éstos como acontecimientos que pueden suceder. Normalmente las partes intentan establecer cuáles son esos efectos para evitar discrepancias futuras; y así, si se hubieran establecido, en teoría, que los im-



pactos del COVID-19 no fueran parte del pacto (y difícilmente lo hubiesen sido porque no había noticias de este sino hasta finales del 2019), esta cláusula no sería aplicable. Pero hay que tener cuidado, pues si bien no se invocó el COVID-19 como causa basal material, podrían haberse aludido a circunstancias fácticas derivadas de este, y encontrar en ellas la aplicación de la cláusula.

Un problema lo representaría la existencia de una cláusula de este tipo que no describa situaciones puntuales, sino que haya quedado pactada en términos genéricos, y que, en base a ello, se sostenga que la situación COVID-19 está comprendida dentro de ella. Consideramos que, en estos casos, no siendo este de las cláusulas de efectos adversos un régimen legislado en el país sino sometido al pacto de las partes, deberá estarse a las normas de interpretación de las cláusulas de los contratos. No se debe descartar que nuestro país tiene más experiencia académica y práctica con la noción de fuerza mayor o caso fortuito, y que una situación como esta pueda ser canalizada como una de ese tipo.

En todo caso, normalmente, los efectos materiales adversos que se pactan son de una naturaleza diferente a la fuerza mayor o caso fortuito, y al no haber una norma en

nuestro país que los regule quedan sujetos a la interpretación que pueda hacerse del propio contrato por parte de los intervinientes, y al final, de los jueces o árbitros.

6. La imposibilidad de cumplimiento.

Este es un fenómeno jurídico que, en nuestra doctrina jurídica, está más asociado con el efecto de la pérdida de la cosa que se debe. La hipótesis jurídica se refiere a la pérdida de bienes materiales identificables e individualizables (cuerpos ciertos), pero nos da la impresión, en una primera aproximación, que no está íntimamente relacionado con el problema de COVID-19.

Esta teoría no se aplica en obligaciones de bienes genéricos, por aquel principio de que el género no perece. Sin embargo es importante anotar que hay ciertas analogías que se pueden hacer en el mundo del derecho, y que las doctrinas jurídicas han hecho el análisis de la imposibilidad en lo que atañe a las obligaciones de hacer; en este punto, estas se verán afectadas ya sea con la terminación del contrato, si la obligación -dada la naturaleza propia del compromiso- no se puede hacer y esa imposibilidad se deriva del caso fortuito, o si simplemente este es diferible, en cuyo caso estaría simplemente en mora durante el caso



fortuito, y la disposición aplicable a la materia indica que no se deben los perjuicios derivados de la mora que resulte de la fuerza mayor o caso fortuito. El análisis también puede hacerse desde la perspectiva de las obligaciones de no hacer (es decir, las que conllevan abstenciones), y deberá estarse a la naturaleza de la obligación contraída.

7. Posibilidades de concursos preventivos.

Existe la posibilidad de que un deudor (compañía) indique que sus circunstancias están dentro del contexto de los artículos 1 y 4 de la Ley de Concurso Preventivo, este último que incluye en el literal a) “El incumplimiento por más de sesenta días de una o más obligaciones mercantiles y que representen en total el treinta por ciento o más del valor del pasivo total”, o en su literal e) “Cuando las pérdidas alcancen el cincuenta por ciento o más del capital social y la totalidad de sus reservas”.

Habrá que estar atentos para ver si las circunstancias realmente se han producido, y qué alternativas caben ante la invocación de la procedencia de este concurso. En especial, no podemos dejar de lado el hecho de que este tipo de concursos procede tanto a petición del deudor como de los acreedores.

8. Exigibilidad judicial o arbitral de los con-

tratos en estos tiempos.

La posibilidad de exigibilidad judicial de los compromisos contractuales no deja de existir, pero probablemente estará influenciada por las argumentaciones que hará la contraparte invocando alguna de las situaciones antes aludidas.

Conclusión.

Dicho todo lo anterior, no hay pautas o directrices escritas en piedra aplicables a todos los contratos. Cada contrato deberá ser analizado atendiendo a sus circunstancias y términos, e inclusive a sus posibilidades futuras, lo que constituye un tema de singular importancia en particular para contratos de largo plazo que van a ser severamente afectados, como dijimos al principio, por los efectos del COVID-19 y las normas que se dicten al respecto; todo esto de manera que la invocación de las teorías y principios antes señalados debe ser selectiva, y debidamente analizados caso por caso, teniendo en cuenta que al momento de enfrentar las diversas situaciones o argumentos se deberá atender a la posición sometida al análisis, siendo los principios a seguir:

(1) Que en términos generales los contratos deben cumplirse en los términos pactados;



(2) Que la fuerza mayor o caso fortuito, pueden no ser fuente de terminación de todos los contratos sino de diferimiento sin que acarree el pago de perjuicios;

(3) Que las otras teorías y principios mencionadas en este documento son, también, de uso y análisis responsable; y

(4) Que cada contrato, y el futuro de las relaciones, deberá ser sometido a un escrutinio puntual para ver si cabe la exigibilidad total, o si caben renegociaciones sensatas que traten que las partes obtengan posiciones mutuamente ganadoras.



NOBOA, PEÑA & TORRES
ABOGADOS ECUADOR

DR. GONZALO NOBOA BAQUERIZO

Autor principal

ABG. MARGARITA VELEZ

Coautor
