

## Contratos de dar y de hacer, y la implicancia del aislamiento social obligatorio dispuesto por el Decreto Supremo N° 044-2020-PCM en su cumplimiento:

### “Un análisis a la luz de la fuerza mayor”

Algo que nos queda claro es que la situación que se está atravesando actualmente no es normal, y por situación actual me refiero a la propagación del Covid-19, que ha ocasionado que el Estado dispusiera el aislamiento social obligatorio, mediante el Decreto Supremo N° 044-2020-PCM en el marco de la declaratoria de Estado de Emergencia, y que fue prorrogado por los Decretos Supremos N° 051-2020-PCM y 064-2020-PCM, esta medida ha ocasionado que las relaciones contractuales no se desarrollen de manera normal, llevando a las partes, en muchos casos a incurrir en supuestos de incumplimiento, que van desde el cumplimiento parcial, tardío o defectuoso hasta la inejecución de obligaciones.

Estos supuestos de incumplimiento son de vital importancia en los contratos de dar y de hacer, ya que en muchos casos los efectos ocasionados por el aislamiento social obligatorio dispuesto por el Decreto Supremo 044-2020-PCM afectan directamente al cumplimiento de la obligación, es por ello que el fin de este artículo es analizar los posibles incumplimientos contractuales a la luz de la posibilidad de aplicar la figura de la fuerza mayor en estos supuestos, con la finalidad de que el incumplimiento no sea imputable al deudor.

### 1. Análisis de la posibilidad de aplicar la “fuerza mayor” en los supuestos de incumplimiento en los contratos hacer y de dar durante el Estado de emergencia:

#### 1.1. ¿Qué es la “fuerza mayor”?

De acuerdo con el artículo 1315 del Código Civil, 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. Lo que nos queda claro es que para que el evento sea considerado motivo de caso fortuito o fuerza mayor debe ser extraordinario, imprevisible e irresistible.

En ese sentido, la fuerza mayor es la causa no imputable que exonera de responsabilidad, consistente en un evento extraordinario, donde a pesar de que el hecho es imprevisible, lo que prima no es su imprevisibilidad, sino su irresistibilidad, es decir, que los efectos del evento no pueden ser resistidos por el deudor y, por lo tanto, es imposible cumplir con la obligación.

#### 1.2. ¿El aislamiento social obligatorio dispuesto por el Decreto Supremo N° 044-2020-PCM puede ser considerado motivo de fuerza mayor?

Para responder a la pregunta que nos planteamos, es menester analizar ciertos puntos específicos, para lo cual debemos responder las preguntas que se presentan a continuación.

##### 1.2.1. ¿El Decreto Supremo N° 044-2020-PCM que dispone el aislamiento social obligatorio es un evento extraordinario, imprevisible e irresistible?

Respecto del carácter extraordinario del evento, debemos resaltar que una norma que disponga un aislamiento social obligatoria, definitivamente no es normal, esta medida dispuesta por el Decreto Supremo N° 044-2020-PCM y sus modificatorias, ha impedido el rumbo común y normal de los hechos jurídicos, y mas aún en las relaciones contractuales, ya que estas no han podido ejecutarse con normalidad, lo que nos demuestra que el Decreto Supremo N° 044-2020-PCM es un evento extraordinario (fuera de lo común).

Respecto de la imprevisibilidad, nos debemos preguntar ¿Usando una diligencia normal podíamos haber previsto la existencia del Decreto Supremo N° 044-2020-PCM y el aislamiento social obligatorio dispuesto por este? ¿Cuándo celebramos el contrato podíamos haber previsto la existencia del Decreto?, la respuesta debe ser negativa, por lo tanto, el Decreto Supremo N° 044-2020-PCM es un evento inesperado, lo cual lo convierte en imprevisible.

Por último, respecto de la irresistibilidad, debemos preguntarnos si a causa del aislamiento social obligatorio dispuesto por el Decreto Supremo N° 044-2020-PCM, es imposible cumplir (por causa directa) con la prestación, dependiendo del caso concreto, en muchos casos la respuesta será positiva, entonces, dependiendo de si la respuesta es positiva, se podría considerar irresistible.

### 1.2.2. Entonces ¿El aislamiento social obligatorio dispuesto por el Decreto Supremo N° 044-2020-PCM puede ser considerado como motivo de fuerza mayor?

Según lo explicado en el apartado anterior es menester analizar el caso concreto para poder determinar si verdaderamente se cumplen los tres requisitos, si estos tres requisitos son cumplidos podemos hablar de un evento que puede ser alegado como motivo de fuerza mayor.

Y, ¿Por qué fuerza mayor y no caso fortuito?, porque en este caso, así se haya podido prever de alguna forma la existencia del Decreto Supremo N° 044-2020-PCM y que dispondría el aislamiento social obligatorio, los efectos causados por este evento son tan perjudiciales que no se podrían haber resistidos así se hubiera previsto la existencia de estos, entonces, nos damos cuenta que cuando hablamos del Decreto Supremo N° 044-2020-PCM y el aislamiento social obligatorio dispuesto por este, verificamos más un predominio de la irresistibilidad que de la imprevisibilidad, lo que lo convierte en un evento de fuerza mayor.

### 1.2.3. ¿Qué implicancias tiene la fuerza mayor?

Cuando hablamos de relaciones contractuales, nos debemos remitir a la expresión que reza que “los pactos se hacen para cumplirse”, por lo tanto, si una persona se obligó a cumplir una obligación en el marco de un contrato, debe hacerlo del modo en que se pactó, de modo que, si no lo hace, incurre en responsabilidad contractual y está sujeta a una indemnización por daños y perjuicios, a menos que el incumplimiento sea no imputable al deudor, es por ello que adquiere relevancia la figura de la fuerza mayor, pues esta es una causa no imputable que determina el incumplimiento, por lo tanto, cuando hablamos de fuerza mayor estamos hablando de un incumplimiento no imputable, y por lo tanto aquel que incumplió a causa de un motivo de fuerza mayor no está sujeto a una indemnización de daños y perjuicios.

## 1.3. La fuerza mayor aplicada a los contratos de dar:

### 1.3.1. ¿Qué son los contratos de dar?

Son contratos donde una o ambas partes se obligan a entregar un bien, el cual puede ser un bien cierto o un bien incierto, el más común de los contratos de dar es la compraventa, donde una de las partes se compromete a transferir la propiedad de un bien y la otra a pagar su precio en dinero.

### 1.3.2. Supuestos de incumplimiento en contratos de dar en donde se puede alegar fuerza mayor a causa del aislamiento social obligatorio dispuesto por el Decreto Supremo N° 044-2020-PCM:

Es menester informar que los ejemplos que se darán a continuación son a modo explicativo, pues se ven conformados de aspectos generales, y, cada caso en concreto tiene sus particularidades.

#### a) El auto:



En el marco de una relación contractual, con fecha 15 de febrero, se celebra un contrato donde una de las partes es una concesionaria de autos y la otra es una persona natural, la concesionaria se obliga a transferir la propiedad de un auto, y la persona a pagar su precio en dinero, el auto debía ser entregado con fecha 15 de abril de 2020 en el local de la concesionaria y resulta que la persona ya había pagado un adelanto.

Con fecha 15 de marzo de 2020, se publica el Decreto Supremo N° 044-2020-PCM, en el cual se dispone el aislamiento social obligatorio, y como medida de este aislamiento, restricciones en el ámbito de la actividad comercial, y dentro de esas restricciones, se suspende el acceso al público a los locales y establecimientos, a excepción de establecimientos comerciales de servicios esenciales; la concesionaria, por no brindar servicio esencial queda prohibida de atender al público mientras dure el Estado de Emergencia, como consecuencia, no podrá entregar el auto en la fecha prevista (15 de abril), lo que originará un **cumplimiento tardío**, pues el auto podrá ser entregado cuando finalice el Estado de Emergencia y la concesionaria puede atender al público nuevamente.

Entonces nos preguntamos ¿Este cumplimiento tardío es imputable a la concesionaria?, la respuesta debe ser negativa, pues lo que causó el cumplimiento tardío directamente es el aislamiento social obligatorio dispuesto por el Decreto Supremo N° 044-2020-PCM, pues en virtud de este se prohíbe la atención al público en los locales comerciales que no brindan servicios esenciales, impidiendo que la concesionaria entregue el auto en la fecha pactada.

En este caso como la causa es temporal y de acuerdo con la naturaleza de la obligación, nada impide que sea cumplida después de la fecha pactada, salvo el acreedor demuestre justificadamente un pérdida de interés o que el cumplimiento sea inútil, la aplicación de la fuerza mayor beneficia a la concesionaria ya que se ve exonerada de responsabilidad respecto su cumplimiento tardío, puesto que este cumplimiento tardío sin una eximente de responsabilidad lo hubiera sujetado a una indemnización por daños y perjuicios.

#### **1.4. La fuerza mayor aplicada a los contratos de hacer:**

##### **1.4.1. ¿y cómo afectaría la ejecución de las obligaciones en los contratos de hacer?**

Contratos donde una de las partes se compromete a realizar un hecho en favor de la otra y esta otra se compromete a pagar una contraprestación, los contratos mas comunes de hacer son la locación de servicios y el contrato de obra, además se incluyen los contratos innominados de hago para que me des y doy para que hagas, todo esto dentro de la prestación de servicios, que es un tipo de contrato de hacer.

##### **1.4.2. Supuestos de incumplimiento en contratos de hacer en donde se puede alegar fuerza mayor a causa del aislamiento social obligatorio dispuesto por el Decreto Supremo N° 044-2020-PCM:**

###### **b) El servicio de catering en una boda:**



En el marco de una relación contractual, con fecha 15 de febrero de 2020 se celebra un contrato de catering para una boda, donde una de las partes (el prestador) se compromete a brindar el servicio de catering en una boda el 15 de abril de 2020 y la otra (los cónyuges) a pagar una contraprestación en dinero, y los cónyuges ya han pagado parte de la contraprestación.

Con fecha 15 de marzo de 2020, se publica el Decreto Supremo N° 044-2020-PCM, en el cual se dispone el aislamiento social obligatorio, y como medida de este aislamiento, restricciones en el ámbito de la actividad comercial y recreativas, y dentro de esas restricciones se suspende cualquier tipo de reunión que ponga en riesgo la salud pública, por la tanto, la boda ya no puede ser realizada y por ende no se puede brindar el servicio de catering en la boda.

En este caso, la no realización del servicio de catering en la boda (**inejecución de obligaciones**), no es imputable al prestador, pues él no pudo realizar el servicio de catering puesto que se prohibió la realización de todo tipo de reuniones que pusiera en riesgo la salud pública, de no ser por esta prohibición, el servicio de catering se hubiera llevado a cabo con normalidad, por lo tanto, no existe responsabilidad del prestador en este caso y lo que corresponde es que la obligación del prestador, de acuerdo a su naturaleza queda resuelta y debe devolver el adelanto que había recibido..

#### **1.5. ¿Qué pasa con las obligaciones de contenido dinerario es este tipo de contratos?**



Si bien es cierto que los contratos de dar y de hacer, básicamente se caracterizan por que las obligaciones comprendidas en estos son precisamente de dar (entregar un bien) y de hacer (realizar un hecho), en muchos de estos contratos, se recibe una contraprestación en dinero; es menester resaltar que el contenido de este artículo ha ido dirigido determinar si se puede exonerar de responsabilidad al deudor alegando fuerza mayor a causa del aislamiento social obligatorio dispuesto por el Decreto Supremo N° 044-2020-PCM, precisamente en las obligaciones de dar y de hacer.

En el caso de las obligaciones con contenido dinerario sea en este tipo de contratos (como contraprestación) o en cualquier otro tipo de contratos, desde mi punto de vista no es posible alegar fuerza mayor, en base al aislamiento social obligatorio dispuesto por el Decreto Supremo N° 044-2020-PCM, pues en estos casos, no hay medida dispuesta por la norma que recaiga directamente sobre el dinero, a diferencia de las obligaciones de dar y de hacer, en donde las medidas dispuestas por el Decreto supremo si recaen directamente, como lo hemos explicado anteriormente, es por ello que en el caso de obligaciones dinerarias e incluso en el caso de las obligaciones de dar y de hacer en las que no se quiera resolver el contrato, una salida recomendable es la negociación directa.

## 1.6. ¿Qué es la negociación directa?



Es un mecanismo alternativo de solución de conflictos, donde las partes, a través de una comunicación directa llegan a un acuerdo mutuamente satisfactorio, al cual pueden acudir las partes en caso se encuentren en imposibilidad de cumplir a causa del aislamiento social obligatorio dispuesto por el Decreto Supremo N° 044-2020-PCM, recurriendo al principio de buena fe contractual, esto para evitar que ninguna de las partes se vea afectada e incluso evitar recurrir de manera posterior a procesos judiciales. El acuerdo al que se pueda llegar fruto de la negociación dependerá del análisis del caso concreto, pues como ya lo he explicado, cada caso tiene sus particularidades.

## 1.7. Contratos de Seguro:

### 1.7.1. ¿Y qué pasa con el pago de las primas de Contratos de Seguro?



Es importante señalar que a pesar de la regulación especial de los Contratos de Seguro, el nuevo contexto surgido por este evento de fuerza mayor, podría originar variaciones en el pago de la prima del seguro contratado, dependiendo de la cobertura y los alcances de la misma, básicamente porque algunos contratos, como es el caso de Seguro de autos particulares, existe una disminución de riesgo, supuesto regulado por la ley de contrato de seguro, señalado en su artículo 86 :

*“Disminución del riesgo: Si el riesgo disminuye en el curso de ejecución del contrato, el contratante puede solicitar la reducción proporcional de la prima a partir del momento en que comunicó la disminución. A falta de acuerdo respecto de la reducción o de su importe, el contratante puede resolver el contrato”.*

Como se puede verificar en el contexto actual de inmovilización social, que incluye la no circulación de autos, o la limitación de su uso en situación muy concretas, origina que los riesgos hayan disminuido, como es el caso de robos, accidentes, o cualquier otro evento incluido dentro de la cobertura del seguro, y en consecuencia es viable solicitar la reducción de la prima.

Señalamos como dato adicional que, Pacifico seguros, ha reducido en 50% la prima de los meses de marzo y abril para el caso de contrato de seguros de autos, lo que permite verificar la viabilidad de la aplicación de este artículo en el supuesto que efectivamente exista una disminución de riesgo.

## 1.8. Conclusiones:

- Según lo explicado anteriormente, en los contratos de dar y de hacer, cuando nos referimos dentro de ellos, a las obligaciones de dar y de hacer que surgen de los mismos, es posible alegar fuerza mayor a causa del aislamiento social obligatorio dispuesto por el Decreto Supremo N° 044-2020-PCM como factor excluyente de responsabilidad, siempre y cuando, en el caso concreto, este evento cumpla con los requisitos de carácter extraordinario, imprevisible e irresistible, especialmente este último, pues dependiendo del caso concreto, este último puede variar.
- Un camino para evitar que las partes se vean afectadas es la negociación directa, pues a través de esta es posible llegar a un acuerdo mutuamente satisfactorio sin necesidad de resolver el contrato o de debatir la aplicabilidad de la fuerza mayor en un proceso judicial, hay que tener en cuenta que el acuerdo al que lleguen las partes fruto de una negociación depende de las particularidades del caso concreto, debiendo adicionalmente, quedar bajo forma escrita cualquier variación o modificación del contrato primigenio, lo que servirá como medio de prueba ante cualquier eventualidad futura que pueda surgir con la otra parte.