

Alejandro E. Freytes

LA FRUSTRACIÓN DEL FIN DEL CONTRATO

ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO
Y CIENCIAS SOCIALES DE CÓRDOBA

CÓRDOBA - REPÚBLICA ARGENTINA
2010

EDICIONES DE LA ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO
Y CIENCIAS SOCIALES DE CÓRDOBA

Volumen LII

Freytes, Alejandro E.

La frustración del fin del contrato . - 1a ed. - Córdoba : Academia
Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2011.
364 p. ; 23x16 cm.

ISBN 978-987-1123-75-9

1. Derecho Civil. I. Título.

CDD 346

Fecha de catalogación: 08/06/2011

TODOS LOS DERECHOS RESERVADOS
Copyright © 2010, Academia Nacional de Derecho
y Ciencias Sociales de Córdoba
Artigas 74 - 5000 Córdoba (República Argentina)
Impreso en Argentina - Printed in Argentina

**ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO
Y CIENCIAS SOCIALES DE CÓRDOBA**

*AUTORIDADES
(Período 2010 - 2013)*

JUAN CARLOS PALMERO
Presidente

JULIO I. ALTAMIRA GIGENA
Vicepresidente

JORGE DE LA RÚA
Secretario

ARMANDO S. ANDRUET (h)
Tesorero

LUIS MOISSET DE ESPANÉS
Director de Publicaciones

Dirección: Gral Artigas 74- 5000 – Córdoba
Tel. (0351) 4214929 – FAX 0351-4214929
E-mail: secretaria@acaderc.org.ar
Consulte novedades doctrinarias en la
Página Web: www.acaderc.org.ar
REPÚBLICA ARGENTINA

Presidentes Honorarios

PEDRO J. FRÍAS

OLSEN A. GHIRARDI

LUIS MOISSET DE ESPANÉS

RESOLUCIÓN N° 24/2010

Córdoba, 7 de octubre de 2010

Y VISTO:

Que en sesión ordinaria del día 5 de octubre se aprobó por unanimidad el dictamen emitido por el Jurado del Premio Publicación Tesis Sobresalientes “Dalmacio Vélez Sársfield” Edición 2010.

Y CONSIDERANDO:

Que los miembros del jurado evaluaron las tesis presentadas, tituladas “*La frustración del fin del contrato*” del Dr. Alejandro E. Freytes y “*La responsabilidad civil de los padres*” de la Dra. María Cristina Plovovich, ambas aprobadas por la Universidad Nacional de Córdoba.

Que las tesis sometidas a consideración de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, se valoran como de distinguida elaboración; en razón que se han presentado investigaciones doctorales de trascendental interés al derecho nacional, tanto en las cuestiones relacionadas a los alcances de la responsabilidad de los padres sobre los hechos y actos de sus hijos, como respecto a la conveniencia de legislar sobre la frustración del fin del contrato. Ambos tesis han desarrollado con profundidad y solvencia el estudio de la normativa del derecho positivo argentino y el derecho comparado, utilizando una nutrida doctrina nacional e internacional con interpretaciones diversas, que permite señalar la constatación de las hipótesis propuestas oportunamente.

mente, todo lo cual ha sido sorteado con seriedad y lógico razonamiento por los tesistas.

Por ello,

LA ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE CÓRDOBA,

RESUELVE:

Art. 1º: Adjudicar el Premio Publicación Tesis Sobresalientes “Dalmacio Vélez Sársfield” Edición 2010 a las tesis doctorales “*La frustración del fin del contrato*” del Dr. Alejandro E. Freytes y «*La responsabilidad civil de los padres*” de la Dra. María Cristina Plovanich.

2º) Fijar oportunamente fecha y hora para la entrega de las distinciones a los galardonados.

3º) Comuníquese, dése a publicidad y archívese.

Jorge de la Rúa
Académico Secretario

Juan Carlos Palmero
Académico Presidente

*A mis padres Juan Alberto Freytes y María C. Coseano
que me dieron la vida y me señalaron el camino
más sensato para recorrerla.*

“El derecho existe para realizarse y únicamente alcanza su espontaneidad allí donde se realiza en toda su extensión, en donde reina. El reinado del derecho, pues, es el triunfo sobre la resistencia que le opone la injusticia”.

*(El espíritu del derecho romano,
Rudolf von Ihering)*

ABREVIATURAS

A.S.	Autos y Sentencias (Colección de la Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Buenos Aires)
B.G.B.	Código Civil alemán
C.S.J.B.A.	Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Buenos Aires
C.S.J.N.	Corte Suprema de Justicia de la Nación
Cass.	Corte de Casación de Roma
CNCiv.	Cámara Nacional Civil
CNCom.	Cámara Nacional Comercial
E.D.	El Derecho
J.A.	Jurisprudencia Argentina
L.G.D.J.	Librairie Générale de Droit et Jurisprudence
L.L.	La Ley
T.S.	Tribunal Supremo de España

CAPÍTULO I

INTRODUCCIÓN

1. Ubicación del tema

El contrato como instrumento técnico de valiosa utilidad para la consumación de operaciones jurídico-patrimoniales, está apoyado en principios o presupuestos ideológicos que le sirven de sustento, y que le otorgan su perfil característico como especie del género que lo contiene: el acto jurídico. Esos presupuestos de sustento son la libertad de los contratantes, en cuanto seres independientes para obligarse; la libertad contractual, como facultad de fijar el contenido negocial intrínsecamente equitativo; y la fuerza obligatoria del contrato, que como corolario de los dos anteriores, constriñe a las partes a honrar la palabra empeñada. Así, si el hombre es libre de contratar ha de ser responsable de lo convenido.

Ahora bien, esta autonomía negocial que incluye la facultad de los particulares de disponer de sus intereses mediante la determinación del contenido del contrato, genera correlativamente un instrumento normativo o reglamentario, al que las partes deben adecuar sus intereses y conducta. Desde este punto de vista, el contrato genera una norma que vincula a los contratantes de manera independiente de su voluntad, pues el ordenamiento jurídico obliga a las partes a respetar escrupulosamente el compromiso asumido, dotando de efectos jurídicos al contenido libremente acordado. Es la llamada fuerza obligatoria del contrato, que Vélez Sársfield, inspirado en Marcadé, consagró en el art. 1197 del Código Civil.

El contrato se constituye así en una categoría técnica ideal para brindar seguridad jurídica a las transacciones. Piénsese para qué sirve celebrar un contrato, sino para que una parte pueda tener la certeza, en la medida que el derecho pueda procurársela, de que la otra cumplirá el compromiso libremente asumido, por la firmeza que el ordenamiento jurídico ha dado a las disposiciones convenidas.

Ahora bien, el mantenimiento de ese reglamento normativo, nacido tiempo atrás y cuya vigencia se pactó prolongada, puede por diversos factores perder su sentido, su razón de ser, su justificación.

Esta circunstancia de la vida contractual ha preocupado desde siempre a los operadores jurídicos nacionales y extranjeros.

Su sola formulación nos adelanta que el tema está vinculado al principio del pleno reconocimiento de la voluntad negocial que elaboró el consensualismo, a la fuerza obligatoria del contrato, en fin, a la validez y eficacia de las cláusulas contractuales a la hora de ejecutar las obligaciones y ejercer los derechos que emergen del negocio.

Una primera aproximación aconseja a todos defender la vigencia del contrato en homenaje a la palabra empeñada y a la seguridad jurídica, valores que por escasos son cada vez más apreciados en los tiempos que corren. Pero, si se analizan responsablemente las consecuencias que pueden derivarse de un mantenimiento a ultranza de las cláusulas otrora convenidas, es posible advertir que aquellas pueden volverse una pesada carga difícil de soportar, y que la prestación quizás haya devenido tardía o inútil para alguno o para todos los contratantes.

Se plantea entonces una inevitable colisión entre dos principios que gozan de antiguo reconocimiento en el derecho: el respeto fiel e incondicional a las convenciones libremente acordadas y su fuerza obligatoria ("*pacta sunt servanda*"), y el condicionamiento de esta fuerza obligatoria a que persistan idénticas circunstancias a las existentes al momento de contratar ("*rebus sic stantibus*").

Es que el principio de vieja prosapia según el cual los contratos nacen para cumplirse, en modo alguno puede ser absoluto, y ha sido relativizado en variadas circunstancias, cuando hechos sobrevenidos o inesperados dificultan o imposibilitan el cumplimiento de las obligaciones. Piénsese en los supuestos de imposibilidad de cumplimiento, el caso fortuito o la concurrencia de vicios del consentimiento.

Ahora bien, fuera de estos ejemplos emblemáticos, admitidos casi invariablemente por la legislación en general, pueden presentarse otros en los cuales circunstancias sobrevenidas, profundas e imprevistas, alteren el equilibrio de las prestaciones, compliquen enormemente el cumplimiento de las obligaciones, o imposibiliten alcanzar la finalidad perseguida por los contratantes al concluir el acuerdo. Los contratos de larga duración y los de ejecución diferida o pospuesta, al prolongarse en el tiempo, se presentan como los más susceptibles a este tipo de eventos capaces de romper o alterar el equilibrio inicial, o de malograr el objetivo perseguido por las partes. Esas alteraciones pueden, en fin, frustrar las utilidades esperadas, dejando sin provecho y sentido lo previsto y querido.

Desde otro ángulo, es indudable que cuando los sujetos contratan, lo hacen asumiendo un cierto riesgo sobre sus expectativas, el desarrollo de la ejecución del contrato, y la entidad que tendrán los sacrificios y beneficios surgidos del pacto concluido. Es lo que ha dado en llamarse el “álea normal” del negocio. Pero cuando sobrevienen acontecimientos que desbordan ese albur previsible, se plantea la necesidad de resolver sobre el mantenimiento o la modificación de las cláusulas convenidas.

Durante mucho tiempo distintos ordenamientos, apegados a principios surgidos de la codificación sobre la regulación de los contratos, han negado la existencia del problema y sus consecuencias, o lo han soslayado, dejando en manos de los tribunales la adopción de la solución más justa para cada caso particular. Los jueces, obligados inexorablemente a dirimir la contienda, han echado mano a diversos remedios, no

siempre bien seleccionados, ni utilizados con la precisión y eficacia que era menester.

Principios como la buena fe, el abuso del derecho, la equidad o el enriquecimiento sin causa; vicisitudes como la imprevisión, la lesión o la ruptura del equilibrio contractual; y diversos vicios de la voluntad negocial, han servido de abono a novedosas teorías que, desde mediados del siglo XIX, intentaron solucionar los problemas desatados a consecuencia de la alteración de las circunstancias originarias.

Empero, tales auxilios doctrinarios no siempre consiguieron consagración legislativa al considerárseles un atentado a la seguridad jurídica, un inadmisibles apartamiento de la voluntad negocial, o una peligrosa sustracción al cumplimiento de las obligaciones libre y conscientemente asumidas. Se los juzgó peligrosas herramientas para invocar dudosas dificultades inesperadas, o para sostener caprichosamente la pérdida en el interés del contrato, o la desaparición de su razón de ser o sentido.

La doctrina, la jurisprudencia y la legislación, se sostuvo durante largo tiempo, deben ser muy cautelosas al admitir excepciones al principio de la vinculatoriedad contractual, pues si el contrato es un instrumento hábil para favorecer la circulación de bienes y servicios, vital en una economía de intercambio, lo es precisamente porque las personas se animan a contratar en razón de la certeza que genera la ligazón nacida del negocio.

Empero, el pensamiento jurídico ha evolucionado considerablemente desde aquella concepción decimonónica del contrato. El llamado dogma de la voluntad ha cedido terreno a otras doctrinas defensoras del principio de conservación del contrato, la preservación de la economía negocial y su permanente renegociación, encaminados a reajustar el contenido del acuerdo, si circunstancias sobrevenidas provocan dificultades en el cumplimiento.

Sin embargo, su tratamiento no tuvo la organicidad esperada. Se advierte muy poca uniformidad legislativa y jurisprudencial cuando se analizan las fuentes vinculadas al tra-

tamiento de la incidencia de la variación de las circunstancias en la vida del contrato.

Ni siquiera dentro de un mismo ordenamiento parece seguirse una línea argumental clara y uniforme, pues las opiniones y pronunciamientos oscilan entre mantener incommovible el contenido del negocio, resolverlo por aplicación de diversas doctrinas, o, según lo propugnado por las tendencias más avanzadas, preservar la vigencia procediendo a su revisión, con la finalidad de restablecer el equilibrio contractual.

En medio de estas ambivalencias doctrinarias, se ha sacado a la luz un nuevo instituto de ineficacia sobreviniente: la frustración del fin de contrato, como una excepción más al principio de vinculación contractual.

La novel figura enfrenta variados escollos: discusiones sobre su admisibilidad jurídica, dudas sobre su configuración y un sinnúmero de interrogantes que deben aún despejarse, desde el más elemental relativo a su denominación, debido a la dilogía de los propios términos que la designan: ¿Qué es frustrar? ¿Qué es el “fin” del contrato?

Ello no obstante, hemos observado que estas dificultades no desvanecen el inusitado interés de los operadores jurídicos en su estudio y análisis, no siempre realizados con la debida seriedad y espíritu crítico. Es evidente la propensión de doctrinarios y jueces a incorporar en el ámbito de esta figura, un cada vez más extenso elenco de supuestos fácticos, desdibujando peligrosamente sus contornos, y dificultando así la elaboración de una teoría general sobre la figura.

La situación se agrava aún más en casos como el de nuestra legislación, que no prevé una regulación específica para la frustración del fin del contrato, desplazando en los jueces la delicada tarea de dar respuesta a los variados planteamientos formulados con fundamento en esta contingencia contractual.

Ello conduce a una opción de hierro: asumir una postura enormemente restrictiva defensora de la fidelidad del contrato, y en consecuencia, segura pero inicua; o bien, abrazar

una tolerante, de valoración de las circunstancias sobrevenidas y de su incidencia en la vida negocial, que se cierne como una solución arbitraria e insegura.

Aunque podemos adelantar que constituye un desarrollo particular del principio general de la buena fe, es una vicisitud autónoma que merece ser científicamente elaborada y legislativamente regulada.

Asimismo, creemos que la última palabra la debe tener el legislador, que adaptando el ordenamiento jurídico podrá receptar la frustración del fin, regulando sus variados aspectos, y sobre todo, propendiendo a facilitar una distribución del riesgo entre los contratantes de la forma más equilibrada posible ¹.

¹ Es la opinión de destacados autores: “[...] *el único camino seguro para conseguir una adecuación entre los imperiosos dictados de la realidad y los preceptos jurídicos, es acoger legislativamente (con todas las cautelas y cortapisas que se quiera) la regla de la revisabilidad de los contratos por alteración de las circunstancias [...]*”, M. ALBALADEJO GARCÍA, *Derecho civil. Derecho de las obligaciones*, 11ª ed., Barcelona, Bosch, 2002, t. II, pág. 468; “[...] *el problema de fondo en muchos casos consiste en saber quién experimentará las pérdidas resultantes del incumplimiento de un contrato cuando no se puede cumplir por circunstancias extrínsecas a una u otra parte contratante, o cuando, por circunstancias de la misma clase, sólo pueda cumplirse a base de un sacrificio desproporcionado e imprevisto [...]*”, J. PUIG BRUTAU, *Fundamentos de derecho civil*, Barcelona, Bosch, 1978, t. II, vol. I, pág. 381, nota 17; “[...] *La vida de los contratos -como la de cada ser humano- no es lineal ni inalterable; son biografías históricas cruzadas por fracturas e interrogaciones, por vectores que hacen perder el rumbo y abrir nuevas huellas; lo dibujado en aquel ayer, se recorta hoy en un horizonte distinto y entre lo esperado y lo sucedido (Marías) muchas veces (es decir no siempre), y con mayor razón en tiempos de aceleradas mudanzas, las cosas son diferentes y, por ende, las respuestas jurídicas también deben serlo*”, A. M. MORELLO, “Los contratos: respuestas sustanciales y procesales a plurales cambios y emergencias”, L.L., 1998-D-1354, Sección Doctrina.

CAPÍTULO II

ANTECEDENTES - FUNDAMENTACIÓN

1. Doctrinarios y jurisprudenciales

1.1. *Extranjeros*

1.1.1. *Derecho continental*

1.1.1.1. *El cambio de circunstancias y el contrato: la cláusula “rebus sic stantibus”*

Desde antiguo, filósofos y juristas se preocupan por establecer si debe influir sobre los efectos del acto jurídico la variación de las circunstancias imperantes entre el momento de su celebración y el de su cumplimiento, y en caso afirmativo, determinar si esos efectos desaparecen o si sólo deben morigerarse.

Se han ensayado propuestas diversas, pero siempre ha sido posible encolumnar a todas ellas detrás de dos que aparecen antagónicas. Hemos de comenzar por la primera: ella propicia el respeto sacrosanto a la palabra empeñada y a las cláusulas contractuales, lo que se resume en el aforismo latino “*pacta sunt servanda*”. Se propugna una ciega fidelidad contractual en aras de la seguridad jurídica -que se violentaría con la inestabilidad negocial- y de la moral, que sustenta el precepto general del respeto a la palabra empeñada ².

²L. COLOMBO, “Consideraciones sobre la denominada cláusula ‘*rebus sic stantibus*’, L.L., 98-737; J. MOSSET ITURRASPE, “Las circunstancias del contrato

Esta primera postura entiende que quienes anudan entre sí un convenio, quieren que lo acordado subsista poniéndose a resguardo de eventuales modificaciones circunstanciales, es decir, contratan “contra” ese cambio imaginable, esperanzados en que el acuerdo no será conmovido ni zanjado por los flujos y reflujos de las circunstancias.

La idea central es ligar al contrario, comprometerlo de antemano, vincularlo no obstante las eventuales vicisitudes que puedan acaecer en el futuro.

Ahora bien, esta doctrina que se mantuvo inmovible durante siglos y que parecía obvia para satisfacer necesidades de seguridad y orden social, se mostró excesivamente rígida y dura en situaciones de excepción. Tales supuestos se daban cuando la modificación de las circunstancias tenidas en cuenta por los interesados, producía una profunda alteración del equilibrio originario existente entre las prestaciones asumidas por las partes.

La obligatoriedad de los contratos era de difícil justificación frente a situaciones de innegable injusticia, cuando aquel

(Primera parte. La reforma del Proyecto de Unificación al art. 1197 del C. Civil”, E.D., 128-833; M. VOLKMAR, “Revisión de los contratos por el juez en Alemania”, L.L. 12-11, Sección Doctrina, recuerda las palabras del Prof. Niboyet, miembro informante de la Comisión que trató “La revisión de los contratos” en ocasión de la Semaine Internationale de Droit, celebrada en París, en 1937, cuando expresó: “*La regla pacta sunt servanda es una ciudadela inviolable para las legislaciones latinas, salvo respecto del legislador que siempre puede atenuar su rigor. A decir verdad, todas las legislaciones parten de esta regla y la respetan, pero el desacuerdo proviene de la extensión que debe dársele. ¿Debe ser limitada en su efectos, o sufrirá el asalto victorioso de la famosa cláusula rebus sic stantibus? Para el grupo latino la limitación no existe. Los individuos deben sufrir por sus obligaciones, y, si es necesario, desaparecer si son insuficientes. Es la ley del honor que así lo exige, sin que sea necesario investigar si quien sucumbe es culpable o no. El rechazo de la imprevisión en el grupo latino ha formado hasta ahora parte de un todo, que, lo reconocemos, comienza a conmoverse. A pesar de todo subsiste la regla pacta sunt servanda y sólo el legislador debe poder intervenir de vez en cuando para favorecer a una de las partes. Pero entonces, es necesario comprender las razones de su intervención. El contrato reposa sobre un equilibrio jurídico -su causa- pero no necesariamente sobre un equilibrio económico”.*

liminar principio de obligatoriedad no servía para justificar una prestación excesiva, diferente a la inicialmente pactada o carente de sentido. Aparecieron entonces argumentos diversos para relativizar o poner en entredicho la fidelidad absoluta, proponiendo adecuar sus consecuencias para una más equitativa distribución de las secuelas contractuales, lo que dio lugar al segundo tipo de posturas. Cabe encabezar este diverso enfoque con la fórmula “*contractus qui habent tractum succesivum et dependentiam de futurum rebus sic stantibus intelliguntur*” (“los contratos a término o de tracto sucesivo se entienden permaneciendo las cosas en el mismo estado”), apocopada en el brocárdico “*rebus sic stantibus*”, citado con frecuencia por los autores para enervar el anterior principio, que admite la posibilidad de rescindir los contratos de largo plazo o ejecución diferida ante una ulterior modificación del estado de hecho imperante en el momento en que fueron concluidos ³.

Se admite mayoritariamente que el origen de la “cláusula” no debe buscarse en el derecho romano, en el cual no se

³G. FERRI, “De la cláusula ‘*rebus sic stantibus*’ a la resolución por excesiva onerosidad”, en L. LEYSSER, *Estudios sobre el contrato en general. Por los sesenta años del Código Civil Italiano (1942-2002)*, Lima, ARA, 2003, pág. 1013 y ss.; R. BADENES GASSET, *El riesgo imprevisible (Influencia de la alteración de las circunstancias en la relación obligacional)*, Barcelona, Bosch, 1946, pág. 32 y ss.; C. DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, *La cláusula rebus sic stantibus*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003, pág. 30 y ss.; A. ALTERINI, *Contratos*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1988, pág. 67, sostiene que el origen de la regla se remonta a los glosadores, quienes la habrían extraído de un rescripto de Justiniano (Cód. 2,3,39) juntamente con la regla que expresa “*volenti non fit injuria*” (lo que se quiere no causa daño), aunque también podría deducirse del *Digesto* (2, 14, 1 Proemio); J. C. RIVERA, “La doctrina de las bases en el Proyecto de Unificación Legislativa”, *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones*, año XX, N° 115, 1987, pág. 867; A. SPOTA, *Instituciones de derecho civil. Contratos*, Buenos Aires, Depalma, 1983, t. III, pág. 564 y ss.; E. MARTÍNEZ CARRANZA, “El cambio de circunstancias y el acto jurídico”, *Boletín del Instituto de Derecho Civil, Universidad Nacional de Córdoba, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, N° 1-4, Córdoba, 1943, pág. 223 y ss.; L. COLOMBO, ob. cit., pág. 737 y ss.; Héctor LAFAILLE, *Derecho civil. Contratos*, Buenos Aires, Ediar, 1953, vol. 1, pág. 331 y ss.

consignó, de modo general, la regla *pacta sunt servanda*, ni consecuentemente se enunciaron, de modo orgánico, excepciones a la misma ⁴.

Sin embargo, debe destacarse que en los *bona fidei negotia*, el juez gozaba de plena libertad para decidir si el cumplimiento efectivo de las prestaciones, a la luz del principio cardinal de buena fe, se había vuelto dificultoso, y si, por tanto, debía liberarse al deudor.

Es decir, que pese a la falta de una fórmula general en uno u otro sentido, tal hecho no impidió a los juristas romanos resolver casos particulares conforme a la idea que más tarde inspiraría la cláusula, asignándole predominio a la conciencia moral por sobre la estrictamente jurídica, y dando pábulo a las opiniones de Cicerón y Séneca, que influyeron de modo evidente en el desenvolvimiento de la teoría ⁵.

⁴ El principio de fidelidad absoluta a lo convenido se expresaba así por los jurisconsultos romanos: "*Legem enim contractus dat, hoc servabitur quod initio convenit*". Véase: G. OSTI, "La così detta clausola rebus sic stantibus nel suo sviluppo storico", *Rivista di Diritto Civile*, 1912, pág. 1 y ss., y "Appunti per una teoría de la sopravvenienza", *Rivista di Diritto Civile*, 1913, pág. 471 y ss., y pág. 647 y ss.; R. ZIMMERMANN, *Estudios de derecho privado europeo*, trad. de A. Vaquer Aloy, Madrid, Civitas, 2000, pág. 140 y ss. En sentido contrario, H. COING, *Derecho privado europeo*, trad. de A. Pérez Martín, Madrid, Fundación Cultural del Notariado, 1996, t. 1, pág. 522, menciona una serie de textos del Digesto como determinantes para la elaboración de esta doctrina por parte de los comentaristas; M. SÁNCHEZ GONZÁLEZ, *Algunas notas para la elaboración de la doctrina jurisprudencial sobre la cláusula rebus sic stantibus*, Madrid, A.C., 1990-2, pág. 430; A. ORGAZ, "El contrato y la teoría de la imprevisión", *L.L.*, 60-691. Sobre el origen y el desarrollo histórico de la institución pueden consultarse: L. DIEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *La cláusula rebus sic stantibus. Extinción de las obligaciones*, Madrid, Cuaderno de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, 1996, pág. 679 y ss.; J. CASTÁN TOBENAS, *Derecho civil español, común y foral. Derecho de las obligaciones*, 16ª ed., Madrid, Reus, 1992, t. 3, pág. 734 y ss.; R. ROCA SASTRE, *El problema de la alteración de las circunstancias. Estudios de Derecho Privado*, Madrid, *Revista de Derecho Privado*, 1948, t. 1, pág. 237 y ss.; L. ANASTASI, "Las teorías de la imprevisión, de la cláusula *rebus sic stantibus* y de la presuposición", *L.L.*, 29-576.

⁵ O. FRITZE, *Cláusula rebus sic stantibus*, *Arch. Für bürgerl. Rechts*, Kiel, 1900, vol. 17, pág. 20 y ss., citado por OSTI, G., "La così...", ob. cit., pág. 5; en el

Se encuentran rastros de la misma en la Gran Glosa de Acursio ⁶ y en el Decreto de Graciano ⁷, en los escritos de Santo Tomás de Aquino ⁸ y en general en toda la doctrina escolástica. En su desarrollo participaron de modo eficaz los canonistas medievales. Los tribunales eclesiásticos, siempre dispuestos a favorecer las soluciones de equidad, aplicaron a menudo en los contratos cuya ejecución suponía un tiempo, la doctrina del cambio de las circunstancias, por estimar contrario a la moral cristiana el enriquecimiento de uno de los contratantes a expensas de otro.

Los post glosadores Bártolo de Sassoferrato ⁹ y su discípulo Baldo de Ubaldis ¹⁰, apoyándose en la glosa canónica y

mismo sentido, C. DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, ob. cit., pág. 31, nota 18; R. TELLO, "La teoría de la imprevisión en los contratos de derecho público", J.A., 1946-IV-33, Sección Doctrina, recuerda la opinión de Dalmiro Alsina Atienza. Este último autor en su obra *Efectos jurídicos de la buena fe*, Buenos Aires, Talleres Gráficos Argentinos, 1935, pág. 231, afirma que ya CICERÓN (*De Officiis*) anotaba que "cuando un abogado prometía sus servicios profesionales y el luto inesperado lo afectaba, quedaba libre de asumir o no el patrocinio, sin incurrir en responsabilidad en caso negativo". De igual modo, L. M. REZZÓNICO, *La fuerza obligatoria del contrato y la teoría de la imprevisión*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1954, pág. 21, cita a SÉNECA (*De Beneficis*), a NERATIUS (*Digesto*) y hasta a MARCELO (*Digesto* 45-1, párr. 98).

⁶Comentario al fr. 8, D XII, 4 por ejemplo.

⁷G. OSTI, "La così...", ob. cit., pág. 14, rebatiendo a O. Fritze, afirma que los canonistas fueron los primeros en sostener la validez de la cláusula debido a su tendencia opuesta a la romana de favorecer a los más débiles económicamente considerados.

⁸Tomás DE AQUINO, *Summa Theologica*, Libro II, 2 qu.110 a.3, donde expresa que el incumplimiento de una promesa es excusable si cambian las condiciones de la persona obligada.

⁹G. OSTI, "La così...", ob. cit., pág. 20; C. DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, ob. cit., pág. 33, expresa: "[...] parece que fueron los antiguos filósofos morales los primeros en advertir que, tras la celebración del contrato, podían presentarse circunstancias que convirtieran en pecado el cumplimiento y en obligación el incumplimiento. Es de esta simiente que procede, desde la Alta Edad Media, desde Johannes Teutonicus, Bártolo y Baldo, la doctrina de la cláusula rebus sic stantibus [...]"; L. M. REZZÓNICO, ob. cit., pág. 122, tiene acertadas palabras para vincular el tema a la moral: "Cuando uno de los contratantes [...] por efecto de súbitas mutaciones, se encuentra colocado al tiempo en que debe cum-

en la civil, aceptaron también la cláusula y ampliaron su esfera de aplicación, proceso que culminó con Giason del Mayno ¹¹, que generalizó la fórmula llevándola de la promesa a todas las declaraciones de voluntad, y afirmando que debe sobreentendérsela en las leyes, en las disposiciones de última voluntad, en los contratos, en los privilegios y juramentos, etcétera.

Pero es Alciato ¹², precursor de la escuela histórica, quien la expresa por primera vez en términos precisos al sostener que *“el mismo acto cumplido en circunstancias distintas, puede y a veces debe, corresponder a una voluntad también distinta”*.

En resumen, se ha dicho que la cláusula *rebus* significa que las partes contratan en consideración a las circunstancias existentes al momento de la conclusión del negocio jurídico, y que por consiguiente debe sobreentenderse, de manera tácita, que la intangibilidad de los contratos queda subordinada a la persistencia del estado de hecho que existía al momento del perfeccionamiento.

De este modo, el contrato obliga mientras las cosas permanezcan en el mismo estado en que se hallaban cuando se perfeccionó el negocio, desapareciendo el ligamen consensual al modificarse o alterarse ese estado fáctico supuesto.

plir su prestación, en circunstancias tales que de haberlas conocido no hubiera contratado, no puede en verdad decirse que él ha consentido anticipadamente en cumplir su prestación a pesar de todas esas circunstancias, pues nadie que esté en su sano juicio consiente espontáneamente en sufrir graves daños. En tales situaciones puede decirse que la moral repudia la inexorabilidad e intransigencia del acreedor en demandar a todo evento el cumplimiento de la prestación, y excusa al deudor por no cumplirla. Y como bien dice Coviello, autorizado profesor de Derecho Civil de la Universidad de Catania, lo que ofende a la moral no debe ser precepto jurídico. El derecho y la moral deben prestarse recíproco sostén, y la moral debe ser la base más firme y segura del derecho”.

¹⁰ G. OSTI, “La così...”, ob. cit., pág. 21.

¹¹ G. OSTI, “La così...”, ob. cit., pág. 21.

¹² G. OSTI, “La così...”, ob. cit., pág. 23.

Así formulada, la cláusula fue recogida años después por la Escuela del Derecho Natural en los siglos XVII y XVIII, con variada suerte en la ciencia del derecho.

Sus primeros opositores decididos fueron Groccio¹³, Puffendorf y Zeiller, refutados por Enrique Coccejo, que además de defenderla, sostenía su aplicación a todas las relaciones jurídicas, entendiéndola como elemento constitutivo y causa sustancial del negocio¹⁴.

Hubo ecléticos, como Leyser, que limitaron su validez a circunstancias imprevistas por cuyo motivo no puede alcanzarse la finalidad del contrato, o como Cramer, que la circunscribió a los llamados casos insolitísimos de circunstancias sobrevenidas¹⁵.

Las objeciones comenzaron incluso por la denominación “cláusula”, la que es ciertamente impropia según la mayoría de los autores: si se trata de algo sobreentendido o implícito, precisamente lo que no será es una cláusula, pues ella implica una previsión de los contratantes, que es específicamente lo que falta en estos casos. Pese a ello, continúa siendo llamada de ese modo por doctrinarios y jueces.

Según los adversarios más encarnizados, modificar los términos de la convención, dejando sin efecto su obligatoriedad inicial, conduce directamente a tres gravísimos males: a la inseguridad jurídica, a la desconfianza económica y a la arbitrariedad judicial. A la primera en cuanto subvierte el principio liminar de la autonomía de la voluntad, baluarte de los derechos individuales cuya solidez queda lastimada; a la segunda, porque atenta contra la validez misma del vínculo obligacional haciendo dudar de su eficacia inmediata; y a la tercera, porque deja a los jueces sin base firme para resolver

¹³ H. GROCCIO, *De iure de bellis ac pacis*, II c. 16, párr. 52, nota 2, citado por G. OSTI, “La così...”, ob. cit., pág. 26, nota 1.

¹⁴ Confr. E. MARTÍNEZ CARRANZA, ob. cit., pág. 235 y ss.

¹⁵ G. OSTI, ha hecho el más profundo estudio histórico de la cláusula *rebus sic stantibus*. Confr. “La così...”, ob. cit., pág. 21 y ss.

con seguridad y exactitud, cuando un hecho o circunstancia tiene entidad suficiente para hacer claudicar el contrato.

En esencia, a la cláusula se le formularon tres críticas centrales:

a) Respecto de su naturaleza, como ya dijimos, no sería en realidad una “cláusula”, ya que existen circunstancias cuya permanencia es objetivamente necesaria para la vida del contrato, independientemente de que las partes las hayan contemplado tácitamente.

b) Es vaga, pues no especifica cuáles son las “cosas o hechos” que deben mantenerse inmutables, qué entidad y origen deben tener las mutaciones que los alteran, y cuáles son los efectos que produce la eventual modificación de éstos.

c) Finalmente, es artificial, pues así como se pretende presumir que las partes tácitamente acordaron la rescisión del negocio por el cambio de las circunstancias, podría presumirse lo contrario, esto es, que acordaron mantenerlo a todo evento ¹⁶.

No obstante estas imprecisiones, en los tribunales eclesiásticos de fines del siglo XVI y comienzos del XVII la idea aparece esbozada con perfiles similares a los actuales, según lo comentan los cardenales Mantica y De Luca, quienes analizando la doctrina de la Sacra Rota Romana, señalan que los extremos que condicionan la aplicabilidad de la “cláusula” son: un contrato de tracto sucesivo o supeditado a un hecho futuro, y un cambio sobrevenido en los hechos que redundan en una flagrante injusticia ¹⁷.

Empero, la generalidad e indeterminación de la cláusula *rebus* selló su suerte de descrédito en la literatura jurídica de finales del siglo XVIII y ni siquiera adquirió nueva vigencia ante hechos evidentemente conmocionantes como las gue-

¹⁶J. BONNECASE, *Supplément al Traité Théorique et Pratique de Droit Civil*, París, de G. Baudry-Lacantinerie, 1926, t. 3, pág. 601.

¹⁷L. M. REZZÓNICO, ob. cit., pág. 23; L. COLOMBO, ob. cit., pág. 738.

rras napoleónicas, el bloqueo continental, las guerras de revolución o la paulatina desaparición del colonialismo europeo en América.

Aparece ignorada por Pothier, Cujas, Domat y los primeros comentaristas del Code Civil de 1804, y hasta por sus exégetas como Laurent, Demolombe, Duranton, Troplong y Aubry et Rau¹⁸.

La reprobación general de la doctrina se mantuvo hasta finales del siglo XIX -abstracción hecha de una relativa consagración legislativa que referiremos más adelante-, siendo reemplazada por variadas teorías que intentaron justificar la incidencia del cambio de circunstancias en los efectos negociales, hecho en el que algunos han creído ver un renacimiento de la “cláusula”¹⁹.

¹⁸R. POTHIER, *Traité du contrat de louage*, § 143, principio 6º y § 152, V, págs. 80/83, citado por F. DE CASTRO Y BRAVO, *El negocio jurídico*, Madrid, Civitas, 1985, pág. 314 y ss.; G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, 3ª ed., París, L.G.D.J., 1937, pág. 146 y ss., condena expresamente la cláusula *rebus sic stantibus* por considerarla contraria a la naturaleza económica del contrato que es un acto de previsión; M. PLANIOL - G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, París, L.G.D.J., 1932, t. XI, pág. 50, expresan: “[...] si las cosas no fueran a cambiar, no valdría la pena concertar ni un solo contrato de tracto sucesivo [...] Lo que el acreedor prevé es casualmente que las cosas cambien, y se asegura contra los inconvenientes de ese cambio, previéndolos desde luego mediante una serie de operaciones [...] contratar es prever, el contrato es un compromiso para el porvenir, todo contrato contiene una idea de aseguración y admitir la revisión de los contratos cada vez que se presente una situación que las partes no han previsto, sería arrebatar al contrato su utilidad misma, que consiste en garantizar al acreedor contra lo imprevisto”; J. GHESTIN, *Traité de droit civile. Les effets du contrat*, 2ª ed., París, L.G.D.J., 1994, pág. 314; C. DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, ob. cit., pág. 35; H. MASNATTA, “El cambio de circunstancias y el contrato”, J.A., 1959-IV-12, Sección Doctrina; L. ANASTASI, ob. cit., pág. 578 y ss.; L. M. REZZÓNICO, ob. cit., pág. 21 y ss., en especial sus notas 4 y 5; L. FLAH - M. SMAYEVSKY, *Teoría de la imprevisión - Aplicación y alcances, doctrina y jurisprudencia*, 2ª ed., Buenos Aires, Lexis Nexis - Depalma, 2002, pág. 13, nota 6.

¹⁹C. DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, ob. cit., pág. 63 y ss; A. M. MORELLO, *Ineficacia y frustración del contrato*, 1ª ed., Buenos Aires, Platense - Abeledo-Perrot, 1975, pág. 213.

Intentar buscar una justificación a la derogación del principio de la fuerza obligatoria de los contratos, no se presentó como tarea fácil. Considerar que por el advenimiento de circunstancias extraordinarias y diversas a las reinantes al momento del perfeccionamiento, el contrato pueda perder su vigencia, exige un sólido apoyo que implica superar especiales complicaciones jurídicas.

Son muchos los escollos que surgen del ordenamiento positivo, y es imprescindible sortearlos para sostener la rendición de aquel principio cardinal del mundo negocial. El intento de alcanzar ese objetivo ha creado campo fértil para el surgimiento de las más variadas teorías, cuya profusión, lejos de esclarecer el problema, lo han complicado aún más.

El tema generó durante la segunda mitad del siglo XIX y la primera del XX, una abundante literatura jurídica, especialmente en Alemania.

Aparecieron doctrinas subjetivistas que potenciaron el dogma de la voluntad y reafirmaron la necesidad de que el ordenamiento respete la verdadera voluntad de las partes en aras de la justicia y la equidad; objetivistas, que prescindieron de la voluntad del sujeto y rescataron los presupuestos que dan nacimiento al acuerdo, en desmedro de la voluntad de las partes; o mixtas, que intentaron amalgamar elementos de las anteriores. Y hasta es posible encontrar algunas que basaron su postura favorable a partir de una comparación con figuras afines, como el error, el enriquecimiento injusto, la buena fe, la equidad, el abuso del derecho, el riesgo imprevisible, etcétera ²⁰.

²⁰ Recogen numerosas posturas doctrinales M. ALBALADEJO GARCÍA, ob. cit., pág. 466; F. DE CASTRO Y BRAVO, ob. cit., pág. 322; L. DIEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Fundamentos de derecho civil patrimonial*, Madrid, Civitas, 1985, pág. 874 y ss.; R. ROCA SASTRE, ob. cit., pág. 239 y ss. Desde un punto vista diferente J. PUIG BRUTAU, ob. cit., pág. 365, relata especialmente la labor de los tribunales y la ayuda que le han suministrado las diferentes teorías. En la doctrina nacional, A. SPOTA, ob. cit., pág. 569 y ss.

Aunque la enumeración sería vastísima, creemos que por la importancia de su construcción y la incidencia que tuvieron en la elaboración de la teoría de la frustración del fin del contrato, merecen citarse: la teoría de la *imprevisión*, la teoría de la *excesiva onerosidad de la prestación* y la teoría de la *presuposición*.

1.1.1.2. Teoría de la imprevisión ²¹

Históricamente el derecho francés ha sido el más restrictivo en admitir algún efecto a las circunstancias sobrevenidas. Las ideas canonistas del medioevo, que pudieron tener influencia en Italia o Alemania, no consiguieron mayor aceptación entre los juristas franceses antes de la sanción del Code Civil de 1804, desalentados de sus postulados por las enseñanzas de la Escuela Histórica del derecho romano -aferrada a los textos que la censuraban-, del derecho natural -que enaltecía la voluntad de las partes-, y de la economía liberal, adversaria de la justicia conmutativa ²².

El Código Napoleón consagró la inmutabilidad de los contratos en su art. 1134 ²³ al disponer que las convenciones

²¹ El término “imprevisión” es de amplísimo sentido. Puede hablarse de imprevisión en general como sinónimo de cualquier advenimiento de circunstancias imprevistas, y como tal ha dado lugar a diversas doctrinas (entre ellas la vieja cláusula *rebus sic stantibus*), aunque aquí se haga sólo referencia a la nacida en Francia con motivo de la jurisprudencia del Consejo de Estado, para solucionar problemas surgidos en los contratos de servicios públicos de larga duración. Un análisis de ellas puede consultarse en L. DIEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Fundamentos...*, ob. cit., pág. 876 y ss., donde refiere a otras variantes de la misma, que exaltan la importancia del principio de autonomía de la voluntad, pues la situación verdaderamente querida por los sujetos, a consecuencia de la alteración de las circunstancias, se ve sustituida por otra sobre la que no recayó su voluntad.

²² J. GHESTIN, ob. cit., pág. 315 y ss.

²³ Art. 1134: “Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les sont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise”.

legalmente formadas tuviesen fuerza de ley para quienes las hubiesen hecho, y no pudiesen ser revocadas sino por consentimiento mutuo, o por las causas que la ley autoriza-se. Estos últimos supuestos admiten la liberación sólo por posterior imposibilidad por causas ajenas al deudor, como si la cosa pereciese sin su culpa, o cuando la prestación resultase imposible por caso fortuito o fuerza mayor (arts. 1302, 1147 y 1148).

Así, la regla *pacta sunt servanda* aparece como la traducción concreta de la concepción voluntarista del contrato, inspirada en el dogma de la autonomía de la voluntad, consagrando el inalterable respeto a la palabra empeñada.

Desde esta perspectiva, el contrato es un acto de previsión, y su fuerza obligatoria se justifica por la seguridad que aporta al tráfico de bienes y servicios. Quienes se unen mediante el vínculo de voluntad común, tendiente a regular sus derechos, deben hacerlo sin perder de vista las eventuales variaciones que factores económicos, sociales o políticos puedan sufrir en un futuro más o menos inmediato. En otras palabras: dentro de sus posibilidades y facultades personales, las partes deben prever cualquier cambio capaz de gravitar sobre sus intereses. Si así no lo hacen, soportarán las secuelas de su propia negligencia, de su propia torpeza, y su error -si existiera- sería inexcusable.

Como supuestos de excepción, los arts. 1769 a 1773 del Código Civil francés autorizan la revisión del negocio cuando por caso fortuito o fuerza mayor se hubiere destruido la totalidad o una parte importante de la cosecha, autorizando al granjero locatario a peticionar una reducción en el precio de la renta. Otro supuesto aislado lo prevé el art. 1889, permitiendo al dador del comodato recuperar la cosa prestada antes del término acordado, si tuviere una necesidad sobrevenida.

Luego de la sanción del Code Civil la doctrina y la jurisprudencia francesas, frente al problema de la transformación de las circunstancias, mantuvieron rígidamente el principio señalado, según el cual el contrato tiene fuerza de ley para

las partes y el deudor sólo se libera por imposibilidad en casos específicamente determinados ²⁴.

Tradicionalmente la Corte de Casación de París, aun en épocas de enormes transformaciones económico-financieras, mantuvo invariable el principio según el cual *“en ningún caso los tribunales pueden por más equitativa que les parezca la decisión, tomar en consideración los tiempos y circunstancias para modificar las convenciones de las partes, y substituir por cláusulas nuevas aquellas que han sido libremente aceptadas por los contratantes”* ²⁵.

Desde el siglo XIX y en variadas ocasiones, ese Alto Tribunal desestimó innumerables pretensiones fundadas en el aumento de impuestos o derechos aduaneros; en supuestos de locación de servicios por tiempo indeterminado, obligando al locatario a abonar el salario al personal aunque la guerra le hubiera privado de su clientela; en casos de locaciones de teatros, casinos, hoteles, etcétera, manteniendo la obligación de cancelar la renta aunque no hubieren podido obtener el provecho esperado por efectos de la conflagración bélica.

Un recordado antecedente es el del Canal de Craponne. En el siglo XVII el propietario del Canal de Craponne, situado en la Comuna de Pelissanne, había contratado con los dueños de los inmuebles limítrofes, beneficiados por el agua del canal, el pago de una cuota o canon fijo periódico por el regadío, según un contrato a 160 años de plazo. Modificaciones monetarias acaecidas a consecuencia de la Guerra Franco-Prusiana de 1870, convirtieron en ínfimo el canon originaria-

²⁴ Para un detenido análisis de la jurisprudencia francesa pueden verse con provecho: J. AUVERNY BENNETOT, *La théorie de l'imprévision*, París, Sirey, 1938, pág. 43 y ss.; J. FOULON, *Le caractère provisoire de la notion de l'imprévision*, París, Les Presses Modernes, 1938, pág. 12 y ss.; P. GALLO, *Sopravvenienza contrattuale e problemi di gestione del contratto*, Milano, Giuffrè, 1992, pág. 344; F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Nápoles, Jovene, 1996, pág. 23 y ss.; J. GHESTIN, ob. cit., pág. 323 y ss. En la doctrina nacional, L. M REZZÓNICO, ob. cit., pág. 50 y ss.

²⁵ J. GHESTIN, ob. cit., pág. 323 y ss.

mente pactado por el uso del agua. El sucesor del primitivo propietario petitionó entonces una modificación del precio y el Tribunal de Aix hizo lugar a la demanda, declarando que en los contratos sucesivos no se aplica la regla del art. 1134 del Code Civil, por lo que debía modificarse la renta si el rédito de una parte no se compadecía con la carga de la otra. Pero la Corte de Casación, “atemorizada por la generalización de la sentencia”, revocó la resolución en 1874, declarando que “la regla del art. 1134 del Código Napoleón es general, absoluta y rige los contratos cuya ejecución se extiende a épocas sucesivas, lo mismo que a los de cualquier otra naturaleza, y que en ningún caso corresponde a los Tribunales, por equitativa que pueda parecerles su decisión, tomar en consideración el tiempo y las circunstancias para modificar los pactos celebrados [...]”²⁶.

Una aisladísima excepción registra la jurisprudencia francesa en un caso fallado en 1843, pero recurriendo al argumento de la fuerza mayor. En ese año, los tribunales de Rouen admitieron la resolución de un contrato por estimarlo carente de finalidad. El año anterior, una firma de París y otra de Rouen celebraron un contrato por dos años de plazo para la común explotación de una diligencia que haría un recorrido entre las dos ciudades en tres días. Contra lo que era previsible esperar, al año siguiente se inauguró el ferrocarril entre la capital y la ciudad normanda, que emplearía medio día en el trayecto. La firma parisina pidió la resolución del contrato carente ya de finalidad. Los tribunales accedieron a la demanda, admitiendo que la inauguración del ferrocarril resultaba un caso de fuerza mayor, que hacía imposible el cumplimiento del contrato.

Este insólito antecedente no alcanza a conmover la rigidez del temperamento jurisprudencial en general, que se mantuvo inalterable durante muchísimo tiempo.

²⁶ M. HAURIU, *La teoría del riesgo imprevisible y los contratos influidos por instituciones sociales*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1926, pág. 2 y ss.; C. DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, ob. cit., pág. 23 y ss.; L. M. REZZÓNICO, ob. cit., pág. 51.

Empero, desatada la Primera Guerra Mundial, la tendencia del más elevado tribunal francés fue abandonada por la jurisprudencia administrativa del Consejo de Estado en el “*Arrêt*” del 30 de mayo de 1916, al dirimir el célebre caso de la Compañía de Gas de Burdeos contra la Municipalidad de Burdeos. La compañía estaba obligada a suministrar a la ciudad de Burdeos gas a razón de cierto precio por metro cúbico. Durante la Primera Guerra Mundial los ejércitos alemanes ocuparon la región carbonífera de Francia. El precio del carbón se elevó de un modo extraordinario: de 22 a 117 francos. La compañía solicitó a la comuna una indemnización que le fue negada. El Consejo de Prefectura resolvió que el pliego de condiciones era intangible, y por consiguiente, el gas debía suministrarse al precio estipulado, aun en detrimento de los intereses comerciales de la prestataria. Interpuesta apelación ante el Consejo de Estado, éste resolvió que no podía subsistir íntegramente el pliego, puesto que la economía del contrato se había alterado totalmente, pese a lo cual, en razón del interés general era imprescindible sostener el servicio público de alumbrado y calefacción de la ciudad. Declaró que la economía del contrato queda trastornada (*bouleversée*) cuando el alza del precio del carbón es tal, que sobrepasa los límites extremos de los aumentos que han podido ser contemplados por las partes al contratar ²⁷.

El Consejo de Estado, en su función de máximo tribunal administrativo, desarrolló así una nueva doctrina con su “teoría de la imprevisión”, modificando el rigorismo que a ultranza y de manera invariable había sostenido la Corte de Casación, supremo tribunal en materia de derecho privado. La morigeración incluyó una invitación a las partes a renegociar los términos del contrato y la fijación de una indemnización

²⁷ J. GHESTIN, ob. cit., pág. 331 y ss.; L. DIEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Fundamentos...*, ob. cit., pág. 889; A. CARLOMAGNO, “La teoría de la imprevisión en los contratos y en el derecho en general”, J.A., 43-36, Sección Doctrina, recuerda palabras de Maurice HAURIUO: “*la rigidez del servicio público, exige la flexibilidad del contrato correspondiente*”.

ante la falta de acuerdo, pero no la modificación de los términos del negocio ni su posterior ejecución, inexcusable por tratarse de un servicio público. Se señalaron dos requisitos imprescindibles de procedencia: que el hecho provocador sea realmente imprevisible por extraño a la voluntad de las partes, y un verdadero trastorno en la economía del contrato, siendo insuficiente una disminución o falta de ganancia materializada en un déficit negocial ²⁸.

Este criterio se generalizó a otros pronunciamientos recaídos en asuntos vinculados a servicios públicos, hasta que finalmente el 21 de enero de 1918 se dictó la famosa *Ley Falliot*, por la cual los contratos mercantiles celebrados antes del 1º de agosto de 1914, podían rescindirse cuando el cumplimiento de las obligaciones asumidas ocasionase a una de las partes daños y perjuicios desproporcionados en relación con la contraprestación recibida ²⁹.

²⁸ Lo justo, se estableció, es exigir la continuación del servicio público, pero permitiendo un aumento de tarifas proporcionales al incremento operado en el precio del combustible, el que no pudo preverse a la época de la celebración del contrato, distinguiendo así entre el álea previsible y el álea imprevisible, J. GHESTIN, ob. cit., pág. 331 y ss.; A. CARLOMAGNO, ob. cit., pág. 36 y ss.

²⁹ J. GHESTIN, ob. cit., pág. 319 y ss., aborda los antecedentes legislativos franceses sobre el tema distinguiendo las leyes “temporales” dentro de las cuales analiza la conocida *Ley Falliot*, y otras similares del 9 de marzo de 1918, 6 de julio de 1925, 8 de abril de 1933 y 22 de abril de 1949, que permitieron la modificación del precio o la resolución de los contratos de arrendamiento durante las dos conflagraciones mundiales; de las “permanentes”, que ante un cambio sensible de las circunstancias intentaron reconstruir el equilibrio de las prestaciones de modo definitivo. Algunas de estas últimas están relacionadas de modo indirecto con la imprevisión, como la del 20 de agosto de 1936 que modifica el art. 1244 del Código Civil francés y acuerda un plazo de gracia al deudor, la del 9 de julio de 1991 que agrega el art. 1244-1 permitiendo el escalonamiento de las sumas debidas, y la del 13 de julio de 1965 que modifica el art. 1469 introduciendo el valorismo en el cálculo de una recompensa de liquidaciones comunales. Otras, en cambio, aluden directamente a la imprevisión, como la del 13 de julio de 1930 que permite la modificación del contrato de seguro en caso de agravamiento o disminución del riesgo asegurado, la del 11 de marzo de 1957 que autoriza al

La doctrina de la imprevisión hizo dos grandes contribuciones al problema de la alteración de circunstancias: puso en evidencia, por vez primera en la escena jurídica, que no todos los acontecimientos pueden preverse, por agudas que sean las aptitudes del contratante o elevada su preparación intelectual, y además aportó precisión a la tesis de la vinculatoriedad relativa de los contratos, precisando la entidad que debe tener esa mutación fáctica para que ceda la ligazón negocial.

Sostiene básicamente que las partes contratan considerando circunstancias existentes en ese momento o probables para el futuro; si luego advienen otras imprevisibles al momento de contratar, se verían vinculadas por reglas jurídicas diferentes a las oportunamente queridas.

Varios fundamentos se han ensayado en abono de la teoría de la imprevisión ³⁰. Quizás el más defendido lo constitu-

autor de una obra artística a solicitar la revisión de las condiciones del precio pactado si sufre un perjuicio considerable ante circunstancias sobrevenidas, la del 3 de julio de 1971 que insertó el art. 833-1 al Código Civil previendo que si durante el pago el deudor obtuviere un beneficio por nuevas circunstancias económicas, las sumas aún debidas aumentarán o disminuirán en la misma proporción; y finalmente, la del 11 de julio de 1975 que prohíbe la revisión de la prestación alimentaria en el divorcio, ante cambios imprevistos de los recursos o necesidades de las partes, salvo que con ello se ocasione consecuencias de excepcional gravedad para alguno de los cónyuges. Estas consagraciones aisladas pero frecuentes para casos puntuales, permiten al autor interrogarse si no es necesario estudiar el fundamento de la teoría de la imprevisión en el derecho positivo francés e incorporarla específicamente a través de un disposición de carácter general.

³⁰ Entre varios expuestos: la "situación extracontractual" de BRUZIN, sosteniendo que los cambios sobrevinientes traen consecuencias que exceden lo acordado en el negocio; la "equivalencia de las prestaciones" de GIORGI y MAURY, que defienden la necesidad de mantener el equilibrio cercenado por la alteración de las circunstancias, pues la equivalencia de las prestaciones es la base del consentimiento; "la idea moral" de RIPERT y VOIRIN, que admitiéndola sólo en casos excepcionales, sostiene que el acreedor no puede usar su derecho con excesivo rigor si la dificultad de cumplimiento alcanza grado tal, que mantenerlo, constituye una flagrante violación a la ley moral, Confr. J. GHESTIN, ob.

ya el principio de autonomía de la voluntad, esto es, el respeto a lo que efectivamente las partes quisieron o acordaron, y el desconocimiento a una situación fáctica ajena a la que imperaba en el momento del perfeccionamiento negocial.

Se ha sostenido que la teoría de la imprevisión se basa en la del riesgo imprevisible ³¹, que implica la aplicación de un principio de justicia distributiva, permitiendo a las partes distribuir sus consecuencias entre ellas, mientras que, por el contrario, el riesgo previsible continúa sometido a los principios de justicia conmutativa (cada uno soporta sus riesgos). Así, en opinión de Hauriou, lo que hicieron los tribunales administrativos es establecer una especie de coeficiente de reparto de riesgo entre los sujetos, partición que no encuentra justificación en las normas que disciplinan los contratos civiles, pero que sí puede entenderse si se sustituye la noción de contrato puro por la de institución, relacionada a una comunidad de intereses, o mejor dicho al interés público ³².

Se criticó su tinte excesivamente subjetivista, que pone el eje de los efectos jurídicos de la variación de las circuns-

cit., pág. 352 y ss. En la doctrina nacional, FORNIELES, ORGAZ y SPOTA se pronuncian en términos similares destacando la necesidad de interpretar la voluntad presunta de las partes y desechar el ejercicio abusivo del derecho. Confr. H. MASNATTA, ob. cit., pág. 13 y ss. La opinión de los autores nacionales mencionados puede consultarse en sus obras referidas en las notas 3 y 4 de este trabajo.

³¹ M. HAURIOU, ob. cit., pág. 3 y ss.

³² C. DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, ob. cit., pág. 78. En la doctrina nacional, extensísimas reseñas acerca de la teoría de la imprevisión y su fundamentación en particular, pueden verse con provecho en A. CARLOMAGNO, ob. cit., pág. 17 y ss.; J. MOSSET ITURRASPE, *La frustración del contrato*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1991, pág. 169 y ss.; J. MOSSET ITURRASPE - E. FALCÓN - M. PIEDECASAS, *La frustración del contrato y la pesificación*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2002, pág. 173 y ss.; A. M. MORELLO, *Ineficacia y frustración del contrato*, 2ª ed., Buenos Aires, Lexis Nexis - Abeledo-Perrot, 2006, pág. 279 y ss.; A. M. MORELLO - A. TROCCOLI, *La revisión del contrato. Onerosidad sobreviniente. Intereses. Indexación*, La Plata, Platense, 1977, pág. 89 y ss.; L. FLAH - M. SMAYEVSKY, ob. cit., pág. 11 y ss.; L. M. REZZÓNICO, ob. cit., pág. 50 y ss.; R. TELLO, ob. cit., pág. 33 y ss.

tancias en la autonomía de la voluntad, en primer lugar porque éstos se producen objetivamente con independencia de la voluntad de las partes, y por otro lado, porque si éstas no previeron modificaciones circunstanciales, asumieron el riesgo de cualquier variación ulterior en la composición de la prestación ³³.

Así todo, los tribunales franceses mantuvieron invariable el respeto incondicional a la fuerza obligatoria de los contratos, y puede sostenerse que esa tendencia no se ha modificado en los dos últimos siglos. Con excepción, claro está, de los antecedentes de la jurisprudencia administrativa referida anteriormente.

En la jurisprudencia civil, como una aislada excepción que en modo alguno puede considerarse una tendencia acusada, la Cámara Comercial de la Corte de Casación, el 3 de noviembre de 1992, admitió la distribución del riesgo por causa de la excesiva onerosidad en el cumplimiento de la prestación, considerándose contraria a la buena fe la ejecución del contrato originario, disponiendo su revisión ³⁴. El litigio se desató a consecuencia de la ejecución de un contrato de distribución de productos petroleros, en el que se había fijado un plazo de duración de 15 años, prorrogables hasta 1988. En 1983 el precio de los productos petroleros fue liberado por el Estado alterando sustancialmente las condiciones económicas del convenio originario. El tribunal de grado que sentenció la causa estimó que fuera de los casos de fuerza mayor, puede obligarse a las partes a una renegociación de las cláusulas contractuales si las originariamente previstas han sido sustancialmente modificadas, de conformidad con el principio de buena

³³J. GHESTIN, ob. cit., pág. 314 y ss.; L. DIEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Fundamentos...*, ob. cit., pág. 885; M. C. GIANFELICI, *La frustración del fin del contrato*, Buenos Aires, Hammurabi, 2004, pág. 41.

³⁴J. MESTRE, "Une bonne foi franchement conquérante... au service d'une certain pouvoir judiciaire de révision du contrat!", *Revue Trimestrielle du Droit Civil*, 1993, pág. 124 y ss.; J. GHESTIN, ob. cit., pág. 325 y ss.

fe. Con ese fundamento impuso a los contratantes la carga de revisar las pautas iniciales del acuerdo.

De cualquier modo, la doctrina ³⁵ ha relativizado el antecedente como factor que pueda alterar el inveterado principio de respeto incondicional a la fuerza obligatoria del contrato.

Esta rígida posición, que impide adecuar los contratos a la evolución de las circunstancias, ha facilitado en Francia la aparición de cláusulas de adaptación, destinadas a atenuar el principio de la fuerza obligatoria. Entre ellas, la cláusula *hardship*, que admite la revisión de las cláusulas contractuales cuando circunstancias inesperadas alteran el equilibrio inicial de las obligaciones de las partes. Una convención expresa en el acuerdo posibilita liberarse de los efectos perniciosos de una modificación sorpresiva, y mitigar el rigor del art. 1134 del Code Civil, convirtiéndolo en una norma supletoria ³⁶.

La doctrina francesa más reciente ³⁷ reconoce la necesidad de aceptar la incidencia del cambio de circunstancias en la vida negocial y propone la incorporación de una norma general que admita la teoría de la imprevisión. Se sostiene que si varios países europeos aceptan con diversos fundamentos y extensión una relativización de la fuerza obligatoria de los contratos, la creación del mercado único europeo, y la consiguiente armonización de la legislación continental, así lo

³⁵ J. GHESTIN, ob. cit., pág. 326, advierte con razón que el fallo en modo alguno crea una obligación general de renegociación en todos los contratos de larga duración en curso de ejecución. La solución, destaca, sólo se impuso para un contrato de distribución de productos petroleros. Empero, enseguida se apresura a señalar: “*un solo elemento es cierto, la noción de buena fe, permite justificar la existencia de ciertas obligaciones contractuales que no fueron previstas por las partes*”.

³⁶ J. GHESTIN, ob. cit., pág. 333 y ss., donde puede consultarse además una completa referencia de la doctrina gala sobre el régimen jurídico de la imprevisión.

³⁷ J. GHESTIN, ob. cit., pág. 361 y ss.

imponen. Siempre, claro está, como solución excepcional de alcances restringidos.

1.1.1.3. Teoría de la excesiva onerosidad de la prestación

Fueron los civilistas italianos quienes por vez primera intentaron resolver la incidencia del cambio de circunstancias sobrevenidas mediante la doctrina de la excesiva onerosidad de la prestación.

Inicialmente fue una formulación que reflejó la misma concepción de la teoría de la cláusula y la doctrina francesa de la imprevisión, basándose en el ficticio fundamento de la voluntad presunta de las partes ³⁸, pero más tarde viró ese basamento hacia uno más objetivo, con aportes nuevos que intentaron superar las críticas efectuadas a las dos doctrinas anteriores.

³⁸ G. OSTI, "Appunti...", ob. cit., pág. 666 y ss., afirma que el contenido de la voluntad de la promesa obligatoria comprende la voluntad dirigida a asumir la obligación y la voluntad de exigir la prestación. A esta última, que está en estado de determinación, la llama "voluntad marginal", entendida como la representación mental que el promitente se formula al obligarse sobre la trascendencia del sacrificio, la disminución del patrimonio que sufrirá, el beneficio que obtendrá, etcétera, lo que constituye la entidad económica de las prestaciones que son tenidas en cuenta al momento de obligarse y las que presume subsistirán hasta el momento de satisfacer las prestaciones, por lo que prescinde de condicionar la obligación al exacto cumplimiento de esa realidad. El cambio de circunstancias produce entonces una divergencia entre los efectos del negocio y aquellos a los que estaba dirigida la voluntad marginal concorde de las partes. En igual sentido, A. GIOVENE, "Sul fondamento specifico dell'istituto della sopravvenienza", *Rivista del Diritto Commerciale*, 1921-I, pág. 155, para quien el fundamento se encuentra en la doctrina del error. Sostiene que el promitente cae en error cuando fundamenta su determinación de voluntad, representándose circunstancias, modalidades, sacrificios de su prestación y utilidades o ventajas de la contraprestación que en definitiva fracasan. El error estriba, en este caso, en el falso juicio que el promitente se formula respecto de las circunstancias sobrevinientes al momento de satisfacer la prestación. Un pormenorizado análisis de la figura y su evolución histórica puede consultarse con provecho en A. DE MARTINI, *L'eccessiva onerosita nell'esecuzione dei contratti*, Milano, Dott. A. Giuffrè, 1950.

Los descalabros negociales generados en los profundos cambios socio-económicos provocados por la Gran Guerra de 1914, rescataron del olvido en Italia la cláusula *rebus sic stantibus*, receptada por la jurisprudencia de comienzos de siglo, aunque con suerte variada.

La Corte de Apelaciones de Florencia resolvió que cuando en los contratos de tracto sucesivo se verifiquen hechos nuevos a cargo de alguno de los contratantes, puede el perjudicado demandar la resolución o la modificación del negocio, pues la obligación está sometida tácitamente a la cláusula *rebus sic stantibus*, que aunque no reconocida expresamente por la ley, deriva de los principios generales del derecho y de la equidad ³⁹.

En otros recordados fallos de la Corte de Apelaciones de Turín ⁴⁰ y del Tribunal de Asti ⁴¹ se resolvió en idéntico sentido, pero la Corte de Casación de Roma ⁴² no adhirió a la teo-

³⁹ Rivista del Diritto Commerciale, 1915-II, pág. 154, “Valori c/ Amm. Delle R.R. Poste”, 3/3/1914, con nota de B. DUSI, “Sulla clausola rebus sic stantibus”, resalta el hecho de la modificación del principio cardinal de la irrevocabilidad de los contratos legalmente concluidos, sobre el cual se asienta la seguridad de los cambios sociales y de los servicios. Se puede concluir, afirma el anotador, que todo contrato con prestaciones continuadas puede resolverse si concurren tres condiciones: 1) cuando independientemente de la culpa de la parte interesada, se produzca un cambio radical en las condiciones de hecho; 2) cuando el cambio es humanamente imprevisible, y la parte no esté obligada a preverlo o soportarlo; 3) cuando el cambio sea de tal magnitud que la parte interesada, de haberlo podido prever, se hubiere obligado en condiciones diferentes.

⁴⁰ Rivista del Diritto Commerciale, 1916-II, pág. 649, “Cottian c/ Lombard”, 14/6/1916, con nota de G. SEGRÉ, “Ancora sulle questioni riguardanti l’obbligo del riscaldamento asunto dal locatore, in relazione al Decreto 27 maggio e alla clausola rebus sic stantibus”.

⁴¹ Rivista del Diritto Commerciale, 1919-II, pág. 92, “Chassany Freres c/ Vetreria Astigiana”, 6/4/1918, con nota de A. VIGNA, “La clausola rebus sic stantibus e le sue conseguenze”.

⁴² Rivista del Diritto Commerciale, 1921-II, pág. 1, “Baroncelli c/ Alvisi”, 25/11/1919, con nota de G. SEGRÉ, “Sull’impossibilità e sull’eccessiva onerosità della prestazione”. Destaca el anotador del fallo: “*En nuestra jurisprudencia*

ría, declarando que la doctrina de la cláusula no era aplicable a los contratos bilaterales.

Durante largos años autores italianos de gran prestigio continuaron enseñando la doctrina de la Corte de Roma, en trabajos publicados en la Revista de Sraffa y Vivante ⁴³.

Empero, la tendencia se modificó en la literatura jurídica al promediar el siglo XX, haciéndose ostensible la opinión de autores que bregaban por una más elástica concepción de la fuerza obligatoria de los contratos, proponiendo admitir efectos acotados en las prestaciones, si circunstancias sobrevenidas alteraban la ecuación económica del negocio.

El mérito de los peninsulares fue haber precisado con claridad qué extremos deben modificarse para que la mutación de las circunstancias pueda alterar la relación contractual. Así, precisaron que sólo aquellos eventos o sucesos capaces de provocar una “excesiva onerosidad sobrevenida” de las

prevalece la doctrina de que sólo la imposibilidad absoluta y objetiva, no la simple imposibilidad subjetiva, o la simple dificultad u onerosidad sobrevinientes por caso fortuito o fuerza mayor, liberan de responsabilidad al deudor de la prestación”; Rivista del Diritto Commerciale, t. XXI-II, pág. 629, “Rosa c/ Marconi”, 7/4/1923, con nota de B. BRUGI, “Impossibilita oggettiva della prestazione. Presupposizione e clausola rebus sic stantibus”, donde pueden consultarse las eruditas apreciaciones y elogios del anotador comentando la doctrina del Tribunal de Casación de Roma, según la cual sólo la imposibilidad absoluta y objetiva de la prestación no imputable al deudor, puede liberarlo de los efectos del incumplimiento. Refiriéndose a los argumentos del Alto Tribunal romano para rechazar la doctrina de la cláusula y la de la presuposición, expresa: “Concuero plenamente con la inadmisibilidad de la llamada presuposición en nuestro derecho; al decir verdad no sabría explicar en que derecho existe, ni en qué derecho podría admitirse sin perjudicar la solidez de los contratos [...]. Yo esperaba que del infeliz concepto de Windscheid no se hablara más en los Tribunales. A decir verdad, muy pocas veces se ha hablado de él, por lo que no me desagrada la condena de la Suprema Corte”.

⁴³ E. OSILIA, “La sopravvenienza contrattuale”, Rivista del Diritto Commerciale, t. XXII-I, pág. 297, sostiene con variados argumentos que la cláusula *rebus sic stantibus* no puede considerarse implícitamente comprendida dentro de la voluntad constitutiva del negocio, ni como un efecto racional o legal del contrato bilateral de ejecución continuada o periódica.

prestaciones justificaban la resolución contractual, consiguiendo su consagración legislativa en los arts. 1467 a 1469 del nuevo Código Civil italiano de 1942 ⁴⁴.

En esencia, esas normas permiten que en un contrato de ejecución continuada, periódica o diferida, si la prestación de una de las partes deviene excesivamente onerosa como consecuencia de acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, el deudor puede demandar la resolución sin efecto retroactivo. La resolución no puede ser demandada cuando la onerosidad sobreviniente provenga del riesgo o álea propio del contrato. La parte demandada por resolución puede evitarla forzando una modificación equitativa del negocio. Tal propuesta de modificación en las modalidades de ejecución, puede ser también peticionada por el obligado en los contratos unilaterales, en cuyo caso los efectos se limitan a pedir la reducción de la prestación, o su modificación equitativa, pues permitir la resolución dejaría en manos del deudor el arbi-

⁴⁴ Art. 1467: “Nei contratti a esecuzione continuata o periodica, ovvero a esecuzione differita, se la prestazione di una delle parti è divenuta eccessivamente onerosa per il verificarsi di avvenimenti straordinari e imprevedibili, la parte che deve tale prestazione può domandare la risoluzione del contratto, con gli effetti stabiliti dall’ articolo 1458. La risoluzione non può essere domandata se la sopravvenuta onerosità rientra nell’alea normale del contratto. La parte contra la quale è domandata la risoluzione può evitarla offrendo di modificare equamente le condizioni del contratto”. Art. 1468: “Nell’ipotesi prevista dall’articolo precedente, se si tratta di un contratto nel quale una sola delle parti ha assunto obbligazioni, questa può chiedere una riduzione della sua prestazione ovvero una modificazione nelle modalità di esecuzione, sufficienti per ricondurla ad equità”. Art. 1469: “Le norme degli articoli precedenti non si applicano ai contratti aleatori per loro natura e per volontà delle parti”. Extensas consideraciones sobre la figura y su vinculación con la presuposición, sus requisitos y efectos, pueden consultarse en A. DE MARTINI, *L’eccessiva...*, ob. cit., pág. 45 y ss. Autores como L. DIEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Fundamentos...*, ob. cit., pág. 890 y ss., y M. C. GIANFELICI, ob. cit., pág. 42, objetan al modelo italiano la omisión del carácter extraordinario e imprevisible del acontecimiento generador de la variación. No compartimos esa crítica, pues surge expresamente de la letra de la norma del art. 1467, primera parte del Código Civil de 1942, que los acontecimientos deben presentar esas características para dar origen a la excesiva onerosidad.

trio sobre el cumplimiento del contrato, lo que es evidentemente inadmisibile. Finalmente, se dispone que en los contratos aleatorios no puede aplicarse la teoría de la excesiva onerosidad sobrevenida, sean aleatorios por disposición de la ley o por convención de partes.

La teoría de la excesiva onerosidad de la prestación, de cuna italiana, ha sido receptada, con diferentes matices, en varios sistemas jurídicos latinoamericanos y algunos europeos, que la incorporaron a sus cuerpos legales durante el decurso del siglo XX. Entre ellos el nuestro, a través del agregado que la ley 17.711 hizo al art. 1198 del Código Civil ⁴⁵.

Luego de la sanción del Código de 1942 se discutió airadamente en la doctrina peninsular si las normas sancionadas acogían la cláusula *rebus sic stantibus*, como parece inferirse de sus antecedentes ⁴⁶, sometiéndola a estrictos controles y presupuestos para evitar inseguridades; si, por el contrario, recogía la teoría de la presuposición de procedencia germana, o bien, si se trataba de una doctrina nueva ⁴⁷.

⁴⁵ Para un análisis de los distintos sistemas y códigos del derecho comparado sobre el tratamiento de la onerosidad sobrevenida, véase C. DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, ob. cit., pág. 43, nota 38; en la doctrina nacional pueden consultarse con provecho los autores y obras citados en nuestra nota 32.

⁴⁶ De la *Relazione al Re* se deduce con total claridad que la intención del legislador era introducir expresamente y como principio general la sujeción de los contratos onerosos a la cláusula *rebus sic stantibus*, recuperando así una norma ligada a la tradición italiana. Confr. E. OSILIA, "Sul fondamento della risolubilità del contratto per sopravvenuta eccessiva onerosità della prestazione", *Rivista di Diritto Commerciale*, 1949-I, pág. 15 y ss.; F. MACARIO, ob. cit., pág. 226.

⁴⁷ Algunos entienden que no puede haber afinidad entre la cláusula *rebus sic stantibus* y las normas aludidas, ni por sus efectos y carácter (dispositivos en el art. 1467, implícitos en la cláusula), ni menos aún por su fundamento, que sería subjetivo en el caso de la cláusula y objetivo en el sistema del Código Civil de 1942. Tampoco podría admitirse que la mentada normativa recepte la teoría de la presuposición, pues ello supondría un atentado contra la seguridad jurídica, al dar cabida a una doctrina esencialmente subjetiva, basada en determinaciones psicológicas que nada tienen que ver con los citados textos. Confr. A. PINO, *La eccessiva onerosità della prestazione*, Padova,

Paralelamente la jurisprudencia se vino pronunciando desde los años 40 a favor de una aplicación generosa de las normas relativas a la excesiva onerosidad sobrevenida, consagrada por los arts. 1467 a 1469 del Código Civil, considerando que tales preceptos eran manifestación de la incorporación de la cláusula *rebus sic stantibus* o de la presuposición, admitidos como principios generales del derecho italiano.

Esta tendencia jurisprudencial imperó especialmente en la Italia de la posguerra, a consecuencia de una economía profundamente desequilibrada, momento que no parecía el más propicio para mantener a ultranza la rigidez del principio *pacta sunt servanda*, rector de la economía clásica.

Luego de la década del 50, al afianzarse los primeros signos de recuperación económica, consolidando bases más estables, la doctrina se hizo más cauta, marginando las teorías que defendían la posibilidad de revisar los negocios alterados por circunstancias sobrevenidas en aras de la seguridad del tráfico y la protección de la confianza.

Desde finales de los 60 la cuestión se ha planteado en términos diferentes. Se parte de la insuficiencia de los arts. 1467 a 1469 del Código Civil y se buscan otros instrumentos que complementen esas normas, surgiendo diversos planteamientos: para algunos, la laguna debe ser suplida mediante principios generales como la buena fe, consagrada en los arts. 1175, 1337, 1366, 1374 y 1375, rechazando la presuposición, por constituir un peligroso subjetivismo asentado en meras ficciones ⁴⁸.

Cedam, 1952, pág. 105 y ss.; P. TARTAGLIA, "Onerosità sopravvenuta", *Enciclopedia del Diritto*, t. XXX, Milano, Giuffrè, 1980, pág. 158 y ss. En igual sentido, J. GAVIDIA SÁNCHEZ, "Presuposición y riesgo contractual", *Anuario de Derecho Civil*, N° 2, Madrid, 1987, t. XL, pág. 525 y ss.

⁴⁸ Así piensan M. BESSONE, *Adempimento e rischio contrattuale*, Milano, Giuffrè, 1975, capítulos IV y V, y "Ratio legis dell'articolo 1467, Código Civile, risoluzione per eccessiva onerosità e normale alea del contratto", *Revista del Diritto Commerciale*, 1979-II, pág. 77 y ss.; E. ROPPO, *Orientamenti tradizionali e tendenze recenti in tema de presupposizione*, *Giurisprudenza Italiana*, 1972,

Para otros, el art. 1467 debería interpretarse no como una norma excepcional sino como expresión de un principio general, que no sólo permite solucionar los supuestos allí expresamente consagrados, sino también otros que se presentan en contratos bilaterales con destrucción del sinalagma funcional, aun cuando ello derive de causas diversas a las contempladas por la ley, entre ellas, la presuposición ⁴⁹.

Dentro de esta última postura, la doctrina italiana más reciente ⁵⁰ ha ligado esas normas a la noción de causa del contrato, que en el derecho italiano se relaciona con el resultado que se persigue en el negocio, con su función o la razón económica práctica que lo justifica y legitima para recibir el amparo del ordenamiento jurídico, según surge evidente de la “*Relazione*” del Libro de las Obligaciones ⁵¹, ya que el Código de 1942 no define a la causa.

Cap. I, 1, c. 211 y ss.; “Impossibilità sopravvenuta, eccessiva onerosità della prestazione e ‘frustration of contract’”, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1973, pág. 1239 y ss.; R. SACCO - G. DE NOVA, *Il Contratto*, 3ª ed., Torino, Utet, 2004, t. 1, pág. 542, para quienes “*si no se quiere cambiar la teoría de la presuposición, tal como la definió Windscheid, hay que concluir que los arts. 1467 a 1469 del C. Civil no se refieren a esa figura, pues ellos aluden a un supuesto de hecho objetivamente identificado (prestación que llega a hacerse excesivamente onerosa por eventos extraordinarios e imprevisibles) y no a un hecho psicológico, es más, ni siquiera es necesario comprobar la intención de las partes*”.

⁴⁹ F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, 3ª ed., Milano, Cedam, 1999, t. I, vol. 2, pág. 545.

⁵⁰ F. GALGANO, ob. cit., pág. 545; L. DIEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Fundamentos...*, ob. cit., pág. 890 y ss.; J. GAVIDIA SÁNCHEZ, ob. cit., pág. 563.

⁵¹ Confr. J. M APARICIO, *Contratos*, Buenos Aires, Hammurabi, 2001, t. II, pág. 294 y ss., quien destaca la perspectiva objetivista de la noción de causa que surge evidente de la “*Relazione*” del *Libro de las Obligaciones* del Código Civil italiano de 1942. Para un análisis pormenorizado de la causa en el derecho italiano, pueden consultarse entre otros: E. ROPPO, *Il contratto*, Bologna, Il Mulino, 1977, pág. 176; E. BETTI, *Teoría general del negocio jurídico*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1959, pág. 132, N° 20 y ss.; R. SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale*, 3ª ed., Milano, Vallardi, 1977, pág. 125, N° 38; F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine Generali del Diritto Civile*, Napoli, Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1962, pág. 170, N° 38; F. GALGANO, *El negocio jurídico*, trad.

Esta postura entiende que la excesiva onerosidad es un vicio funcional de la causa o un defecto parcial sobrevenido de la misma, tanto en sentido genérico como en sentido funcional, pues en los contratos conmutativos debe existir adecuación entre los sacrificios patrimoniales de las partes involucradas, como único modo en que puede legitimarse la pérdida o la adquisición, en definitiva, la modificación de la situación preexistente que el negocio entraña o provoca. Esa función consistente en el intercambio de ventajas y sacrificios, de prestación y contraprestación, desaparece si se anula el equilibrio prestacional ⁵².

Es evidente que la doctrina de la excesiva onerosidad, a través de sus diversas interpretaciones, sucintamente esbozadas más arriba, progresó en relación con la construcción subjetivista de la cláusula *rebus* o de la teoría de la imprevisión de cuño francés, pero tal avance fue también considerado insuficiente.

En efecto, se dijo que era sólo adecuada para resolver los supuestos en que las circunstancias sobrevenidas entrañaban una modificación de la proporción o del equilibrio entre las prestaciones, pero que dejaba sin resolver aquellos otros casos en los que se torna inalcanzable la finalidad objetiva del contrato, en los que las prestaciones pierden sentido, aunque se mantenga la proporcionalidad de las cargas contractuales, es decir, cuando se ha operado la frustración del fin del contrato. Volveremos a su análisis pormenorizado al tratar el punto 1.1.1.8 de este capítulo II.

1.1.1.4. Teoría de la presuposición: Windscheid

En la segunda mitad del siglo XIX la escuela pandectística alemana comenzó a estudiar de modo sistemático el contenido psicológico de la voluntad y las representaciones mentales de las partes que se vinculan contractualmente.

de Blasco Gascó y Prats Albentosa, Valencia, Tirant lo Blanch, 1992, pág. 106 y ss.

⁵²F. GALGANO, *Diritto civile...*, ob. cit., pág. 332 y ss.

En su preocupación por salvaguardar la seguridad del tráfico jurídico, y en su desmedida reacción contra las deformaciones del derecho romano, negó valor a la causa como requisito esencial del contrato y condenó al olvido a la cláusula “*rebus sic stantibus*”, favoreciendo un sistema cuyo regular funcionamiento producía resultados injustos, al carecer de instrumentos para evitarlos.

Pese a ello, unos pocos repararon en la incidencia que en la vida del negocio producía la mutación de las circunstancias con las que las partes contaron o que se representaron al momento de contratar.

Los primeros ensayos fueron de corte subjetivista, pero no referidos a los motivos o fines que impulsan a las partes a contratar -como fundamento causal del negocio-, sino relativos a las representaciones mentales que ellas se formulan al momento del perfeccionamiento negocial.

Estas ideas -que trascendieron al derecho alemán- evolucionaron hacia un destino objetivista por obra de críticos que intentaron superar las objeciones planteadas a las posturas iniciales, dando paso a una profusa elaboración doctrinaria que ha sido recogida por los causalistas para defender la base del negocio como un aspecto dinámico de la función económico-social que ha de cumplir el contrato ⁵³.

Con el vocablo alemán “*Voraussetzung*” (presuposición) el genial pandectista germano Bernard Windscheid ⁵⁴, ya

⁵³ J. M. APARICIO, ob. cit., t. II, pág. 302.

⁵⁴ B. WINDSCHEID, *Diritto delle Pandectte*, trad. del alemán al italiano por C. Fadda y P. E. Bensa, Torino, Torinese, Unione Trip., 1925, t. I, pág. 332, párr. 97; H. LEHMANN, *Tratado de derecho civil. Parte general*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1956, pág. 417 y ss.; K. LARENZ, *Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos*, trad. de Carlos Fernández Rodríguez, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1956, pág. 21 y ss.; *Derecho civil. Parte general*, Madrid, Revista de Derecho Privado - Editoriales de Derecho Reunidas, 1978, pág. 535 y ss.; W. FLUME, *El negocio jurídico*, Madrid, Fundación Cultural del Notariado, 1998, pág. 580 y ss.; L. DIEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN,

hacia 1850, aludía a la tesis con la que pretendió dar fundamento a la incidencia del cambio de circunstancias en el acto jurídico.

Según este autor la presuposición es una expectativa o creencia sin la cual quien emite una declaración de voluntad desistiría de formularla.

El negocio no es sólo lo dicho o “puesto” en el acuerdo por los declarantes, sino también lo “presupuesto”⁵⁵. Se manifiesta sólo aquello en lo que se está de acuerdo o en lo que se puede disentir ahora o mañana, expresado del modo más claro posible, tratando de evitar nuevos disensos futuros. Pero por debajo de todo lo que se expresa o piensa en el momento del perfeccionamiento del acto, hay algo que no se piensa siquiera, y que sin embargo anida en la raíz más profunda de la voluntad humana. Esta sagaz distinción consti-

Fundamentos..., ob. cit., pág. 890; F. MARTORANO, “Presupposizione ed errore sui motivi nei contratti”, *Rivista di Diritto Civile*, Padova, Cedam, 1958, t. I, pág. 69 y ss.; C. SCOGNAMIGLIO, “Presupposizione e comune intenzione delle parti”, *Rivista del Diritto Commerciale*, Milano, Dott - Vallardi, 1985, t. II, pág. 130; F. DE CASTRO Y BRAVO, ob. cit., pág. 321 y ss.; V. ESPERT SANZ, *La frustración del fin del contrato*, Madrid, Tecnos, 1968, pág. 68 y ss.; C. DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, ob. cit., pág. 66; P. LEÓN, “La presuposición en los actos jurídicos”, en *Estudios de derecho civil. Homenaje a Dalmacio Vélez Sársfield*, Córdoba, Imprenta de la Universidad Nacional de Córdoba, 1935; J. C. RIVERA, ob. cit., pág. 876 y ss.; A. E. SALAS, “La cláusula oro y la teoría de la presuposición”, *J.A.*, 1943-II-43 y ss., Sección Doctrina; E. MARTÍNEZ CARRANZA, ob. cit., pág. 310 y ss.; A. ORGAZ, ob. cit., pág. 691; M. R. REY, “Teoría de la frustración del fin del contrato”, en *Prudentia Juris*, Buenos Aires, UCA, t. 37, págs. 13 a 58; S. FORNIELES, “La cláusula rebus sic stantibus”, *J.A.*, 1942-IV-9; H. MASNATTA, ob. cit., pág. 10; J. M. APARICIO, ob. cit., t. II, pág. 298 y ss.; L. M. REZZÓNICO, ob. cit., pág. 59 y ss.; A. M. MORELLO, *Ineficacia y frustración del contrato*, La Plata, Abeledo-Perrot, 1975, pág. 87 y ss.; J. RAY - F. VIDELA ESCALADA, *La frustración del contrato y la teoría de la causa*, Ed. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Segunda Época, año XXIX, N° 22, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1985, pág. 24 y ss.

⁵⁵ A. ORGAZ, ob. cit., pág. 691 y ss., expresa: “Prescindir de esta especie de subsuelo del contrato, sobre el que reposa orgánicamente lo expresado por sus contratantes, sería mutilar el contrato y las voluntades en él contenidas”.

tuye el genial aporte de Windscheid que da fundamento a su teoría más brillante ⁵⁶.

La presuposición es “una condición no desarrollada o virtual”, una autolimitación a la voluntad -como lo son la condición, el cargo y el plazo- que no ha logrado alcanzar el desarrollo suficiente para que se le pueda considerar una verdadera condición inserta en el acto jurídico.

Mientras en la condición la existencia o desaparición del acto se encuentra subordinada al incierto acaecer de un acontecimiento futuro -se funda en la incertidumbre-, en la presuposición, en cambio, el agente se propone que el efecto solamente exista en vista a un cierto estado de hecho -se funda en la certeza-, relativo a circunstancias presentes, pasadas o futuras, positivas o negativas.

El declarante no le da a su voluntad el desarrollo suficiente como para que su presuposición asuma la forma jurídica de la condición, pues mantiene la certeza de aquello con lo que cuenta (presume que existe, que aparecerá o persistirá

⁵⁶ A. ORGAZ, ob. cit., pág. 693, manifiesta que la distinción ha sido receptada incluso por la filosofía y aparece expresada por J. Ortega y Gasset, en *Ideas y creencias*, Madrid, Obras, 1943, t. 2, pág. 1663, como sigue: “*Conviene pues que dejemos ese término -ideas- para designar a todo aquello que en nuestra vida aparece como resultado de nuestra ocupación intelectual. Pero las creencias se nos presentan con el carácter opuesto. No llegamos a ellas tras una faena de entendimiento, sino que operan ya en nuestro fondo cuando nos ponemos a pensar en algo. Por eso no solemos formularlas, sino que nos contentamos con aludir a ellas como solemos hacer con todo lo que nos es la realidad misma. Las teorías en cambio, aun las más verídicas, sólo existen mientras son pensadas: de aquí que necesiten ser formuladas. Esto revela, sin más, que todo aquello en que nos ponemos a pensar tiene ipso facto para nosotros una realidad problemática y ocupa en nuestra vida un lugar secundario si se le compara con nuestras creencias auténticas. En éstas no pensamos ahora o luego, nuestra relación con ellas consiste en algo mucho más eficiente: consiste en contar con ellas, siempre sin pausa. Me parece de excepcional importancia, para inyectar por fin, claridad en la estructura de la vida humana, esta contraposición entre pensar en una cosa y contar con ella. El intelectualismo, que ha tiranizado, casi sin interrupción, el pasado entero de la filosofía ha impedido que se nos haga patente y hasta ha invertido el valor respectivo de ambos términos [...]”.*

una determinada circunstancia) y no se plantea la incertidumbre propia de la condición. La presuposición es, por ende, un término medio entre el simple motivo irrelevante para el derecho y el motivo elevado a condición.

Ahora bien, como la presuposición no subordina o supe dita la existencia del acto a ese estado fáctico sobreentendi do -circunstancia que sí se da en la condición-, habría que concluir que si ese estado de cosas resultare fallido, los efectos del acto tendrían de igual modo que subsistir o perdurar.

Pero ello no se compadece -afirma Windscheid- con la verdadera voluntad del autor patentizada en su declaración negocial. De ese modo, si bien desde el punto de vista *formal* está justificada la subsistencia del efecto jurídico, no hay *sustancialmente* razón que la justifique.

Por otro lado, y extendiendo el ámbito de aplicación de la “*cláusula rebus*”, la presuposición se refiere a toda clase de acto jurídico -no sólo a los contratos- y puede versar sobre cuestiones de hecho o de derecho, y manifestarse por medio de un agregado expreso a la declaración de voluntad o resultar implícita, extraída del contenido restante de la manifestación, y aún de las circunstancias que acompañan a la declaración, ya que se encuentra en el fondo y raíz misma de la voluntad del declarante.

Respecto a este último punto, aclara el autor, en toda declaración negocial hay un primer intento -fin o propósito-, desde que nadie hace una declaración de voluntad sin fin alguno, el que puesto de manifiesto de modo cognoscible, si desaparece, desprovee de efectos jurídicos al acto, al ausentarse la razón sustancial que justifica su permanencia. Por eso, el perjudicado puede no sólo defenderse con una excepción contra las acciones que de aquella nacen, sino también dirigirse contra el que se aprovecha de la declaración de voluntad para hacer cesar sus efectos.

Y así como la presuposición no puede confundirse con la condición, tampoco es dable asimilarla a la causa, pues la primera se relaciona con el inicial propósito o intento, un primer movimiento del ánimo, y no queda incluida -como la cau-

sa- entre los elementos esenciales, sino entre las autolimitaciones o modalidades, mientras que la última, como elemento esencial, es el fin jurídico del acto, idéntico en todos los negocios de la misma especie. Por ello, la presuposición estaría colocada entre la causa -permanente- y los motivos -variables-, sin posibilidad de confundirse ⁵⁷.

La teoría de Windscheid se inserta en el llamado dogma de la voluntad, propio de las ideas imperantes en la época de su aparición, que sólo admitían mantener un negocio cuando los efectos producidos corresponden a los realmente queridos por el sujeto. Si en la manifestación hay una voluntad real o verdadera y otra declarada, la primera permaneciendo oculta en el interior de la declaración, subordina la eficacia de ésta a la existencia de circunstancias que constituyen el supuesto de la voluntad declarada.

⁵⁷ Pedro León, eminente profesor de la Universidad Nacional de Córdoba, intentó aplicar esta teoría a las disposiciones de nuestro Código Civil, en especial al art. 625, que al referirse a las obligaciones de hacer expresa que ellas se cumplirán *“del modo en que fue la intención de las partes en que el hecho se ejecutaré”*; al art. 533, que ordena que las condiciones se cumplan de la manera en que las partes *“verosíblemente quisieron y entendieron que habían de cumplirse”*, y finalmente al art. 1198 -hoy derogado por la ley 17.711- que en su inicial redacción expresaba que *“los contratos no sólo obligan a lo que está formalmente expresado en ellos, sino a todas las consecuencias que puedan considerarse que hubiesen sido virtualmente comprendidas en ellos”*. Teniendo en cuenta que esas normas tienen su fuente en los arts. 1135 y 1124 de los códigos francés e italiano respectivamente, este autor advierte que deben tomarse en consideración todas aquellas presuposiciones que se presentan de tal modo, que todo hombre normal puede *“percibir las y reconocerlas como tales, juzgando según la buena fe y los usos de la vida o de los negocios”*, P. LEÓN, ob. cit., pág. 255 y ss. En contra de esta tesitura, aún vigente nuestro anterior art. 1198 del Código Civil, se expresaba A. ORGAZ, ob. cit., pág. 696: *“Tampoco puede válidamente invocarse -aunque se invoque a menudo- lo dispuesto por el art. 1198 [...] porque como resulta del texto mismo, el precepto se refiere sólo a las ‘consecuencias’ de lo convenido, es decir, a lo que deriva de él, y no a lo que, como los presupuestos, no derivan del contrato sino que lo preceden. Los presupuestos de un contrato no pueden reputarse ‘consecuencias’ de éste, por mucho esfuerzo que se haga para comprenderlos”*.

La primera Comisión Redactora del Proyecto de Código Civil alemán -de la que participó el eminente Windscheid- elaboró el § 742 en los siguientes términos: “*Quien ha hecho una prestación bajo la presuposición, expresa o tácitamente declarada, de un acontecimiento futuro o de un efecto jurídico, puede, cuando la presuposición no tenga lugar, repetir del que la recibió todo cuanto le haya entregado*”.

Esta redacción no satisfizo ni al mismo Windscheid -porque se apartaba de su construcción- ni a los adversarios de su teoría, quienes la refutaron como autolimitación de la voluntad, como condición virtual o no desarrollada, porque suponía un injustificado peligro para la seguridad del tráfico.

La tesis de Windscheid fue apasionadamente discutida por la doctrina del Derecho Privado en Alemania, no sólo en orden a sus semejanzas o diferencias con la *cláusula rebus*, sino también en lo que es mucho más trascendente, por la distinción entre presuposición y motivos irrelevantes ⁵⁸.

La segunda Comisión Examinadora del Proyecto -de la que el autor ya no participó- impidió su consagración legislativa haciéndose eco de las numerosas críticas que recibió, en especial la más autorizada de Otto Lenel ⁵⁹.

Este eximio profesor de la Universidad de Friburgo hizo objeciones vivísimas a la solución del Proyecto inicial, advirtiendo que si la presuposición reposa sobre un fundamento único, o es totalmente falsa o es totalmente verdadera, en el primer caso no se la debe aceptar en ninguna medida; en el segundo, debe formularse legislativamente.

Agregaba que la presuposición no puede constituir un tercer término, y presenta una alternativa irreductible: o es una condición propiamente dicha, o es un puro motivo, y por

⁵⁸ J. GAVIDIA SÁNCHEZ, ob. cit., pág. 533 y ss., hace un agudo y profundo análisis de los argumentos apuntados en contra del pensamiento de Windscheid.

⁵⁹ O. LENEL, *La cláusula rebus sic stantibus*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1923, pág. 195 y ss.; y todos los autores citados en la nota 54.

tanto irrelevante en la suerte del negocio. Un motivo no gana en eficacia porque la parte contraria lo conozca, ni aun por el hecho de que se le comunique expresamente, a menos que el declarante haga de él una condición. Así, el padre que compra el ajuar a su hija presuponiendo que contraerá matrimonio en breve, no puede resolver la compra si el matrimonio no se celebra, a menos que se haya puesto a la boda como condición de la compra, y que esta condición haya sido aceptada por el vendedor ⁶⁰.

Además, expresa, la concepción de Windscheid es de un subjetivismo total, no sólo porque deja a una sola de las partes la posibilidad de destruir la eficacia de un contrato bilateral, sino porque además las presuposiciones son limitaciones de la voluntad individual dirigidas a conseguir que el negocio valga sólo en el caso de que dichas presuposiciones se mantengan, y los problemas más graves que acarrea la alteración de las circunstancias surgen, sin embargo, cuando esas variaciones no han sido “presupuestas”.

Finalmente, señala una última objeción: no es que se confunda la causa contractual con los motivos particulares internos de los contratantes, sino que éstos adquieren trascendencia por virtud del elemento accidental de la presuposición, que se mira como una condición no desarrollada, pero a la que, en definitiva, se reputa como una condición perfecta y típica ⁶¹.

1.1.1.5. *Teoría de la presuposición bilateral: Oertmann*

Puede decirse que hasta comienzos del siglo pasado, y especialmente hasta el inicio de la Gran Guerra de 1914, la doctrina jurídica coincidía casi mayoritariamente -salvo la voz

⁶⁰ O. LENEL, ob. cit., pág. 199 y ss.

⁶¹ C. FADDA - P. E. BENSA, “Note dei traduttori al Libro Secondo”, en B. WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, Milano, UTET, 1915, t. IV, pág. 560 y ss., donde se esbozan con prístina claridad los argumentos a favor y en contra de la teoría.

aislada y muy resistida de Windscheid- en el respeto incondicional y a ultranza de la fidelidad contractual, obligando a que las partes respeten sus compromisos como si fuere la ley misma, con independencia de las circunstancias sobrevinientes que pudieren haber influido en las prestaciones contractuales ⁶².

El B.G.B., puesto en vigor en 1900, no contenía al respecto más que una aislada disposición, la del § 343, que permite al juez reducir a una suma conveniente la cláusula penal desproporcionada con el daño. Su rasgo característico en materia de obligaciones, es que el contrato constituye un hecho definitivo pese al advenimiento de nuevas circunstancias durante la ejecución.

Hasta la llegada de la Gran Guerra, la práctica judicial alemana no había revelado la necesidad urgente de autorizar otras intervenciones en los contratos perfeccionados ⁶³.

Sólo cuando el cumplimiento de la obligación se tornaba absolutamente imposible por sucesos extraordinarios e imprevisibles -caso fortuito y fuerza mayor-, la doctrina y la jurisprudencia se flexibilizaban liberando al deudor. Empero,

⁶² J. GAVIDIA SÁNCHEZ, ob. cit., pág. 567, hace interesantes reflexiones sobre la imposibilidad de atender a la doctrina de Windscheid por parte de los códigos del siglo XIX, pues ello supondría, afirma, un atentado contra la seguridad del tráfico y los intereses del capitalismo favorecidos por la fuerza obligatoria de los contratos y por el dogma de la irrelevancia de los motivos.

⁶³ El Tribunal Supremo del Imperio se negó sistemáticamente a liberar al deudor perjudicado por circunstancias sobrevenidas en contratos prolongados, so pretexto de que haciéndolo hubiere consagrado el principio de que en los contratos de larga duración, el riesgo de una modificación profunda de las circunstancias económicas estaría a cargo exclusivo del acreedor. M. VOLKMAR, ob. cit., pág. 11, recuerda dos casos resueltos por el *Reichsgericht*: el primero refiere a un empresario que había tomado en locación por un largo plazo un fundo para explotar un circo, y rehusaba a continuar con el arrendamiento, so pretexto de que en razón de la guerra, la explotación de su empresa sólo podía proseguir con pérdidas; el segundo, vinculaba a un obligado a hacer entregas de mercaderías por un largo plazo, que alegaba que los precios de compra de los materiales se habían incrementado a niveles imprevisibles al momento de contratar.

éste no conseguía igual tratamiento en los supuestos en que tal imposibilidad era relativa porque sólo a él afectaba, o cuando el cumplimiento se había vuelto dificultoso, cualquiera sea el gravamen que irrogase al obligado.

No obstante, las graves perturbaciones económico-sociales de innegable impacto jurídico provocadas por la Primera Guerra Mundial, hicieron reflexionar a los juristas sobre la posibilidad de seguir manteniendo el dogma de la obligatoriedad de los contratos de manera inflexible. Se tornaron imprescindibles remedios para los casos excepcionales que se presentaban. Y se llegó a admitir que esos supuestos habían adquirido tal importancia y frecuencia, que requerían de una consideración más orgánica y menos distraída.

Aquella seguridad elogiada y añorada con nostalgia por los ideólogos de un mundo sin complicaciones, fue aventada de un plumazo por un estado de constante conmoción bélica que, afectando la economía, resentía los postulados jurídicos de antaño, asentados en la sencillez ideal de los pensadores de otras épocas ⁶⁴.

⁶⁴ Pese a la inflación desatada a consecuencia de la Primera Guerra Mundial, la jurisprudencia germana se negó a considerar, como supuesto de revisión, la desvalorización monetaria en los contratos de larga duración invocando los principios *pacta sunt servanda* y “marco igual a marco” que obligaban al acreedor a recibir el precio convenido cualquiera fuese la depreciación verificada. Empero, el temperamento cambió radicalmente con la sentencia del *Reichsgericht* del 21 de septiembre de 1920, donde se precisó que si bien la cláusula *rebus sic stantibus* contenida en los §§ 321 y 610 del B.G.B., no podía extenderse a supuestos determinados, debía hacerse una excepción ante el hecho imprevisto de la guerra que tornó legítimo el deseo de una parte de liberarse de la ejecución del contrato afectado por una situación económica totalmente distinta. Sostuvo el Tribunal que el principio de buena fe, consagrado en el § 242 del B.G.B., debe presidir tanto la obligación del deudor, como el derecho del acreedor, que ya no aparecen razonables cuando nuevas circunstancias alteran completamente el contenido del contrato inicialmente pensado y querido. Empero, se advierte, la intervención del juez sólo es posible cuando se trata de una alteración profunda e imprevisible al momento de contratar, debiendo considerarse los intereses de ambas partes, y ordenar un reparto equitativo de los perjuicios entre ellas. Véanse los co-

Las nuevas circunstancias favorecieron el terreno para un replanteo de la teoría de la presuposición ⁶⁵.

Fue el profesor de Gotinga, Paul Oertmann, quien elaboró una nueva versión de los postulados windscheidnianos, en la conocida teoría de la “base del negocio” (*Geschäftsgrun-dlage*) ⁶⁶.

Las críticas de Lenel incentivaron a Oertmann a reanudar la construcción teórica anterior, tratando de superar las

mentarios relativos a varias sentencias del Tribunal Supremo del Imperio, expuestas por M. VOLKMAR, ob. cit., pág. 14 y ss., precisando las facultades revisoras del juez en los contratos de larga duración.

⁶⁵ Se cumplió así el vaticinio de Windscheid: “*Es seguro e incontestable que un juez incauto puede ofender gravemente a la equidad, si admite a la ligera una presuposición. ¿Pero se debe por ello privar a un juez de un remedio, con el cual él podría en muchos casos, satisfacer las exigencias de su sentimiento de equidad por medio de la lógica jurídica? No todo juez se decidiría a admitir una condición tácitamente declarada, tan fácilmente como lo ha hecho el Tribunal del Imperio en mengua de la equidad. Tengo el firme convencimiento de que se le podrá objetar cualquier cosa a la presuposición tácitamente declarada, pero que se hará valer siempre. Expulsada por la puerta, volverá por la ventana*” (sus eximios anotadores FADDA - P. E. BENSA, “Note dei traduttori al Libro Secondo”, en B. WINDSCHEID, *Diritto delle Pandectte*, t. IV, pág. 573). Resulta de toda justicia reconocer a Windscheid el mérito de haber destacado por vez primera, la importancia de la posible relevancia jurídica de las circunstancias, que sin estar incorporadas al negocio, pueden determinar la celebración del acto. Muchos han dicho que se adelantó a su tiempo y fue tanto o más psicólogo que jurista. Pero no puede soslayarse que su doctrina rechazada en el texto originario del B.G.B., sirvió de antecedente para desarrollos posteriores, y curiosamente, para la reciente incorporación, que bajo la denominación de “*Alteraciones de la base del negocio jurídico*”, se hizo en 2002 a este cuerpo normativo.

⁶⁶ P. OERTMANN, *Die Geschäftsgrundlage*, Leipzig, Deichert, 1921; *Introducción al derecho civil*, trad. de L. Sáncho Seral, Barcelona, Labor S.A., 1933, pág. 212 y ss.; H. LEHMANN, ob. cit., pág. 417 y ss.; F. MARTORANO, ob. cit., N° 7, pág. 85; K. LARENZ, *Base del negocio...*, ob. cit., pág. 20 y ss., y *Derecho civil...*, ob. cit., pág. 536 y ss.; V. ESPERT SANZ, ob. cit., pág. 73 y ss.; F. DE CASTRO Y BRAVO, ob. cit., pág. 323; L. DIEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Fundamentos...*, ob. cit., pág. 892 y ss.; M. C. GIANFELICI, ob. cit., pág. 43 y ss.; J. C. RIVERA, ob. cit., pág. 878 y ss. J. M. APARICIO, ob. cit., t. II, pág. 304 y ss.; S. FORNIELES, ob. cit., pág. 10 y ss.; A. M. MORELLO, *Ineficacia y frustración...*, ob. cit., pág. 211 y ss.; H. MASNATTA, ob. cit., pág. 13 y ss.

objeciones que se le habían formulado, en especial la de no poder perfilar una distinción clara entre presuposición y motivos.

Según Oertmann, la “*base del negocio*” es “la representación mental de una de las partes en el momento de la conclusión del negocio jurídico, conocida en su totalidad y no rechazada por la otra, o la común representación de las partes sobre la existencia o aparición de ciertas circunstancias, en las que se basa la voluntad negocial” ⁶⁷.

Si luego de celebrado el acuerdo tales circunstancias no existen, sin haberse asumido el riesgo de su desaparición, la parte perjudicada tiene derecho a resolver el contrato, o a denunciarlo si es de tracto sucesivo.

Según el autor, la tesis de Windscheid fue tenazmente resistida porque sólo admitía la presuposición unilateral, no cognoscible por la parte contraria, o en todo caso no aprobada por ella. Pero es muy diferente si esa presuposición es “bilateral” -esto es, de ambos contratantes-, y si está elevada, expresa o tácitamente, a elemento integrante del negocio. Esto sucede cuando, de modo cognoscible, las partes quieren apoyar los efectos del negocio en ciertas circunstancias o hechos con los que cuentan y no elevan a condición, precisamente, porque presuponen su existencia o consideran indudable su permanencia o cumplimiento futuro. Esas circunstancias configuran la base del negocio, aunque no las hayan estipulado expresamente; no constituyen una declaración aislada de una de las partes, sino de ambas, integrando el negocio todo.

La doctrina de Oertmann fue aceptada por el Tribunal Supremo del Reich en varias ocasiones ⁶⁸, admitiendo en algunos casos que el perjudicado tenía como excepción el dere-

⁶⁷ Es la definición que recoge W. FLUME, ob. cit., pág. 582 y ss., tomada de la obra de Oertmann citada al inicio de la nota anterior.

⁶⁸ Véanse los comentarios de K. LARENZ, *Base del negocio...*, ob. cit., pág. 8 y ss.; M. VOLKMAR, ob. cit., pág. 15 y ss.

cho a negar la prestación por su inexigibilidad, y en algunos otros un derecho de reajuste cuya cuantía determinaba el Tribunal según criterios de equidad ⁶⁹. Sin embargo, y pese a la rectificación operada, este complemento de la teoría de la presuposición fue pasible de variadas objeciones: en primer lugar se le criticó su innegable naturaleza psicológico-subjetivista al mantener la idea de que la falta de verificación del hecho presupuesto impedía la producción de efectos jurídicos al negocio, al no compadecerse aquellos con la intención concorde de las partes, presentándose como una expresión más del dogma de la voluntad ⁷⁰. Amén de ello, la elevación del motivo de uno de los contratantes a fundamento del negocio se basa en un juicio lógico practicado *a posteriori*, formulado según un criterio subjetivo, que deja irresuelto el problema de la tutela de la confianza de la otra parte ⁷¹.

⁶⁹ M. VOLKMAR, ob. cit., pág. 19, justificando políticamente la evolución jurisprudencial operada en la Alemania de entreguerras, ha dicho que “[...] *el B.G.B. ha sido un producto del espíritu liberal que consideraba la más libre actividad de la voluntad individual y el egoísmo de los particulares en el campo de los contratos. El acuerdo de las partes era considerado como la fijación definitiva de sus relaciones de derecho [...] Pero la nueva Alemania ha sustituido a las ideas liberales por la noción de la colectividad nacionalsocialista. Las partes no aparecen más como adversarios que, en los límites trazados por la ley, pueden dar curso a su egoísmo, sino como compañeros asociados en vista de la realización de un fin fijado de común acuerdo*”.

⁷⁰ O. LENEL, ob. cit., pág. 200 y ss., expresa que aunque Oertmann intenta alejarse del subjetivismo y de los términos psicológicos, no lo consigue; su teoría tiene con la presuposición tal analogía, que es pasible de las mismas objeciones. Sólo expresa lo que no es base (los motivos), pero no indica qué es la base. Además, si como dice su autor, es preciso que en la “estructura externa” del negocio se haga referencia manifiesta a las circunstancias, éstas no estarían en la declaración del sujeto, por lo que no pueden tener el alcance que se les atribuye. En igual sentido, W. FLUME, ob. cit., pág. 587, sostiene que aunque el autor lo niegue, el planteamiento sigue siendo psicológico, pues separa la representación del contratante de la realidad y de la voluntad negocial.

⁷¹ F. MARTORANO, ob. cit., N° 9, pág. 90 y ss.; J. M. APARICIO, ob. cit., t. II, pág. 306.

Además, no especifica cuándo y cómo el contrario hace suya la presuposición del cocontratante, admitiéndola a punto de influir pareja y simultáneamente en la voluntad propia. Es decir, cuándo deja de ser simple motivo personal para transformarse en fundamento de la voluntad de ambos y de todo el negocio. Ello quita precisión para fijar la zona que constituye el término medio entre el motivo y la condición perfecta. Así, la crítica que Lenel formulaba a Windscheid en el ejemplo del padre que compraba el ajuar para su hija próxima a contraer matrimonio, y que no podía desligarse de su declaración pese al fracaso de la boda, debe mantenerse no obstante el aporte efectuado por Oertmann. En efecto, se impone idéntica solución aunque el padre hubiere comunicado sus motivos al vendedor, éste los hubiere aceptado o hubiere conocido la poca seriedad del prometido. Es que tal aquiescencia no puede considerarse como aceptación de la presuposición paterna, que eleve la representación del padre a la categoría de propósito mutuo o base del negocio todo. Sigue sin precisarse el *tertium genus* entre motivo y condición.

Desde otro ángulo, Larenz ⁷² criticó la tesis de Oertmann sosteniendo que por un lado era demasiado “amplia”, ya que aplicándola integralmente debía admitirse la desaparición de la base del negocio en numerosos casos en los que no se había logrado el propósito de utilización de la cosa programado por el cliente, que el fabricante o proveedor nunca hizo suyo, aunque le fuera comunicado. Es evidente que en tales casos, si se admitiera la tesis de Oertmann, se vulneraría la regla según la cual, cada parte debe soportar el riesgo de la frustración de su particular propósito subjetivo, alterando injustificadamente el reparto del riesgo contractual.

Pero desde otra perspectiva la encuentra demasiado “estrecha” al ocuparse sólo de lo que las partes se han representado, y no de lo que es necesario objetivamente para alcanzar la finalidad contractual de ambas.

⁷² K. LARENZ, *Base del negocio...*, ob. cit., pág. 20 y ss.

Oertmann pretendió aplicar su teoría a contratos de obra o suministro en los que se había perdido el fundamento económico de los mismos a consecuencia de la guerra o la inflación. Especialmente, casos en los que la distorsión desencadenaba una inequivalencia en las prestaciones recíprocas, sosteniendo que la desaparición de la base del negocio operaba aquí, a consecuencia de que ambas partes, al contratar, lo habían hecho con la representación recíproca de que lo convenido tenía como presupuesto la permanencia de las circunstancias económicas imperantes al momento de la celebración ⁷³. Pero esta apreciación también fue criticada por Larenz ⁷⁴ advirtiéndole que si las partes no previeron la posibilidad de la mutación de los hechos, mal puede sostenerse que basaron su voluntad en la representación de la persistencia de las circunstancias existentes al perfeccionarse el acuerdo. Si no previeron la variación, mal pueden prever la permanencia.

1.1.1.6. Teorías objetivas: Kaufmann-Krückmann

La tesis de Oertmann estuvo muy en boga en la jurisprudencia alemana de entreguerras e incluso en la italiana, pues ofrecía la posibilidad de dar flexibilidad al sistema. Sin embargo, pronto apareció su insuficiencia, dando lugar a sentencias que registran serias dudas de los jueces sobre su procedencia y utilidad ⁷⁵.

La doctrina dio entonces un paso adelante inclinándose hacia concepciones objetivas que intentaron superar el cuestionamiento de excesivo voluntarismo que se endilgaba a las dos anteriores.

⁷³ Véanse H. LEHMANN, ob. cit., pág. 419 y ss.; J. M. APARICIO, ob. cit., pág. 306 y ss.

⁷⁴ K. LARENZ, *Base del negocio...*, ob. cit., pág. 26.

⁷⁵ Véase K. LARENZ, *Base del negocio...*, ob. cit., pág. 7 y ss., donde expone varios casos judiciales resueltos aplicando las ideas de Oertmann; F. DE CASTRO Y BRAVO, ob. cit., pág. 323 y ss. Volveremos a considerar su influencia en la jurisprudencia continental al tratar el punto 1.1.1.8 de este capítulo II.

a) Así, Erich Kaufmann, ya antes de la Primera Guerra Mundial ⁷⁶, sostenía que la *cláusula rebus* regía aun cuando ninguno de los contratantes la haya acogido en su pura “voluntad empírica”. No es ésta la que determina las consecuencias jurídicas, sino la “voluntad eficaz” más amplia que la primera, comprensiva de todo lo que se deduzca del sentido de la declaración, y por tanto, imputable al declarante. Ella se dirige a todo lo que sea conforme a la naturaleza del tipo contractual, a su idea fundamental o “finalidad esencial del negocio”.

La variación de las circunstancias debe ser tomada en consideración cuando se ponga en peligro la “finalidad esencial del contrato”, por ejemplo, cuando resulte destruida la relación de equivalencia entre prestación y contraprestación.

Debido a que los postulados del autor aludían principalmente al derecho internacional público, y a que su terminología era poco corriente, los civilistas no le prestaron la atención que merecía ⁷⁷.

b) A su turno, Krückmann ⁷⁸ ha defendido la validez de la “cláusula” en numerosos trabajos de su autoría. La entendía como una “reserva virtual” (*virtuellen vorbehalt*), ya que sin que las partes hayan tenido conocimiento de ella, puede interpretársela como “lógico-inmanente” a su voluntad negocial y a sus declaraciones. Según el autor, ella forma parte del

⁷⁶ E. KAUFMANN, *Das Wesen des völlkerrechts und die clausula rebus sic stantibus*, 1911, citado por K. LARENZ, *Base del negocio...*, ob. cit., pág. 29 y ss.; M. C. GIANFELICI, ob. cit., pág. 45.

⁷⁷ V. ESPERT SANZ, ob. cit., pág. 145, considera empero que la teoría de Kaufmann es piedra fundamental para aislar los supuestos circundantes al problema de la frustración del fin del contrato. Según el autor español, el gran mérito del alemán estriba en haber señalado por vez primera los casos en los que el negocio posee un objeto que para la parte que debe recibirlo tiene un fin determinado, y ese fin, por mutación de las circunstancias, se frustra.

⁷⁸ KRÜCKMANN, *Cláusula rebus sic stantibus, Kriegsklausel, Streikklausel - separata* de ArchZPr, 116, 1918 y en los trabajos aparecidos en ArchZPr, 128, 131 y 157, citados por K. LARENZ, *Base del negocio...*, ob. cit., pág. 30.

contenido del contrato, salvo que una de las partes se oponga, destruyendo la “reserva virtual”. Si durante el decurso del negocio se alteran las circunstancias existentes al momento de contratar, los efectos de la *cláusula rebus* permiten resolver el contrato si éste hubiere resultado “falso de sentido, fin y objeto”, ya sea desde el principio o con posterioridad, como consecuencia de esa imprevista modificación de las circunstancias.

Sostiene Larenz ⁷⁹ que el mérito de las amplias investigaciones de Krückmann reside en el análisis jurisprudencial que efectuó, demostrando que el problema de la *cláusula rebus* se presenta continuamente en la práctica pese a haber sido desechado por los autores del texto definitivo del Código Civil alemán. Empero, le objetó no haber podido señalar de modo satisfactorio cuándo el contrato obtiene un resultado falso de sentido, fin u objeto, como para justificar la resolución.

1.1.1.7. *Teorías mixtas: Locher-Lehmann-Larenz*

Dentro de esta categoría pueden señalarse dos variantes: las *unitarias*, que fusionan el fundamento subjetivo con el objetivo, y la *dualista*, que estima que hay supuestos de hecho en que el fundamento es subjetivo, y otros en que es objetivo.

Teorías mixtas unitarias:

a) Locher realizó una fusión del aspecto psicológico de la teoría de Oertmann con la permanencia normativo-teleológica de la *cláusula rebus sic stantibus*. Entendió que la base del negocio no se configura con las representaciones mentales de las partes sino con las circunstancias de hecho -cuya existencia, permanencia o aparición- son objetivamente necesarias para alcanzar la “finalidad del contrato”. Esta es determinada por las propias partes en el negocio, o desarrollada durante su ejecución, y estriba en el “resultado” que se persi-

⁷⁹ K. LARENZ, *Base del negocio...*, ob. cit., pág. 30.

que con la prestación, que ha pasado a integrar el contenido del contrato en virtud de la voluntad concorde de las partes (aspecto subjetivo). Ello así, porque la finalidad de una parte, de suyo unilateral, se convierte durante el iter contractual en “finalidad del negocio” cuando ha sido admitida bilateralmente. La resolución se justifica, según el autor, cuando existen o aparecen nuevas circunstancias fácticas que impiden al contrato alcanzar la finalidad que las partes persiguieron inicialmente (aspecto objetivo).

La postura de Locher encuentra justificación en la *conditio* por falta de consecución del resultado perseguido con la prestación, prevista en el art. 812 del B.G.B.⁸⁰. Sin embargo, Larenz⁸¹ la criticó en dos aspectos esenciales:

1) No precisa exactamente cuándo la finalidad de una de las partes, aceptada por la otra, pasa a ser contenido del contrato, y con ello su finalidad objetiva.

2) Comprende solamente una parte de los casos implicados en la base del negocio: los de la destrucción de la relación de equivalencia y los de la frustración del fin, siempre vinculados con la base objetiva, pero no abarca los relacionados con la base subjetiva.

Pese a las críticas, es indudable que la tesis de Locher -que fue la primera que señaló la vinculación de la base del negocio con circunstancias “externas” a las representaciones mentales de las partes- permitió a este profesor de Kiel señalar la necesidad de diferenciar los aspectos subjetivo y objetivo de la base negocial, y aproximarse mucho al tempera-

⁸⁰ § 812 I del B.G.B.: “*Quien obtiene algo sin causa jurídica por la prestación de otro, o de cualquier otra forma a costa del mismo, está obligado con él a la restitución. Esta obligación existe igualmente si la causa jurídica desaparece después, o si no se produce el resultado perseguido con una prestación según el contenido del negocio jurídico*”. K. LARENZ, *Base del negocio...*, ob. cit., pág. 30 y ss.; M. C. GIANFELICI, ob. cit., pág. 46 y ss.

⁸¹ K. LARENZ, *Base del negocio...*, ob. cit., pág. 32 y ss.; idénticas críticas pueden verse con provecho en H. LEHMANN, ob. cit., pág. 421.

mento que estimamos acertado para perfilar la figura de la frustración del fin del contrato, según veremos más adelante.

b) Einrich Lehmann⁸² también procuró fusionar en la fundamentación los elementos subjetivos y objetivos. Para ello estimó que debe considerarse si el otro contratante, obrando de buena fe y en atención al fin del contrato, hubiere realmente admitido -u obrando lealmente hubiere debido admitir- que el negocio dependía de ciertas circunstancias cuya permanencia era necesaria para la conservación de su sentido.

Ahora bien, para que la circunstancia sea reconocida como relevante en la formación de la voluntad y en la conformación de la presuposición, ha de ser conocida por la otra parte, y es indispensable que la certeza sobre su existencia, continuación o advenimiento haya hecho superflua su elevación a condición, o que si lo fue, esté motivada en la finalidad del contrato o en la buena fe de las partes. Pero aun concurrendo estos requisitos, el derecho a resolución sólo es posible cuando el mantenimiento del contrato es contrario a la buena fe y el cumplimiento de sus obligaciones es inadmisibles para el derecho. Estas ideas parecen haber inspirado el § 242 del B.G.B., que impone al deudor la carga de satisfacer la prestación según el parámetro de la buena fe.

Según el autor, su fórmula posibilita diferenciar las circunstancias que para una de las partes son de tal importancia que no presentándose pierde el contrato todo su sentido -lo que debe reconocer el contrario de buena fe-, de aquellas otras circunstancias que no poseen tal significación fundamental, sino que sólo tienen importancia subjetiva. Además, sostiene, tal criterio sigue el recto camino de admitir la presuposición sólo cuando las partes hayan “hecho depender de ella” la relación jurídica de acuerdo con el contenido del contrato.

Estas ideas son una regresión a la condición no desarrollada de Windscheid -pues sólo la certeza sobre la circunstancia sobrevenida impide que se la pacte como condición del

⁸² H. LEHMANN, ob. cit., pág. 421 y ss.

negocio-, aunque aquí se la presenta como una exigencia normativa y no como una realidad psicológica.

Razonablemente Larenz ⁸³ ha replicado a Lehmann que si se prescinde de la alusión a la buena fe y al fin del contrato, no se nos dice cuando un honrado contratante debe admitir una condición semejante.

Teoría mixta dualista:

c) La reformulación dualista de la doctrina de la base del negocio jurídico fue expuesta por el profesor de la Universidad de Kiel, Karl Larenz ⁸⁴, intentando superar objeciones formuladas a doctrinas anteriores, que pretendieron abarcar unitariamente todos los supuestos de hecho que pueden modificar la base negocial.

Su principal acierto estriba casualmente en asumir los cuestionamientos formulados a las teorías precedentes, y haciéndolas compatibles, en distinguir la base subjetiva de la objetiva del negocio. En esta distinción reside, según nuestra óptica, el gran aporte del autor germano, capaz de disipar muchas de las dudas hasta entonces insalvables, y de situar a cada una de las instituciones en el tratamiento jurídico que le corresponde.

⁸³ K. LARENZ, *Base del negocio...*, ob. cit., pág. 34 y ss.

⁸⁴ K. LARENZ, *Base del negocio...*, ob. cit., pág. 34, 37, 38 y ss.; V. ESPERT SANZ, ob. cit., pág. 76 y ss.; L. DIEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Fundamentos...*, ob. cit., pág. 892 y ss., refiere a la teoría de Larenz, como la construcción “más perfecta”; F. DE CASTRO Y BRAVO, ob. cit., pág. 323; C. DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, ob. cit., pág. 73 y ss., para quien la influencia del pensamiento de Larenz en el tratamiento jurídico de las circunstancias sobrevenidas, es decisivamente trascendental. Nos recuerda la profesora de la Universidad Complutense de Madrid, que si con acierto se dijo que Windscheid se adelantó a su tiempo y fue más psicólogo que jurista al elaborar su teoría de la presuposición, algo similar ocurre con Larenz a quien sin duda alguna, se debe el invalorable mérito de haber despejado muchas de las dudas que genera el tema que analizamos. Confr. su nota 87 en la obra citada. M. C. GIANFELICI, ob. cit., pág. 48 y ss.; J. M. APARICIO, ob. cit., t. II, pág. 308; J. C. RIVERA, ob. cit., pág. 883 y ss.; M. R. REY, ob. cit., pág. 18 y ss.

Según el autor, la expresión “base del negocio” debe ser entendida en un doble significado: como base del negocio “subjetiva” y como base del negocio “objetiva”, pues ambas acepciones están justificadas, ya que se refieren a diferentes supuestos de hecho, producen diversas consecuencias jurídicas y merecen, por tanto, un tratamiento diferenciado.

Por “base subjetiva” del negocio jurídicamente relevante, entiende Larenz la común representación mental de los contratantes, de la que han partido al concluir el negocio y que ha influido en la decisión de ambos para fijar el contenido del acto. Esta representación puede referirse a una circunstancia considerada como existente o esperada en el futuro, se trate de una situación de hecho o de una situación jurídica, esto es, la subsistencia de una regulación vigente al celebrar el contrato. Pero aclara: el no esperar una futura transformación de las circunstancias no equivale a la positiva esperanza en la persistencia de determinadas circunstancias ya existentes al momento de contratar. Ello es así porque dentro de la amplia gama de situaciones de hecho presupuestas por las partes que constituyen la base subjetiva del negocio, es posible distinguir dos hipótesis: a) la inexacta representación de situaciones presentes o pasadas que se presuponen, y que pueden derivar en supuestos de nulidad contractual por error si se dan las condiciones tipificantes de esa vicisitud ⁸⁵, y b) la

⁸⁵ Así, según el § 119.I del B.G.B. sólo es relevante el error sobre el contenido, cualidades esenciales de la persona o la cosa, pero el error relativo a presuposiciones, es decir, sobre móviles o motivos del agente que llevan a un equívoco sobre el contenido de la declaración, es irrelevante. Por eso, la doctrina alemana ha dicho que el error sobre los motivos refiere a la relación del negocio jurídico con la realidad, o con mayor razón, es un error sobre la realidad. Tampoco el hecho de que la otra parte conozca los motivos del declarante, o la circunstancia de que ambos contratantes partan de la misma representación incorrecta de la realidad, convierte en relevante al error sobre los motivos. El único supuesto admisible sería si el otro contratante sabe que la representación del declarante no se adecua a la realidad, y utiliza el error del contrario de manera desleal. Confr. W. FLUME, ob. cit., págs. 514 y ss. y 580 y ss.

variación sobrevenida de circunstancias existentes al momento de celebrar el negocio, que generan una situación de hecho diversa a la presupuesta. Es decir, hay que distinguir las hipótesis en que las circunstancias presupuestas son originariamente inexistentes, de aquellas otras en las que se modifican con posterioridad.

El fundamento subjetivo del negocio entraña entonces la presuposición de ciertas circunstancias existentes al momento de contratar y de su continuidad futura, es decir, comprende tanto la *existencia* (presente o pasada) como la *expectativa* (futura) de una situación presupuesta al momento del perfeccionamiento negocial, y guardan entre ellas una relación de afinidad que las hace equiparables ⁸⁶.

⁸⁶ K. LARENZ trata el tema con mayor profundidad en *Derecho civil...*, ob. cit., pág. 535, bajo el título de “Error bilateral sobre el fundamento subjetivo del negocio”, y allí sostiene que el fundamento subjetivo del negocio debe comprender tanto la *existencia* de una circunstancia como su *expectativa* futura, presupuestas por ambas partes al contratar y determinantes del negocio, pues los dos casos presentan tal afinidad que deben tener tratamiento igualitario. Sin embargo, advierte la opinión contraria de parte de la doctrina germana, y por todos cita a Franz Wiaecker, para quien sólo es dable hablar de error cuando se tiene una inexacta representación sobre la *existencia* de una determinada circunstancia, pero no en relación con la *expectativa* de que ella no llegue a cumplirse, caso en el que sólo hay una frustración en la planificación humana de la vida con vistas al futuro, en principio inapreciable para el ordenamiento jurídico. Sin dudas, parece a todas luces más acertada la tesis restrictiva, pues el error siempre importa la inexacta representación de la realidad “existente”, que vicia el negocio y lo anula. Pero si éste nace válido porque no media tal representación equivocada, el hecho de que no se realicen las expectativas presupuestas por las partes a raíz de una variación sobrevenida de las circunstancias, constituirá una frustración del fin cuyo tratamiento excede la órbita del error, siempre fundado en un equívoco de las partes. Esta inadvertencia lleva a los partidarios de la tesis amplia a incorporar en la desaparición de la base subjetiva del negocio, supuestos que en realidad corresponden a desaparición de la base objetiva: entre ellos el propio Larenz, que al referirse al famoso caso del alquiler del balcón para presenciar un desfile que luego se suspende, caracteriza el supuesto ya como un error recíproco de ambas partes sobre una expectativa futura que merece igual tratamiento que el error bilateral sobre una circunstancia que consideraban existente (*Base del negocio...*, ob. cit., pág. 87), ya como un caso de

Desde su perspectiva, la representación o expectativa debe haber sido decisiva para ambas partes, a tal punto que éstas no hubieren perfeccionado el negocio o no lo hubieren hecho del modo en que lo hicieron si hubiesen conocido la inexactitud. No basta que ella haya determinado de modo decisivo la voluntad de una sola de las partes, aunque se lo haya comunicado a la otra y ésta no lo haya rechazado expresamente. Es indispensable que “ambas hayan compartido conjuntamente” la suposición de un estado fáctico, según el cual orientaron sus expectativas o cálculos, pues cada parte sufre, en principio, el riesgo de que se realicen sus propias esperanzas.

Los supuestos en que esta base subjetiva del negocio falta o desaparece son: el error de cálculo -por ejemplo, sobre la cotización de una moneda o título valor-⁸⁷, el error sobre la base de la transacción -cuando la situación de hecho litigiosa

desaparición de la base objetiva por frustración del fin (*Base del negocio...*, págs. 125 y 184). El Reichsgericht ha mantenido en abundantes sentencias la opinión de que el error en los motivos es irrelevante, salvo cuando se convierte en un error sobre el contenido de la declaración y el móvil se erige en objeto de las negociaciones contractuales que resulten decisivas. Véanse las consideraciones de W. FLUME, ob. cit., pág. 555 y ss.

⁸⁷ El autor cita como ejemplos el recíproco error sobre la buena ley de la moneda, la calidad valiosa de la piedra de un anillo, la autenticidad de un cuadro, o el famoso caso de los rublos. Este último ventiló el litigio desatado entre el actor que en 1920 había prestado 30.000 rublos al demandado para su retorno a Alemania proveniente del cautiverio de guerra. Las partes estaban convencidas, al tiempo de la celebración del negocio perfeccionado en Moscú, que por cada rublo se debía restituir 25 centésimos de marco, razón por la cual el demandado extendió un instrumento a favor del demandante de 7500 marcos que fueron recibidos en concepto de préstamo. Sin embargo, mediaba un error común sobre el cambio del rublo, puesto que por cada uno de ellos correspondía 1 centésimo de marco, por lo que el demandado ofreció pagar sólo 300 marcos. El Tribunal Supremo del Reich entendió que se trataba de un error en la declaración que el demandado podía impugnar con éxito, y por ello rechazó la demanda. Larenz, aun admitiendo la solución del Tribunal Supremo, cree sin embargo, que el error concernía a la base del contrato aceptada por ambas partes referida al cálculo equivocado sobre el cambio monetario. Confr. K. LARENZ, *Base del negocio...*, ob. cit., pág. 47.

que se ha tomado como fundamento de la transacción no se conforma con la realidad, prevista en el § 779 del B.G.B.-⁸⁸, y los casos de la errónea expectativa de un acontecimiento o de su persistencia en base al cual los otorgantes han fijado las prestaciones futuras, y éste no se verifica⁸⁹.

Cuando la representación común no se realiza, y por ello la base subjetiva falta o desaparece, cada una de las partes ha incurrido en error en los motivos, referidos a una situación de hecho admitida por ambas -presuposición bilateral-, generando un vicio en la voluntad que lleva a la ineficacia del acto⁹⁰.

En cambio, para Larenz⁹¹ la “base objetiva” del negocio es un conjunto de circunstancias y estado general de cosas

⁸⁸ Según el § 779 del B.G.B. una transacción es ineficaz, “si la situación de hecho que ha dado contenido al contrato se ha tomado como base firme y no es conforme a la realidad, y el pleito o la incertidumbre no hubieren surgido de haber conocido la realidad”. Para estos supuestos Larenz cita como ejemplos la transacción sobre el importe de la prestación resultante de un legado presuponiendo ambas partes al transigir que el testamento en el cual se basa el legado es válido; o la celebrada en relación con la extensión de una servidumbre, presuponiendo que ésta existía y que una de las partes era propietaria del inmueble gravado. Si estas presuposiciones no fueren conforme a la realidad, los negocios carecerían de base. Confr. K. LARENZ, *Base del negocio...*, ob. cit., págs. 71 y 72. Parte de la doctrina germana actual pretende aplicar el mismo precepto legal a todos los casos de reglamentación similar a la transacción, es decir, todos los supuestos en que un contrato tiene por contenido regular las consecuencias jurídicas de una presupuesta situación de hecho. Confr. W. FLUME, ob. cit., pág. 583 y ss.

⁸⁹ Para estos casos Larenz cita como ejemplos: los arts. 23 y 24, apartados 3 y 4, del Código Suizo de las Obligaciones, referidos al error esencial en la prestación o a una determinada situación de hecho considerada por ambas partes expresa o tácitamente base necesaria del contrato, según las reglas de la buena fe; el § 901 del Código Austríaco, que declara inadmisibles en los contratos onerosos la presuposición (por error en los motivos) no elevada a condición, pero la admite en los gratuitos siempre que el negocio se base única y exclusivamente en ese motivo; y finalmente, el error recíproco (*common mistake*) sobre la presuposición del derecho inglés, que autoriza a anular el negocio cuando recae sobre circunstancias de hecho, naturaleza del acto, identidad de la otra parte o existencia o identidad del objeto contractual. Confr. K. LARENZ, *Base del negocio...*, ob. cit., pág. 58 y ss.

⁹⁰ K. LARENZ, *Base del negocio...*, ob. cit., págs. 37, 41, 183 y 224.

⁹¹ K. LARENZ, *Base del negocio...*, ob. cit., págs. 97 y ss. y 225.

cuya existencia o subsistencia es objetivamente necesaria para que el contrato, según la intención de ambos contratantes, pueda subsistir como una regulación dotada de sentido. El contrato crea relaciones entre las partes que son una manifestación de las circunstancias sociales existentes al momento de su conclusión, y que son presupuestas por los contratantes.

La interpretación de un contrato no depende exclusivamente de las palabras utilizadas o de su significado literal, sino también de las circunstancias en que fue celebrado, y a las que las partes se ajustaron. Si posteriormente se produce una transformación fundamental de ellas, posibilidad en la que no habían pensado, y que de ningún modo habían tenido en cuenta al ponderar sus intereses y distribuir los riesgos, puede ocurrir que el contrato, de ejecutarse bajo las nuevas condiciones imperantes, pierda por completo su sentido originario y tenga consecuencias absolutamente diferentes a las proyectadas por los negociantes. Recuerda el autor que éste es el viejo problema que trató de solucionar la cláusula *rebus sic stantibus*, rescatando las circunstancias transformadas que, aparecidas de modo imprevisto, quitan justificación al principio de fidelidad contractual.

La base objetiva del negocio desaparece si las circunstancias se alteran o modifican en dos hipótesis fácticas:

a) Cuando la relación de equivalencia entre las prestaciones se destruye a tal grado que no puede hablarse propiamente de una contraprestación. Se trata de los supuestos abarcados por la teoría de la imprevisión, antes referida.

b) Cuando la común finalidad objetiva del negocio, expresada en su contenido, resulta definitivamente inalcanzable, aun cuando la prestación del deudor pueda todavía ser cumplida. Son los supuestos de hecho que Krückmann calificó como de "imposibilidad de conseguir el fin".

La finalidad objetiva del contrato es la finalidad de una parte si la otra la hizo suya. Ello ha de admitirse especialmente cuando tal finalidad se deduzca de la naturaleza del contrato, es decir se sobreentienda, y cuando ha determina-

do el contenido de la prestación o la cuantía de la contraprestación.

Dice Larenz ⁹² que la finalidad primera e inmediata de cada parte en un contrato es obtener la contraprestación (el comprador quiere hacerse de las mercaderías pagadas); ésta se desprende de la naturaleza del contrato y es común a ambos puesto que cada parte quiere obtener la finalidad de la otra para conseguir la suya, configurando el contenido del negocio. Pero esta finalidad se enlaza en la representación de cada una de las partes, con una segunda y a veces con una tercera finalidad: el comprador desea las mercaderías para un determinado fin (consumirlas, hacer un obsequio, etcétera), pero éste nada interesa a la otra, pese a haberlo conocido, a no ser que lo haya hecho suyo de modo tal que hubiere influido en la prestación o incidido en la cuantía de la contraprestación. Esta última situación se presenta con mayor frecuencia en los contratos de arriendo, suministro u obra, donde es posible, por ejemplo, que la finalidad de utilización influya en la contraprestación.

Además de los celeberrimos “Casos de la Coronación” -que más adelante mencionamos analizando los antecedentes anglosajones-, Larenz incluye entre los supuestos de frustración del fin del contrato otros casos vinculados con el contrato de arrendamiento, en los que el destino por el cual se ha concedido el uso y goce de la cosa, ya sea la explotación de un bar, restaurante, club nocturno o surtidor de gasolina, la utilización de una pared para colocar un cartel luminoso, etcétera, no resulta factible por prohibiciones gubernamentales de uso dictadas al estallar la Segunda Guerra Mundial ⁹³.

⁹² K. LARENZ, *Base del negocio...*, ob. cit., pág. 166 y ss.

⁹³ P. GALLO, ob. cit., págs. 21 y ss. y 101 y ss., afirma que en la teoría de Karl Larenz pueden distinguirse claramente cuatro supuestos centrales con relación a la base subjetiva y objetiva del negocio: el error común, las comunes expectativas frustradas de las partes, la ruptura de la relación de equivalencia de las prestaciones, y la pérdida de la finalidad del contrato.

Abrevando en el *Land Recht* prusiano (§§ 377 a 384), en el que nos detendremos más adelante al estudiar los precedentes legislativos, el autor señala como requisitos para la configuración del segundo supuesto de desaparición de la base objetiva del negocio, los siguientes:

1) Es preciso que la finalidad última se declare expresamente o surja de la naturaleza del negocio. Siempre ha de ser posible que la otra parte la conozca.

2) Es indispensable que el contrato no esté íntegramente cumplido, aunque haya comenzado su cumplimiento.

3) Finalmente, no podrán tenerse en cuenta las transformaciones de circunstancias:

a) que sean personales o estén en la esfera de influencia de la parte perjudicada. Debe tratarse de un caso de fuerza mayor que escape por completo a su esfera de influencia y no pueda ser evitado por ella, ni pertenezca al riesgo propio de sus actividades;

b) que repercutan en el contrato tan sólo porque la parte perjudicada se halle en mora *solvendi* o *accipiendi* en el momento en que se produce la alteración;

c) porque siendo previsibles, formen parte del riesgo propio del contrato. Va de suyo que si fueren previsibles las partes hubieren podido tomar las medidas necesarias para evitar la modificación de las circunstancias.

En cuanto a los efectos que produce la desaparición de la base objetiva del negocio jurídico, sostiene Larenz que deben diferenciarse la destrucción de la relación de equivalencia, de la imposibilidad de alcanzar el fin del contrato.

Recuerda que el fundamento jurídico positivo de la doctrina había sido fijado reiteradamente por el Supremo Tribunal del Reich en los §§ 157 y 242 del B.G.B.⁹⁴ para sustentar

⁹⁴ B.G.B., § 157: “Los contratos han de interpretarse como exigen la fidelidad y la buena fe en atención a los usos del tráfico”; ibídem, § 242: “El deudor está obligado a efectuar la prestación como exige la fidelidad y buena fe en atención a los usos del tráfico”; W. FLUME, ob. cit., pág. 585 y ss. Dicho autor

resoluciones abonadas en la teoría de Oertmann, que si bien preconizaba un derecho de resolución o denuncia contractual, normalmente concedía una excepción por abuso del derecho, cuyo alcance se fijaba en cada caso particular, o una pretensión de ajuste conforme a criterios de equidad.

Empero, entiende que el fundamento de los efectos que produce la desaparición de la base objetiva estriba en que el mantenimiento del contrato no está justificado cuando éste ha perdido su sentido originario. Ello se advierte a través de una norma inmanente situada en el propio negocio, que no es otra que “el sentido unánimemente atribuido por las partes, o fin objetivo del contrato”, el que se desentraña a través de la interpretación negocial.

Pero aclara: la interpretación integradora del contrato no debe hacerse conforme a los clásicos parámetros subjetivos -tratando de escudriñar la voluntad negocial-, sino mediante el análisis del sentido que la declaración -originada en la voluntad pero desprendida de la misma- tenía para el declarante y el destinatario. Esa interpretación no extrae las consecuencias de la voluntad presunta de las partes, sino de la finalidad, del contexto total y de la naturaleza del acuerdo, por estar ellos comprendidos en el “sentido” del negocio. Según estos parámetros, todo declarante debe aceptar su declaración tal como la otra parte ha podido entenderla conforme al principio de buena fe y teniendo en cuenta lo que quiso expresar con ella. Es inherente a todo contrato la reserva de que la regulación que éste contiene sólo posee validez en tanto no resulte por completo “carente de sentido” debido a circunstancias imprevisibles.

Finalmente, destaca que Kaufmann aportó la exacta fundamentación filosófico-jurídica del problema, cuando expre-

también sostiene que la jurisprudencia ha utilizado estas normas para solucionar los casos de desaparición de la base negocial, al considerarse facultada para integrar la relación jurídica conforme con el principio de buena fe, destacando además que la doctrina se ha manifestado en idéntico sentido al expuesto y de manera reiterada.

só: *“La voluntad de las partes que el ordenamiento jurídico considera como fuente de efectos jurídicos en el campo de las relaciones contractuales, no es la voluntad de un ser irracional, sino la de un hombre racional que piensa rectamente, y que al manifestar su voluntad frente a los demás, tiene que acoger y admitir las reglas de un tráfico leal y las consecuencias que racionalmente han de deducirse de sus actos. Un negocio sólo es concebible si existen garantías de que la voluntad subjetiva posee cierta consistencia objetiva, si la buena fe es inmanente (inconsciente o tácitamente) a la voluntad negocial individual”*⁹⁵.

El sentido del contrato está constituido pues, por lo que en cada negocio hay de general y racional, en la inseparable unión con el fin que le atribuyen las partes. Es por lo tanto algo al mismo tiempo objetivo y subjetivo, general y concreto. La interpretación debe hacerse de conformidad al sentido especial que las partes tienen presente, y con arreglo al cual desean que sean comprendidas sus declaraciones, pero éste, a su vez, encierra un sentido más general -por ejemplo la idea de equivalencia en los contratos bilaterales- sobre el cual los interesados de ordinario no reflexionan, y por consiguiente, no ponen de manifiesto en sus declaraciones. Por eso afloran a la superficie los principios jurídicos cuyo fundamento o fuente es el principio de buena fe, o sea la base ético-jurídica y dogmático-jurídica inmanente a un leal tráfico negocial. En definitiva, lo importante es *“el sentido del contrato tal como debe ser comprendido y desenvuelto conforme al principio de buena fe”*⁹⁶.

Por ello, afirma, las consecuencias jurídicas de la falta o desaparición de la base del negocio sólo pueden establecerse a partir del sentido general del contrato y formularse de modo global y típico. Los casos concretos no pueden resolverse conforme a criterios de equidad, sino producir las consecuencias jurídicas que se deducen de los postulados generales e

⁹⁵ K. LARENZ, *Base del negocio...*, ob. cit., pág. 179.

⁹⁶ K. LARENZ, *Base del negocio...*, ob. cit., pág. 181 y ss.

inmanentes a todos los contratos, conforme a su sentido general cuya vigencia y aplicación imponen los §§ 157 y 242 del B.G.B.

Por ello:

1) Si el contrato carece de la base subjetiva presupuesta por ambas partes, el negocio es por lo general ineficaz.

2) Cuando la base del negocio objetiva ha desaparecido por haberse destruido o haberse perdido la relación de equivalencia a causa de la transformación de las circunstancias, se necesita una declaración de la voluntad del perjudicado, para determinar el punto a partir del cual la transformación cuantitativa debe considerarse cualitativa. Y hay que distinguir:

a) si el perjudicado aún no realizó la prestación, puede exigir a la otra parte un aumento en su contraprestación o denegar la propia;

b) si el perjudicado ya realizó su prestación, puede exigir a la otra parte que adecue la suya, y si aquella se niega a ello con respecto al pasado, puede exigir una indemnización con fundamento en el enriquecimiento injusto. Si se niega en cuanto al futuro, puede denegar su prestación para el futuro.

3) Finalmente, si la variación de las circunstancias impiden alcanzar la finalidad del contrato emergente del contenido, el perjudicado puede rechazar la prestación ya inútil de la otra parte, aun cuando pudiere todavía realizarse, y puede denegar su contraprestación en la medida que sobrepase el importe de los gastos que la otra parte haya realizado en la preparación o ejecución del contrato ⁹⁷.

Por ello, la resolución del contrato no es posible en la mayoría de estos casos porque, atendiendo a un justo reparto del riesgo contractual, deberán indemnizarse los gastos realizados.

⁹⁷ W. FLUME, ob. cit., pág. 604, manifiesto adversario de la doctrina de la base del negocio, critica la solución de Larenz, por insuficiente en este aspecto puntual, afirmando: *“Es completamente consecuente que la parte cuyo fin se frustra deba siempre estar obligada frente al otro contratante a reintegrarle los gastos. Pero dado que la problemática no puede contemplarse desde la perspectiva de una sola de las partes, la solución de Larenz no es correcta. Larenz no muestra claramente por qué el otro contratante debe conformarse con la indemnización de los gastos, ni por qué puede exigirla en todos los casos de frustración del fin”*.

Por otro lado, opina Larenz, debe concederse al deudor de la prestación que resultó inútil, la indemnización del interés negativo -ganancias dejadas de obtener- cuando la finalidad del contrato se ha conseguido por otros medios y sin sacrificio del acreedor.

La doctrina de la base del negocio ha tenido generalizado reconocimiento en la doctrina y jurisprudencia germanas con posterioridad a la construcción de Larenz, y aunque no tuvo acogida en el Código Civil de 1900, la reforma integral de 2002 ha incorporado, como veremos más adelante, un nuevo § 313 que hace expresa mención a un “cambio importante de las circunstancias que servían de base al contrato una vez celebrado”⁹⁸.

⁹⁸ Empero, pueden encontrarse en la doctrina alemana más reciente, detractores de la teoría de la base del negocio; por todos W. FLUME, ob. cit., pág. 586 y ss., para quien tal doctrina debe ser abandonada. En su opinión, los casos aluden a una divergencia entre el negocio jurídico y la realidad, y la cuestión se centra en determinar qué incidencia debe tener una modificación de ésta sobre aquel, y quién debe soportar el riesgo de las representaciones inexactas de la realidad. En primer término, debe tenerse en cuenta que los casos son tantos y tan variados que es imposible asignarles a todos una única solución. En segundo lugar, que el ordenamiento jurídico aporta soluciones para esta discrepancia: la condición permite hacer depender la validez de una reglamentación negocial de cualquier circunstancia; una garantía permite trasladar a uno de los contratantes el riesgo de la realidad; la interpretación integradora puede resolver parte de los casos en los que la realidad es distinta de la que correspondería al negocio jurídico. Esto último ocurre con las reglas sobre la imposibilidad originaria o sobrevenida, el derecho de resolución por modificación de las circunstancias, la cláusula *rebus* incluida en los §§ 321 y 610 del B.G.B., el desistimiento unilateral sin causa, etcétera, a través de los cuales el ordenamiento jurídico impide que se produzcan las consecuencias estipuladas, modificándolas e integrando la relación pactada. Desde otro ángulo, afirma el autor, esta construcción que comenzó con Oertmann, es francamente paradójica, pues no atiende al negocio, sino a las representaciones de los contratantes como un supuesto de hecho “al lado del negocio”, sin embargo, sólo el “negocio” puede ser determinante; “base del negocio” sólo puede ser “la realidad a la que refiere el negocio”. Pero aun admitiendo que las partes pudieren incluir la realidad adyacente al acto como contenido del negocio, la solución, afirma Flume, debe buscarse atendiendo al tipo negocial. Así, el “caso ejemplar” del desfile de la coronación, en

1.1.1.8. Influencia de las teorías de la presuposición y base del negocio en el derecho continental

Esta construcción de linaje germano sobre la presuposición y la base del negocio jurídico, tuvo una influencia que ha sobrepasado las fronteras de su país de origen logrando recepción doctrinaria y jurisprudencial en otros, aunque con variados matices en sus postulados más salientes.

Pueden advertirse antecedentes en España e Italia.

Abordaremos aquí los más sobresalientes, haciendo previamente una sucinta reseña de los antecedentes legales y doctrinarios en ambos países.

el que el acuerdo incluyó un dato de la realidad modificando las condiciones del tipo contractual puro, pues el balcón no se hubiere cedido sino para ver el desfile, se solucionarían en el derecho alemán por el régimen de la imposibilidad, ya que la cesión del uso del puesto en la ventana para ver el cortejo devino imposible: el arrendador quedaría liberado perdiendo su derecho a la renta, el arrendatario podría solicitar la restitución de lo pagado a cuenta. Y continúa Flume, en el “caso de los rublos”, también citado como antecedente y resuelto de conformidad a la doctrina de la base, debe precisarse cuál de las dos regulaciones ínsitas en el negocio debe prevalecer: es obvio que la cláusula de devolución del préstamo debe ser preferente a la que expresa la inexacta referencia al cambio, obligando al beneficiario a devolver en marcos la cantidad obtenida, según el cambio vigente al día del acuerdo. En la venta del ajuar cuando el matrimonio no se celebra, o del ataúd para un pariente que se creyó muerto, los compradores deciden libremente qué uso darán a la cosa, y en esa medida soportan el riesgo de la realidad, no hace falta tomar en cuenta la base del negocio, salvo que ninguna de ellas tenga ya interés en el cumplimiento, en cuyo caso, nada obsta a que aplicando analógicamente el § 649 del Código Civil, relativo al contrato de obra, pueda permitirse al comprador desvincularse, en la inteligencia de que el vendedor aceptará la rescisión para ahorrarse los gastos. En definitiva, concluye, si cambia la realidad respecto de la situación existente al perfeccionarse el contrato, cada una de las partes debe soportar el riesgo contractual típico que a ella le corresponda, salvo que el reparto de los riesgos esté regulado de otra manera por un pacto especial. Este procedimiento, de larga tradición jurídica, ha dado buenos resultados en la mayor parte de los casos. De lo contrario, se corre el peligro de no tomar en serio al contrato y ceder a la tentación de jueces y particulares, a sustituir el ordenamiento legal por las también criticadas soluciones de equidad.

España

Los códigos decimonónicos, fiel reflejo de las convicciones imperantes en la época, destacaron la fuerza obligatoria de las promesas libremente asumidas por encima de cualquier otra idea. Al consagrar el dogma de la autonomía de la voluntad, consideraron peligrosas, por contrarias a la seguridad jurídica y a la voluntad de las partes, las instituciones que pretendían alterar el contenido del contrato o autorizaban a los jueces a revisar las estipulaciones libremente acordadas.

El Código Civil español de 1889 no escapó a esa tendencia. Su art. 1091 expresa: “Las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes, y deben cumplirse a tenor de los mismos”. Este principio de respeto absoluto a la voluntad de los contratantes se complementa con el art. 1258 que expresa: “Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley”.

La claridad y la contundencia de estas normas suponen para parte de la doctrina española una barrera infranqueable, casi imposible de superar. El reconocimiento de la vieja cláusula *rebus sic stantibus* en particular, o de la incidencia de la alteración de las circunstancias en general, supondría, según estos autores, la necesidad de cambiar una serie de conceptos fundamentales en el derecho español ⁹⁹.

Luego de la sanción del Código Civil, un eventual desequilibrio entre el valor económico de las prestaciones a consecuencia de una modificación de las circunstancias, se consideró como parte integrante del riesgo asumido por los con-

⁹⁹ Confr. J. BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, *El cumplimiento de las obligaciones*, Madrid, Tecnos, 1956, pág. 348 y ss., para quien la admisión de la revisión contractual supondría modificar el concepto de la imposibilidad de la prestación, el de equidad contractual, revisar la función judicial, y transformar la naturaleza económica del contrato.

tratantes, que en modo alguno justificaba la intervención del contrato, y mucho menos la liberación del deudor.

Como ocurrió en otros países del continente, el respeto incondicional a la voluntad libremente expresada negó efectos a la onerosidad sobrevenida o a la imposibilidad de alcanzar el fin perseguido por el negocio. El resguardo de la seguridad jurídica impidió que la doctrina, durante largos años, aceptara cualquier morigeración al principio de la vinculatividad absoluta ¹⁰⁰.

Empero, pronto se advirtió ¹⁰¹ que la irrevocabilidad de los contratos no es un principio absoluto del Código Civil. Aunque no contenga una normativa general sobre la incidencia de la alteración de las circunstancias, posee sin embargo varias excepciones, en las que una modificación posterior al perfeccionamiento otorga a los contratantes la posibilidad de eximirse del cumplimiento o facilita la resolución. Por caso, la revocación de las donaciones por superveniencia de hijos o por ingratitud (arts. 644 y 648); la pérdida del plazo cuando el deudor resulte insolvente o desaparezcan las garantías (art. 1129); la suspensión del cumplimiento de las obligaciones en la compraventa por variadas circunstancias sobrevenidas (arts. 1467, 1502 y 1503); la rescisión de la compraventa cuando ésta no incluya todo lo expresado en el contrato (art. 1469); la rescisión del arrendamiento cuando obras realizadas en el inmueble impidan su habitabilidad (art. 1558, p. 3), etcétera ¹⁰².

¹⁰⁰ C. DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, ob. cit., pág. 36 y ss.; F. DE CASTRO Y BRAVO, ob. cit., pág. 314 y ss.

¹⁰¹ C. DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, ob. cit., pág. 40 y ss.

¹⁰² Un interesante análisis de las excepciones puede consultarse en J. GAVIDIA SÁNCHEZ, ob. cit., pág. 547 y ss.; S. DÍAZ ALABART, “*Pacta sunt servanda* e intervención judicial en el equilibrio de los contratos: Reflexión sobre la incidencia de la Ley de Condiciones Generales de los Contratos”, en *Condiciones generales de la contratación*, Dir. Ubaldo Nieto Carol, Valladolid, Lex Nova, 2000, pág. 43 y ss., analiza dentro de los supuestos en los que puede tener lugar la intervención judicial en los contratos, el de la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*.

Otro antecedente legislativo -éste sí de carácter general- en el que se ha creído consagrada ¹⁰³ la cláusula *rebus sic stantibus*, lo constituye la ley 493, párrafo 3º, del Fuero Nuevo de Navarra ¹⁰⁴, que expresa: “Cuando se trate de obligaciones de largo plazo o tracto sucesivo, y durante el tiempo de cumplimiento se altere fundamental y gravemente el contenido económico de la obligación, o la proporcionalidad entre las prestaciones, por haber sobrevenido circunstancias imprevistas que hagan extraordinariamente oneroso el cumplimiento para una de las partes, podrá ésta solicitar la revisión judicial para que se modifique la obligación en términos de equidad o se declare su resolución”.

La norma, muy próxima al texto de los arts. 1467 y siguientes del Código Civil italiano de 1942, aunque con términos diversos, destaca la alteración grave y fundamental del contenido económico de la obligación o de la proporcionalidad de sus prestaciones, y consagra efectos similares al Código peninsular ¹⁰⁵.

El paralelismo entre el contenido de la ley navarra y los recaudos exigidos inveteradamente por el Tribunal Supremo para la procedencia de la cláusula *rebus*, ha sido resaltado tanto por la doctrina como por la jurisprudencia española. A tal punto llega la coincidencia que en algunos casos los tribunales han desechado la aplicación de la norma antes trans-

¹⁰³ Confr. C. DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, ob. cit., pág. 49; J. FERNÁNDEZ HIERRO, *La modificación del contrato*, Pamplona, Aranzadi, 1992, pág. 39 y ss.

¹⁰⁴ Aprobada por ley del 1º de marzo de 1973, Nº 1/1973, B.O.E. del 14 de marzo de 1973.

¹⁰⁵ M. EGUSQUIZA BALMASEDA, “El derecho patrimonial del Fuero Nuevo de Navarra”, en R. BERCOVITZ - J. MARTÍNEZ SIMANCAS (dir.), *Derechos civiles de España*, Navarra, Aranzadi, 2000, vol. VII, pág. 4024, considera que la norma “es un instrumento de moderación de las posibles consecuencias del cumplimiento exacto” y que se ha consagrado siguiendo los criterios doctrinales y jurisprudenciales acuñados en el régimen general común.

cripta si no se presentaban los requisitos de la regla medieval ¹⁰⁶.

No obstante, el principio *pacta sunt servanda*, contenido en las referidas directrices del Código Civil, no ha perdido vigencia, pese a estas excepciones legislativas aisladas. La fuerza obligatoria del contrato siempre ha sido, y continúa siéndolo, regla liminar para los operadores jurídicos. Ello no obstante, la doctrina y la jurisprudencia españolas, aunque con ostensibles matices y variadas cortapisas, han admitido desde los albores del siglo XX, la posibilidad de revisar el contenido negocial si las prestaciones fueron modificadas sustancialmente a consecuencia de una profunda variación de las circunstancias ¹⁰⁷. La adecuación de la prestación a las exigencias de la equidad en función de una modificación sobrevenida, inicialmente sólo admitida en casos extremos que desembocaran en flagrante injusticia, en época reciente ha ganado terreno, impulsada por los continuos avatares económicos de la sociedad moderna ¹⁰⁸.

¹⁰⁶ Véanse las consideraciones de C. DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, ob. cit., pág. 50, donde relata un antecedente del Tribunal de Navarra en idéntico sentido.

¹⁰⁷ L. DIEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Fundamentos...*, ob. cit., pág. 885 y ss.; V. ESPERT SANZ, ob. cit., pág. 152 y ss.; C. DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, ob. cit., pág. 51 y ss.; M. LÓPEZ MESA, "Derecho y distorsiones macroeconómicas (la utilización de la cláusula *rebus sic stantibus* por la jurisprudencia argentina y española)", J.A., 1998-III-905.

¹⁰⁸ J. PUIG BRUTAU, ob. cit., pág. 365 y ss., ha dicho "*La misión que incumbe a los tribunales es la de procurar que se logre un resultado equitativo y justo en una situación que no ha sido prevista en el contrato*". En términos similares se expresa C. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, "La cláusula *rebus sic stantibus* (Comentario a la sentencia del 17 de mayo de 1957)", Anuario de Derecho Civil, t. XI, fasc. IV, 1958, pág. 1267: "*En definitiva, el problema de la cláusula rebus sic stantibus no consiste sino en determinar hasta qué punto debe seguirse y cuándo debe desconocerse el principio pacta sunt servanda, con el fin de evitar que el summum iuris (aplicación del mencionado principio fundamental) produzca la summa iniuria. Éste es el exacto planteamiento del problema, y así se ha venido formulando en la Ciencia Jurídica europea desde los glosadores hasta nuestros días*".

En la doctrina y la jurisprudencia del Tribunal Supremo y de otros inferiores, la modificación sobrevenida de las circunstancias fue abordada desde la década del 40 a través de la figura de la cláusula *rebus sic stantibus*, precisando que si bien la regla no está legalmente reconocida, dada su elaboración doctrinal y el principio de equidad a que responde, existe la posibilidad de que sea recibida cautelosamente por los tribunales, si se presentan estos recaudos inexorables de admisibilidad: a) una alteración extraordinaria de las circunstancias entre el momento de celebración y el del cumplimiento; b) una desproporción exorbitante, fuera de todo cálculo, entre las prestaciones pactadas, y c) advenimiento de circunstancias radicalmente imprevisibles.

Ahora bien, esta tendencia favorable presenta una marcada confusión en el manejo de conceptos como: alteración de las circunstancias, cláusula *rebus sic stantibus*, excesiva onerosidad, base del negocio o frustración del fin del contrato. Se incurre en una peligrosa e indistinta utilización de estas figuras, y lo que es peor aún, de sus requisitos de procedencia y efectos.

La doctrina se ha ocupado de efectuar profundas exploraciones de los antecedentes judiciales, en especial del Tribunal Supremo, y ha señalado de modo invariable la imprecisión apuntada ¹⁰⁹.

En líneas generales puede afirmarse que en España, al no existir una norma de carácter general que recepte la doctrina de la excesiva onerosidad, o la cláusula *rebus sic stantibus*, su reconocimiento y aplicación se circunscribe a la sede judicial, y los tribunales, admitiéndolas en casos muy excepcionales, hacen una equiparación casi absoluta de sus

¹⁰⁹ Extensas reseñas jurisprudenciales sobre el tema pueden consultarse con provecho en V. ESPERT SANZ, ob. cit., pág. 23 y ss., y pág. 157 y ss.; F. DE CASTRO Y BRAVO, ob. cit., pág. 322 y ss.; y muy especialmente, C. DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, ob. cit., relativas a la cláusula *rebus* y la excesiva onerosidad sobrevenida, en págs. 50 y 80 y a la teoría de la presuposición en pág. 70. En la doctrina nacional, M. LÓPEZ MESA, ob. cit., pág. 909 y ss.

requisitos o presupuestos, ámbito de aplicación, fundamentos y efectos, deducidos de antecedentes legales o de la creación judicial ¹¹⁰.

Aunque con oposición parcial de la doctrina ¹¹¹, la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo en varias ocasiones han hecho también aplicación de la teoría de la desaparición de la base del negocio ¹¹² y de la frustración del fin, para admitir

¹¹⁰ Una aislada excepción a esta equiparación, estriba en el requisito de la imprevisibilidad de las circunstancias sobrevenidas, que suele ser rígidamente exigido si se invoca la teoría de la cláusula *rebus sic stantibus* pero no cuando se peticiona por frustración del fin. Confr. C. DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, ob. cit., pág. 203 y ss., y en especial su nota 132.

¹¹¹ F. DE CASTRO Y BRAVO, ob. cit., pág. 322, se muestra muy escéptico en cuanto a la acogida por el derecho español de estas teorías foráneas. En su opinión, son doctrinas extrañas elaboradas por el derecho alemán para paliar las deficiencias de aquel sistema, superfluas en el derecho español cuyo régimen causalista se basta para resolver estas cuestiones. Con singular énfasis resalta: *“hay una desconexión entre el Derecho alemán y el inglés y el Derecho común, que a la larga resulta tan insatisfactoria que jueces y autores se esfuerzan desesperadamente por arbitrar remedios que al menos de momento, sirvan para evitar los resultados más repugnantes a su sentido de justicia. Se buscará después, salvar el mismo sistema insertándole con fórceps, la figura nueva y extraña al mismo de la base del negocio, necesaria para que el sistema no se convierta en un mecanismo inhumano, que rechace como incompatible con su automatismo, las consideraciones de la buena fe y del sentido de lo adecuado y justo”*.

¹¹² Con fundamento en la desaparición de la base del negocio, recoge C. DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, ob. cit., págs. 96 y 90, su nota 113, tres casos resueltos por el Tribunal Supremo el 23 de noviembre de 1962, el 25 de mayo de 1990 y el 14 de septiembre de 1993. En el primero (R.J. 1962-5005), estimó la pretensión de reajuste o elevación de una renta vitalicia, concertada en 1939 por transformación de un usufructo vidual, a consecuencia de la pérdida del valor adquisitivo del dinero, fundando su decisión, entre otras razones, en el art. 1258 del Código Civil y en las exigencias de la buena fe contractual considerada en sentido objetivo, afirmando que *“alterada la base del negocio”*, era una consecuencia necesaria de la buena fe *“el restablecimiento de la base contractual con reciprocidad real y equitativa de las obligaciones”*. En el segundo (R.J. 1990-4082), declaró la resolución de un contrato de compraventa de una parcela de terreno por considerarlo sometido a *“la condición tácita”* de obtener la licencia urbanística, aun cuando nada se hubiere pactado en el contrato, pero deducible de la forma de pago estipulada. En el tercero (R.J.

consecuencias de la alteración de las prestaciones por circunstancias sobrevenidas.

Esta última vicisitud, objeto de nuestro estudio, ha encontrado acogida con dos fundamentos: el principio de buena fe ¹¹³, o el fracaso sobrevenido de los mecanismos causales del negocio.

La conexión del problema de la modificación sobrevenida de las circunstancias con el principio general de buena fe, señalado por la literatura jurídica y la jurisprudencia alemanas, fundándose en los §§ 157 y 242 del B.G.B., también fue apuntada en España con evidente frecuencia.

De conformidad con ese temperamento, se ha pensado ¹¹⁴ que si la regla que impone un comportamiento de buena fe es un principio general del derecho, y todo el ordenamiento debe interpretarse de conformidad al mismo, no habría dificultad para admitir la resolución o el reajuste contractual por frustración del fin negocial mediante la aplicación de aquella di-

1993-9881), rechazó la resolución de la venta de un inmueble adquirido sobre plano, sin que posteriormente se obtenga la licencia de construcción, al no acreditarse ninguno de los recaudos de admisión de desaparición de la base del negocio. Lo más interesante de este último antecedente lo constituye, según la anotadora, la conceptualización que hace el Tribunal Supremo de la base subjetiva y objetiva: *“La primera consiste en las representaciones de las que las partes en un contrato han partido para sus estipulaciones, en una común representación mental, por la que ambas se han dejado guiar al fijar el contenido contractual. La segunda, en un conjunto de circunstancias cuya existencia o persistencia son necesarias para lograr que se alcance el fin del contrato o para que las prestaciones pactadas, no resulten desequilibradas con grave onerosidad sino se cumplen, de modo que se destruya la relación de equivalencia entre ellas”*. Igual suerte de desestimación sufren los argumentos relativos al error y la aplicación de la cláusula *rebus*, al considerar que la falta de obtención de la licencia de construcción, no es un hecho imprevisible. Los términos de la sentencia, trasuntan con evidencia palmaria, la doctrina de Larenz.

¹¹³ Es la opinión de la mayoría de los autores, entre otros, V. ESPERT SANZ, ob. cit., pág. 117 y ss.; L. DIEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Fundamentos...*, ob. cit., pág. 896 y ss.; C. DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, ob. cit., pág. 96 y ss.

¹¹⁴ L. DIEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Fundamentos...*, ob. cit., pág. 897 y ss.

rectriz general. E incluso se ha dicho ¹¹⁵ que en los casos de ruptura del equilibrio de las prestaciones, el principio de buena fe, incluido en el texto del art. 1258, impone la aplicación de las tantas veces mencionada cláusula *rebus*.

Por otro lado, aunque con menos frecuencia, se ha encontrado fundamento para la frustración del fin en la ruptura del mecanismo causal, o en la aparición de una anomalía funcional sobrevenida ¹¹⁶. La causa del contrato entendida a veces, como la función concreta que éste cumple, desaparece parcial o totalmente cuando queda roto el equilibrio entre las prestaciones en el contrato conmutativo, o cuando resulta ya imposible alcanzar el fin del negocio ¹¹⁷.

Un último recurso también utilizado por la jurisprudencia española para fundamentar la frustración del fin es el de la “imposibilidad económica” de cumplimiento de la prestación, que se presentaría cuando ésta no produce ningún beneficio a quien ha de recibirla, o cuando éste se ve privado de alcanzar el logro económico perseguido con el contrato ¹¹⁸.

¹¹⁵ Confr. R. BADENES GASSET, ob. cit., pág. 120 y ss.; C. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, ob. cit., pág. 1271.

¹¹⁶ L. DIEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Fundamentos...*, ob. cit., pág. 897 y ss.

¹¹⁷ Confr. L. DIEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Fundamentos...*, ob. cit., pág. 897, para quien en la sentencia del 30 de junio de 1948 el Tribunal Supremo ligó la idea de causa del contrato a la finalidad perseguida por los contratantes, de manera que la desaparición sobrevenida de la base en la que se asentaba el consentimiento, de alguna manera se relaciona con una sobrevenida desaparición de la causa del contrato.

¹¹⁸ Con ese basamento argumental, recoge C. DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, ob. cit., pág. 100, la sentencia del Tribunal Supremo del 20 de abril de 1994 (R.J. 1994-3216): en el caso se solicita la resolución de un contrato de arrendamiento, cuya finalidad principal era la extracción de guijo debido a su nula productividad. El Máximo Tribunal ordena la resolución sin efecto retroactivo, estimando que ha desaparecido “*la causa negocial, ya que la imposibilidad de la prestación no sólo puede ser física o legal, sino también económica, como cuando no produce ningún beneficio al que ha de recibirla, o cuando es totalmente ruinosa para él recibirla. Existe entonces una frustración del fin del contrato, que impide jurídicamente su mantenimiento y faculta a resolverlo*”.

Aunque un estudio pormenorizado de los antecedentes judiciales españoles requeriría incluir gran cantidad de precedentes, hemos rescatado, aparte de los reseñados en nuestras notas de páginas anteriores, los que estimamos más estrechamente ligados a la frustración del fin del contrato, destacando algunos convertidos en verdaderos casos emblemáticos de la figura.

*“Sras. Mas c/ Carsí”*¹¹⁹

El 17 de mayo de 1919, las actoras celebraron con el demandado un contrato de promesa de venta de una parcela de propiedad de este último, con el propósito de que otro predio, del cual eran propietarias las primeras, sobre calle Ganduxer -colindante con el fundo prometido-, pudiera también tener fachada sobre calle de la Industria cuya apertura se proyectaba. Las Sras. Mas enajenaron posteriormente la porción de su propiedad con vista a la calle Ganduxer, que buscaban comunicar con la calle Industria. Pese a ello, y para aprovechar el ventajoso precio pactado, demandaron el cumplimiento de la opción y la escrituración del inmueble prometido por Carsí. Éste entonces, replicó la petición argumentando que había desaparecido el fin esencial del acuerdo concertado, que era comunicar la propiedad de las accionantes con la proyectada calle de la Industria. Afirmó que el propósito inicial se hallaba condicionado a que las Sras. Mas continuaran siendo propietarias del inmueble ubicado sobre Ganduxer, pues de lo contrario aquella finalidad ya no podía cumplirse. Las actoras sostuvieron entonces que el destino de utilización que las partes pensaban dar a las cosas objeto del contrato no podía influir en su suerte.

¹¹⁹J. JORDANO BAREA, “Causa, motivo y fin del negocio (sentencia del TS 30 de junio de 1948)”, Anuario de Derecho Civil, 1949, t. II, fascículo 2, pág. 749 y ss.; V. ESPERT SANZ, ob. cit., pág. 23 y ss.; C. DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, ob. cit., pág. 101; M. C. GIANFELICI, ob. cit., pág. 29; J. M. APARICIO, ob. cit., t. II, pág. 312, nota 58.

El fallo de primera instancia tuvo por existente, válido y eficaz el acuerdo celebrado, pero absolvió al demandado por no haberse cumplido las condiciones que se habían pactado en el negocio.

Interpusieron apelación las actoras, y la Audiencia Territorial de Barcelona condenó al demandado Carsí a otorgar a las accionantes la escritura de compraventa del fundo en cuestión, revocando la resolución anterior.

Planteó casación el accionado, y el 30 de junio de 1948, el Tribunal Supremo retomó el criterio del inferior, y rechazando la demanda declaró que el motivo de otorgar a la finca de las actoras una salida a la proyectada calle de la Industria no fue un mero propósito, ventaja o deseo que las partes se propusieron conseguir mediante el contrato, según sus cálculos o preferencias personales, que podía alcanzarse o no. Por el contrario, constituyó el "fin del contrato mismo", revelación de la voluntad común de los contratantes, determinante del alcance y sentido del pacto que habían celebrado, siendo inapropiada la calificación de fin remoto que le asignó la Audiencia.

El texto del contrato de promesa, continúa el Máximo Tribunal, permite deducir que aquel protege el interés de las actoras en adquirir los terrenos contiguos a los suyos para que todos, como unidad, pudieren tener en su día, fachada en las dos calles mencionadas. Sin embargo, con la enajenación de sus terrenos, las Sras. Mas imposibilitaron obtener el fin perseguido. Así, la demanda pretende en realidad algo distinto a lo convenido, pues aunque la calle de la Industria se abriera, la del demandado sería una finca independiente que no podría tener también salida a la calle Ganduxer. De ese modo, desapareció la condición motriz de la voluntad contractual determinante del derecho a exigir el cumplimiento de lo pactado por eliminación de la base en que se asentaba el negocio, que no era otra que la tenencia en poder de aquellas de los terrenos que anexarían al del demandado formando una unidad predial de las características señaladas ¹²⁰.

¹²⁰ La sentencia ha generado elogiosos comentarios de J. JORDANO BAREA, ob. cit., pág. 757, para quien la doctrina del Tribunal Supremo, si bien no

*“Luelmo García c/ Sociedad Fomento de la Propiedad”*¹²¹

Mediante un boleto privado firmado en febrero de 1915, elevado a escritura pública en junio de ese año, Rufo Luelmo García vendió a la Sociedad de Fomento de la Propiedad varios lotes de terreno, dejando constancia que en los mismos la compradora construiría viviendas a bajo costo. La finalidad expresada en ambos documentos y el reducido precio pactado dio evidente matiz social a la operación.

La compradora nunca construyó las viviendas, y en 1944 los herederos del vendedor iniciaron acción en su contra al enterarse de que pretendía enajenar los predios a terceros. Argumentaron que en los documentos referidos el vendedor tuvo especial cuidado de dejar expresado el motivo determinante de la venta, que conocido y aceptado por la compradora quedó elevado a categoría de causa del contrato, por lo que al no verificarse en definitiva ese objetivo, quedó frustrado el fin del negocio. La demandada se opuso a la petición de resolución articulada por los actores, aduciendo que la compraventa fue pura y simple, sin ningún tipo de motivación ni condición, que el motivo expresado en los documentos tuvo como único objetivo conseguir beneficios fiscales otorgados por el Estado a los constructores de casas baratas.

define el concepto de “fin del contrato”, tiene el encomiable mérito de fijar sus notas características: no se trata de un motivo intrascendente ni tampoco de la causa eficiente del contrato, es un propósito compartido o común, es inseparable del contrato, actúa como una condición tácita de la voluntad contractual y como una finalidad manifestada que resulta del contenido del negocio. En igual sentido, C. DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, ob. cit., pág. 101, y la mayoría de la doctrina española y nacional para quienes la resolución del Tribunal Supremo, fue pionera en la recepción de la figura, y constituye el antecedente más célebre de la jurisprudencia extranjera sobre frustración del fin del contrato. Sin embargo, estimamos inadecuada la solución del caso, pues como analizaremos más adelante, esta vicisitud está pensada en tutela del interés exclusivo del acreedor. Evidentemente el fallo comentado, tuvo en cuenta el interés del deudor Carsí para liberarlo con fundamento en la frustración del fin del contrato, pese a que las únicas habilitadas para invocarlo, según nuestro criterio, eran las actoras.

¹²¹ V. ESPERT SANZ, ob. cit., pág. 28.

El juez de primera instancia declaró resuelto el contrato condenando a la demandada a devolver los terrenos a los actores, y a éstos, a restituir a la Sociedad acciones de la misma que obraban en su poder, recibidas por el vendedor como contraprestación por la venta.

Apelada la sentencia por los demandados, la Audiencia de Valladolid revocó el fallo del juez inferior, absolviendo a la Sociedad de la restitución de los terrenos.

Los herederos del vendedor interpusieron casación, y el Tribunal Supremo, el 31 de octubre de 1951, desestimó el recurso confirmando la decisión de la Audiencia.

Entendió el Máximo Tribunal que si bien de conformidad con el art. 1255 del Código Civil, pueden los interesados consignar en la escritura de compraventa pactos o condiciones lícitas que de modo expreso o implícito revelen su intención de supeditar la eficacia del contrato a una finalidad especial, en el caso sometido a su decisión, la finalidad de edificar afectaba sólo a la Sociedad adquirente, y no constituyó finalidad del convenio para el vendedor, frente al que la compradora no asumió, ni expresa ni tácitamente, la obligación de construir. Faltó así, continúa, el requisito imprescindible de una obligación recíproca para que pueda operar la resolución al amparo del art. 1124 del Código Civil.

*“Papeleras del Maestrazgo S.A. c/ Talleres Martín S.L.”*¹²²

El 21 de marzo de 1962 las partes celebraron un contrato que llamaron de compraventa, por medio del cual Talleres Martín S.L. se comprometía a construir para Papeleras del Maestrazgo S.A. una turbina hidráulica que sería instalada en un salto de agua del río Cenia. El pago se haría en 4 cuotas de 17.875 pesetas cada una, la primera cancelada al firmar el contrato. Dos días después de suscripto el acuerdo, Papeleras del Maestrazgo S.A. fue notificada oficialmente de la ini-

¹²² V ESPERT SANZ, ob. cit., pág. 33; J. M. APARICIO, ob. cit., t. II, pág. 312, nota 58.

ciación del proceso de expropiación forzosa de la concesión sobre el salto de agua. Para evitar el inicio de los trabajos y la posterior entrega de la turbina, notificó a Talleres Martín S.L. de la expropiación desistiendo del negocio, por serle inútil el producto encargado.

Papeleras del Maestrazgo S.A. demandó la devolución de la primera cuota pagada, con más intereses devengados desde la fecha de anulación del contrato.

Talleres Martín S.L. contestó la demanda oponiéndose al reclamo y alegando que por indicación de la compradora había incurrido en gastos, desplazando hasta el Río Cenia técnicos de la firma para ultimar detalles y tomar datos indispensables para el emplazamiento de la maquinaria encargada. Articuló reconvencción por esas erogaciones, las ganancias frustradas de la compra desistida, y el saldo impago del precio convenido. En apoyo de su reclamo adujo que no se había pactado una fecha de entrega, porque la compradora deseaba que ésta se posponga hasta tanto terminaran sus estudios sobre el plan de explotación del proyecto, y que la vendedora no estaba obligada al pago mientras la compradora no cancelara totalmente el precio. La actora respondió oponiéndose a la reconvencción.

El tribunal de primera instancia hizo lugar a la demanda y rechazó la reconvencción, sosteniendo que de conformidad con los arts. 1105 y 1253 del Código Civil, hubo motivo y acuerdo de ambas partes para la resolución del contrato por fuerza mayor, derivada de la declaración de expropiación forzosa del aprovechamiento que ejercía influencia decisiva sobre la compraventa.

La demandada apeló la resolución y la Audiencia de Zaragoza, el 9 de julio de 1964, revocó la sentencia del juez inferior, condenando a Papeleras del Maestrazgo S.A. a cancelar el saldo del precio, una vez que la máquina se hallare a su disposición.

Entendió la Alzada que no se daban en la especie los requisitos de las doctrinas de la cláusula *rebus sic stantibus*, el riesgo imprevisible o desaparición de la base del negocio invocados por la actora, pues no existieron circunstancias ex-

traordinarias ni imprevisibles, tampoco el necesario desequilibrio entre las prestaciones, ni probó la accionante que la turbina comprada fuera precisamente para los saltos expropiados. Agregó que admitir lo contrario sería desconocer los legítimos derechos de quien realizó gastos para cumplimentar lo convenido en el contrato, privándosele sin razón bastante de un derecho que a costa de prestaciones no poco onerosas, había consolidado a través del tiempo para hacerlo valer en su oportunidad.

“Don Fausto ST y Doña Irmgard R. Von B. c/ Urbanizaciones España” ¹²³

La demandada vendió a los actores un terreno de 20.000 palmos de su propiedad situados en el Municipio de Sitges el 11 de abril de 1959, haciendo constar en el boleto respectivo que el mismo era edificable. Posteriormente resultó que no lo era porque el Ayuntamiento, desde el 11 de agosto del año anterior, había suspendido las concesiones de edificación en la zona.

Los compradores demandaron a la vendedora solicitando les restituyera el precio abonado por el terreno, pues éste figuraba en el contrato como edificable, cuando en realidad no lo era desde antes de la consumación del acuerdo.

El juez de primera instancia rechazó la demanda, pero la Audiencia de Barcelona la admitió, condenando a la vendedora a restituir el precio cancelado por el predio. La vendedora entabló casación y el Tribunal Supremo desestimó el recurso con fecha 27 de octubre de 1964, manteniendo la postura de la Audiencia.

Sostuvo el Máximo Tribunal que cuando la cosa objeto del contrato no posee alguna de las condiciones que se le atribuyeron y esta fue la que principalmente motivó la celebración, el consentimiento prestado debe reputarse nulo, ya que lo

¹²³ V. ESPERT SANZ, ob. cit., pág. 38.

fue en atención al equivocado presupuesto que concurría en el objeto esa característica. En el caso de autos, se afirma, la imposibilidad de edificar resulta sobradamente probada, desde que la Comuna había declarado, antes de la celebración del acuerdo, la denegación del permiso para edificar.

*“Guilera Oliva Pedro c/ Vicente Bardina Asensio”*¹²⁴

El comitente Bardina Asensio encargó al arquitecto Guilera Oliva, el 1° de diciembre de 1973, la dirección y construcción de un edificio plurifamiliar en Santa Coloma de Gramanet. Concluido el proyecto en el mes de marzo de 1974, lo ingresó al Colegio de Arquitectos a los fines de su visación el 23 de abril de ese año, trámite previo indispensable para que el órgano administrativo competente conceda la licencia de edificación. Días antes, el 29 de marzo de 1974, el Ayuntamiento aprobó el Nuevo Plan General de Ordenación Urbana y Territorial de la Comarca de Barcelona, reduciendo en un 80% el área edificable en la que se encontraba el proyecto convenido por las partes, con lo que la ejecución de la obra se tornó irrealizable.

Pese a la imposibilidad de ejecución, el arquitecto demandó a su cliente el pago de los honorarios devengados por su labor profesional. El comitente se opuso invocando en lo sustancial, que el proyecto había devenido inaprovechable con anterioridad al necesario visado del Colegio de Arquitectos, en razón del Nuevo Plan de Ordenación Urbana, lo que impedía obtener la pertinente licencia de obras. También imputó al arquitecto negligencia por extemporaneidad en la realización y finalización del proyecto encomendado y desconocimiento de la normativa urbanística.

El juzgado de primera instancia rechazó la demanda articulada, y la Audiencia Territorial de Barcelona revocó

¹²⁴R. DE ÁNGEL YAGUEZ - M. ZORRILLA RUIZ, “La frustración del fin del contrato. Obligaciones de medio y de resultado”, Anuario de Derecho Civil, t. XXXVIII, fasc. 1, 1985, pág. 185 y ss.

parcialmente la sentencia, ordenando abonar una suma inferior a la peticionada, sin intereses.

Interpuso recurso de casación el demandado, y el Tribunal Supremo, el 3 de noviembre de 1983, hizo lugar al planteo y confirmó la decisión de la primera sede, rechazando la demanda, en razón de que la edificación a la que refería el proyecto había devenido irrealizable con anterioridad a su visado. Aclaró el Máximo Tribunal que el acordado entre las partes fue un contrato de obra, que no consiste pura y simplemente en la ejecución de un encargo, con abstracción absoluta de las finalidades deseadas por los estipulantes, sino que, por el contrario, implica un resultado, el que en este caso resultó inviable, y en consecuencia, no respondía ya a la finalidad inicialmente contemplada por los litigantes. Siendo ello así, el actor carecía de su derecho a percibir honorarios, pues ya no existía la contraprestación útil que los justificaba. Además, concluyó, en la locación de obra corresponde al arquitecto correr con los riesgos del perecimiento del proyecto hasta el momento de la entrega ¹²⁵.

“González Barranca c/ Alfredo Porcar Baigorria” ¹²⁶

Los comitentes Alfredo Porcar Baigorria y su esposa encargaron a los arquitectos Ricardo González Barranca y José Luis Molina Bertet, la realización de un proyecto de edificación de viviendas. En el mes de noviembre de 1977 los profesionales presentaron ante el Ayuntamiento la hoja de encargo del trabajo, denominada “Estudio de Detalle”, la que tenía

¹²⁵ Compartimos la crítica de los anotadores en el sentido que la sentencia pudo basarse en el incumplimiento del contrato (art. 1101 del Código Civil) por parte del arquitecto y no en la frustración del fin, pues si bien al momento del encargo, como lo advirtió la demandada, no existía aún el Nuevo Plan de Ordenación Urbana, ya debía existir al menos una ordenación urbanística, de la cual el arquitecto debió haber estado informado de conformidad a las reglas de la profesión (*lex artis*).

¹²⁶ R. DE ÁNGEL YAGUEZ - M. ZORRILLA RUIZ, ob. cit., pág. 185 y ss.

por objeto conocer si dicho ente autorizaría la construcción del edificio en el solar que allí se menciona.

El 13 de febrero de 1978, antes de conocerse la decisión de la Comuna, se suscribió entre las partes el contrato de obra propiamente dicho, al que titularon "Hoja de Encargo del Proyecto". El 27 de marzo de ese año, el Ayuntamiento desestimó el Estudio de Detalle, por no adecuarse al Plan de Ordenación Urbana vigente, lo cual imposibilitaba la construcción del edificio. Pese a ello, cuatro días después el Colegio de Arquitectos visó el proyecto, estimando los honorarios de los profesionales.

Los arquitectos demandaron al comitente el pago de los estipendios sobre la base de que el proyecto se encontraba visado por la institución y a disposición del cliente. La demandada se opuso al pago por la inviabilidad de la construcción debido a la negativa del Ayuntamiento a la aprobación del Estudio de Detalle.

El tribunal de primera instancia estimó la demanda, condenando al comitente a abonar a los actores la suma reclamada, con más intereses y costas. Recurrída la sentencia por los perdedores, la Audiencia Territorial de Barcelona rechazó el recurso y confirmó la sentencia inferior, sin costas en la alzada.

La demandada interpuso casación, y el Tribunal Supremo dictó sentencia el 9 de diciembre de 1983, haciendo lugar al recurso y desestimando la demanda interpuesta.

Sostuvo el Máximo Tribunal que en el contrato base del reclamo no se determinó con exactitud el objeto cierto del negocio, toda vez que cotejándolo con el resto de las probanzas de la causa, difiere en cuanto a la cantidad de viviendas a construir. Esta irregularidad en la redacción a cargo de los demandantes, puesta de relieve por actos propios de los mismos, y la simultánea imposibilidad surgida para la proyectada edificación al denegar el Ayuntamiento la aprobación del Estudio de Detalle, además de la consiguiente y necesaria licencia de obras, tornaron inexigible la prestación que se

reclama en la demanda, provocando la frustración del fin del contrato, sin culpa del demandado ¹²⁷.

Italia

La promulgación del Código de 1942 no supuso, a pesar de su acusada impronta objetivista, el abandono definitivo de la doctrina de la presuposición. Así, a partir de la segunda mitad del siglo XX, Italia se convirtió en el escenario europeo donde se presentó más viva y ferviente la polémica doctrinaria en torno a la figura de la presuposición como criterio de distribución del riesgo contractual.

Ya dijimos anteriormente que, en opinión de algunos autores, la exposición de motivos del nuevo ordenamiento reveló que los preceptos relativos a la excesiva onerosidad sobrevenida, implicaron el reconocimiento, aunque limitado, de la cláusula *rebus sic stantibus*. Con idéntico temperamento, la jurisprudencia se pronunció a partir de la década del 40, vinculando indistintamente la nueva normativa de los arts. 1467 a 1469 a cualquiera de las dos doctrinas señaladas.

Los jueces peninsulares afirmaron en repetidos pronunciamientos que la doctrina de la presuposición quedó subsu-

¹²⁷ También en este caso compartimos la crítica de los anotadores acerca de la *ratio decidendi* del fallo: si desde la fecha misma del contrato se sabía o pudo saberse, que el terreno no era edificable, es evidente que el arquitecto no cumplió con su prestación de conformidad con la *lex artis*, por lo que el caso pudo resolverse a través de la doctrina del incumplimiento a tenor del art. 1101 del Código Civil español; o bien, por la nulidad si el contrato carecía de objeto preciso y determinado. Además, agregamos nosotros, es ostensible que en la especie, no era de aplicación la teoría de la frustración del fin, si como expresa el Tribunal, la prestación se había vuelto inexigible ante la imposibilidad de alcanzarla. Por este último aspecto, nos parecen acertadas las palabras de los anotadores: “[...] muchos de los problemas técnicos que a veces se intentan resolver mediante la invocación de doctrinas más o menos alambicadas, por ejemplo la de la frustración del fin del contrato, pueden solventarse por vía de la aplicación de la teoría del incumplimiento derivada de los arts. 1101 y concordantes del C. Civil”, R. DE ÁNGEL YAGUEZ - M. ZORRILLA RUIZ, ob. cit., pág. 205.

mida en los arts. 1467 y siguientes del Código de 1942, lo que ha parecido a algunos más bien una afirmación de principios que otra cosa ¹²⁸. No obstante, lo cierto es que después de entrado en vigor el nuevo Código, los tribunales se vieron obligados a aplicar la teoría de la presuposición para solucionar casos que no encontraban respuesta en la mencionada normativa ¹²⁹.

En ese sentido se ha señalado que el remedio legal allí previsto puede dirimir variados inconvenientes derivados de la alteración de la prestación por circunstancias sobrevenidas, pero es inadecuado para solucionar todos los problemas que pueden plantearse en la práctica ¹³⁰.

¹²⁸ Por todos, M. BESSONE, “La funzione delle presupposizioni comuni ad entrambi i contraenti e gli obiter dicta della giurisprudenza”, *Rivista del Diritto Commerciale*, 1979-I, pág. 358, y *Adempimento...*, ob. cit., pág. 308 y ss. Además, véanse las referencias de nuestra nota 47.

¹²⁹ Afirma C. DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, ob. cit., pág. 84, que “[...] sea por la subsistencia de la tantas veces mencionada cláusula, sea por el reconocimiento de la doctrina de la desaparición de la base del negocio, o de la teoría de la presuposición, los tribunales italianos han desarrollado una institución paralela al contenido del Código con el objeto de dar solución a aquellos supuestos que no encajan en su letra al no tratarse en sentido riguroso, de casos de excesiva onerosidad sobrevenida de la prestación”.

¹³⁰ V. ROPPO, *Il contratto*, Milano, Giuffrè, 2001, pág. 1037 y ss.; P. GALLO, ob. cit., pág. 160 y ss., para quien las obligaciones contractuales se encuentran reguladas por el art. 1467, fuera de ellas, la cláusula *rebus* continúa vigente, empero, ni el contenido de aquella norma ni la mentada cláusula, son útiles para resolver todas las cuestiones que puedan plantearse, fundamentalmente las relativas a la base del negocio, o utilizando la terminología anglosajona a la *frustration*, supuestos a los que la jurisprudencia aplica la teoría de la presuposición; M. BESSONE, “*Ratio legis...*”, ob. cit., pág. 77 y ss., sostiene que aun interpretando extensivamente el art. 1467, siempre escapan a su previsión numerosos casos particulares de advenimiento de circunstancias juzgadas incompatibles con el cumplimiento, entre ellos, los muy frecuentes supuestos de trastornos de economía del negocio, verificados por circunstancias descuidadas de sus cláusulas, aunque previsibles según criterios de regularidad causal y de normalidad de evaluación de cualquier hombre medio.

Esta inadecuación se suple, según la doctrina italiana, no a través de soluciones ablativas que liberen al deudor por resolución del contrato, sino mediante otras de más eficaz protección a los intereses implícitos de las partes en el negocio, que sin eliminarlo, despejen el defecto que lo aflige, adecuándolo a las nuevas circunstancias a través de remedios de mantenimiento de la relación contractual ¹³¹.

Utilizando el conocido ejemplo del contrato de compra-venta de terrenos supuestamente edificables, que luego no lo son, se advierte que el negocio no puede resolverse por vía de la condición no cumplida si no se pactó condicionado; ni por la excesiva onerosidad, si no se difirieron en el tiempo las prestaciones; ni tampoco solicitar su anulación por error, pues el yerro en la previsión de eventos futuros no es relevante y cae dentro de los motivos puramente personales. De este modo, las reglas codificadas obligan al adquirente a quedar vinculado a un negocio que lo perjudica. Empero un derecho vivo, se ha dicho ¹³², no puede admitir este resultado injusto. La presuposición ¹³³ permite liberarse de él, si un presupuesto esencial del contrato, la edificabilidad del terreno, ha desaparecido destruyendo su fundamento y privándolo de eficacia.

¹³¹ F. MACARIO, "Rischio contrattuale e rapporti di durata nel nuovo diritto dei contratti: dalla presupposizione all'obbligo di rinegoziare", *Rivista de Diritto Civile*, año XLVIII, 2002-I, pág. 66.

¹³² V. ROPPO, ob. cit., pág. 1038 y ss.

¹³³ F. GALGANO, *Diritto civile...*, ob. cit., pág. 542, y *El negocio jurídico...*, ob. cit., pág. 504, define a la presuposición como "*un presupuesto objetivo del contrato, que las partes han tenido presente en el momento de su conclusión, pero que no lo han mencionado en su texto: al desaparecer aquel presupuesto se reconduce la posibilidad para el contratante que tiene interés de obtener del juez la resolución del contrato*"; R. SACCO - G. DE NOVA, ob. cit., pág. 542 y ss., vinculando la presuposición con los motivos expresan: "[...] *cuando el motivo del contrayente se eleva a presuposición, condicionando el querer pero no expresándolo en el negocio, su venir a menos, somete a éste a una excepción que lo paraliza*".

Este presupuesto esencial del negocio puede ser una situación de hecho o de derecho, presente o futura; no debe contemplarse en el contrato, pero ha de ser compartida por todos, y si fuere asunto de una sola de las partes -por reflejar su exclusivo interés-, por lo menos debe ser conocida por las otras, como valor fundamental para la constitución o la permanencia del vínculo contractual. Además, ha de ser percibido como cierto, ya que si lo percibieran incierto, ello autorizaría a sospechar que han aceptado el riesgo de su inexistencia o desaparición, contra las que luego no podrían sublevarse ¹³⁴.

Pacíficamente se sostiene que el fundamento de la figura se encuentra en el principio de la buena fe objetiva. La buena fe precontractual (art. 1337) obliga a las partes a informar y a informarse sobre presupuestos y riesgos de la operación; la buena fe hermenéutica (art. 1366) ayuda a encontrar el sentido del texto contractual en aras del reparto del riesgo; y si el contenido fuere insuficiente, la buena fe durante la ejecución (art. 1375), por vía de la integración del contrato, puede fundar o bloquear pretensiones de las partes en relación con la desaparición del presupuesto.

Desde esta perspectiva, para la doctrina italiana la figura tiene una dimensión subjetiva, que resulta de los requisitos puestos por la jurisprudencia para valorar las conductas y percepciones de las partes; empero, es objetivo el criterio con el que esas acciones deben evaluarse para reconstruir el

¹³⁴ La Corte de Casación romana consolidó la máxima según la cual *“cuando una determinada situación de hecho o de derecho, aún sin referencia expresa en el contrato, pueda considerarse que ha sido tenida presente por los contratantes en la formación del consentimiento, de forma que constituya el presupuesto común de ambos, su ausencia tendrá relevancia respecto de la existencia y la eficacia del negocio, siempre que se trate de un presupuesto objetivo, consistente en una situación cuya verificación o falta, sea totalmente independiente de la voluntad de los contratantes”* (Cass., 2 de enero de 1986, N° 20, en *Arch. Giurisprudenza Italiana*, 1986, pág. 279 y ss.).

plano del reparto del riesgo acordado, y verificar cuánto de ello hay inmerso en el presupuesto invocado ¹³⁵.

Por ello, se ha caracterizado ¹³⁶ a la presuposición como un tópico típicamente transversal que atraviesa los territorios del error ¹³⁷ y la *sopravvenienza* y sus correspondientes remedios. Además, toca a la condición, a las relaciones entre la voluntad expresa y tácita, a la interpretación e integración del contrato. En fin, a la relación entre causa y motivo: decir que el presupuesto es relevante para la suerte del contrato, es decir que pertenece a la causa y no a los motivos personales de las partes, siempre intrascendentes para el derecho.

En los contratos de larga duración, técnicamente complejos, económicamente comprometedores, difícilmente reversibles, la resolución como remedio ablativo se presenta, como ya dijimos, inidónea para solucionar todos los inconvenientes generados por las circunstancias sobrevenidas. Cuanto más complejo es un contrato de larga duración, tanto más está destinado a ser inevitablemente incompleto, y cuanto más incompleto, más graves son los problemas generados por la relación contractual en el desarrollo de las circunstancias relevantes. Piénsese por ejemplo en una operación de financiamiento a mediano o largo plazo, en el curso de la cual sobrevienen factores inesperados que hacen muy gravosa la posición de quien ha recibido el crédito. La resolución podría llevar a la catastrófica situación de tener que restituir de in-

¹³⁵ Se ha intentado superar la repetida crítica a su naturaleza subjetivista, concibiéndola como una situación de hecho presupuesta del negocio, un conjunto de circunstancias cuya existencia y conservación es necesaria para la realización del objeto, o la finalidad del contrato; por todos, R. SACCO - G. DE NOVA, ob. cit., pág. 544 y ss.

¹³⁶ V. ROPPO, ob. cit, pág. 1041 y ss.; R. SACCO - G. DE NOVA, ob. cit., pág. 543 y ss.

¹³⁷ Pero difiere del error, pues no se trata del conocimiento equivocado de la situación presente en el momento de la celebración del contrato, sino del advenimiento de una situación diversa a la reinante en aquella ocasión. Confr. F. MARTORANO, ob. cit., pág. 69 y ss.

mediato el monto recibido. En estos casos lo más sensato es que el contrato prosiga, con los ajustes necesarios brindados por remedios que apunten a mantenerlo con vida, adecuándolo a las nuevas circunstancias reinantes. La propia legislación italiana provee variados remedios de adecuación del negocio para salvarlo de su desaparición: la rectificación impide la anulación por el error de cálculo (art. 1430); la lesión y la excesiva onerosidad no resuelven el contrato si interviene una reducción por equidad (art. 1450); la imposibilidad parcial sobrevenida de la prestación no provoca la anulación del negocio si se reduce la contraprestación; la venta de una cosa afectada por vicios puede salvarse mediante una reducción del precio (art. 1492); el contrato de obra puede rescatarse ante una variación ostensible en el valor de materiales y mano de obra, mediante una modificación del precio convenido (art. 1660), etcétera ¹³⁸.

La adecuación, impuesta por la ley, solicitada por las partes, o utilizada por el juez, intenta ajustar el contrato para salvarlo, haciéndolo flexible y evitando la rigidez que impone la alternativa entre la cancelación por vía de los remedios ablativos, o su mantenimiento por adecuación a las circunstancias que lo volvieron defectuoso.

La construcción de una relación contractual flexible no depende sólo de las previsiones legales, sino sobre todo de la autonomía privada: el contrato debe preocuparse de su propio futuro, dotándose a sí mismo de elementos de flexibilidad que permitan la autoadecuación de la relación frente a las circunstancias sobrevenidas. Difundidas especialmente en la práctica de los contratos internacionales, las previsiones que en presencia de determinadas circunstancias sobrevenidas hacen saltar los mecanismos de adecuación, son las llamadas cláusulas *hardship*, que suelen incluir supuestos sobrevenidos no contemplados en la ley, o introducir remedios diversos a los legales, como por ejemplo permitir a la parte

¹³⁸ F. MACARIO, "Rischio contrattuale...", ob. cit., pág. 71 y ss.

perjudicada suspender el cumplimiento de la prestación, facultad impensada en el derecho positivo como técnica adecuada.

Si la renegociación prevista en el contrato se produce, surge un negocio modificado y la relación adecuada prosigue. Si, en cambio, fracasa por la postura intransigente de una de las partes, esta actitud puede constituir una violación al deber de renegociar de buena fe, y configurar un supuesto de incumplimiento contractual que lleva inexorablemente a la resolución por culpa del renuente ¹³⁹.

El principio de buena fe ¹⁴⁰ es de trascendental importancia en el campo de las circunstancias sobrevenidas, relativas a contratos de larga duración. Conductas desleales, especulativas o chantajistas lastiman ese principio cardinal del derecho contractual.

Si no hubiere cláusulas de renegociación, la obligación se presenta como una carga legal, y el mecanismo que la inserta en la regulación contractual es la integración. Específica fuente integradora es aquí también, la buena fe.

¹³⁹ Los efectos que se atribuyen a la presuposición son la invalidez o la resolución, pero F. GALGANO, *Diritto civile...*, ob. cit., pág. 546 y ss., sostiene que la figura asume un valor diverso según tenga por objeto una situación presupuesta como existente al momento de la conclusión, o bien sucesivos cambios de la situación original. En el primer caso, el contrato es nulo por falta de causa, careciendo de la función económico-social que le es propia; en el segundo, está afectado por un vicio funcional, que determina la resolución. En igual sentido G. CIAN - A. TRABUCCHI, *Commentario breve al Codice Civile*, Padova, Cedam, 1987, pág. 1259. La jurisprudencia italiana también ha hecho esta diferenciación: "Comune di Regio Emilia c/ Messori", Sentencia del Tribunal de Casación de Roma del 17 de mayo de 1976; en igual sentido, el mismo Tribunal, sentencia del 22 de septiembre de 1981, confr. E. PAOLINI, *La causa del contratto. I grandi orientamenti della giurisprudenza civile e commerciale*, Dir. Francesco Galgano, Padova, Casa Editrice Dott. Antonio Millán - Cedam, 1999, págs. 131 y 138 y ss.

¹⁴⁰ Confr. BESSONE, V. ROPPO, SACCO - DE NOVA, en sus obras citadas en nuestra nota 48.

En puridad de concepto, los casos resueltos por la jurisprudencia italiana más reciente se refieren a supuestos de error sobre circunstancias o situaciones de hecho, que pese a no existir en la realidad, fueron equivocadamente presupuestas al momento de perfeccionarse el negocio, siendo los más frecuentes aquellos en los que existe un yerro sobre el advenimiento acaecido luego de la celebración del contrato, es decir, cuando las circunstancias presupuestas vienen a menos o desaparecen con posterioridad a la conclusión del acuerdo ¹⁴¹.

Para solucionar los conflictos desatados en estos casos puntuales se han propuesto variados argumentos: la existencia de una condición tácitamente convenida ¹⁴², la doctrina del error ¹⁴³, o finalmente una alteración funcional de la causa, que desvirtúa y priva de justificación al intercambio prestacional.

Este último temperamento, que parece gozar del mayor número de corifeos en la doctrina italiana ¹⁴⁴, propugna la resolución del contrato en supuestos de destrucción del sinalagma funcional acaecidos a consecuencia del venir a menos del hecho supuesto, lo que conlleva a la referida alteración funcional de la causa, privando de justificación al intercambio de prestaciones por un evento sobrevenido que las torna inequivalentes entre sí ¹⁴⁵.

¹⁴¹ C. SCOGNAMIGLIO, "Presupposizione...", ob. cit., pág. 130.

¹⁴² F. CARRESI, *Il contratto*, Milano, Giuffrè, 1987, t. I, pág. 276 y ss.

¹⁴³ F. MARTORANO, ob. cit., pág. 91 y ss.

¹⁴⁴ F. GALGANO, *Diritto privato*, 2ª ed., Padova, Cedam, 1983, pág. 311 y ss., y varios de sus colaboradores piensan en idéntico sentido.

¹⁴⁵ Con meridiana claridad expresa el Tribunal de Casación de Roma en "Bruno c/ Benincasa", sentencia del 9 de febrero de 1985, N° 1064, que comentamos más adelante: "La presuposición sólo es reconocida en su acepción totalmente desprovista de su originaria impronta subjetivista, es decir, es algo seguro como instrumento objetivo de interpretación y de control de la validez y de la eficacia de los contratos, que prescindiendo totalmente de las motivaciones subjetivas, se inspira en el criterio del equilibrio de las prestaciones, y de la

Por consiguiente, la presuposición no sería relevante por afectar la voluntad originaria existente al tiempo de perfeccionar el negocio, sino por afectar la causa del contrato ¹⁴⁶. Concretamente, el venir a menos de la presuposición sería un defecto funcional de la causa, que no afecta la génesis del contrato sino su fase de ejecución. Ya no estaríamos ante una limitación de la voluntad, sino ante la desaparición de la función económico-social de un contrato singular ¹⁴⁷.

Desde esta perspectiva, se pretende no tanto garantizar la seguridad, la rapidez y amplitud del tráfico económico, sino más bien su utilidad y una mayor equidad en la distribución del riesgo contractual ¹⁴⁸.

Esta doctrina revitalizadora de la presuposición no refuerza la voluntad individual, sino la causa, ampliando así el

distribución del riesgo, en presencia de una situación de hecho que parece alterar los pactos celebrados entre las partes”, Rivista del Diritto Commerciale, 1985-II, pág. 125, con nota de C. SCOGNAMIGLIO, “Presupposizione...”, ob. cit.

¹⁴⁶ Una referencia concreta a la causa vinculada a la presuposición aparece en la Sentencia del Tribunal de Casación de Roma, N° 4775 del 21 de julio de 1980: “*El recurso de la presuposición entendida como circunstancia admitida por ambas partes como base de la contratación, es indispensable para la búsqueda del verdadero y completo contenido del contrato, realizándose a través de una investigación de la voluntad y sobre todo, de la causa negocial, a la luz del principio de buena fe y el reequilibrio de las posiciones de los contratantes frente a la verificación sobrevenida de la realidad, que parece alterar cuanto se había convenido expresamente*”, Rivista del Diritto Commerciale, 1983-II, pág. 91.

¹⁴⁷ “*La figura de la presuposición, aunque nacida con el florecimiento de los estudios sobre la voluntad como elemento caracterizador del negocio jurídico, debe ser, por el contrario, considerada desde la perspectiva de la causa del contrato, representando aquélla un presupuesto objetivo de la función económico-social del acto de autonomía privada, cuyo venir a menos determina que ya no esté justificado el intercambio de prestaciones*”, L. FERRIGNO, “L’uso giurisprudenziale del concetto di causa del contratto”, Contratto e Impresa, N° 1, 1985, pág. 148, citado por J. GAVIDIA SÁNCHEZ, ob. cit., pág. 564.

¹⁴⁸ J. GAVIDIA SÁNCHEZ, ob. cit., pág. 565, nota 74, destaca que con ello se pretende también suministrar un instrumento más en orden a una mayor protección del contratante más débil, que no llega a conseguir que los términos del contrato reflejen y garanticen todos sus intereses.

ámbito dentro del cual puede operar el control judicial del tráfico económico. Si hay algo que está claro en relación con la causa, ha dicho el eminente profesor Francesco Galgano ¹⁴⁹, es su carácter de valioso instrumento de control heterónimo de la autonomía privada.

Superando el rechazo que tradicionalmente se hizo a la presuposición, por entenderla ligada a motivos subjetivos intrascendentes para el derecho ¹⁵⁰, la jurisprudencia peninsular más moderna le dio acogida con fundamento en las reglas generales de la buena fe para la interpretación y la ejecución del contrato ¹⁵¹.

¹⁴⁹ F. GALGANO, *Diritto privato*, ob. cit., pág. 226 y ss.

¹⁵⁰ La contraposición entre la concepción subjetiva y objetiva de la presuposición, es negada por autores esclarecidos, y calificada como mera ilusión óptica. Así se dijo, que el hecho objetivo imprevisto, se vuelve hecho presupuesto mediante elementos subjetivos, por ejemplo a través del error de la parte, de su falta de previsión, del motivo que lo induce a contratar: acordada la locación del balcón para el día del desfile de coronación, este último está presupuesto en el contrato sólo en cuanto las partes han sabido de la fecha fijada para el evento, ignorado su aplazamiento, o tomado a su cargo el riesgo de su suspensión. Por eso la presuposición se relaciona con la interpretación del contrato, esto es, la reconstrucción de aquello que las partes han tenido presente sin mencionarlo, sin preverlo expresamente, pero dándolo por cierto. Confr. R. SACCO - G. DE NOVA, ob. cit., pág. 544 y ss.

¹⁵¹ No todos se muestran satisfechos con este revalúo de la presuposición en ámbitos judiciales: A. NICOLUSSI, "Presupposizione e risoluzione", *Europa e Diritto Privato*, 2001-4, pág. 843 y ss., mantiene un cierto escepticismo a consecuencia del tratamiento que la jurisprudencia ha venido realizando sobre esta doctrina, definiendo la situación como "confusa y desconcertante". En su opinión, un instituto caracterizado por aspectos tan diversos, vicios originarios y sobrevenidos, distintas consecuencias y efectos, es "poco atendible"; M. BESSONE, "*Ratio legis...*", ob. cit., pág. 77 y ss., recuerda palabras de Kegel que definió a la presuposición como "*un puro y simple adorno, una distracción lexical*". En contra, J. GAVIDIA SÁNCHEZ, ob. cit., pág. 582, para quien la presuposición unida a la causa, presenta interesantes posibilidades: 1) entraña un reforzamiento de la causa, como elemento social del negocio frente al individual representado por el acuerdo de voluntades, permitiendo el control de la circulación de la riqueza; 2) al otorgar significación a las iniciativas de las partes, extiende la operatividad de la causa más allá de la realización de la función económico social del tipo contractual; 3) la causa

Aunque son numerosos los antecedentes judiciales, hemos rescatado los más paradigmáticos ¹⁵²:

1) La Corte de Apelaciones de Turín, el 2 de diciembre de 1987 en el caso “Ciccorelli Catterina” ¹⁵³, estableció que si el contrato fue concluido sobre el presupuesto de la existencia de una determinada situación de hecho o de derecho, debe ser declarado nulo por defecto genético de la causa, si al momento de su conclusión, tal presupuesto en realidad no existía. Así ocurrió en el caso allí ventilado por un contrato preliminar de venta de un local que se pensaba destinar a farmacia, circunstancia determinante para ambas partes, pues ese destino era imposible por impedimentos de tipo administrativo impuestos por la Comuna de Gressan. Estableció el tribunal que el negocio debía resolverse ya que se consumó bajo la legítima expectativa de darle al inmueble prometido en venta, el referido destino merceológico, circunstancia de hecho decisiva, estrechamente vinculada a los intereses específicos de ambos contrayentes e indicado de modo expreso en los planos integrantes del precontrato, que quedó malogrado al desaparecer la autorización comunal para esa explotación comercial. Agregó el tribunal que esta situación de hecho objetiva, emergente del contenido intrínseco del negocio, surge evidente de la rigurosa interpretación de la voluntad de los contratantes, y ha adquirido relevancia tal que condiciona la eficacia del contrato, y se inserta en el contexto de las ventajas y los riesgos asumidos por las partes.

2) El Tribunal de Cremona, el 24 de junio de 1992 en el caso de “Florenza Pigatto” ¹⁵⁴, declaró que es un elemento tí-

actúa como límite, fuera del cual la presuposición sería irrelevante por no afectar la función económico social del acuerdo, y finalmente, 4) se logra poner límites a la objetivización del tráfico, impidiendo el desconocimiento de los intereses de la parte más débil del negocio, por ejemplo, en los contratos por adhesión a condiciones generales.

¹⁵² Hay interesantes reseñas sobre el particular: por todos, M. BESSONE, “La funzione delle presupposizioni...”, ob. cit., pág. 354 y ss.

¹⁵³ E. PAOLINI, ob. cit., pág. 138 y ss.

¹⁵⁴ E. PAOLINI, ob. cit., pág. 110 y ss.

pico del contrato de formación y trabajo la función formativa del dependiente, que unida a la causa del negocio tiene por objeto brindar al trabajador, a través de la enseñanza y la práctica laboral, un determinado grado de profesionalidad en la tarea desarrollada. El contrato celebrado entre las partes carece de validez y existencia, y más bien es nulo por defecto de la causa, cuando la mentada formación laboral, presupuesta en el negocio celebrado, no ocurre porque las tareas encomendadas al trabajador no la requieren, y por consiguiente no puede aprenderlas, o porque ya las hubiere aprendido con anterioridad, a consecuencia de progresivas experiencias laborales previas.

3) Como ya dijimos antes, otros supuestos típicos de aplicación de la presuposición resueltos por la jurisprudencia italiana, y minuciosamente analizados por la doctrina, lo constituyen las compraventas de inmuebles sobre terrenos edificables con la intención de construir, que con posterioridad y debido a variados factores, se tornan inedicables ¹⁵⁵.

En este sentido, y en un interesante precedente, la Corte de Casación de Roma el 11 de agosto de 1990 falló el caso "Piccolo c/ Zava" ¹⁵⁶, declarando nulo el negocio por defecto genético de la causa, en un contrato de compraventa referido a un terreno vendido como parcialmente edificable, cuando tal carácter edificatorio, determinante de la voluntad de las partes en la celebración del contrato, no resultó factible por disposiciones comunales. En la resolución del Máximo Tribunal se señala con claridad que la edificabilidad constituyó un presupuesto del contrato, una condición no desarrollada del negocio, que surge de su contenido y cuya desaparición o

¹⁵⁵ Una interpretación diferente con solución diversa para tales supuestos, excluyendo la presuposición, la brindan G. CIAN - A. TRABUCCHI, ob. cit., pág. 1260 y ss., quienes sostienen que debe verificarse si el carácter edificable del predio constituyó una prestación equiparable a "un resultado debido", en cuyo caso, el contrato podría resolverse por incumplimiento imputable al vendedor, o bien por imposibilidad de cumplimiento no imputable a las partes.

¹⁵⁶ E. PAOLINI, ob. cit., pág. 144 y ss.

falta provoca la caducidad del contrato mismo. No fue ésta una condición expresa del acuerdo referida a una cualidad determinada de la cosa, pero sí un presupuesto que entrañaba una facultad concedida expresamente al comprador, vinculada a la causa del negocio. De este modo, el advenimiento de normas limitativas o abolitivas de la facultad de construir afectó la presuposición y determinó un cambio esencial de la cosa prometida, constituyéndose en causa de anulación por imposibilidad de la prestación. En los contratos sinalagmáticos, la falta del sinalagma genético impide la formación del *vinculum iuris* por defecto originario de la causa, requisito esencial de conformidad al art. 1325 del Código Civil, cuya ausencia importa nulidad según el art. 1418 del mismo cuerpo legal.

Con el propósito de diferenciar causa de motivo, el Alto Tribunal indicó que la primera estriba en la función económico-social del negocio, en el fin que éste persigue en su típica configuración jurídica; el segundo, en cambio, radica en la mera representación subjetiva que induce a la parte a contratar, que al quedar fuera del mecanismo negocial, carece de relevancia jurídica. Los motivos sólo asumen relevancia cuando por ley son idóneos para producir efectos jurídicos, cuando se introducen expresamente en la estructura contractual, cuando se los eleva a condición, o bien cuando el error sobre ellos anula el consentimiento.

Y concluye, si la situación de hecho presumida por los contratantes, constitutiva de una circunstancia implícita y determinante del consentimiento, no existía al momento de la conclusión del negocio, la solución es la nulidad por falta de causa. Pero si la circunstancia presupuesta viene a menos o desaparece sucesivamente en la fase ejecutiva del contrato, debe decretarse la resolución por un hecho no imputable a las partes ¹⁵⁷. La indagación dirigida a establecer si una de-

¹⁵⁷ Se recepta así la opinión de Francesco Galgano aludida en nuestra nota 139.

terminada situación de hecho o de derecho, externa al contrato por no estar manifestada por las partes, ha sido tenida presente por ambas como presupuesto de valor determinante a los fines de la existencia o de la permanencia del vínculo contractual, debe realizarse en el plano propiamente interpretativo del contrato ¹⁵⁸.

4) Un precedente negativo lo constituye “Bruno *c/* Benincasa” ¹⁵⁹, fallado por la Corte de Casación de Roma el 9 de febrero de 1985: en un contrato preliminar de venta el comprador asumía el compromiso previo de demoler lo que en él estaba edificado. Verificada la demolición advirtió que no podría volver a construir en el lugar. Ante el Tribunal y la Corte de Apelaciones de Nápoles, las partes discutieron si la posibilidad de edificar en el terreno luego de la demolición fue o no presupuesto del contrato celebrado. Modificando los criterios de los tribunales inferiores, que dispusieron la resolución del contrato preliminar de venta, la Corte romana entendió que el carácter edificable no constituía en este caso una presuposición común de ambas partes, sino un motivo personal del comprador, jurídicamente intrascendente. La presuposición, enseña la Corte, es un hecho común a ambas partes, que resulta de circunstancias objetivas ajenas a su voluntad, que no prevén de modo expreso en el texto del acuerdo, pero que, sin embargo, dan por cierto en cuanto a su existencia o permanencia. Si tal presupuesto viene a menos o desaparece, por una sobrevenida realidad distinta a la reinante al momento de contratar, se descompone el negocio celebrado y se impone encontrar su verdadero y completo contenido a través del análisis de la causa, a la luz del principio de buena fe y del reparto del riesgo contractual.

¹⁵⁸ E. PAOLINI, ob. cit., pág. 150 y ss., rescata dos antecedentes más de la Corte de Casación en idéntico sentido: “Marin *c/* Toffolin”, del 5 de enero de 1995, y “Spinella *c/* Conticello”, del 8 de agosto de 1995.

¹⁵⁹ Rivista del Diritto Commerciale, 1985-II, pág. 125, con nota de C. SCOGNAMIGLIO, “Presupposizione...”, ob. cit., pág. 132 y ss.-

En la especie, señaló el Tribunal, la convicción de la utilización económica del predio, no fue común a ambas partes, pues del texto del acuerdo y de los antecedentes del caso surgió evidente una alternativa para el comprador respecto del uso que *a posteriori* daría al fundo adquirido: demolición total y reconstrucción, o demolición parcial y restauración. Esta opción supone que la edificabilidad del suelo -enfatisa la sentencia- necesaria a los fines de la reconstrucción, no constituyó un presupuesto cierto, único y común de ambos contratantes, sino sencillamente una esperanza del adquirente. Desde otro ángulo, la petición del permiso urbanístico de construcción reveló que el inmueble objeto del contrato era inedificable o, por lo menos, no era absolutamente cierta su edificabilidad posterior.

1.1.2. Derecho anglosajón

El principio fundamental en el derecho inglés¹⁶⁰ era que el contratante estaba estrictamente constreñido al cumpli-

¹⁶⁰ J. CHITTY, *Chitty on Contracts, General Principle*, "Discharge by frustration", 25ª ed., London, Sweet & Maxwell, 1983, Chapter 23, N° 1521, vol. 1, pág. 830; W. ANSON, *Law of Contracts*, 25ª ed., Oxford, A.G. Guest Clarendon Press, 1979, cap. XIV, "Discharge by frustration", págs. 494 y 495; G. CHESHIRE - C. FIFOOT, *Law of Contract*, 9ª ed. de M. P. Furmston, London, Butterwoths, 1976, pág. 544 y ss.; V. ESPERT SANZ, ob. cit., pág. 41; K. LARENZ, *Base del negocio...*, ob. cit., pág. 116 y ss.; F. DE CASATRO Y BRAVO, ob. cit., pág. 324 y ss.; C. CANO TELLO, "La frustración del fin del contrato", Anuario de Derecho Civil, 1968, vol. XXI, fasc. III, págs. 668 a 682, donde elabora una enjundiosa nota a la obra de V. ESPERT SANZ, citada reiteradamente en esta y en varias referencias anteriores; J. PUIG BRUTAU, ob. cit., pág. 17. En la doctrina nacional, M. GUTTERIDGE, "La revisión de los contratos en el derecho inglés", L.L., 12-107, Sección Doctrina; M. C. GIANFELICI, ob. cit., pág. 50; D. RAY - F. VIDELA ESCALADA, ob. cit., pág. 7 y ss.; J. M. APARICIO, ob. cit., t. II, pág. 314; J. RAY, *Frustración del contrato*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1996, pág. 33 y ss.; L. M. REZZÓNICO, ob. cit., pág. 56 y ss.; A. M. MORELLO, *Ineficacia y frustración...*, ob. cit., pág. 80 y ss.

miento de la obligación, y que a falta de una liberación o limitación contractual de responsabilidad, debía tomar siempre a su cargo las consecuencias de la imposibilidad de cumplir esa obligación, frente al cambio de circunstancias que pudiera haber sobrevenido con posterioridad al perfeccionamiento del negocio.

Cuando la ley generaba una obligación que luego no podía irremediablemente cumplirse, aquella podía liberarlo, pero si la carga emanaba de un acuerdo libremente asumido, el obligado estaba inevitablemente compelido a cumplirla.

La regla era absoluta y el deudor no podía invocar ninguna excepción, aun en supuestos de accidentes u otras contingencias ajenas a su control, que, acaecidas luego de la celebración del contrato, le hubieran impedido cumplirlo. Es decir, era responsable aun por el caso fortuito (*misfortune*) o fuerza mayor (*act of God or the King's enemies*).

Esta doctrina de la inflexibilidad y absoluta necesidad de cumplimiento contractual, fue clásica en el derecho británico y funcionaba como una garantía (*warranty*) de cumplimiento íntegro y en tiempo oportuno, asegurada mediante un deber de resarcimiento de los daños y perjuicios provocados por el incumplimiento.

La garantía asumida era en principio incondicionada, aplicable a todos los casos posibles, con la sola excepción de los excluidos convencionalmente de modo expreso.

Una primera excepción a tan férrea regla se introdujo en el campo, muy importante en Inglaterra, del derecho marítimo¹⁶¹. En él, el capitán del buque no respondía de los impedi-

¹⁶¹ M. GUTTERIDGE, profesor de Derecho Comparado en la Universidad de Cambridge, ha señalado (ob. cit., pág. 109 y ss.): "La noción de *act of God* está tan ligada al sobrevenimiento de acontecimientos catastróficos de naturaleza sobrehumana, tales como tifones, tempestades de nieve, temblores de tierra, tornados, rayos, erupciones volcánicas y otros fenómenos del mismo orden, que fuera del campo de los contratos marítimos, juegan un rol muy pequeño cuando se examinan las causas que impiden la ejecución de un contrato". El rigor implacable del derecho inglés fue atenuándose al dar cabida a una serie de

mentos de la prestación si eran fortuitos o acaecidos por fuerza mayor. En el resto del derecho civil en general, la irreversibilidad del cumplimiento tuvo vigor ilimitado hasta bien avanzado el siglo XIX.

La decisión clásica tuvo consagración expresa en el prototípico *leading case* “Paradine v. Jane” resuelto en 1647, oportunidad en que los jueces establecieron la regla de los “contratos absolutos”¹⁶². El príncipe germano Ruperto invadió con fuerzas armadas el territorio del reino británico y le privó al locatario Jane la tenencia y posibilidad de obtener los frutos del predio arrendado; cuando el locador Paradine lo demandó judicialmente por el cobro del alquiler, pretendió exonerarse aduciendo que se había configurado un hecho inevitable, que le impedía la explotación de la finca y, consecuentemente, pagar la renta. El tribunal lo consideró responsable por ser un hecho cuya exoneración contractual debió preverse, y como nada se había establecido al respecto, debía responder.

Se dijo que si era la ley la que creaba el vínculo, y el obligado no podía cumplir por circunstancias insuperables, ésta podía exonerarlo, pero si el propio interesado creaba su obligación contractualmente, debía responder por no haber previsto la exoneración. La justificación del principio radica en que cada parte en el contrato puede protegerse contra contingencias imprevistas mediante estipulación expresa. Si voluntariamente asumió una obligación incondicional y absolu-

excepciones que van recogiendo para contratos en particular, y que permiten a la doctrina de finales del siglo XIX, afirmar que la imposibilidad sobrevenida -al menos en los contratos de obra y venta de bienes genéricos- es una excusa válida. La evolución de esta situación a lo largo del siglo XIX se estudia detalladamente en P. GALLO, ob. cit., pág. 35 y ss., donde puede encontrarse una amplísima referencia a la doctrina anglosajona.

¹⁶² J. CHITTY, ob. cit., pág. 1522, nota 3; K. LARENZ, *Bases del negocio...*, ob. cit., pág. 119; V. ESPERT SANZ, ob. cit., pág. 42; J. RAY, ob. cit., pág. 40 y ss.; J. PUIG BRUTAU, ob. cit., pág. 364; W. ANSON, ob. cit., pág. 494; M. C. GIANFELICI, ob. cit., pág. 22.

ta, no puede ampararse en un imprevisto evento que pueda perjudicarla.

Es decir, el caso fortuito y la fuerza mayor funcionaban como causales de eximición en los casos de responsabilidad extracontractual, pero no en el campo del derecho convencional si la liberación no se previó expresamente.

El principio de responsabilidad de los contratos absolutos desembocaba en resultados totalmente injustos, y el paso de los años demostró la necesidad de elaborar una doctrina que mitigara su rigor. Se hizo imperativo elaborar un instituto que permitiera la exoneración de las obligaciones contractuales en aquellos casos en que un acontecimiento fortuito o de fuerza mayor impidiera el cumplimiento de la prestación, pese a que la exclusión de la responsabilidad no estuviere prevista contractualmente.

La conocida técnica del derecho anglosajón motivó que esa elaboración fuera obra de la jurisprudencia ¹⁶³, creadora de la nueva doctrina judicial de la vinculatoriedad relativa, que admitió la desvinculación contractual en ciertos supuestos, por ineficacia sobreviniente del negocio motivada en variadas razones, no siempre estrictamente referidas al tema que aquí tratamos, pero que sirvieron de antecedente para fijar el perfil de la figura de la frustración del fin del contrato.

En el derecho inglés se han expuesto en el último siglo y medio varios fundamentos para justificar la morigeración al principio de los contratos absolutos, siendo la sistematización más conocida la propuesta por Anson ¹⁶⁴, que incluye a los siguientes:

¹⁶³ M. GUTTERIDGE, ob. cit., pág. 107 y ss., advierte que los cambios operados en la jurisprudencia inglesa derivan de los métodos empíricos propios del sistema angloamericano, sin formular preceptos generales, considerando cada situación a medida que se presentaba, según reglas que carecen de simetría y que no han conseguido solucionar de modo definitivo todos los problemas presentados.

¹⁶⁴ W. ANSON, ob. cit., pág. 506 y ss.

1. *Teoría de los términos implícitos*: sostiene que en todo contrato existe una condición implícita (*implied condition*), según la cual ante el advenimiento de ciertas situaciones la prestación no puede exigirse. Entre los contratos absolutos o positivos y los condicionados, hay una tercera categoría, la de aquellos en los que las partes contaban con que al tiempo de verificarse la prestación subsistiría un estado de hecho preexistente, indispensable para tornarla exigible. Así, aunque el contrato se haya expresado en términos puros, encierra siempre un elemento condicionante tácito.

Se advierte fácilmente el estrecho correlato de esta construcción con la teoría de la presuposición de Windscheid y la rectificación que a la misma hiciera Oertmann ¹⁶⁵.

Éste fue el temperamento que utilizó el juez Blackburn al sentenciar el caso "Taylor v. Caldwell" ¹⁶⁶ en 1863.

Caldwell había arrendado a Taylor por cuatro noches su local *The Surrey Gardens Music Hall*, con el propósito de que este último organizara cuatro conciertos y fiestas durante esas jornadas en los jardines y auditorio habilitados a ese fin. La destrucción total del local a consecuencia de un voraz incendio un día antes de comenzar las presentaciones, llevó al organizador a reclamar al arrendador el pago de los daños y perjuicios que según la jurisprudencia precedente debía concedérsele. Sin embargo, el juez rechazó la demanda entendiéndolo que la regla sacrosanta del cumplimiento estricto

¹⁶⁵ M. GUTTERIDGE, ob. cit., pág. 111, ha dicho: "*La doctrina de la condición tácita, está expuesta a la crítica de ser artificial. Toda tentativa de determinar lo que pudo haber sido la intención de las partes en el momento de la celebración del contrato y de suponer una cláusula para dar efecto a su intención presunta, puede conducir a dificultades porque en estas hipótesis, el criterio de la intención debe ser siempre objetivo. En otros términos, el reconocimiento de una condición tácita constituye necesariamente lo que un juez escocés ha llamado 'una mentira piadosa'*".

¹⁶⁶ G. CHESHIRE - C. FIFFOOTS, ob. cit., pág. 545 y ss.; L. FULLER - M. EISEMBERG, *Basic Contract Law*, Minnesota, American Casebook Series, 1972, pág. 801; M. GUTTERIDGE, ob. cit., pág. 110 y ss.

de los contratos sólo se aplicaba a las obligaciones de carácter positivo y absoluto, pero no a las sujetas a la condición expresa o implícita de la subsistencia de la cosa objeto del contrato.

Destacaba el juez que las partes debían saber desde la celebración del negocio, que su cumplimiento dependía de la existencia del objeto, y que si éste perecía sin culpa del locador, no había responsabilidad de su parte. En otras palabras, que era algo implícito en la naturaleza de algunos negocios, que ellos dependían para su ejecución de la existencia del objeto sobre el que versaban, a riesgo de estimárselos frustrados. Por primera vez se utilizó la expresión “frustración del contrato” en la doctrina anglosajona.

Igual criterio se sostuvo en “Appleby v. Mayers”¹⁶⁷ fallado en 1867. El demandante se había obligado a instalar en los edificios del demandado maquinarias varias, habiéndose fijado un solo precio por todas las tareas a realizar. Mientras las obras se ejecutaban, un incendio destruyó los edificios y las maquinarias aún no completamente instaladas. El tribunal consideró que las prestaciones contractuales del demandante no podían ser cumplidas si los edificios del demandado no se hallaban en estado apropiado sin culpa de su parte; que el siniestro era entonces un infortunado caso fortuito (*misfortune*), que si afecta a ambas partes, las libera de toda prestación posterior.

El principio se extendió a obligaciones “*intuite personae*” cuando el cumplimiento dependía de los servicios personales de una de las partes y ésta se hallaba imposibilitada de prestarlos por su muerte o enfermedad. Así se resolvieron “Stubbs v. Holywel Railway Co.”¹⁶⁸ en 1867, declarando que la vida humana era condición implícita del contrato, y “Robinson v. Davison”¹⁶⁹ en 1871, sosteniendo que la buena salud de la

¹⁶⁷ J. CHITTY, ob. cit., N° 1522, pág. 832, notas 10, 11 y 12.

¹⁶⁸ W. ANSON, ob. cit., pág. 449.

¹⁶⁹ W. ANSON, ob. cit., pág. 499.

pianista era requisito ineludible para no frustrar el concierto programado.

Sin embargo, fue en el derecho marítimo donde la doctrina de la “*frustration*” tuvo mayor repercusión, porque se extendió a casos en los que no se había producido la destrucción física de la cosa, ni la incapacidad, enfermedad o muerte del obligado. En este ámbito se estimó que la “*commercial adventure*”, prevista por las partes, no podía concretarse.

Así, en “*Jackson v. Union Marine Insurance Co. Ltd.*”¹⁷⁰ fallado en 1874, se decidió la frustración de un contrato de fletamento. El buque debía navegar entre Liverpool en Inglaterra y Newport en EE.UU. para embarcar y transportar un cargamento de rieles de hierro a San Francisco. Al día siguiente de zarpar de Inglaterra el buque encalló en la Bahía de Carnavon y demoró seis semanas en ser reflotado y seis meses más en ser reparado para estar en condiciones de realizar el viaje. Entretanto, los fletadores enviaron otro buque y los fletantes reclamaron de los aseguradores el cobro del flete, que estaba asegurado sobre la base de que el mismo se había perdido por “*peligro de mar*”. El tribunal entendió frustrado el contrato interpretando que los fletadores no estaban obligados a esperar tanto tiempo para su cumplimiento, pues debía interpretarse que el plazo sería el razonable para realizar el trayecto entre ambas ciudades, declarando entonces resuelto el convenio.

2. *Teoría de la solución justa y razonable*: una posición más radical estima que el tribunal tiene un poder calificante, capaz de determinar la naturaleza obligatoria del negocio y resolver según un sentido justo y razonable ante la situación planteada por el cambio de circunstancias. El juzgador posee la facultad de apartarse de los términos del contrato, modificando el vínculo obligatorio si éste deviene injustificado al desaparecer su fundamento¹⁷¹. Naturalmente esta tesis fue

¹⁷⁰ W. ANSON, ob. cit., pág. 497; J. CHITTY, ob. cit., N° 1523, pág. 832.

¹⁷¹ W. ANSON, ob. cit., pág. 510, recuerda las palabras de Lord Denning al fallar “*British Movietone News Ltd. v. London and Districts Cinemas Ltd*”:

tenazmente combatida, en especial por la Cámara de los Lores en honor a la seguridad en la contratación.

3. *Teoría de la desaparición de la base del contrato*: sostiene que el contrato queda frustrado cuando se quiebra el supuesto de hecho que ambas partes tuvieron en cuenta al perfeccionar el acuerdo, tornándose entonces la prestación en carente de fin o sentido, y el resultado querido en inasequible. Fue el criterio sustentado por la Corte en “*Tatem Ltd. v. Gamboa*”¹⁷²; durante la Guerra Civil Española el Gobierno de la República fletó, el 1º de julio de 1937 y por treinta días, un buque para evacuar a la población civil del norte de España a puertos franceses, a un costo de 250 libras por día. El 14 de julio de ese año, las fuerzas nacionales de Franco apresaron el buque en el puerto de Bilbao hasta el 14 de septiembre de 1937. Mientras los dueños reclamaron el alquiler completo, los demandados pidieron la liberación por entender que el largo tiempo durante el cual el buque estuvo varado había frustrado el negocio y convertido el contrato en otro diferente, criterio que fue admitido por el juez J. Goddard¹⁷³ para

[...] aunque el contrato pueda ser absoluto en sus términos, no lo es en sus efectos, y no se vislumbra el día en que se pueda consagrar una injusticia imprevisible, diciendo a quien deba sufrir: Es por su propia tontería, Ud. no debió usar esa terminología y debió incluir una cláusula expresa para protegerse [...]”; G. CHESHIRE - C. FIFOOTTS, ob. cit., pág. 545, transcribe las opiniones de Lord Wright: “*El acontecimiento o evento es algo que sucede en el mundo de los hechos, y debe ser entendido como tal por el Juez. Sus efectos respecto del contrato dependen del significado que se le asigne a éste, siendo ello un asunto de derecho. Para sostener la existencia o no de la frustración en un caso determinado habrá que estar al análisis del acontecimiento y a su relación con el contrato expreso de acuerdo con mentes experimentadas e informadas*”, su voto en “*Denny Mott & Dickson Ltd. v. James Fraser Co.*”; y en una declaración extrajudicial, fue más claro todavía: “*[...] el Tribunal o el Jury como juez de los hechos decide la cuestión de acuerdo con lo que, a su juicio, parece ser justo y razonable. El Juez tiene su criterio personal de razonabilidad. El Tribunal en este sentido está elaborando el contrato por las partes, aunque sea una blasfemia lo que estoy diciendo*”.

¹⁷² J. CHITTY, ob. cit., N° 1531, pág. 838; V. ESPERT SANZ, ob. cit., pág. 60 y ss.

¹⁷³ Son recordadas las palabras del juez J. Goddard: “*Si la base del contrato desaparece sea por la destrucción del contenido, por la larga interrupción,*

rechazar la demanda por desaparición del fundamento del contrato.

4. *Teoría del cambio de las obligaciones*: según esta tesis el contrato se malogra cuando las circunstancias convierten el cumplimiento de la obligación en algo radicalmente distinto de lo que se convino contractualmente. Si a la luz de las circunstancias que prevalecían al contratar, y en función de las nuevas que no fueron previstas, se llega a la conclusión de que la obligación está objetivamente desnaturalizada, el contrato debe resolverse. Fue el temperamento seguido en “Davis Contractors Ltd. v. Fareham U.D.C.”¹⁷⁴ resuelto en 1956: en un contrato de obra las partes acordaron una suma alzada para edificar setenta y ocho viviendas en ocho meses, sujeto a la condición de que se obtuvieran la mano de obra y materiales suficientes. La sobrevenida carestía de estos últimos, sin incidencia alguna de las partes, elevó el plazo de ejecución a veintidós meses e incrementó el precio a 17.000 libras. El dueño demandó la frustración del contrato por su duración excesiva y variación del precio; los demandados resistieron la pretensión, aduciendo que como máximo debería limitarse el precio a la suma alzada. El arbitraje de primera instancia determinó que la base del contrato había desaparecido; la Corte de Apelación sostuvo que no había frustración,

o por la demora causada, transformándose totalmente la ejecución como si se tratase de un contrato distinto, y, no habiendo las partes previsto lo que sucedería ante el acaecimiento de dicho hecho, la ejecución del contrato debe reputarse frustrada”, G. CHESHIRE - C. FIFOOT, ob. cit., pág. 546.

¹⁷⁴ W. ANSON, ob. cit., pág. 514; M. GUTTERIDGE, ob. cit., pág. 110, refiriendo a los contratos afectados por las consecuencias de la Primera Guerra Mundial manifiesta: “*En ellos no se trataba de la destrucción de una cosa cierta, o la no realización de un estado de cosas considerado previamente. El problema nacía del hecho que la ejecución había sido retardada en tal forma por las hostilidades que, aunque en el sentido estricto de la palabra era posible reiniciar la ejecución en momentos de paz, las condiciones en que la ejecución debía efectuarse eran completamente distintas de las existentes al momento de celebrar el contrato [...]*”; T. NEVILLE, *Leadig Cases in a mutshell contracts*, London, 1962, pág. 75 y ss., citado por V. ESPERT SANZ, ob. cit., pág. 61 y ss.

pero la Cámara de los Lores retomó el primer criterio, con voto de Lord Radcliffe en cuyo tramo más elocuente expresa: “[...] Y así, quizás sea más simple decir que la frustración tiene lugar cuando la ley reconoce que sin falta de ninguna de las partes contratantes, una obligación ha resultado imposible de cumplirse a consecuencia de que circunstancias básicas para el cumplimiento, han convertido la prestación en algo radicalmente diferente de aquello sobre lo que primitivamente versaba el contrato”¹⁷⁵.

De esta reseña se deduce que la doctrina de la frustración del contrato en el derecho anglosajón es un concepto “*general*”, que se refiere a diferentes supuestos de ineficacia sobrevenida del negocio y que ha sido elaborado fundamentalmente por obra de los jurisconsultos que estudiaron aquellos casos en los que un contrato pierde su eficacia a consecuencia de ciertos acontecimientos o circunstancias que con posterioridad a su perfección, hacen que su cumplimiento devenga ilegal, imposible o estéril, comercial o económicamente.

Anson¹⁷⁶ cita los siguientes casos en los que los tribunales ingleses declararon la ineficacia contractual a consecuencia de hechos frustrantes sobrevenidos:

1) Cuando la prestación objeto del contrato se ha hecho imposible a consecuencia de la destrucción de la cosa en la que esencialmente consistía la prestación. Es emblemático el caso “Taylor v. Caldwell” antes citado.

2) Supuestos en los que el objeto del contrato adolece de inaptitud sobrevenida para cumplir su misión económica. Así, en “Nickoll v. Ashton Edridge and Co.” una determinada carga tenía que ser transportada en un buque que fortuitamente sufrió daños que lo inhabilitaron para el transporte. El tribunal sostuvo que esa inaptitud fortuita y sobrevenida del navío había sido causa suficiente para la resolución del contrato.

¹⁷⁵ G. CHESHIRE - C. FIFFOOTS, ob. cit., pág. 548.

¹⁷⁶ W. ANSON, ob. cit., pág. 498 y ss.; V. ESPERT SANZ, ob. cit., pág. 52 y ss.

3) Cuando se ha destruido el riesgo mercantil natural (“*frustration of the adventure*”), propio del derecho marítimo -extendido luego a otras ramas del comercio-, que se verifica cuando el deudor debe satisfacer una prestación esencialmente diferente a la originariamente convenida. Fue el argumento utilizado en “*Jackson v. Union Marine Insurance Co. Ltd*” antes comentado, y en “*Bank Line Ltd. v. Arthur Capel & Co.*”¹⁷⁷ resuelto por la Cámara de los Lores en 1919.

En este último caso, los propietarios del vapor *Quito* acordaron arrendarlo por doce meses, comprometiéndose a entregarlo después del 1 y antes del 30 de abril de 1915; caso contrario, los locatarios tendrían derecho a cancelar el negocio. Si por circunstancias imprevistas el buque era requisado por el Gobierno durante la vigencia contractual, los arrendatarios se reservaban el derecho de resolver el negocio. El navío no estuvo listo el 30 de abril pero los locatarios no optaron por la resolución, y el 11 de mayo el vapor fue requisado por el Gobierno británico. Al ser liberado en septiembre, los propietarios dispusieron venderlo y fueron demandados por los arrendatarios por incumplimiento contractual. El juez de primera instancia sostuvo que la requisita gubernamental había resuelto el fletamento, pero la Corte de Apelación revocó

¹⁷⁷ J. C. SMITH - J. A. C. THOMAS, *A casebook on contracts*, 2ª ed., London, 1961, pág. 350, citado por V. ESPERT SANZ, ob. cit., pág. 52; M. GUTTERRIDGE, ob. cit., pág. 111, expresa que “*Si en estos casos los tribunales exigieran la ejecución en las nuevas condiciones, crearían en realidad un nuevo contrato entre las partes*”, y cita como antecedente “*Metropolitan Water Board v. Dick Kerr*”, fallado por la Cámara de los Lores en 1918: los demandados se habían obligado a construir un estanque para los actores antes de iniciarse la guerra de 1914; debido a las acciones bélicas se hallaron en dificultades para honrar su compromiso en el tiempo y modo previstos. Sus obreros fueron llamados a las armas y su material requisado para la guerra. El trabajo debió ser abandonado. Al finalizar las hostilidades, la situación había cambiado completamente: los obreros estaban dispersos, los salarios y materiales habían aumentado considerablemente, y las máquinas necesarias para continuar la construcción, eran prácticamente inhallables: la ejecución era completamente distinta a la convenida. El Tribunal resolvió el contrato, interpretando que las prestaciones se habían modificado esencialmente, sin culpa de las partes.

esa decisión haciendo lugar a la demanda de los locatarios. La Cámara de los Lores, sin embargo, volvió a la solución inicial, entendiendo que la requisita había vuelto la prestación en algo completamente diferente a lo pactado en su origen.

4) Cuando por un cambio en la legislación la prestación del contrato resulta ilegal bajo el imperio del nuevo ordenamiento. La guerra fue un factor que frecuentemente provocó la ilegalidad sobrevenida. Se suele citar como caso paradigmático “Corneluis v. Banque Franco-Serbe”¹⁷⁸ resuelto en 1942, que dispuso que el tenedor de un cheque contra un banco de Holanda no podía obtener su pago en ese país ocupado, al devenir tal gestión en ilegal. La Cámara de los Lores en varias ocasiones resolvió en este sentido: “*Es justo -sostiene Lord Macmillan- que un contrato que estipula realizar una actividad que se ha transformado en ilícita no pueda ser legalmente exigible. No puede haber incumplimiento cuando no se ejecuta aquello que la ley prohíbe hacer*”¹⁷⁹. Así sucedió, por ejemplo, en un contrato de venta de mercaderías que debían ser embarcadas en el extranjero, cuando el Estado prohibió la importación o declaró la guerra al país de origen.

5) Cuando se ha celebrado un contrato bajo una condición implícita, no expresada, y ésta no se cumple. Así ocurre cuando el fin que un contratante se proponía conseguir, y que era conocido por el otro, no se obtiene a consecuencia de la desaparición o no verificación de un estado de hecho con el que se contaba, y que constituye la base del negocio celebrado. En ese grupo se ubican los celeberrimos “Casos de la Coronación”, fallados todos en 1903¹⁸⁰.

¹⁷⁸ V. ESPERT SANZ, ob. cit., pág. 55.

¹⁷⁹ G. CHESHIRE - C. FIFFOOTS, ob. cit., pág. 552, cita la opinión de Lord Macmillan *in re* “Denny Mott & Dickson Ltd. v. James B. Fraser & Co. Ltd”, fallado en 1944.

¹⁸⁰ G. CHESHIRE - C. FIFFOOTS, ob. cit., pág. 545 y 549; K. LARENZ, *Base del negocio...*, ob. cit., pág. 125; M. GUTTERIDGE, ob. cit., pág. 110 y ss., sostiene que en los Casos de la Coronación los tribunales ingleses extendieron la teoría de la cláusula tácita, admitida hasta entonces sólo para hipótesis de existencia

Luego del prolongadísimo reinado de Victoria (1837-1901), Inglaterra organizaba, con los fastos acostumbrados, la ceremonia de asunción de su primogénito llamado al trono como Eduardo VII.

Los festejos que se llevarían a cabo en Londres incluían básicamente un desfile militar organizado para los días 26 y 27 de junio de 1902, y una revista naval de la flota inglesa, que se hallaba en la Bahía de Spithead, prevista para el día 28 de junio. El día 24 los festejos se suspendieron por enfermedad del Rey, que fue operado ese mismo día. La coronación no se celebraría hasta el 9 de agosto.

En ese contexto histórico se decidieron estos auténticos *leadings cases*, precursores de nuestro tema de investigación, que son básicamente tres:

El primero de ellos es “Krell v. Henry”: el día 17 de junio de 1902 Henry vio un anuncio en las ventanas del piso de Krell, sito en el N° 56 de Pall Mall, que las ofrecía en alquiler para ver el desfile de la Coronación, cuyo itinerario incluía esa arteria céntrica de Londres. El día 20 de junio celebraron un contrato de locación para el uso de las ventanas durante los días 26 y 27, aunque en el documento no se hacía referencia expresa al desfile. El precio se pactó en 75 libras, pagaderas 25 al contado y 50 durante la jornada del día 24. Suspendido el desfile ese día, el dueño reclamó el pago de las 50 libras pendientes y el arrendatario reconvino por las 25 ya canceladas.

El juez Darling acogió la petición del arrendatario y su derecho a la devolución de las 25 libras pagadas. La Corte estimó aplicables los fundamentos del caso “Taylor v. Caldwell”, declarando frustrado el contrato, y disponiendo que no correspondía el pago del saldo del precio, ni tam-

prolongada de una cosa cierta, a la existencia prolongada de un acontecimiento especial, como el cortejo real considerado en ellos objeto esencial del acuerdo; V. ESPERT SANZ, ob. cit., pág. 45; M. C. GIANFELICI, ob. cit., pág. 24; J. M. APARICIO, ob. cit., t. II, pág. 310 y ss.; J. RAY, ob. cit., pág. 48; L. M. REZZÓNICO, ob. cit., págs. 14 y 58; M. R. REY, ob. cit., pág. 13; A. M. MORELLO, *Ineficacia y frustración...*, ob. cit., pág. 86.

co la devolución del monto ya cancelado por el locatario, inmovilizando así los efectos aún no producidos del negocio. Lord Williams Vaughan, ponente en última instancia en la Cámara de los Lores, ratificó lo resuelto por la Corte de Apelaciones. Estimó que el arrendamiento se celebró con el único propósito de ver el desfile, que esta finalidad constituyó el fundamento o base del contrato, a punto tal que podría considerarse que la materia del negocio era “habitaciones para ver el desfile de la Coronación”, pues resultaba inimaginable que los contratantes hubieren contemplado la posibilidad de que la procesión real no tuviera lugar en el día e itinerario anunciados.

En el segundo caso, “Chandler v. Webster”, el primero alquiló al segundo una habitación para presenciar el desfile de la Coronación el 26 de junio de 1902 por la suma de 141 libras y 15 chelines, de las cuales el inquilino ya había pagado 100 cuando se canceló el cortejo real el día 24. El arrendatario demandó la devolución de lo abonado por fallo en la “*consideration*” -contraprestación equivalente que debe recibir quien hace una promesa-¹⁸¹ y el arrendador reconvino por la cancelación del saldo impago. La Corte de Apelación rechazó la demanda y admitió la reconvención, con fundamento en que el derecho del demandado al pago total de la renta se había perfeccionado antes de que el desfile se cancelara, y en que el efecto fundamental de la frustración no era declarar la nulidad *ab initio* del contrato, sino relevar a las partes de ulteriores prestaciones¹⁸².

¹⁸¹ Sobre la trascendencia de la “*consideration*” en el derecho anglosajón, y su vinculación con la causa del contrato, confr. G. CHESHIRE - C. FIFFOOTS, ob. cit., pág. 62 y ss.; F. DE CASTRO Y BRAVO, ob. cit., pág. 174, N° 227; H. HERRAIZ, “Causa y consideration”, L.L., 111-1000; J. M. APARICIO, ob. cit., t. II, pág. 314 y ss.

¹⁸² Entre nosotros, hay autores que estiman que los dos casos referidos no pueden incluirse en el elenco de los supuestos de frustración negocial, desde que “*la locación concluye por imposibilidad del destino especial para el cual la cosa fue expresa o tácitamente arrendada*”, de conformidad al art. 1604, incs. 4 y 6, del Código Civil, confr. L. M. REZZÓNICO, ob. cit., pág. 58, nota 32 bis.

En el tercer caso, “Herne Bay Steamboat Company v. Hutton”¹⁸³, se había anunciado públicamente que la revista naval con motivo de la Coronación de Eduardo VII se haría en la Bahía de Spithead el día 28 de junio. El demandado alquiló el buque *Cynthia*, de propiedad de los actores, con el objeto de llevar pasajeros a ver la revista y pasar un día de excursión alrededor de la flota, pactándose un precio de 250 libras, pagaderas 50 de contado y el resto antes de que el barco abandone la ensenada de Herne Bay. Al hacerse pública la suspensión de la coronación, los dueños del barco telegrafiaron al demandado informando que éste estaba listo para zarpar a las 06:00 a.m., pero Hutton no respondió y los dueños reclamaron las 200 libras restantes.

El demandado alegó que había fallado completamente la “*consideration*”, pues era evidente la imposibilidad de hacer la revista naval el 28 de junio. En primera instancia se dio la razón al locatario, pero la Corte de Apelaciones revocó la resolución, ordenándole abonar las 200 libras restantes descontando los beneficios que hubieren obtenido los actores por el uso del barco durante aquella jornada.

El tribunal justificó la variación de temperamento respecto de los casos de locación de las ventanas, en el hecho de que facilitar a los curiosos la contemplación de la revista de la Flota Inglesa era sólo el fin unilateral del locatario, pero no la base del negocio, como elemento esencial tenido en miras por ambos contratantes. El puesto de ventanas sólo podía locarse para contemplar el desfile de coronación; el alquiler del barco, en cambio, era un fin normal, habitual y hasta carente de interés para el dueño de la embarcación. Se dijo incluso que aun sin revista, la Flota estaba allí y merecía ser visitada, y si aquella no se realizaba, era un riesgo que el fletador debía soportar.

Es necesario resaltar que mientras en el caso del alquiler de las ventanas de Pall Mall, el hecho de que el contrato nada

¹⁸³ J. CHITTY, ob. cit., N° 1547, pág. 849.

explicitara acerca de la finalidad de ver el desfile no impidió a la Corte declarar frustrado el negocio, en este último antecedente, a pesar de la referencia contractual expresa de presenciar la revista naval, el tribunal entendió que el objetivo era pasear alrededor de la flota que se hallaba en la Bahía de Spithead, objetivo sobreentendido como habitual y frecuente para la locación de un buque.

Hay una sutil distinción que la Corte de Londres utilizó para arribar a resultados diversos: la celebración del desfile era una circunstancia extraordinaria, anormal e insólita en la vida ciudadana, que provocó la vinculación entre las partes en conflicto y que debe rescatarse aunque no estuviere prevista expresamente en el acuerdo; el arriendo del barco, en cambio, si bien coincidió con otras celebraciones previstas para la asunción real, era un hecho habitual y frecuente en el arriendo de embarcaciones. Por otro lado, tampoco puede soslayarse la circunstancia de que la suspensión del desfile real volvía inaprovechable la prestación en el supuesto de las ventanas; en cambio, la realización del crucero para avistar los navíos era una prestación que, aun suspendida la revista naval, podía todavía cumplirse.

Las circunstancias fácticas pudieron ser similares, pero las finalidades que perseguían ambos negocios y la viabilidad de sus prestaciones eran, sin dudas, distintas.

Para perfilar la doctrina de la frustración, el derecho anglosajón se ocupó de fijar los supuestos en que el instituto no puede aplicarse, sirviéndose también en este caso de los aportes jurisprudenciales ¹⁸⁴:

1. El primer supuesto lo constituye la frustración autoinducida (*self-induced frustration*), que ocurre cuando alguno de los contratantes ha sido responsable de causar el hecho frustrante.

El punto surge patente en “Maritime National Fish Ltd. v. Ocean Trawlers Ltd.”: la actora contrató con la demandada

¹⁸⁴ G. CHESHIRE - C. FIFOOTTS, ob. cit., pág. 553; V. ESPERT SANZ, ob. cit., pág. 56.

el fletamento de un barco pesquero de arrastre no apto para ese fin si no contaba con la pertinente red de arrastre. Ambas partes tenían conocimiento que la falta de la red configuraba una infracción legal, a menos que contaran con un permiso expedido por la Secretaría de Pesca del Ministerio de Canadá. El actor propietario de cinco buques tramitó los permisos correspondientes, pero le fueron concedidos sólo tres. Al identificar los buques autorizados omitió consignar el barco arrendado. Imposibilitada la prestación, por falta de licencia, esgrimió que el contrato se había frustrado por la negativa del Ministerio de otorgar todos los permisos tramitados. Los arrendatarios vencieron en el juicio en última instancia, pues el Comité Judicial del Consejo Privado sostuvo que no había frustración, ya que el acontecimiento frustrante era de conocimiento de las partes desde el inicio del acuerdo, y en definitiva, había tenido lugar por iniciativa de los propios dueños.

Si la conducta del agente que imposibilita realizar la prestación es plenamente consciente o hasta dolosa, es obvio que no podría invocársela para eximirse del cumplimiento de las obligaciones, pero cuando aquella es meramente negligente o culposa, resulta difícil precisar si puede o no tener efecto liberatorio el acontecimiento frustrante. Así, en “Joseph Constantine Steamship Line v. Imperial Smelting Corporation Ltd.” se afirmó en relación con la gravedad de la falta: *“La variedad de actos que pueden producir una imposibilidad de cumplimiento es infinita, y va desde el acto criminal del que abre una válvula y hunde un barco, hasta la insensatez de una prima donna que se expone a una corriente de aire y pierde la voz [...]”*¹⁸⁵.

Por otro lado, y como es jurídicamente indiscutible, va de suyo que corresponde a quien alega la frustración autoinducida la carga probatoria de la culpa del contrario¹⁸⁶.

2. Tampoco puede esgrimirse la defensa cuando el acontecimiento frustrante no constituye la base del negocio por comprender sólo la intención de una de las partes contratantes.

¹⁸⁵ V. ESPERT SANZ, ob. cit., pág. 56.

¹⁸⁶ G. CHESHIRE - C. FIFFOOTS, ob. cit., pág. 554.

Para este supuesto suele citarse “Blackburn Bobbin Co. Ltd. v. Allen (TV) and Sons Ltd.”: el demandado vendió y se comprometió a entregar al demandante en Hull, Gran Bretaña, una cantidad de tablones de abeto de Finlandia, pero no le fue posible cumplir su compromiso pues la guerra cortó la fuente de aprovisionamiento desde el país nórdico. El comprador no sabía que la madera era importada de Finlandia y que ese tipo de mercadería no existía en *stock* en Inglaterra. La Corte de Apelación sostuvo que no había frustración, que se trataba de un caso de imposibilidad de cumplimiento por caso fortuito, y que si ambas partes hubieran conocido la procedencia de los tablones, podrían haber previsto el hecho como imposible.

3. Finalmente, se plantea la jurisprudencia inglesa, si el instituto puede aplicarse a contratos de los que surge una relación o derecho real referente a inmuebles, concretamente, a los *leases*, especie de concesiones superficiales de carácter temporal.

El caso prototípico lo constituyó “Crickelwood Property and Investment Trust Ltd. v. Leighton’s Investments Trust Ltd.”, resuelto en 1945: en mayo 1936 se celebró un contrato de locación, por medio del cual se otorgaba una concesión por 99 años para la construcción de un complejo edilicio. Antes de iniciarse la construcción, estalló la guerra de 1939 y la Ley de Defensa del Reino impuso restricciones gubernamentales en la entrega de materiales que tornaron imposible la edificación de los locales comerciales que se planeaba levantar. Los concedentes demandaron el pago del canon y los concesionarios se excepcionaron esgrimiendo la frustración del negocio. En primera instancia y en la Corte de Apelaciones se resolvió que la doctrina no podía aplicarse a un supuesto de derechos reales. La Cámara de los Lores ratificó el criterio, sosteniendo que la restricción en la entrega de materiales duraría poco tiempo en relación al plazo contractual, tornando inviable el instituto.

La resolución estuvo precedida de un acalorado debate relacionado con la admisión de la *frustration* en ese tipo de negocios. Algunos, como el Vizconde Simon y Lord Wright,

sostuvieron que su aplicación era posible sólo en casos excepcionales, como por ejemplo si la ley antedicha hubiere prohibido la provisión de materiales por todo el periodo del *lease*; mientras que otros, como Lord Russell y Lord Goddard, opinaron que la doctrina nunca es aplicable a los contratos de los que surge una relación real, pues éstos crean un auténtico derecho sobre la cosa, y las relaciones personales entre el propietario y el concesionario son meramente incidentales, por lo que si alguna de ellas se vuelve imposible, la de naturaleza real permanece siempre inalterable impidiendo la admisión de la figura. Las vacilaciones judiciales muestran con claridad cuán dudoso es el problema de la aplicación de la doctrina a los contratos con contenido de relación real.

Circunscribiéndonos ahora a los efectos, estiman los comentaristas ¹⁸⁷ que la teoría de la *frustration* inglesa genera una ruptura (*discharge*) automática del contrato, incluso contra la voluntad de las partes, que no podrían continuar la ejecución si el negocio fue declarado frustrado por los jueces.

El acuerdo queda extinguido siempre para el futuro, desde que no es reputado nulo *ab initio*. Ha nacido válido, pero sobreviene su final automático y abrupto cuando la prestación queda frustrada, y es por ello que las partes sólo deben cumplir las obligaciones con vencimiento anterior a la ocurrencia del hecho frustrante, en virtud del principio de los derechos adquiridos, pero no las exigibles *a posteriori*. Así ocurrió, por ejemplo, en “Chandler v. Webster”, donde el demandado triunfó en su reconvencción por el pago total del alquiler, al estimar el tribunal que el derecho de pago se había perfeccionado antes de la suspensión del desfile.

Sin embargo, la solución dada en ese antecedente causó insatisfacción generalizada. Pese a la crítica, recién en 1942 la Cámara de los Lores abandonó la regla que sostenía que el contrato tenía plena vigencia hasta el momento de verificar-

¹⁸⁷ G. CHESHIRE - C. FIFFOOTS, ob. cit., pág. 565 y ss.; V. ESPERT SANZ, ob. cit., pág. 63 y ss.; J. RAY, ob. cit., pág. 71 y ss.

se el hecho frustrante, al sentenciar el caso “Fibrosa Spolka Akeyjna v. Fairbairn Lawson Gombe Barbour Ltd.”¹⁸⁸. El antecedente tuvo singular importancia por coincidir con la sanción de una ley del Parlamento facultando a los tribunales a recomponer las relaciones económicas entre las partes en algunos supuestos de frustración.

Los hechos fueron así: en julio de 1939 la compañía inglesa Fairbairn, fabricante de maquinaria textil, celebró un contrato con Fibrosa, una fábrica polaca de tejidos, mediante el cual se convino la venta e instalación de una maquinaria en la ciudad de Gdynia, Polonia. La operación se acordó en 4800 libras, y la firma polaca abonó a la inglesa 1000 libras a cuenta del precio.

La entrega debía formalizarse 3 o 4 meses después, luego de ultimados ciertos detalles de fabricación. El 3 de septiembre de 1939 Inglaterra declaró la guerra a Alemania, y unos días antes las tropas del III Reich invadieron Polonia y ocuparon la ciudad de Gdynia. Como el contrato devino de imposible cumplimiento, la empresa polaca solicitó a la inglesa la devolución de las 1000 libras, y la firma británica se opuso alegando que había incurrido en elevados gastos para preparar la máquina encomendada. Así, Fibrosa demandó a Fairbairn en Inglaterra y la defensa de esta última invocó el precedente “Chandler v. Webster”. En primera instancia la demanda fue rechazada con fundamento en el precedente judicial citado, pero en apelación, la Cámara de los Lores recibió el criterio de la accionante, condenando a Fairbairn a devolverle a la empresa polaca la suma que ésta había pagado, sosteniendo que ese reintegro no derivaba del contrato, sino del pago sin causa, puesto que como el convenio no podía ser cumplido, no había razón para que la empresa inglesa retuviera lo pagado. El Vizconde Simon hizo una encendida crítica de la sentencia “Chandler v. Webster”, sosteniendo que si

¹⁸⁸ J. PUIG BRUTAU, ob. cit., pág. 368 y ss.; V. ESPERT SANZ, ob. cit., pág. 64; J. RAY, ob. cit., pág. 72 y ss.

bien los compradores recuperaron lo pagado, no se hizo justicia, pues los fabricantes quedaron sin compensación por los gastos realizados para la ejecución del contrato, erogados antes del hecho frustrante ¹⁸⁹.

Veremos enseguida, al tratar los antecedentes legislativos extranjeros, que el derecho anglosajón terminó admitiendo también, por vía facultativa del tribunal interviniente, el resarcimiento de gastos provocados en el decurso del cumplimiento del contrato o en la etapa de su preparación.

1.2. Nacionales

1.2.1. *Recepción del instituto en la doctrina nacional*

Actualmente se advierte un especial interés en nuestra doctrina por el estudio de la frustración del fin del contrato. Varias publicaciones recientes revelan la atracción que esta vicisitud suscita entre nuestros doctrinarios. Las recurrentes modificaciones de las condiciones socioeconómicas por las que atravesó nuestro país en los últimos treinta años, han incentivado la reflexión sobre el tema, generando una profusa literatura jurídica en la que se propone, no siempre con acertado criterio, la aplicación de la doctrina de la frustración del fin a los frecuentes conflictos que aquellos avatares han provocado en el mundo negocial argentino.

Las opiniones de varios autores nacionales ya han sido expuestas en cada uno de los tópicos tratados, y continuaremos refiriéndonos a ellas y a otras en los restantes puntos de nuestro trabajo, haciendo en cada caso su análisis crítico.

Las obras doctrinarias que abordan la figura pueden dividirse en dos categorías: las que la estudian específicamente y aquellas otras que, por revestir el carácter de obras ge-

¹⁸⁹ W. ANSON, ob. cit., pág. 518.

nerales, la incluyen como supuesto específico de revisión o resolución del contrato. Aludiremos a cada una de ellas con referencias específicas en el texto, o bien en nuestras notas a pie de página.

En líneas generales puede afirmarse que la doctrina nacional se halla dividida en dos grupos: el primero lo componen quienes niegan la autonomía de la vicisitud (tesis negatoria); el segundo, quienes la admiten (tesis positiva).

Los primeros estiman inútil el instituto e innecesaria su regulación, sosteniendo que la mayoría de los supuestos de hecho a los que pretende aplicarse, pueden solucionarse a través del régimen que el Código Civil fija para varios de los contratos típicos, por ejemplo: en la locación de cosas, el art. 1522 permite la resolución si la cosa no puede servir para el objeto de la convención, y el art. 1604, incs. 3, 4 y 6, declara concluido el contrato por pérdida de la cosa, imposibilidad del destino convenido o caso fortuito que impida continuar los efectos del acuerdo; en la locación de obra, el art. 1638 fija la facultad de desistimiento del dueño; en la sociedad civil, el art. 1772 admite la disolución de la sociedad si se pierde una parte principal de la cosa constitutiva del fondo con el cual aquella obraba. A esa normativa específica agregan la general que prevé el Código de fondo para regular el caso fortuito (arts. 513 y 514), la causa-fin (arts. 500 a 502), los vicios redhibitorios (art. 2164 y ss.) y el error si afecta la causa principal del acto o las cualidades de la cosa (art. 926). A la objeción particular de innecesariedad de la figura le agregan otra de carácter general: resultaría inconveniente por constituir un factor de relajación de la fuerza vinculatoria de los contratos ¹⁹⁰.

La segunda postura cuenta con numerosos adeptos ¹⁹¹, que discrepan en innumerables variantes acerca de los fundamen-

¹⁹⁰ M. C. GIANFELICI, ob. cit., pág. 54; J. C. RIVERA, ob. cit., pág. 902 y ss.; J. RAY, ob. cit., pág. 28.

¹⁹¹ Es la opinión de R. BREBBIA, "La frustración del fin del contrato", L.L., 1991-B-876 y ss.; J. MOSSET ITURRASPE, *La frustración...*, ob. cit., pág. 63 y ss.;

tos, requisitos y efectos del instituto. Haremos especial y pormenorizada revisión de sus opiniones en el capítulo siguiente de este trabajo, al analizar cada uno de esos aspectos con relación a la frustración del fin del contrato.

1.2.2. IV Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Comercial y Procesal

Este encuentro de juristas se llevó a cabo en la ciudad de Junín en 1990, y la Comisión 3ª trató como tema específico la “Frustración del Fin del Contrato”. El despacho de esta comisión adoptó las siguientes recomendaciones:

La teoría de las bases del negocio jurídico es de aplicación general.

La doctrina de la imprevisión constituye sólo una hipótesis singular.

La frustración del fin del contrato, una vez configurados los supuestos de aplicación, constituye causal de extinción.

La subsistencia de las bases negociales puede resultar afectada por la aplicación indiscreta de cláusulas indexatorias.

La contratación en moneda extranjera no queda excluida de la teoría de la imprevisión.

R. STIGLITZ, *Objeto, causa y frustración del contrato*, Buenos Aires, Depalma, 1992, pág. 22; N. NICOLAU, “La frustración del fin del contrato (Un modo de realizar la cooperación debida en el contrato)”, L.L., 1993-A-883; A. BORDA, “La frustración del fin del contrato”, L.L., 1991-E-1451; R. PIZARRO - C. VALLESPINOS, *Instituciones de derecho privado. Obligaciones*, Buenos Aires, Hammurabi, 1999, t. I, pág. 188 y ss.; N. SILVESTRE - J. KING, “La frustración del fin del contrato”, J.A., 1991-III-849 y ss.; J. C. VENINI, “La frustración del fin del contrato”, J.A., 1991-III-764.

1.2.3. XIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil

Especial mención merecen las XIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, reunidas en la ciudad de Buenos Aires del 4 al 7 de septiembre de 1991, organizadas por la Universidad Notarial Argentina, cuya Comisión N° 3 abordó precisamente el tema “Frustración del Fin del Contrato”.

Al seno de dicha Comisión llegaron ponencias de destacados juristas, y luego de un enriquecedor cambio de ideas y enjundiosas opiniones, se elaboraron conclusiones que estimamos constituyen una apretada síntesis de la doctrina argentina de ese momento.

Conclusiones de lege lata:

I. Noción de frustración del fin:

1. Por mayoría: la frustración del fin del contrato es un capítulo inherente a la causa, entendida ésta como móvil determinante, razón de ser o fin individual o subjetivo que las partes han tenido en vista al momento formativo del negocio.

1. a. Disidencia: la frustración del fin no en todos los casos alude a la causa, enmarcándose más bien en el respeto al consentimiento de los contratos como una causal objetiva vigente.

1. b. Disidencia: la frustración del fin del contrato debe ser concebida sin recurrir a la noción de causa y se funda en el fin que integra inequívocamente el contenido contractual, y por ende se refleja en su sinalagma genético.

2. La teoría de la “frustración” debe distinguirse de la imprevisión, de la imposibilidad de cumplimiento, del caso fortuito o fuerza mayor, del error y de la cláusula resolutoria, en razón de tratarse de un instituto autónomo.

II. Presupuestos de admisibilidad:

a. Existencia de un contrato válidamente constituido.

b. Por mayoría: existencia de un acontecimiento anormal, sobreviniente, ajeno a la voluntad de las partes, que no haya sido provocado por ninguna de ellas, que no haya sido gene-

rado en la mora de ellas, que incida sobre la finalidad del contrato de manera que malogre el motivo que impulsó a contratar, a punto que desaparezca el interés o utilidad en la subsistencia del contrato.

b. 1. Disidencia: además de los presupuestos anteriores, añade que los acontecimientos deben haber modificado la base objetiva del negocio.

c. La causa debe haber sido declarada en el “campo jurídico”, conocida y aceptada por las partes.

III. Ámbito de aplicación:

1. Por mayoría: la frustración del fin el contrato se desenvuelve en el marco de los contratos bilaterales, de ejecución diferida o de tracto sucesivo.

2. a. Disidencia: añaden a los bilaterales, unilaterales y onerosos.

2. b. Disidencia: añaden los contratos aleatorios.

2. c. Disidencia: añaden los contratos gratuitos.

IV. Efectos:

1. La frustración del fin del contrato, en tanto importa la desaparición de la causa, sirve de presupuesto para el ejercicio de la acción resolutoria.

2. La resolución importará: a) que las prestaciones cumplidas por una de las partes, antes de producido el acontecimiento frustrante, serán repetibles, con excepción de los gastos realizados por la otra, en la medida de su relación causal con la prestación a su cargo; b) que las prestaciones cumplidas y equivalentes en los contratos de ejecución continuada o periódica, de carácter divisible, se tendrán por firmes.

3. Por mayoría: no es factible la revisión del contrato pues al haber desaparecido los móviles (causa impulsora) que determinaron a una o ambas partes a contratar, al acto le faltaría un elemento estructural, la causa, que es precisamente la que sirve de soporte a la prestación malograda.

3. a. Disidencia: la frustración del fin del contrato puede dar lugar a la revisión.

V. La frustración del fin del contrato y la contratación predispuesta:

En los negocios con cláusulas predispuestas el predisponente no podrá exigir la resolución ante la frustración de finalidades propias no previstas en el instrumento contractual, por tratarse de un álea implícitamente asumido.

Conclusiones de lege ferenda:

Se considera conveniente la consagración legislativa de la frustración del fin del contrato.

Despacho en minoría: la frustración del fin del contrato no constituye una causal autónoma de resolución. En razón de la consagración legislativa de los institutos de la teoría de la lesión, de la onerosidad sobreviniente, del abuso del derecho, del uso de los estándares jurídicos como la buena fe, el orden público, la moral y las buenas costumbres, tal figura estaría subsumida en cualquiera de las precedentemente enunciadas.

1.2.4. Recepción de la figura en nuestra jurisprudencia: análisis crítico

Son relativamente escasos los supuestos en los que nuestra jurisprudencia ha tenido posibilidad de expedirse acerca de la aplicación de la teoría de la frustración del fin del contrato, al menos en el sentido estricto ¹⁹² que nosotros

¹⁹² A. M. MORELLO, *Ineficacia y frustración...*, ob. cit., 2ª ed., pág. 120, rescata dos antecedentes remotos que aluden a la figura que estudiamos, aunque no en el sentido y alcance que propugnamos. En “Schlieper, Carlos c/ Fernandez Roux de Aragone, Elena”, el 22/9/1942, la Cámara Civil 2ª de la Capital Federal declaró: “no había interés práctico alguno en obligar al actor a seguir un nuevo juicio sobre cumplimiento del contrato, cuando resulta claro que una de las partes no tiene interés o no puede cumplirlo” (L.L. 28-78), y en “Pérez N. y otro c/ Municipalidad de Ayacucho”, el 3/3/1970, la C.S.J.B.A. decidió: “la justicia material de las relaciones contractuales alteradas por circunstancias sobrevinientes, está condicionada a que éstas aparezcan la ‘frustración de la finalidad’ de lo contratado, que se trate de hechos extraordinarios e imprevisibles (art. 1198, C. Civil) y no constituya un ingrediente de aquellos

hemos propuesto como el más correcto para su adecuada configuración.

En su mayoría, los fallos refieren a contratos cuyo contenido versa sobre prestaciones de dar para transmitir el uso y goce, o prestaciones de hacer.

La revisión de esta incipiente jurisprudencia nacional incluye resoluciones en las que no siempre la doctrina de la frustración del fin se ha utilizado y aplicado con acierto. No desconocemos que el carácter relativamente novel de la figura, su vinculación con otros institutos próximos, la falta de una regulación adecuada y la diversidad de opiniones doctrinarias sobre muchos de sus aspectos centrales, pueden haber incidido, generando confusiones y desaciertos.

La nómina siguiente incluye los antecedentes judiciales en orden cronológico.

1) “*Dominella Aníbal c/ Panadería y Confitería La Argentina y otros s/ reintegro de gastos*”¹⁹³

Aníbal Dominella celebró con Horacio A. Gullo, titular de Panadería y Confitería La Argentina, un contrato de prestación de servicio de *lunch* para el 7 de diciembre de 1985 con el objeto de celebrar la boda de su hija. El precio íntegro de 1090 australes fue cancelado por el actor el 23 de agosto de ese año. Por motivos personales los novios desistieron de la boda y ello le fue comunicado al demandado con una antelación que fue motivo de discusión a lo largo del proceso judicial. El padre de la novia demandó la restitución del precio

que conforman el álea normal del negocio. Por lo demás, todo contrato de ejecución diferida ha de reputárselo celebrado rebus sic stantibus, y la alteración de la base del negocio, cuando provoca un grave desequilibrio de la equivalencia entre las prestaciones recíprocas, autoriza la revisión judicial del contrato” (A y S 1970-I-42).

¹⁹³ Inédito, citado por R. STIGLITZ, *Objeto...*, ob. cit., pág. 22, nota 51 y en “Frustración del fin del contrato”, J.A., 1998-II-937; J. M. APARICIO, ob. cit., t. II, págs. 367 y 373; M. C. GIANFELICI, ob. cit., pág. 165.

pagado; el dueño de la panadería resistió el reclamo y reconvino por los daños y perjuicios derivados del desistimiento unilateral del actor.

El juez de primera instancia consideró al contrato como una locación de obra, y entendió que aunque no materializada, existió voluntad resolutoria de ambas partes, por lo que hizo lugar a la demanda, con fundamento en el art. 1638 del Código Civil, condenando al accionado a devolver la totalidad del precio recibido.

La demandada apeló la sentencia y la Cámara Primera en lo Civil y Comercial de La Plata, Sala Tercera, el 30 de julio de 1987, confirmó el fallo anterior, innovando los fundamentos del juez inferior.

Interpretó la alzada que la verdadera causa de la resolución contractual no fue la libre voluntad del comitente, sino un hecho ajeno a él, esto es, el desistimiento de los novios, el que juzgó comunicado al demandado con la antelación suficiente de 15 días. Entendió que este acontecimiento privó de sentido, razón de ser y utilidad al contrato, y de causa a la retención del precio pagado anticipadamente. Indicó también que el fin del contrato, el propósito práctico perseguido por el comitente, esto es, festejar las nupcias de su hija, conocido y aceptado por el locador, formó la base objetiva del contrato, y se frustró a consecuencia del desistimiento de los prometidos. Que con tal frustración se extinguió también el contrato, pues la idea del fin del negocio se asocia con su pervivencia, y una vez que el propósito básico de una de las partes ha adquirido relevancia, no es posible que el acuerdo se libere de conseguir aquel resultado, por lo que la imposibilidad del alcanzarlo es causa suficiente para declarar su ineficacia.

Estimamos desacertada la solución dada al caso ¹⁹⁴. Si bien concurrirían en la especie todos los requisitos de la frustra-

¹⁹⁴ En contra, R. STIGLITZ, *Frustración...*, ob. cit., pág. 938, califica al caso de “aplicación paradigmática de la hipótesis” y al voto del Dr. Francisco Roncoroni de “técnica y estimativamente encomiable”.

ción del fin, faltó la ajenidad del evento frustrante respecto del comitente, pues la boda de su hija constituía, a no dudarlo, un motivo puramente personal, que pertenecía a su esfera de riesgo y que, por tanto, debía soportar exclusivamente. Esa calidad del motivo no varió por la comunicación que de ella haya podido hacerle al locador, ni menos aún por el aviso temporáneo del malogro de la boda. El simple hecho de conocer las razones por las que el cocontratante celebra el acuerdo no implica compartir el riesgo de que las mismas persistan. Para lograr ese efecto debió habérselo convenido bajo la forma condicional, y es muy poco probable que bajo tales previsiones el locador hubiere consumado el negocio ¹⁹⁵.

Creemos, con parte de nuestra doctrina ¹⁹⁶, que supuestos como el presente encuentran solución acertada al subsumirlos en la previsión del art. 1638 del Código Civil, tal como lo hizo el juez de primera instancia, y no en la frustración del fin.

Es que como bien se ha dicho, salvo que la finalidad del locatario exteriorizada en el contrato configure un presupuesto indispensable para el resultado prometido, a punto tal que si se frustra esa finalidad es imposible alcanzar el opus convenido, en los demás supuestos, como el que aquí comentamos, en los que la finalidad, pese a ser comunicada, constituye un motivo personal del comitente, la solución natural la otorga nuestra propia legislación a través del desistimiento regulado en el referido art. 1638 del Código Civil ¹⁹⁷.

¹⁹⁵ Con acertado criterio ha observado la doctrina: J. M. APARICIO, ob. cit., t. II, pág. 374: *“Razonable y ordinariamente, quien presta este tipo de tareas aunque conozca su destino, no entiende ni acepta que la suerte del negocio y del quehacer prometido puedan quedar subordinados a la eventualidad de que la boda tenida en vista no se realice”*; M. C. GIANFELICI, ob. cit., pág. 82: *“[...] no basta con que el acreedor haya comunicado al deudor la utilidad que tenía proyectada de la prestación que le correspondía recibir, aunque lo sea expresamente, y este último se anoticie de ello”*.

¹⁹⁶ M. C. GIANFELICI, ob. cit., pág. 167; J. M. APARICIO, ob. cit., t. II, pág. 373.

¹⁹⁷ Confr. J. M. APARICIO, ob. cit., t. II, pág. 373 y ss. Seguramente la facultad morigeradora que prevé en su última parte la norma citada, permi-

Ambas figuras, si bien son semejantes en cuanto impiden los efectos negociales por voluntad unilateral cuando se desvanece el interés en la prestación, exhiben sin embargo diferentes requisitos de procedencia y diversos efectos.

Ello así, porque mientras en la facultad que regula el Código Civil, el dueño de la obra puede dejar sin efecto el negocio sin necesidad del invocar justa causa, a su solo arbitrio o capricho ¹⁹⁸, en la frustración del fin es indispensable, en cambio, que desaparezca el provecho de la prestación acordada en beneficio del acreedor. Además, mientras la facultad de desistir está sólo reservada al comitente, sin que exista un derecho recíproco acordado legalmente al locador ¹⁹⁹, la frustración del fin puede ser alegada por cualquiera de las partes, mientras sea acreedora de la prestación que devino inútil.

Desde otro ángulo, el desistimiento produce la extinción del contrato para el futuro; la frustración del fin, en cambio, provoca la ineficacia del negocio con efectos retroactivos, aunque limitados.

Específicamente y en relación con sus consecuencias ²⁰⁰, el desistimiento genera para el comitente el deber de resarcir el daño emergente comprensivo no sólo de los gastos, sino también del trabajo efectuado (tiene efectos *ex tunc*), y del

tirá al juez dosificar el lucro cesante reconocido al empresario sobre la base del perjuicio efectivamente sufrido. Por otro lado, así adquiere relevancia la fecha de comunicación del malogro del propósito, pues si ésta es temporánea, el locador podrá resarcirse a través de otra actividad del género, y hasta liberarse el locatario de abonar la utilidad, si demuestra causa justificada de su desistimiento. Sobre el particular, véanse las consideraciones de J. M. APARICIO, *La locación de obra y las reformas introducidas al Código Civil por la ley 17.711*, Buenos Aires, Plus Ultra, 1973, pág. 113, N° 109 y ss.

¹⁹⁸ Confr. F. LÓPEZ DE ZAVALÍA, *Teoría de los contratos. Parte Especial (3)*, Buenos Aires, Zavallía, 1985, t. 4, pág. 340 y ss.; J. M. APARICIO, *La locación...*, ob. cit., pág. 109, N° 105 y ss.

¹⁹⁹ Confr. F. LÓPEZ DE ZAVALÍA, ob. cit., pág. 343; J. M. APARICIO, *La locación...*, ob. cit., pág. 109 y ss.

²⁰⁰ Confr. F. LÓPEZ DE ZAVALÍA, ob. cit., pág. 339 y ss.; J. M. APARICIO, *La locación...*, ob. cit., pág. 107 y ss.

lucro cesante, representado por la utilidad esperada por el contratista, sin perjuicio de la facultad morigeradora de los jueces prevista en la última parte del aludido artículo. En la frustración del fin, en cambio, sólo debe resarcirse el daño emergente, y dentro de él sólo los gastos que el deudor haya realizado hasta el momento en que se invoque esta vicisitud negocial, atento al carácter retroactivo de la ineficacia que provoca.

2) *“Dunkelman de Malkelson, Bella c/ Pujol Carlos A. y otro”*²⁰¹

Un grupo de condóminos, actores en la causa, celebró con los dos abogados demandados un par de contratos por los cuales estos últimos se comprometían a realizar para los primeros la tarea de identificación, relevo, posterior denuncia en sendos juicios sucesorios, e inscripción de las correspondientes declaratorias de herederos, de un elevado número de lotes de terreno con el objeto de conseguir la regularización del dominio y posterior venta. Se convino como contraprestación para los letrados un porcentaje de los lotes que se vendieran y otro diferente de los que quedaran en condominio de los actores.

Diversos motivos sobrevinientes no imputables a los profesionales, como el embargo de partes indivisas de uno de los copropietarios, la oposición de un ex abogado de los actores por falta de pago de sus honorarios, la muerte de otro de los condóminos y de sus herederos, y la radicación en el extranjero de otros tres, obstaculizaron gravemente la prestación prometida, y en definitiva imposibilitaron a los demandados concluir la tarea encomendada.

Los condóminos, a través de dos causas que luego se acumularon, demandaron a los profesionales por cumplimiento de contrato, rendición de cuentas y daños y perjuicios. Los

²⁰¹ L.L., 1992-E-118, con nota de N. O. SILVESTRE - J. C. KING, “Una interesante aplicación de la teoría de la frustración del fin del contrato”.

letrados se opusieron aduciendo la imposibilidad de conseguir el resultado a que se habían obligado, sin mediar culpa de su parte.

El juez de primera instancia rechazó la acción de cumplimiento de contrato y sus accesorios, con costas, fundando su decisión en la imposibilidad de cumplir la prestación.

Los actores apelaron la resolución, y la Cámara Nacional Civil, Sala M, dictó sentencia el 19 de septiembre de 1991, confirmando la decisión de la sede anterior, pero variando los fundamentos y la imposición de costas, que resolvió distribuir las, por mayoría, en el orden causado.

Sostuvo el tribunal de alzada que si bien no existió en abstracto la imposibilidad fáctica ni jurídica para obtener en algún momento la disponibilidad de los lotes o renegociar las operaciones pendientes de venta y escrituración, el fin del contrato se frustró para los demandados, pues frente al embargo, los fallecimientos y la radicación en el extranjero de otros condóminos, el fin que tuvieron en mira se malogró, porque las prestaciones no pudieron ser cumplidas por su propio accionar. Ello así, pues solamente a través de complejas sustituciones de mandatos, no tenidas en cuenta al momento de contratar, podrían los letrados denunciar en el juicio sucesorio de los copartícipes los inmuebles comprendidos en el contrato, además de haber caducado las autorizaciones otorgadas por fallecimiento de los mandantes, por lo que carecían de poder al efecto. Respecto de las costas, la mayoría entendió que debían imponerse por su orden, atento a que el negocio se había frustrado sin culpa de las partes.

Compartimos la solución dada por la Cámara al caso planteado, pero discrepamos con los fundamentos brindados para rechazar la demanda; específicamente no creemos que se trate de un supuesto de frustración del fin del contrato ²⁰², sino como lo entendió el juez inferior, de un caso de imposibilidad

²⁰² En contra, los anotadores, que califican al fallo de “*aleccionador al aplicar adecuadamente la frustración del fin del contrato*”.

de cumplimiento de la prestación, atrapado por los arts. 888 y demás concordantes del Código Civil.

En primer término porque la frustración del fin es una vicisitud pensada para la tutela del exclusivo interés del acreedor, y resulta evidente que el tribunal de alzada tuvo en cuenta el interés de los deudores de la prestación, los profesionales locadores, estimando que éstos sólo podrían ejecutarla realizando las complejas y accesorias tareas antes indicadas. Desde ese punto de vista, sólo los locatarios pudieron haber invocado la frustración del fin del contrato, pero optaron por la acción de cumplimiento en contra de los profesionales.

En segundo lugar, nos parece que varios de los motivos que imposibilitaron consumir la prestación a que se obligaron los letrados, como el embargo de derechos de un condómino, la radicación de otros en el extranjero, la oposición del letrado por falta de pago de sus honorarios, etcétera, son impedimentos atribuibles a los copartícipes, y configuraron óbices concretos de imposibilidad y no de frustración del fin. Ello así, sin perjuicio del carácter definitivo o temporal que pudieron haber tenido las imposibilidades, y aunque no haya mediado culpa de los condóminos, aspecto en el que discrepan los miembros del tribunal de alzada, proponiendo distribuir las costas de modo disímil ²⁰³.

Aunque la imposibilidad de cumplimiento de la prestación pueda tener alguna similitud con la frustración del fin, es evidente que su diferencia esencial estriba en que mientras en la primera lo que se vuelve imposible de alcanzar es la prestación objeto de la obligación, en la última es la utilidad, y por ende el interés para el acreedor que la prestación

²⁰³ Comparten esta opinión J. M. APARICIO, *Contratos*, ob. cit., t. II, pág. 366 y sus notas 126 y 127; M. C. GIANFELICI, ob. cit., pág. 170; J. MOSSET ITURRASPE - R. LORENZETTI, "El embargo y la frustración del fin del contrato", *Contratos Modernos, Revista de Derecho Privado y Comunitario*, N° 3, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1993, pág. 364 y ss.

se cumpla, lo que algunos autores han llamado la “pérdida de sentido o razón de ser de la prestación”²⁰⁴.

Además, ambas figuras difieren en los efectos; mientras en la imposibilidad de pago el deudor carece de derecho a que se le reintegren los gastos realizados (arts. 627 y 895 del Código Civil), en la frustración del fin el acreedor sí tiene el deber de reembolsarlos.

Finalmente, la circunstancia de que la imposibilidad no haya sido definitiva sino meramente transitoria, no es óbice, como creyó la alzada, para aplicar el instituto, pues los obstáculos transitorios, cuando son de duración imprevisible, se equiparan a los definitivos a los efectos del agotamiento de la prestación.

3) *“Carrefour Argentina S.A. c/ Kids and Co. S.R.L.”*²⁰⁵

Carrefour Argentina S.A. cedió en locación a Kids and Co. S.R.L., mediante un típico contrato por adhesión, un local comercial en el Shopping Soleil del Gran Buenos Aires. En la cláusula primera del acuerdo se explicitaba que el negocio se celebraba para *“la finalidad global, específica y de funcionamiento de un shopping center”*, y en las normas generales se agregaba que la finalidad del shopping center *“sería congregarse en un mismo lugar, un número adecuado de actividades empresariales, distribuyendo los diferentes ramos de comercio y servicios según una planificación técnica precedida de estudios sobre las preferencias y vocaciones del consumidor, destinado a darle a éste, el mayor confort y el máximo estímulo, facilitándole la elección y adquisición de bienes y servicios”*.

²⁰⁴ Es la opinión de L. DIEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, al prologar la obra de V. ESPERT SANZ, ob. cit., pág. 11.

²⁰⁵ L.L., 1995-C-18, con nota de G. A. STIGLITZ, “Interpretación del contrato por adhesión entre empresas (El espíritu del derecho del consumidor está ligado a la defensa de las personas físicas)”; J. M. APARICIO, *Contratos*, ob. cit., t. II, pág. 364 y ss., en especial su nota 123; M. C. GIANFELICI, ob. cit., pág. 163 y ss.

Diversos factores sobrevinientes a la celebración del negocio y ajenos a la voluntad de las partes, como la ubicación del predio, la apertura de otra galería comercial en la zona, y la crisis global de la economía, produjeron el cierre de varios locales del centro comercial, la disminución de afluencia del público, y consecuentemente de las ventas, obligando a la locadora, a la sazón también administradora del emprendimiento, a la transformación del shopping center y, finalmente, a su cierre definitivo.

Por falta de pago de las rentas acordadas, la actora inició acción de cumplimiento de contrato. La demandada, aunque consintió la resolución, petitionó una reducción en el precio de los alquileres adeudados aduciendo un desequilibrio en la ecuación costo-beneficio tenida en miras al momento del perfeccionamiento del negocio.

La sentencia de primera instancia acogió la acción entablada por resolución y dispuso una reducción en los valores locativos, de conformidad con lo petitionado por la demandada.

La actora apeló la resolución, y la Cámara Nacional Civil, Sala H, con fecha 22 de septiembre de 1994, confirmó el fallo de la sede anterior, encuadrando el caso en la doctrina de la frustración del fin del contrato.

Según el tribunal de alzada, si bien ninguno de los elementos probatorios permite por sí solo la aplicación categórica de la teoría de la frustración del fin, el juego armónico del contenido de las probanzas colectadas, revela un contexto fáctico en el cual dicho enfoque tiene amplia cabida, como respuesta idónea de la ciencia jurídica frente a la situación que atravesaron los litigantes. Con ello se aludía específicamente a la reconversión del shopping, necesidad admitida incluso por la propia actora, dada las escasas ventas en los locales comerciales. Desde ese punto de vista, se dijo, la accionante no pudo ser, como administradora del emprendimiento y predisponente del contrato base de la acción, ajena a la multiplicidad de factores desfavorables que unidos desembocaron en el malogro negocial.

Admitido de ese modo el encuadre del caso en la frustración del fin, seguidamente se ocupó la Cámara de derribar la

queja de la recurrente, relativa a que cuando se produjo el fracaso del emprendimiento, la demandada se hallaba en mora, lo que imposibilitaría la aplicación de la doctrina referida. Con relación a ello, sostuvo que, si como en el caso de autos, el incumplimiento del deudor es posterior al evento desquiciante que produjo la frustración del fin del contrato, por aplicación analógica de la jurisprudencia elaborada para la teoría de la imprevisión, la mora del deudor resulta irrelevante, pues la ley le reconoce el derecho de no cumplir en tanto no se produzca el reajuste equitativo de las condiciones del contrato. Con ese fundamento, resolvió confirmar la decisión de primera instancia ordenando el pago de los alquileres caídos, reducidos en un 70% de su monto original, y las costas del juicio.

El caso y su solución judicial merecen algunas reflexiones de nuestra parte. En primer término, no puede perderse de vista que en el contrato celebrado, el uso y goce pactado tenían una finalidad determinada y un específico destino, que estribaban en la utilización concreta que debía dársele a la cosa locada, lo que sirvió de fundamento al acuerdo.

Desde otro ángulo, también debe destacarse que el organizador no garantizó a la locataria el éxito del emprendimiento, pero sí que la actividad desarrollada por el inquilino se desenvolvería en un ámbito donde convivirían al unísono otras actividades comerciales complementarias a la suya, que servirían para el estímulo y la concurrencia del público. Estas circunstancias seguro se tuvieron en cuenta al momento de fijar el *quantum* del precio de arriendo, que, a no dudarlo, incluía también los gastos de publicidad y expensas comunes de la galería, que sufragaría el inquilino.

Ahora bien, el malogro del emprendimiento general del shopping center, por los acontecimientos ajenos a la previsión y voluntad de las partes que más arriba se precisaron, generó en definitiva que el local arrendado no pudiese ser utilizado en las condiciones previstas para cumplir la finalidad expresamente acordada en el negocio base del asunto.

Por lo expuesto en los tres párrafos anteriores, resulta incuestionable que estaríamos en presencia de una situación

asimilable a la frustración del fin del contrato, pues al no poder utilizarse el inmueble para el destino y finalidad que específicamente se acordó, se privó al negocio de satisfacer la función concreta que se le había asignado.

Supuestos como el aquí relatado podrían quedar atrapados en el art. 1522 del Código Civil que expresa: “Si por caso fortuito o fuerza mayor, el locatario es obligado a no usar o gozar de la cosa, o ésta no puede servir para el objeto de la convención, puede pedir la rescisión del contrato, o la cesación del pago del precio, por el tiempo que no puede usar o gozar de la cosa. Pero, si el caso fortuito no afecta a la cosa misma, sus obligaciones continuarán como antes”, o en el art. 1604 del Código Civil que dispone: “la locación concluye [...] inc. 4: por imposibilidad del destino especial para el cual la cosa fue expresamente arrendada”.

El caso que comentamos queda comprendido, sin duda, en el grupo de aquellos en los que “la cosa no puede servir para el objeto de la convención”, o se ha vuelto “imposible el destino especial para el cual fue arrendada”, es decir, cuando no puede satisfacerse con ella el uso específico en vista al cual ha sido cedida. La nota de Vélez al primer artículo transcrito menciona ejemplos que son clásicos en la literatura jurídica: cuando en tiempo de guerra o peste el locatario es obligado por la policía sanitaria a abandonar la cosa alquilada ²⁰⁶.

²⁰⁶ F. LÓPEZ DE ZAVALÍA, ob. cit., *Parte Especial (2)*, t. 3, pág. 166 y ss., trae varios ejemplos ilustrativos; J. M. APARICIO, *Contratos*, ob. cit., t. II, pág. 368 y ss., estima que el art. 1522 del Código Civil incluye también supuestos de imposibilidad de uso por circunstancias que afecten a la cosa sin destruirla, casos en los que no puede servir para el uso específico tenido en mira al arrendarla, hipótesis de fuerza mayor que impide el uso específico, como si la autoridad pública prohibiera la explotación de negocios de venta de combustible o la instalación de carteles luminosos. Incluso, los celeberrimos Casos de la Coronación fallados por la jurisprudencia inglesa, si debieran examinarse a la luz de nuestro derecho, encuadrarían según este último autor, en la previsión del art. 1522 del Código Civil. Sobre la innecesariedad de legislar sobre la frustración del fin del contrato, por existir normas específicas en el

Empero, no puede perderse de vista que los supuestos contemplados en la normativa citada refieren a situaciones que impiden de un modo u otro al acreedor recibir la prestación: por imposibilidad de afectar la cosa al destino especial para el cual fue arrendada, por estar el locatario obligado a no usar o gozar de ella, por no servir la cosa para el objeto de la convención. Son los supuestos que el derecho francés conoció como de *impossibilité de jouissance*, a los que hemos hecho referencia en páginas anteriores.

En el caso que comentamos no hubo tal imposibilidad, el local arrendado estuvo siempre disponible para que el locatario pudiese usar y gozar de él, aun después del malogro negocial del Shopping Soleil, pero una vez acaecido, aquel perdió interés en la prestación de la locadora, al tornarse inalcanzable la utilidad comercial que estimaba obtener. Al no darse el supuesto fáctico descrito en ellas, no serían de aplicación las citadas normativas de nuestro Código Civil.

En definitiva, si la prestación era aún posible, pero inaprovechable por serlo consecuentemente el propósito práctico que animó a las partes a concertar el acuerdo, es acertado el encuadre del caso en la doctrina de la frustración del fin del contrato formulado por el tribunal de alzada.

4) “Penta Cars S.A. c/ Karatas Kirio”²⁰⁷

Kirio Karatas cedió en locación a la firma Penta Cars S.A. un local con destino a la “exposición y venta de automotores”. Durante la vigencia del contrato Penta Cars S.A. rescindió el que la unía con la firma Sidway, distribuidora de vehículos producidos por Chrysler Internacional Corporation, pues aquella incumplió el compromiso de respetar la exclusividad de ventas de la actora en un territorio determinado.

Código Civil que solucionarían la mayoría de los supuestos a los que podría aplicarse la doctrina, véase, J. C. RIVERA, ob. cit., pág. 903 y ss.

²⁰⁷ J.A., 1996-II-204.

Como Penta Cars S.A. no pudo continuar con el exteriorizado propósito de exhibir y vender los automóviles que debía entregarle la distribuidora, interpretó extinguido el acuerdo que la ligaba al locador, consignando judicialmente las llaves del local, y sosteniendo que la locación había fenecido por frustración del fin del contrato.

La sentencia de primera instancia admitió la consignación de llaves, y dispuso el reintegro de la tenencia de dicho bien, compartiendo la opinión del actor referida a la extinción negocial por frustración del fin.

Contra dicho decisorio se alzó el demandado, interponiendo recurso de apelación. Con fecha 27 de marzo de 1995, la Cámara Nacional Civil, Sala A, revocó la decisión del tribunal inferior, disponiendo el rechazo de la demanda, con costas.

En lo sustancial sostuvo que para que se configure la hipótesis de la frustración del fin del contrato, y se justifique la extinción del negocio, es indispensable que confluyan ciertos presupuestos de admisibilidad: que el motivo determinante malgrado esté manifestado expresa o tácitamente, que el propósito subjetivo esté incorporado al régimen del contrato, y que al producirse el intercambio de los consentimientos, su finalidad haya aparecido como resultado, como previsión o como consecuencia manifiesta y esencial del acto, pues sólo así los fines de un contratante comprometen al otro y subordinan la vigencia del acto a su propia realización.

Por todo ello, entendió el tribunal de alzada, el locatario no pudo poner fin al negocio invocando el fracaso de la venta de automotores de cierta marca, ya que el contrato de locación no se encontraba vinculado a tal condición, o a la obtención de una determinada ganancia, pues a tenor de lo dispuesto en las cláusulas 7 y 19, el acuerdo tenía como única finalidad prevista que el local estaría destinado a la “exposición y venta de automotores”.

Siendo ello así, la ruptura contractual entre el actor y la distribuidora no impedía la genérica explotación del recordado renglón comercial, ya que la venta de los referidos automotores no constituía el único sentido que tenía el alquiler del local, sino sólo una de las alternativas posibles, y por ello

no aparece justo que el inquilino, extinguiendo el acuerdo, transfiera su problema al locador demandado.

Se especificó también que resulta imprescindible que las circunstancias que inciden sobre la causa, conocida o conocible, sean ajenas a las partes de la relación sustancial, y como la prueba colectada no descartó la culpa de la locataria en la rescisión con la firma Sidway, ni acreditó que ese distracto se haya debido a un injustificado obrar de esta última, no puede descartarse la vinculación de la locataria con el fracaso comercial.

El fallo de alzada es ajustado a derecho; es evidente que no podía aplicarse a la especie la doctrina de la frustración del fin al faltar un recaudo de admisión indispensable: la pérdida de la utilidad objetiva de la prestación debida al inquilino. Desde ese ángulo parece atinado el criterio del tribunal al desestimar la aplicación del instituto y rescatar la idea de fungibilidad entre la utilidad esperada por el locatario y otras utilidades posibles que la prestación de uso y goce a que se obligó la locadora, podía brindar a través del inmueble cedido.

5) *"Turay S.R.L. c/ Nahuel S.A."* ²⁰⁸

En agosto de 1986, Turay S.R.L. cedió a Nahuel S.A., mediante un contrato de aparcería, una fracción de campo de 2300 hectáreas ubicado en la Provincia de Santiago del Estero con destino exclusivo a la explotación ganadera. Conviniere como contraprestación a favor de la actora el 10% de los terneros nacidos y marcados a partir del quinto año de celebrado el acuerdo.

Durante los años 1989 y 1991, la provisión de agua para riego provista por el canal Papalardo, alimentado por el Río

²⁰⁸ L.L. 1997-D-341, con nota de M. L. CASAS DE CHAMORRO VANASCO, "Una aplicación acertada de la teoría de la frustración del fin del contrato"; R. STIGLITZ - M. CORNET, "Frustración del fin del contrato - Aplicación práctica", en *Contratos-Presupuestos*, (C. Vallespinos, Dir.), Córdoba, Advocatus, 1998, pág. 161 y ss.

Salado, se vio disminuida sensiblemente a consecuencia de importantes mermas en el flujo de este curso hídrico. La situación se empeoró más aún por la imposibilidad de sustituirla por aguas subterráneas, que dado su alto porcentaje de salinidad, eran inaptas para el consumo de la hacienda vacuna.

Ante esta situación, la aparcera dejó de cumplir con la prestación asumida en el contrato, y la dadora, en diciembre de 1991, celebró con la firma Tineo S.R.L. un nuevo contrato de arrendamiento, otorgando al nuevo aparcero la facultad expresa de poder resolver el negocio si en el plazo de un año el canal continuaba sin agua suficiente para la explotación emprendida.

La actora imputó a la aparcera abandono del predio y la demandó por cumplimiento de contrato y daños y perjuicios ocasionados por el incumplimiento, acusándola de haber rescindido unilateral e intempestivamente el contrato que las unía al haberse retirado del campo. Esta última, por su parte, resistió la demanda argumentando que la finalidad del contrato, esto es, la explotación pecuaria, nunca pudo concretarse por la falta de agua, invocando para ello la doctrina de la frustración del fin y la extinción del negocio por mutuo disenso.

En primera instancia, se rechazó la demanda por aplicación de la teoría de la frustración del fin del contrato, y la Cámara Nacional Civil, Sala F, con fecha 25 de abril de 1996, confirmó la decisión de la sede anterior, profundizando los argumentos dados por el juez inferior.

En esencia, la alzada sostuvo que el motivo o fin de la explotación ganadera se vio malogrado, al punto de hacer desaparecer el interés o la utilidad en la continuación del contrato por falta del caudal suficiente de agua en los campos arrendados.

Se señaló, además, que la cláusula resolutoria inserta en el nuevo contrato de aparcería celebrado por la actora con la firma Tineo S.R.L., implicó el reconocimiento por parte de la demandada de la existencia de la causa impositiva de la consecución del contrato, por lo que resultó ocioso analizar incluso si dicho acontecimiento fue o no sobreviniente.

También resaltó la Cámara que, como afirmara la demandada, no hubo tal abandono de parte de la arrendataria, pues fue ella la que entregó los predios a los nuevos aparceros, gestión que por obvias razones fue consentida por la actora, lo que permite concluir que, como afirmó la accionada en su defensa, el contrato originario concluyó por mutuo disenso de las partes y no por abandono, como adujo la accionante.

Independientemente de la justicia evidente de los fallos de referencia, discrepamos con sus fundamentos en cuanto aplican la figura de la frustración del fin del contrato al caso resuelto ²⁰⁹.

Si bien es cierto que podrían estimarse presentes la mayoría de los recaudos de admisibilidad de la figura, falta uno inexorable: la posibilidad de la prestación. La falta de provisión de agua en cantidad suficiente tornó imposible desarrollar la explotación pecuaria, destino especialmente previsto en el contrato. La vicisitud de la frustración del fin requiere que la prestación, objeto de la obligación a cargo del deudor, sea aún posible, pero que debido al malogro del fin, el acreedor haya perdido interés en ella por falta de provecho. En el caso que nos ocupa, la prestación se volvió imposible, pues sin el recurso hídrico no podían alimentarse los animales. La solución la brindan, según nuestro criterio, los arts. 888, 895 y demás concordantes de nuestro Código Civil. Son de aplicación a este supuesto nuestras consideraciones respecto del caso incluido en el punto 2 de este elenco jurisprudencial. A ellas nos remitimos.

Y además, aun admitiendo como lo hace el tribunal, que esa imposibilidad de satisfacer la prestación provocara la frustración de la finalidad, circunstancia que negamos, pensamos

²⁰⁹ En igual sentido: J. M. APARICIO, *Contratos*, ob. cit., t. II, pág. 365, su nota 124, y 373 ss.; M. C. GIANFELICI, ob. cit., pág. 160 y ss. En contra, la anotadora estima al fallo “una adecuada y cuidadosa aplicación de la teoría de la frustración del fin del contrato” y R. STIGLITZ - M. CORNET, ob. cit., pág. 194, citando palabras de Augusto Mario Morello, expresan que “se trata de una sentencia de alta docencia judicial”.

que el malogro del destino específicamente pactado, esto es, la imposibilidad de acceder al uso y goce de la cosa, encuadra dentro de la previsión del art. 1522 del Código Civil que alude a supuestos en los cuales “*el locatario es obligado a no usar o gozar de la cosa, o ésta no puede servir para el objeto de la convención*”, norma que inexplicablemente aparece ignorada en ambos fallos. Es por ello, que si bien no disintimos con la solución dada al caso, observamos sin embargo que si el derecho positivo brinda específica solución al tema debatido, es de indiscutible prelación la aplicación de la previsión legal, antes que la utilización de una teoría que, aunque aceptada en general por la doctrina y jurisprudencia, resulta a la postre de más difícil admisión y configuración en el caso concreto, al no tener aún consagración legislativa ²¹⁰.

6) “*Vergara Rito c/ Carrabs, Gerardo*” ²¹¹

El 1º de agosto de 1986 Gerardo Carrabs vendió a Rito Vergara, en un 50%, y a Rosa Barrera y Mateo Arrúa en un 25% para cada uno de ellos respectivamente, el inmueble de su propiedad sito en la calle Moré casi esquina Godoy de la ciudad de Rosario en la suma de 50.000 australes. El precio se pagaría como sigue: como parte de pago Vergara transfirió a Carrabs su vivienda sita en calle Alsina 2736 de la misma ciudad en la suma de 25.000 australes, y firmó con éste un contrato de locación sobre este inmueble a los fines de continuar ocupándolo; 2500 australes mediante la entrega de cheques; y el saldo, esto es, la suma de 22.500 australes entregándole productos de fundición en gris, obtenidos de la explotación industrial a la que ya se encontraba afectado el inmueble del demandado.

²¹⁰ Casos similares al aquí analizado, se citan en J. M. APARICIO, *Contratos...*, ob. cit., t. II, pág. 369; F. LÓPEZ DE ZAVALÍA, ob. cit., *Parte Especial* (2), t. 3, pág. 166 y ss.

²¹¹ L.L., Litoral, 1997-861, con erudita nota de N. NICOLAU, “Consideraciones acerca de la parte contractual plurisubjetiva”.

Es decir, se adquirió el inmueble para continuar dándole el uso industrial que ya había tenido, fundición en gris, con el cual suponían los compradores se habría de abonar el saldo del precio y obtener ingresos para su subsistencia. Empero, el inmueble no era apto para ese destino: deficiencias en los títulos y la pérdida de la autorización para funcionar lo vedaron, ya que la construcción se hallaba en terreno afectado al dominio público y en zona prohibida para la instalación de fundiciones.

Los compradores iniciaron acción ordinaria solicitando la anulación de todos los contratos, por haber sufrido un error esencial sobre el objeto que se propusieron al celebrarlos, o sea sobre la causa principal del acto, o bien sobre el objeto del mismo, peticionando la restitución de las cosas al estado anterior, con más los daños efectivamente sufridos. Hicieron reserva del lucro cesante por la imposibilidad del uso del local de fundición, para el supuesto de que Carrabs no se allanase a la demanda y pudiere demostrarse que conocía del vicio que afectaba a la propiedad que vendió.

El demandado al contestar la demanda reconvino por cumplimiento de contrato, peticionando el saldo impago, que estimaba ascendía a 25.000 australes. Afirmó que los contratos se celebraron por personas capaces, sin que los actores demostraren que su voluntad estuviere viciada. Negó también que el destino del inmueble fuera el uso industrial (fundición en gris), por lo que resultaba irrelevante la negativa de la Comuna a otorgar el permiso de habilitación, pues esa alternativa era de incumbencia exclusiva de los compradores. Finalmente sostuvo que aun admitiendo que fueren bienes del Estado, si estaban afectados a la utilidad pública su venta no era prohibida.

El juez de primera instancia rechazó la demanda y acogió parcialmente la reconvención, ordenando cancelar la suma de 22.500 australes. Los argumentos del fallo pueden resumirse así: 1) el contrato de venta no estipulaba el destino que afectaría al inmueble vendido; 2) los Sres. Arrúa y Barrera conocían del estado del inmueble y sus condiciones, pues participaban desde hacía tiempo en la explotación in-

dustrial allí instalada por Vergara; 3) la informativa rendida por la Municipalidad de Rosario indicó que si bien en el inmueble funcionó una industria de fundición, en sus registros estaba asentado su cierre a partir de 1983, y el inmueble estaba enclavado en zona prohibida para instalar ese tipo de explotaciones; 4) por todo lo anterior, no podía sostenerse que hubiere error en la causa principal del acto o en el destino buscado para la finca, ya que su afectación fue decisión interna de los compradores, lo cual es inoponible al vendedor; 5) en cuanto al error en el objeto, derivado de la incorrecta descripción del terreno, la escritura de adquisición del vendedor refiere al mismo lote que luego le vende a los actores, por lo que la transmisión del terreno ajeno sobre el que está edificado el galpón, no se incluye en el objeto de la venta, por lo que no corresponde anular el contrato por esa causa; y 6) si no puede anularse el contrato principal, sus accesorios deben seguir igual suerte.

Los actores apelaron el fallo, y la Cámara Civil y Comercial de Rosario, Sala II, dictó sentencia el 21 de junio de 1996, revocó la resolución anterior, declaró la nulidad de todos los contratos, y ordenó la restitución de los inmuebles, sus accesorios, las sumas entregadas y los cánones locativos cancelados, con más los intereses correspondientes y las costas del juicio.

Analizando la prueba colectada a lo largo del proceso, entendió el tribunal de alzada que medió error espontáneo, esencial y excusable sobre la causa principal del acto y sobre el objeto del mismo, con virtualidad suficiente como para declarar la nulidad del contrato de compraventa y la de los otros dos accesorios, que unidos a aquel configuraron en realidad una sola operación jurídica. Fundó esta conclusión en varias razones: 1) era evidente que el objeto de la compraventa no sólo incluía el lote de terreno mencionado en su cláusula primera, sino también los elementos indicados en la segunda y octava, que serían elaborados durante la futura actividad de fundición, y otros existentes en el predio, lo que prueba el destino que las partes asignaron al inmueble cedido; 2) esa actividad posterior, motivo esencial del negocio, también se

infiere de la prueba confesional de las partes contendientes y de la testimonial de la escribana que estudió los títulos de la finca enajenada; 3) el informe pericial determinó que el edificio vendido por boleto a los actores, en un ilegal avance, incluía terreno en zona no apta para la explotación indicada, superando el área precisada en la escritura de venta a favor de Carrabs; 4) ese área extra estaba afectada, según informe municipal, a expropiación para destinarla a un troncal ferroviario; 5) todas estas razones permiten inferir el error esencial sobre el objeto del negocio central, que resultó además excusable, pues los actores no demostraron el dolo del vendedor para encuadrarlo en la previsión del art. 931 del Código Civil, pese a haberlo sostenido en la demanda.

Previo al análisis de los fundamentos indicados para abonar su decisión final, el tribunal realizó un enjundioso estudio acerca de la doctrina del error y su vinculación con la frustración del fin, la que si bien consideró inaplicable al caso por ventilarse en autos contratos que en definitiva resultaron anulados -por requerir aquella para su admisibilidad de uno existente y válido-, estimó, empero, que esa novel doctrina aportaba un *“enfoque nada desdeñable a la existencia del error de hecho en el que incurrieron los contratantes, aspecto que sí fue decisivo en la especie”*.

Esta última consideración de la Cámara nos permite inferir que si el contrato madre no hubiere estado viciado también por el error sobre el objeto motivo de la convención (art. 927 del Código Civil), sino solamente por el error sobre la causa principal del acto, según el derrotero argumental que se había propuesto el tribunal para desmenuzar los aspectos fácticos y jurídicos del asunto y arribar a la solución del caso, es muy posible que terminara concluyendo que este caso configuraba un supuesto de desaparición de la base subjetiva del negocio, hipótesis donde adquiere fundamental trascendencia la doctrina de la presuposición que elaboró el pandectista Windscheid, y rectificó Oertmann, aludiendo al error bilateral sobre el fundamento subjetivo del negocio.

Ello así, porque la doctrina de la frustración del fin requiere, como lo advierte el tribunal de segundo grado, de un

contrato válido y existente, situación incompatible con el declarado error en el objeto sobre el que versare la convención, que anula el negocio. Pero desde una óptica amplia de la causa, como la que predomina en el derecho nacional y que parece compartir la Cámara, dentro de los supuestos de desaparición de la base subjetiva, se hallan aquellos en los que los motivos jurídicamente relevantes se exteriorizan y causalizan -en el caso, la explotación industrial que se había propuesto darle al inmueble vendido-, constituyendo un supuesto de frustración del fin del contrato por malogro del interés negocial debido a un defecto funcional de la causa.

7) "*García Amigo Juan J. c/ Ledesma Beatriz y otro*"²¹²

Juan José García Amigo cedió en locación a Beatriz Ledesma y otros un inmueble de su propiedad ubicado en la ciudad de La Plata, Provincia de Buenos Aires, incluyendo dos cláusulas aparentemente antagónicas: la primera vedaba a los locatarios introducir modificaciones en el inmueble sin autorización por escrito del locador, y la tercera precisaba el destino exclusivo que los accionados podían brindar al inmueble: clínica geriátrica, constituyéndose en el propósito práctico a que el mismo debía servir.

Vencido el plazo de arriendo y recuperada la tenencia por la locadora, ésta inició en contra de los inquilinos acción ordinaria de daños y perjuicios, por los deterioros sufridos en el inmueble durante el decurso de la locación, las reformas introducidas al mismo sin la conformidad de aquella, los alquileres caídos durante el lapso que medió entre la restitución del bien y el tiempo necesario para realizar los trabajos indispensables con el objeto de alquilar nuevamente el predio, y la restitución del valor de ciertos muebles introducidos por los inquilinos durante su estancia en el lugar.

La sentencia de primera instancia acogió la demanda en lo sustancial, condenando a los locatarios al pago de todos los

²¹² Inédito, causa 224.113 de la Cámara Primera de Apelaciones en lo Civil y Comercial de La Plata, Sala 3ª, 3 de diciembre de 1996.

ítems antes referidos, con la sola excepción del último, interpretando que el inventario de esos muebles no podía serle opuesto a los demandados. El fallo del juez se sustentó en la referida cláusula primera del convenio base, que prohibía las modificaciones efectuadas en la finca sin el consentimiento por escrito del arrendador.

La parte demandada recurrió la sentencia, y la Cámara Primera de Apelaciones en lo Civil y Comercial de La Plata, Sala 3^a, revocó el fallo anterior el 3 de diciembre de 1996, apoyándose en la doctrina de la frustración del fin del contrato.

Sostuvo el tribunal de alzada que las mencionadas disposiciones contractuales no tienen la misma entidad, ni la misma trascendencia en la vida y eficacia del convenio. La prohibición de introducir modificaciones en la vivienda es un elemento accidental que se mueve en la zona de sus efectos, y que denota el modo en que las partes regularon ciertos poderes y deberes contractuales; la tercera, en cambio, alberga un elemento esencial del negocio: su causa o fin tenido en vista por las partes al tiempo de contratar, sin el cual el negocio no hubiere podido cumplir la función económica y práctica perseguida. Empero, pese a su diversidad, no es dable considerarlas antagónicas, pues así lo aconseja una interpretación integral del acuerdo.

En efecto, la falta de autorización escrita del locador para realizar mejoras o modificaciones en el inmueble, no conduce siempre e inexorablemente a la correlativa indemnización por parte del inquilino. Para hacerlo responsable, dice la Cámara, deben concurrir dos recaudos más: inexistencia de autorización implícita del arrendador, y un daño efectivamente ocasionado con la mejora o modificación introducida.

En el caso de autos, las mejoras efectuadas (un baño y una sala mortuoria) resultaban indispensables para que la finca pudiese funcionar como clínica geriátrica, a punto tal que el Ministerio de Salud de la Provincia de Buenos Aires había emplazado a los locatarios a su construcción bajo apercibimiento de negarle la habilitación para continuar prestando servicios. De manera pues que tales alteraciones eran indispensables para alcanzar el propósito práctico y económico

perseguido por el contrato en cuestión, pues de lo contrario se hubiere producido la frustración del fin del negocio y su consecuente ineficacia.

Desde este ángulo, sostiene la alzada, es indudable que en la común representación de los contratantes, en la base objetiva misma del negocio, estaba la imprescindible necesidad de obtener la habilitación ministerial, sólo asequible mediante las modificaciones luego introducidas por los inquilinos, como modo de consumir el fin asumido por ambos contratantes, por lo que debe concluirse que hubo una conformidad tácita de parte de la locadora a que se efectivicen tales mejoras. Se lastimaría la buena fe si los inquilinos se vieran obligados a indemnizar a la locadora por las tareas que ellos acometieron a su exclusiva costa para salvaguardar el fin del contrato, permitiendo la satisfacción de la "*causa locandi*" y el cobro de la prestación por el locador durante toda la vigencia del negocio. Por otro lado, se resaltó, no se probó daño alguno con las alteraciones efectivizadas, las que lejos de perjudicar, beneficiaron a la arrendadora, al serles funcionales y útiles al nuevo destino locativo de pensión a que afectó la finca luego del retiro de los demandados. Por todo ello, se ordenó extraer de la condena los costos de demolición de las mejoras, y todo otro gasto vinculado a ella.

Compartimos la solución de la Cámara de Apelaciones, pero discrepamos con la fundamentación de su sentencia apoyada en la doctrina de la frustración del fin del contrato.

Ante todo debe admitirse, como lo resalta el tribunal, que el convenio poseía un fin específico: afectar el inmueble al funcionamiento de una clínica geriátrica. No hay duda, por los antecedentes fácticos relatados en la sentencia, que ese motivo influyó en la determinación contractual, hasta el punto de integrar el contenido del negocio; tampoco la hay en que, sin las modificaciones efectivizadas, aquel propósito no se hubiere alcanzado, por lo que parece justa la resolución en cuanto exime a los locatarios del reintegro de los gastos por el retiro de las mejoras.

Empero, no puede desconocerse que, salvo una mera referencia teórica a la doctrina de la frustración del fin como la

hecha por el tribunal en apoyo de su decisión, la teoría en particular no podría habersele aplicado al caso por dos razones.

En primer término porque la locación, al promoverse la demanda, ya estaba extinguida, y el instituto requiere de la existencia de un contrato válido y en curso de ejecución.

En segundo lugar, porque la frustración del fin presupone una variación de las circunstancias presupuestas en el negocio, que impide la realización del fin propuesto, haciendo perder el interés del acreedor en la satisfacción de la prestación, y dejando al negocio desprovisto de su sentido o razón de ser originarios. Tal evento ni se ensaya en los antecedentes fácticos de la causa que comentamos.

8) *“Doll Constructora S.A. c/ Tortul Humberto José”*²¹³

Doll Constructora S.A. suscribió con los Sres. Carlos Luis Vázquez y María de los Dolores Vázquez, quienes luego cedieron su posición contractual al demandado Humberto José Tortul, un contrato de obra en virtud del cual la primera se comprometía a construir una vivienda para los segundos, según un sistema de adjudicación mensual, mediante el pago de 136 cuotas (114 mensuales, 19 semestrales y 3 adicionales al momento de la adjudicación), actualizables según las variaciones del índice de precios al consumidor.

Transcurridos más de 7 años de celebrado el negocio, la empresaria inició demanda de revisión contractual, aduciendo que si bien el precio pactado al momento del perfeccionamiento negocial, le permitía afrontar el cumplimiento y obtener un razonable beneficio, se produjo una brusca alteración en la ecuación económica inicial del contrato, representada por un desfase de más del 50% entre el monto a aportar por los suscriptores del plan y el costo real de la vivienda a construir. Que en ese contexto, devino la ineficacia por frustra-

²¹³ E.D., 179-60, con nota de J. C. RIVERA, “La relación entre la frustración del fin y la teoría de la imprevisión”.

ción del contrato que impidió su cumplimiento, por lo que solicitó se revise el precio y se disponga el pago de una suma adicional de \$ 10.000, equivalente a 67 cuotas más que las originariamente previstas. Al responder, los accionados negaron la procedencia de la acción y la alteración alegada por la actora, sosteniendo que con los pagos ya efectuados hasta la interposición de la demanda, se había cancelado más del 70% del costo total de la vivienda a construir. Además, invocaron las previsiones de la ley 23.928 que vedaban en forma absoluta la actualización del precio peticionada.

Al dictar sentencia, el juez de primera instancia encuadró el caso en la teoría de la imprevisión y rechazó la demanda porque de la prueba colectada surgía indubitable que desde el origen mismo del negocio, el precio fue insuficiente para cubrir el costo de la obra, y porque además, la actora estaba en mora en el cumplimiento de sus obligaciones antes de interponer la acción, lo que impedía la invocación de la teoría regulada en el art. 1198, segunda parte, de nuestro Código Civil.

La actora apeló la sentencia, y el 23 de marzo de 1997 la Cámara Segunda en lo Civil de la ciudad de Paraná, Sala 2^a, confirmó la resolución de la sede anterior, pero con abono en la doctrina de la frustración del fin del contrato.

Entendió la alzada que la demanda no se fundó en la mentada teoría de la imprevisión, sino en una hipótesis mucho más amplia que alude a la modificación de la base contractual y a la frustración del fin del negocio, derivada de la fractura de la relación de equivalencia inicial propia de un contrato bilateral y oneroso como el que habían suscripto las partes. Pero esta doctrina, interpretó la Cámara, que exige una particular evaluación en razón de carecer de regulación expresa, requiere para su verificación, al igual que la teoría de la imprevisión, circunstancias sobrevenidas que hayan tornado desequilibrada una relación que en su origen exhibía prestaciones jurídicamente equivalentes. Como en la especie, la pericial técnica, incuestionada por las partes, concluyó que aquella ecuación no se respetó desde el comienzo mismo de la relación contractual, ya que el precio pactado resul-

taba insuficiente para cubrir el costo de la obra, la teoría de la frustración del fin no podía aplicarse al caso planteado.

Compartimos las consideraciones y resolución del tribunal de grado, por cuanto el caso no pudo encuadrarse en la figura del art. 1198, segunda parte, del Código Civil si no existió sobrevenido desequilibrio de las prestaciones, ni tampoco en la frustración del fin del contrato, si el propósito expresado en su contenido no se tornó inalcanzable.

Pero sin perjuicio de ello, estimamos que otros dos recaudos de la segunda de las vicisitudes apuntadas tampoco se dan en la especie.

El primero de ellos es el relativo al “fin” del contrato. Según la postura de la actora los beneficios o ganancias que estimaba obtener con el negocio celebrado, se frustraron a consecuencia de la brusca alteración de la ecuación económica del contrato. Ese móvil o fin mediato que ella legítimamente pudo abrigar, no constituye, según nuestro criterio, un fin con gravitación en la suerte del negocio, porque seguramente era desconocido por los demandados, quienes obviamente no lo habían hecho suyo, y aceptado como razón de ser determinante del contenido del acuerdo.

Desde otro ángulo, opinamos que la variación del precio sufrida durante el decurso del contrato, seguro motivada por las alteraciones de valores de bienes y servicios, formó parte del riesgo asumido en el convenio por la empresa constructora, circunstancia que también vedaba invocar la vicisitud de la frustración del fin. Resulta una obviedad resaltar que una empresa profesional de la actividad no puede excusarse en un aparente error en el cálculo de costo de la obra, máxime si éste, como quedó corroborado con la prueba rendida, estuvo desfasado desde su origen.

9) *“Alerse S.R.L. c/ Carrefour Argentina S.A.”*²¹⁴

²¹⁴ L.L., 1998-E-565, con nota de M. L. CASAS DE CHAMORRO VANASCO, “La frustración del fin de los contratos como causa de extinción de éstos”.

Carrefour Argentina S.A. cedió en locación a Alerse S.R.L., mediante un típico contrato por adhesión, un local comercial en el Shopping Soleil del Gran Buenos Aires. En la cláusula primera del acuerdo se explicitaba que el negocio se celebraba para *“la finalidad global, específica y de funcionamiento de un shopping center”*, y en las normas generales se agregaba que la finalidad del shopping center *“sería congregarse en un mismo lugar, un número adecuado de actividades empresariales, distribuyendo los diferentes ramos de comercio y servicios según una planificación técnica precedida de estudios sobre las preferencias y vocaciones del consumidor, destinado a darle a éste, el mayor confort y el máximo estímulo, facilitándole la elección y adquisición de bienes y servicios”*. Diversos factores sobrevinientes a la celebración del negocio y ajenos a la voluntad de las partes, como la ubicación del predio, la apertura de otra galería comercial en la zona, y la crisis global de la economía, produjeron el cierre de varios locales del centro comercial, la disminución de afluencia del público, y consecuentemente de las ventas, obligando a la locadora, a la sazón también administradora del emprendimiento en cuestión, a la transformación del shopping center y, finalmente, a su cierre definitivo.

La locataria demandó a Carrefour S.A. por resolución de contrato más daños y perjuicios, oponiéndose la accionada.

En primera instancia se hizo lugar a la demanda, disponiéndose la resolución del contrato y condenándose a Carrefour S.A. a reintegrar a la actora los gastos de instalación no amortizados y los elementos que quedaron en el local.

Ambas partes apelaron el fallo: la locataria por considerar que debió condenarse a la demandada a indemnizar también los daños y perjuicios derivados de la resolución; la locadora, en cuanto se la condenó a la restitución de los gastos y elementos existentes en el local.

La Cámara Nacional Civil, Sala M, el 13 de octubre de 1997 confirmó la sentencia de primera instancia, y aunque no fue materia litigiosa, consideró plenamente aplicable a la especie la doctrina de la frustración del fin del contrato.

Comenzó señalando que la causa, razón jurídica del negocio, además de un aspecto objetivo, consistente en el propósito recíproco y común de las partes de obtener el cumplimiento íntegro de las prestaciones, posee un aspecto subjetivo que estriba en la finalidad concreta, propia e individual formada por los motivos determinantes, que al exteriorizarse, se causalizan.

Así, dijo, el motivo determinante exteriorizado en el propio contrato de locación que llevó al locatario a perfeccionar el negocio, lo constituía la funcionalidad, organización y atracción que ejerce sobre el público la congregación en un mismo ámbito de un número adecuado de actividades empresariales de distintos ramos comerciales y de servicios, tales como bar, restaurantes, juegos infantiles, etcétera. El fracaso del emprendimiento corroborado con el sucesivo cierre de otros comercios, la consiguiente pérdida de atractivo que el lugar tenía para el público, y la disminución de las ventas, si bien no imposibilitaron la prestación del locador, la tornaron inútil y carente de interés para el arrendatario, frustrando el resultado económico perseguido, y con él, inalcanzable el fin del contrato.

Pese a ello, el tribunal rechazó el agravio de la locataria que pretendía responsabilizar a Carrefour S.A. por los daños y perjuicios derivados de la resolución al no invocarse ni acreditarse fehacientemente la culpa de la accionada por el fracaso del funcionamiento del Shopping Soleil. Destacó la Cámara que pese al rol conductivo que asumió la demandada en el emprendimiento fracasado, su obligación fue de medios y no de resultado, es decir, no aseguró el éxito del negocio; amén de que la actora, una empresa comercial con experiencia en el rubro, debió evaluar los riesgos propios de esta actividad mercantil. En definitiva, como no se probó la culpabilidad de Carrefour S.A. en la resolución del contrato que las ligaba, pese a haberse frustrado el fin, no es procedente el resarcimiento, al tratarse de una situación diferente a la resolución por incumplimiento, que siempre es imputable a una de las partes.

Finalmente, rechazó la queja de la demandada referida a la condena de restituir los gastos, entendiendo que ello resulta un natural colorario de la doctrina de la frustración del fin del contrato, conforme a un justo reparto del riesgo contractual.

Compartimos con el tribunal el encuadre del caso dentro de la figura de la frustración del fin del contrato y la solución dada al conflicto, pero discrepamos con el fallo en cuanto se condenó a la demandada a reintegrar a la actora los gastos de instalación no amortizados, con el argumento de que ello derivaría de la aplicación de la teoría de la frustración del fin del contrato, y de un justo reparto del riesgo contractual. Ello así, porque los gastos que deben reembolsarse en virtud de la aplicación del instituto, son los padecidos por el deudor de la prestación que devino inútil para el acreedor, en el caso Carrefour S.A., respecto de su obligación de conceder el uso y goce del local arrendado, y no los que haya sufrido el acreedor ²¹⁵.

10) “Carrefour Argentina S.A. c/ Skydelsky Levin Edgardo y otro” ²¹⁶

Carrefour Argentina S.A. cedió en locación a Edgardo Skydeksky Levin y Elizabeth Guberman de Skidel, mediante un típico contrato por adhesión, un local comercial en el Shopping Soleil del Gran Buenos Aires. En la cláusula primera del acuerdo se explicitaba que el negocio se celebraba para “*la finalidad global, específica y de funcionamiento de un shopping center*”, y en las normas generales se agregaba que la finalidad del shopping center “*sería congregarse en un mismo lugar, un número adecuado de actividades empresariales, distribuyendo los diferentes ramos de comercio y servicios según una planificación técnica precedida de estudios so-*

²¹⁵ Confr. M. C. GIANFELICI, ob. cit., pág. 165. En contra, la anotadora del fallo, que interpreta equitativa la solución del Tribunal.

²¹⁶ L.L., 1998-F-541.

bre las preferencias y vocaciones del consumidor, destinado a darle a éste, el mayor confort y el máximo estímulo, facilitándole la elección y adquisición de bienes y servicios”.

Diversos factores sobrevinientes a la celebración del negocio y ajenos a la voluntad de las partes, como la ubicación del predio, la apertura de otra galería comercial en la zona, y la crisis global de la economía, produjeron el cierre de varios locales del centro comercial, la disminución de afluencia del público, y consecuentemente de las ventas, obligando a la locadora, a la sazón también administradora del emprendimiento, a la transformación del shopping center, y finalmente, a su cierre definitivo.

La locadora demandó a la inquilina por cumplimiento del contrato reclamándole el pago de expensas y gastos de administración referidos al local cedido, montos concernientes al fondo de promociones colectivas y multas por abrir el local fuera del horario comercial.

El juez de primera instancia hizo lugar parcialmente a la demanda promovida por la actora, excluyendo de la condena los últimos dos rubros reclamados. Ambas partes apelaron la sentencia. La Cámara Nacional Civil, Sala G, dictó resolución el 5 de marzo de 1998, confirmó la sentencia en lo principal y, admitiendo el recurso de la actora, adicionó los rubros denegados en la sede anterior.

Para rechazar el recurso de los demandados recordó el tribunal de alzada que en el juicio precedente que éstos promovieran contra Carrefour S.A. por incumplimiento de contrato e indemnización de daños y perjuicios derivados del fracaso del emprendimiento comercial, la pretensión fue rechazada en ambas instancias -con intervención de los mismos tribunales- con la debida aclaración que la involución y el colapso comercial respondieron a circunstancias del riesgo propio de la actividad empresarial, y no al incumplimiento culpable de las partes. También dijo que aquel reclamo de los entonces actores y ahora demandados, se sustentó en bases meramente conjeturales, que en el acuerdo de rescisión del contrato suscripto por las partes no hubo atribución de culpas, y que la prueba pericial contable rendida demostró que

el comercio explotado en el local cedido, lejos de disminuir, incrementó sus ventas en el tramo final del plazo contractual. Que estas circunstancias, unidas al hecho de que la arrendadora no garantizó el éxito del emprendimiento, pues de lo contrario tal premisa se hubiere pactado bajo la forma de una condición expresa en el contrato base, permiten declarar inadmisibile la defensa fundada en la frustración del fin del contrato, pues rechazada en aquel juicio previo en sentencias firmes y consentidas, expande sus consecuencias a este ulterior, por el efecto negativo de la cosa juzgada, que impide a quien se le ha negado ya su pretensión una vez, cuestionar en un proceso ulterior la decisión firme allí pronunciada.

Finalmente, y para justificar la inclusión de los rubros rechazados en primera instancia, la alzada resaltó que la conducta de los accionados, dejando de pagar las prestaciones previstas en el contrato, pese al demostrado incremento de su lucro comercial, contribuyó sin dudas al colapso de la galería, y es demostrativa de la procedencia del agravio de la actora para conseguir su incorporación en la condena.

Consideramos ajustada a derecho la sentencia de la Cámara e irrefutables los argumentos dados para desestimar la subsunción del caso en la doctrina de frustración del fin, en especial el referido a la cosa juzgada, pues tal vicisitud había sido ya rechazada en el juicio previo por incumplimiento de contrato ventilado entre las mismas partes y ante idénticos tribunales.

Sin perjuicio de ello, es evidente que si la prestación a favor de la locataria no vio desvanecer su utilidad objetiva, sino que, por el contrario, se benefició con un probado incremento del lucro comercial, es indiscutible que las circunstancias sobrevenidas que malograron el emprendimiento del Shopping Soleil, en este caso particular, lejos estuvieron de malograr el propósito asumido por ambas partes en el contrato base de la acción.

Desde otro ángulo, debe repararse en que la inquilina se hallaba en mora en el pago de las prestaciones asumidas en el contrato de arriendo al momento del fracaso de la galería,

situación que también le impedía invocar la doctrina de frustración del fin.

11) “*José Morandeira S.A. c/ Nobleza Picardo S.A.*”²¹⁷

José Morandeira S.A. estuvo vinculado por más de 47 años a través de un contrato de distribución comercial con la firma Nobleza Picardo S.A., la primera como distribuidora y la segunda como distribuida. José Morandeira S.A. también era distribuidora de Massalín Particulares S.A., competidora en el mercado nacional de Nobleza Picardo S.A., en la producción y venta de cigarrillos. Ambos productores operaban a través de 75 distribuidores mayoristas “no exclusivos”, por lo que los distribuidores vendían a terceros las marcas de ambos productores, que operaban en el mercado en una suerte de oligopolio comercial.

Durante 1997 Massalín Particulares S.A. decidió variar su sistema de comercialización: del total de los distribuidores seleccionó 29 como exclusivos, excluyendo a todos los demás, dentro de los cuales figuró José Morandeira S.A., a quien el 4 de marzo de 1997 le comunicó la rescisión del contrato de distribución. El distracto terminó con un acuerdo transaccional por el cual se abonó al distribuidor una importante suma de dinero en concepto de indemnización por los daños derivados de la desvinculación intempestiva.

Debido a la modificación introducida al mercado de comercialización de cigarrillos por Massalín Particulares S.A., Nobleza Picardo S.A. también resolvió variar su sistema de ventas, haciéndolo en términos similares a los de su competidora: designó distribuidores exclusivos para seis zonas de la Capital Federal y el Gran Buenos Aires, y cesó la relación comercial con el resto. Por ello, con fecha 10 de marzo de 1997, notificó a José Morandeira S.A. la rescisión del contrato a

²¹⁷ Revista de Responsabilidad Civil y de Seguros, Buenos Aires, La Ley, 2001, t. II, pág. 530 y ss., con nota de C. MOLINA SANDOVAL, “Contrato de distribución comercial: la cuestión indemnizatoria por ruptura intempestiva”.

partir del día siguiente, fundándose en la imperiosa necesidad de redimensionar el sistema de comercialización que había sido destruido en forma intempestiva y antijurídica por su competidora.

Así las cosas, José Morandeira S.A., sintiéndose víctima inocente de una guerra comercial desatada entre las dos productoras, demandó a su distribuidora Nobleza Picardo S.A. por los daños y perjuicios causados por la rescisión unilateral, injustificada e intempestiva del contrato de distribución.

La demandada, en su defensa, invocó como causa justificante de la rescisión, “razones de fuerza mayor”, las que específicamente consistieron, a su entender, en la “sobreviniente, irresistible y ajena” actitud de Massalín Particulares S.A. de modificar la relación comercial con sus distribuidores, provocando la destrucción del sistema de comercialización de cigarrillos y determinando la inviabilidad de la empresa actora y la imposibilidad económica y comercial de la demandada de celebrar contratos de zonificación con todas las empresas remanentes, respecto de las cuales Massalín Particulares S.A. había rescindido sus contratos de comercialización.

El juez de primera instancia acogió la demanda, rechazó el argumento de fuerza mayor como justificativo de la ruptura intempestiva del contrato de distribución que unía a las partes, y ordenó el pago de los daños y perjuicios irrogados.

La sentencia fue apelada por la demandada, y confirmada por la Cámara Nacional Comercial, Sala D, de la Capital Federal, con fecha 22 de mayo de 2001, variando los fundamentos de la sede anterior, y reduciendo el *quantum* indemnizatorio.

En primer término, el tribunal de alzada diferenció la fuerza mayor de la frustración del fin del contrato, señalando que si bien tienen puntos de contacto, pues en ambas el hecho que altera el contrato es sobreviniente, inesperado e irresistible, ajeno a las partes y a los riesgos propios de la contratación, presentan sin embargo diferencias que permiten distinguirlas claramente, pues la primera impide el cumplimiento del contrato, mientras que la segunda motiva que la pres-

tación, que sigue siendo posible en su cumplimiento, pierda su razón de ser y sentido.

Revisando las constancias de la causa, en especial los argumentos vertidos por las partes en la relación epistolar previa al inicio de la acción, entendió la Cámara que la demandada no había fundado su invocada eximición de responsabilidad en la primera de esas vicisitudes, sino en la segunda.

Luego de analizar antecedentes doctrinarios relativos a la admisibilidad de la figura de la frustración del fin del contrato en nuestro derecho, se abocó a la tarea de desmenuzar, con prolijidad manifiesta, los argumentos de la defensa y las pruebas colectadas en el proceso para verificar si éstas eran funcionales a la referida vicisitud negocial.

Estimó evidente que la conducta de Massalín Particulares S.A., de convertir en exclusivos ciertos distribuidores y prescindir de otros, significó una profunda alteración en el sistema de comercialización de cigarrillos, afectando notablemente la posición de Nobleza Picardo S.A., privada sorpresivamente de 29 canales de comercialización, e imposibilitada de mantener como exclusivos los 46 de los que había prescindido su competidora, lo que podría tornar inviable por antieconómica la continuidad de las relaciones comerciales entre las partes.

Empero, advierte la Cámara, las probanzas reunidas en la causa no fueron suficientes para demostrar la inviabilidad de la empresa actora -cuya rentabilidad podía recuperarse, según la pericia contable, modificando el volumen de ventas y reestructurando el personal-, ni la imposibilidad de la demandada de mantener la red remanente de distribuidores, al menos durante el plazo razonable de un preaviso, que hubiere legitimado la rescisión contractual, liberándola de la responsabilidad por la desvinculación intempestiva que dio motivo al reclamo de la actora.

En definitiva, concluye el tribunal, si la decisión de Massalín Particulares S.A. no necesariamente condujo a la extinción de la empresa José Morandeira S.A., no puede afirmarse con suficiente certeza que hubiese quedado frustrado

el fin del contrato que la vinculaba a Nobleza Picardo S.A. De este modo, aunque hubiere podido aplicarse a la especie la vicisitud de la frustración del fin, ello resultó imposible porque la demandada no probó que la conducta de su competidora y las consecuentes modificaciones en el mercado, hayan privado de razón de ser y sentido al contrato que la vinculaba con la demandante.

Ambas sentencias nos parecen justas, pues de los antecedentes relatados surge evidente que no medió preaviso ni causa que justifique la rescisión intempestiva del contrato de distribución comercial que vinculaba a las partes, por lo que la condena resarcitoria resulta ajustada a derecho ²¹⁸.

Empero, no compartimos el encuadramiento del caso en la figura de la frustración del fin, aunque se hubiere colectado prueba que acredite la inviabilidad comercial de la empresa actora, o la imposibilidad de la demandada de mantener la red remanente de distribuidores. Ello así, porque de ninguna manera puede admitirse que la ruptura de la actora con Massalín Particulares S.A. haya determinado la pérdida de la utilidad objetiva que la demandada podía esperar de la prestación de distribución a cargo de la actora. La permanencia de la relación comercial de José Morandeira S.A. con

²¹⁸ Abundante jurisprudencia ha interpretado que en los contratos de distribución comercial pactados sin plazo no es dable presumir que las partes se obligaron *ad eternum*, cualquiera de ellas puede rescindirlos mediando justa causa, o en su defecto, preavisando el finiquito con antelación proporcional a la duración del vínculo: CNCom., Sala D, 11/10/00, "Shell C.P.S.A. c/ Lifraf S.A.", L.L., 2000-F-870; CNCom., Sala B, 24/7/89, "Ediciones Arani S.R.L. c/ Nop S.R.L.", L.L., 1990-A-345. Otro importante precedente fue resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación: "Automotores Saavedra A. c/ Fiat Argentina S.A.", L.L., C., 1989-389, con nota de A. BOGGIANO, "El poder normativo del caso. Del precedente a la norma"; también lo comentan, O. RATTI, "La concesión de automotores a la luz de un reciente pronunciamiento de la Corte Suprema", L.L., 1989-B-768; A. M. AGUINIS, "Rescisión unilateral, abuso de derecho y control externo", L.L., 1990-A-1015; J. M. GASTALDI, "La autonomía de la voluntad y su vigencia en el contrato de concesión para la venta de automotores", E.D., 133-117.

Massalín Particulares S.A. de ningún modo puede interpretarse como “fin del contrato” de distribución que unía a aquella con la demandada. No existe ni el más remoto antecedente surgido de los relatos de la sentencia comentada, que permita suponer que tal condición haya sido el motivo determinante que sustentó el negocio de las partes, a punto de integrar su contenido. Esto resulta evidente, pues pese al hecho provocado por Massalín Particulares S.A., la actividad de distribución realizada por la actora seguía manteniendo su razón de ser o sentido, o al menos pudo haberlos mantenido por el tiempo necesario para cumplir con un razonable preaviso. Prueba suficiente es que la accionada continuó, pese a todo, la relación comercial con otras distribuidoras, lo que permite fácilmente colegir que su rescisión unilateral estuvo fundada en razones particulares de conveniencia comercial, y no en hechos imputables a la demandante.

*12) “Rinaldi Francisco A. y otro c/ Guzmán Toledo Ronald y otro”*²¹⁹

El 25 de octubre de 2001 Ronald C. Guzmán Toledo y Verónica A. Vega compraron un inmueble de 129 m² para des-

²¹⁹ C.S.J.N., “Rinaldi Francisco A. y otro c/ Guzmán Toledo Ronald y otro”; (Suplemento Especial La Ley del 21/3/2007, Pesificación de créditos hipotecarios), con nota de A. BORDA, “El triunfo de la pesificación”; N. COSSARI, “La pesificación de las hipotecas en el reciente fallo de la Corte Suprema”; A. GIL DOMÍNGUEZ, “Más cerca de la penumbra que de la luz”; A. DRUCAROFF AGUIAR, “La Corte convalidó las normas de emergencia en materia hipotecaria con fundamento sólo aparente”; C. GHERSI, “Deudas por préstamos con garantía hipotecaria fuera del sistema bancario. Refinanciación hipotecaria por el fideicomiso de Banco Nación”; C. GÓMEZ, “La Corte Suprema brinda protección a ‘vivienda única familiar’”; C. HERNÁNDEZ, “Aportes de la CSJN para la construcción de un derecho contractual justo”; G. LARROCA, “La determinación de las deudas hipotecarias conforme la ley 26.167 según el fallo Rinaldi”; C. PETTIS - F. CAUSSE, “¿La cosa juzgada en emergencia?”; T. SOSA, “Pesificación y reajuste equitativo”; L. VERGARA, “La teoría de la imprevisión aplicada a los mutuos con garantía hipotecaria sobre una vivienda familiar y única. La aplicación del parámetro de mayor onerosidad subjetiva”.

tinarlo a su vivienda, en la localidad de Bernal, Partido de Quilmes, Provincia de Buenos Aires, y conforme a la escritura pública que instrumentó el acto, pagaron por él la suma de treinta mil dólares estadounidenses (U\$S 30.000). En ese mismo acto, y para saldar el precio de la compra, tomaron en préstamo la suma de dólares estadounidenses trece mil (U\$S 13.000) aportados por los Sres. Francisco Augusto Rinaldi, Jacobo Siskindovich y Diego Zimmerman, pactando que la devolución se haría en sesenta cuotas mensuales, iguales y consecutivas de dólares estadounidenses trescientos cincuenta y nueve con sesenta y cuatro centavos (U\$S 359,64) cada una, con más un interés del 1,84% mensual sobre el saldo deudor, según el sistema francés, con vencimiento la primera de ellas el 25 de noviembre de 2001, gravando el inmueble adquirido con derecho real de hipoteca en primer grado a favor de los prestamistas. En el contrato de mutuo que se materializó en la referida pieza notarial, los deudores, renunciando a su derecho de invocar la teoría de la imprevisión, declararon conocer el riesgo de la devaluación monetaria por derogación de la ley de convertibilidad 23.928, para cuyo caso acordaron un procedimiento que determinaría la cantidad de pesos equivalentes a los dólares prestados que deberían devolver, así como los valores que se entregarían, si la obtención de la moneda extranjera resultaba imposible en virtud de decisiones gubernamentales.

Los mutuarios abonaron en forma irregular las primeras 16 cuotas pactadas y entraron en mora al incumplir el pago de la que venció el 25 de marzo de 2003. Así las cosas, el 30 de septiembre de ese año, los prestamistas promovieron la ejecución judicial de la garantía hipotecaria por el total de la deuda impaga, planteando la inconstitucionalidad de la Ley de Emergencia Nacional 25.561 y de todas las normas complementarias a esta, en cuanto les afectada su derecho de propiedad protegido por el art. 17 de la Constitución Nacional.

Contra esa pretensión se alzaron los deudores, peticionando la reconversión de la deuda pactada en moneda extranjera en pesos a la par por aplicación de la referida normativa y, especialmente, de la ley 25.820. Defendieron tam-

bién la validez constitucional de todo el plexo de emergencia dictado por el PEN, en particular del decreto 214/2002, argumentando que se veían en la imposibilidad material de cumplir la prestación que por efectos devaluatorios de la moneda nacional, había triplicado su valor. Finalmente, adujeron su incorporación al sistema de refinanciación de deudas hipotecarias creado por la ley 25.798, denunciando el pago de las tres primeras cuotas.

En contra de esta última normativa planteó la actora su inconstitucionalidad, rechazando al Estado como deudor, y afirmando que si, como era de público conocimiento, se hallaba en cesación de pagos, mal podría cancelar bonos de deuda creados por la última ley mencionada. Negaron la conformidad exigida por el Código Civil para el pago por subrogación, y sostuvieron que aun admitiéndolo, los obligaría a recibir un pago parcial de la suma adeudada. En resumen, sostuvieron que al disponerse la pesificación de las obligaciones pactadas en moneda extranjera, se alteraban las pautas contractuales acordadas libremente y se licuaba la deuda en detrimento del acreedor, premiando el incumplimiento de la obligación, y vulnerando los principios de razonabilidad, seguridad jurídica e irretroactividad de la ley, además de los derechos constitucionales de propiedad e igualdad amparados por los arts. 16 y 17 de nuestra Carta Fundamental.

El juez de primera instancia, declarando la inconstitucionalidad de toda la normativa citada, mandó llevar adelante la ejecución, y dispuso, por aplicación de la doctrina del esfuerzo compartido prevista en el art. 11 de la ley 25.561, que el capital adeudado se calculase a razón de un peso por cada dólar estadounidense insoluto, con más el 50% de la brecha entre \$ 1 y el valor del dólar según la cotización vigente a la fecha de pago, con más intereses compensatorios del 12% anual desde la mora hasta su efectiva cancelación. La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala C, confirmó en todas sus partes la sentencia del juez inferior, con costas a los demandados. Contra dicho pronunciamiento interpusieron estos recurso extraordinario, y denegado que les fuera, plantearon directamente el recurso de queja ante el Máximo Tribunal.

Radicada ya la causa ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, el PEN promulgó la ley 26.167 que introdujo nuevas pautas para la determinación judicial de la deuda y, en particular, dispuso que la diferencia de cotización entre el peso y el dólar debía ser soportada por el deudor sólo en un treinta por ciento (art. 6º). Al contestar la requisitoria del Tribunal, los actores se opusieron a la aplicación de la nueva normativa al reputarla inconstitucional con parecidos argumentos a los endilgados al resto del plexo de emergencia, mientras que los deudores sostuvieron su validez.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación dictó sentencia el 15 de marzo de 2007, con votos diferenciados de sus miembros pero por decisión unánime. Hizo lugar a la queja, declaró admisible el recurso extraordinario, y modificó en lo sustancial las dos sentencias anteriores, declarando la constitucionalidad de toda la legislación de emergencia, cuya validez se discutiera en la causa, y la pesificación de las deudas hipotecarias pactadas originariamente en moneda extranjera. La naturaleza de las cuestiones jurídicas debatidas y la variedad de los argumentos utilizados por el Tribunal para resolverlas, imponen, según nuestro criterio, un detenido análisis de la resolución, que excedería con creces los acotados límites y objeto de nuestro trabajo, por lo que circunscribiremos nuestros comentarios a los que tienen directa relación con la frustración del fin del contrato, utilizada por el alto cuerpo como figura sustentadora, junto a otras, de la resolución.

Los puntos más sobresalientes de la sentencia y de su fundamentación podrían resumirse como sigue:

1) En las ejecuciones de mutuos hipotecarios, celebrados entre particulares en divisa extranjera y por un monto inferior a U\$S 100.000, en los que el deudor tenga comprometida su vivienda única y familiar, el monto mandado a pagar según el reajuste equitativo de las prestaciones referido en el art. 11 de la ley 25.561, no podrá exceder el cálculo que surge de la conversión de un dólar a un peso, más el 30% de la diferencia entre dicha paridad y la cotización libre del dólar a la fecha en que se practique la liquidación, adicionando un inte-

rés no superior al 2,5% anual por todo concepto, desde la mora y hasta el efectivo pago, todo ello de conformidad con lo ordenado en el art. 6° de la ley 26.167.

2) El límite establecido en la citada normativa, consecuencia de sus precedentes -las leyes 25.798 y 25.908-, revela que el legislador optó por proteger en mayor medida a los deudores hipotecarios cuyos hogares estuvieren en riesgo de ser ejecutados como consecuencia de la crisis económico-financiera que vivió el país desde 2002 en adelante, y obedece a un propósito de justicia, que justifica la restricción impuesta al derecho de propiedad del acreedor, máxime si se dispone que para llegar a ese tope legal, los jueces deberán tener en cuenta el coeficiente de variación salarial y mantener una relación de equilibrio patrimonial al tiempo de cumplir la obligación.

3) Las distinciones que hacen las normas mencionadas en los párrafos anteriores y sus decretos reglamentarios, no vulneran la garantía de igualdad ante la ley porque responden a una diferenciación entre situaciones jurídicas diversas, ni desconocen el principio de irretroactividad de la ley sobre prestaciones ya cumplidas, pues las obligaciones reclamadas en la causa se encontraban en curso de ejecución y se hallaban pendientes de pago en plena crisis económica. Además, no afectan derechos adquiridos, pues la aplicación de la nueva ley sólo comprende los efectos en curso de una relación jurídica, aun cuando ésta hubiere nacido bajo el imperio de una ley antigua.

4) El sistema de refinanciación hipotecaria creado por el referido plexo de emergencia, es aplicable incluso a los deudores que hubieren incurrido en mora con anterioridad al 6 de enero de 2002 -fecha de vigencia de la ley 25.561-, pues en el marco de la grave perturbación por la que atravesaba el país, no es razonable pensar que el legislador hubiere pretendido excluir a los deudores morosos.

5) Tratándose de un mutuo hipotecario celebrado entre particulares, en el que el deudor tiene comprometida su vivienda única y familiar, y el acreedor conoce el motivo de la contratación, debe aplicarse el instituto de la frustración del fin del contrato, en virtud del cual el juez se encuentra auto-

rizado a revisarlo para lograr que el acreedor obtenga la natural satisfacción de su crédito, con el límite del razonable cumplimiento de aquella finalidad. La incorporación de la vivienda, aun como objetivo mediato, en el territorio del contrato de mutuo hipotecario, permite establecer un cerco en la buena fe con la que deben juzgarse las prestaciones (del voto de los Dres. Lorenzetti y Zaffaroni).

6) Es ineficaz la cláusula contractual por la que el deudor se obliga a restituir moneda extranjera asumiendo cualquier variación de cotización, y renunciando a la posibilidad de invocar la teoría de la imprevisión, si la modificación del tipo de cambio destruyó el equilibrio de las prestaciones y resultó impuesta por un acto de autoridad tendiente a proteger el interés general, máxime si esa cláusula integra una relación de consumo fácilmente identificable, que afecta derechos fundamentales del obligado, como lo es el de su acceso a la vivienda digna (del voto de los Dres. Lorenzetti y Zaffaroni).

7) En razón de lo apuntado en el apartado anterior, resulta aplicable al caso la teoría de la excesiva onerosidad sobreviniente que regula el art. 1198 del Código Civil, ya que la declaración de emergencia económica y la devaluación de la moneda nacional, constituyen un hecho no sólo imprevisible, de acuerdo con el nivel de información que una persona razonable habría tenido al tiempo de contratar, sino que era inevitable frente a una diligencia normal (del voto de los Dres. Lorenzetti y Zaffaroni).

8) Por todo ello, el reajuste de prestaciones que introduce la ley 26.167 no sólo es equitativo y constitucional, sino que se compadece con el que podría resultar de una valoración judicial del caso, de conformidad con la excesiva onerosidad sobreviniente, la frustración del fin del contrato y la afectación de derechos fundamentales (del voto de los Dres. Lorenzetti y Zaffaroni).

No compartimos la solución ni los fundamentos dados por la sentencia de nuestro Máximo Tribunal; entendemos, en cambio, más ajustados a derecho y a un estricto criterio de justicia los brindados por los tribunales inferiores. Como advertíamos anteriormente, sin desconocer la trascendencia de

los institutos jurídicos aludidos en el fallo, y el riquísimo debate doctrinario que puede brindar su análisis pormenorizado, por razones de especificidad, limitaremos nuestra referencia a la figura en estudio y a los argumentos que dio la Corte Suprema para subsumir en ella el caso resuelto.

Ante todo, debe resaltarse la inaudita aplicación, conjunta o alternativa, que parece inferirse de la sentencia, de los institutos de la excesiva onerosidad sobrevenida, la frustración del fin del contrato y el caso fortuito o fuerza mayor. Aun cuando entre ellos existen afinidades que llevaron a algunos autores a sostener su equivalencia ²²⁰, entendemos que son vicisitudes contractuales disímiles en su configuración, requisitos y efectos, por lo que al menos aparece confusa la sentencia en este sentido. Desde que Larenz diferenciara con gran maestría los dos supuestos básicos de desaparición de la base objetiva del negocio ²²¹, resulta inapropiado confundir las hipótesis fácticas que pueden incluirse en uno y otro caso, y más aún si se incorpora también al caso fortuito y la fuerza mayor, aludiendo, como lo hace el fallo, a la inevitabilidad del fenómeno devaluatorio frente a una diligencia normal de los contratantes.

Pero aun soslayando la subsunción conjunta o alternativa que hace la Corte, estimamos que el caso resuelto no puede encuadrarse, al menos, en ninguna de las dos primeras contingencias señaladas.

En lo que respecta a la excesiva onerosidad sobrevenida, porque falta, según nuestro criterio, el carácter extraordinario e imprevisible de la circunstancia que tornara excesivamente onerosa la prestación para el deudor, esto es, la devaluación monetaria impuesta por la Ley de Emergencia Nacional 25.561.

²²⁰ Sobre todo entre la excesiva onerosidad sobrevenida y la frustración del fin del contrato, confr. V. ESPERT SANZ, ob. cit., págs. 159 y 163, y nuestras referencias al tratar los puntos 1.4.2 y 1.4.6 del capítulo III de este trabajo.

²²¹ K. LARENZ, *Bases del negocio...*, ob. cit., pág. 37 y ss.

Ello así, porque la modificación cambiaria resuelta a partir del 6 de enero de 2002 fue un hecho repetido en varias ocasiones a lo largo de nuestra historia económica más reciente, y hasta presagiado y defendido por diferentes operadores económicos y jurídicos como única solución posible al duro corsé impuesto por la Ley de Convertibilidad, supuesto obstáculo que impedía la recuperación económica del país. A tal punto llegaba su “previsibilidad” que las propias partes contratantes habían incluido en el negocio una cláusula elusiva de responsabilidad en ese sentido.

Tampoco nos parece atinada la invocación de la frustración del fin del contrato, sobre la que parece dudar hasta el propio Tribunal al afirmar tímidamente: “[...] *la incorporación de la vivienda aun como ‘objetivo mediato’ [...] permite establecer un cerco en la buena fe con la que deben juzgarse las prestaciones*” (las comillas son nuestras).

Ello así, porque la frustración del fin requiere de varios recaudos de procedencia que aparecen olvidados en el fallo que comentamos.

En primer término, no se explicita cuál es el “fin que se ha frustrado”; sólo se ensaya, a modo de sustento, que la “vivienda única y familiar sería el motivo de la contratación”. Sin perjuicio de que el vocablo “motivo” no es el más feliz para referirse al fin negocial, dada la invariable opinión doctrinaria y jurisprudencial de que éstos son intrascendentes al derecho ²²², lo cierto es que tampoco puede admitirse como tal el propuesto por la Corte.

En efecto, el mutuo, abstractamente considerado, consiste en la entrega de cantidades de cosas con autorización para consumirlas por un tiempo determinado, con obligación de

²²² Confr. K. LARENZ, *Bases del negocio...*, ob. cit., pág. 166 y ss; J. M. APARICIO, *Contratos*, ob. cit., t. II, pág. 368: “... *de ordinario el fin con trascendencia jurídica es el inmediato que da su fisonomía al negocio. Los móviles, los fines mediatos, que impelen a las partes a la celebración del contrato, carecen de gravitación*”.

restituir las mismas u otras de la misma especie y calidad, mediando el pago de un precio cierto en dinero, si el negocio fuere oneroso. Los móviles o finalidades ulteriores de una de las partes, en el caso la vivienda única y familiar, en nada interesan a la otra, aun cuando fueren conocidos o comunicados, a no ser que los haya hecho suyos y que hayan tenido relevancia para la consumación y contenido del acuerdo. Sin esa premisa básica, de hacer suyo el motivo del contrario, el móvil personal de éste no se eleva a la categoría de “fin del negocio”. Esta situación no se dio en la especie, pues la sujeta protección de la vivienda única y familiar no figuró como “motivo determinante” del préstamo celebrado entre las partes; éste más bien residía, como se dijo más arriba, en el intercambio del dinero por los intereses libremente convenidos.

En segundo lugar, el instituto de la frustración del fin del contrato está pensado en tutela del exclusivo interés del acreedor, y no del deudor. Obsérvese que la prestación cuya realización devino obstaculizada por la devaluación monetaria fue la de los deudores, obligados al pago de las cuotas de reintegro del dinero prestado con más los intereses fijados, y no la prestación de los mutuantes acreedores. El fallo de la Corte, es evidente, consideró el interés de los deudores de la prestación, al computar que éstos sólo podrían realizarla poniendo en serio riesgo su vivienda única y familiar.

Finalmente, estimamos desacertada la calificación de relación de consumo asignada por el Máximo Tribunal al supuesto de autos. El contrato de mutuo celebrado entre las partes de ningún modo puede quedar incluido en las taxativas previsiones de los arts. 1º y 2º de la ley 24.240, sus modificatorias y decretos reglamentarios ²²³, por lo que aparece total-

²²³ Confr. entre muchos otros, J. M. APARICIO, *Contratos*, ob. cit., t. I, pág. 186 y ss.; J. M. FARINA, *Defensa del consumidor y del usuario*, Buenos Aires, Astrea, 1995, pág. 35 y ss.; G. STIGLITZ - R. STIGLITZ, *Derechos y defensa del consumidor*, Buenos Aires, La Rocca, 1994, pág. 111 y ss.; J. MOSSET ITURRASPE - R. LORENZETTI, *Defensa del consumidor*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1994,

mente desatinado este fundamento para sustentar la decisión adoptada. Es tan evidente la intención tuitiva y garantista de nuestro Máximo Tribunal hacia los mutuarios afectados por la hipoteca de su vivienda única y familiar, que no ha reparado en los requisitos mínimos de configuración de una relación de consumo.

2. Legislativos

Circunscribiremos nuestro análisis a los que constituyen antecedentes legislativos específicos de la frustración del fin del contrato, soslayando aquellos otros que, aunque vinculados a la revisión contractual en general, no refieren puntualmente al objeto de nuestro estudio ²²⁴. Pese a la restricción que nos hemos impuesto, no podremos sustraernos de la consideración de algunos antecedentes que en realidad, contemplando figuras afines como la excesiva onerosidad sobrevenida, se han estimado regulaciones implícitas de la frustración del fin del contrato.

pág. 54 y ss. En igual sentido el anotador del fallo A. BORDA, *El triunfo...*, pág. 9 y ss.

²²⁴ En el derecho comparado existen numerosos antecedentes legislativos sobre revisión del contrato por variadas circunstancias, siendo la más frecuente la producida por excesiva onerosidad sobrevenida, que aunque emparentada a la frustración del fin no puede confundirse con ella. En Latinoamérica, además de nuestro código Civil (art. 1198), receptan la revisión por excesiva onerosidad los Códigos de Paraguay (art. 672), Bolivia (art. 581) y Perú (art. 1465); en los países europeos, Italia (arts. 1467 a 1469), Portugal (art. 437) y Holanda (art. 6: 258). Sobre su tratamiento en la doctrina extranjera, véanse nuestras referencias en notas 21 a 37 y en la doctrina nacional, especialmente en nota 32.

2.1. Extranjeros

2.1.1. Prusia

El precedente legislativo más remoto del instituto, al menos con el perfil que hoy mayoritariamente se le asigna, se encontró en el *Preussisches Allgemeines Landrecht* o Código Prusiano de 1794. Este cuerpo legal dedica sus §§ 377 a 384 a regularlo ²²⁵:

§ 377: “Excepto el caso de una imposibilidad efectiva, no puede denegarse el cumplimiento de un contrato a causa de la transformación de las circunstancias”.

§ 378: “No obstante, si a causa de una imprevista transformación de las circunstancias se hiciere imposible la consecución de la finalidad última de ambas partes, expresamente declarada o deducida de la naturaleza del negocio, cada una de las partes puede resolver el contrato todavía no cumplido”.

§ 379: “Cada parte podrá exigir de la otra una indemnización sólo cuando la transformación de las circunstancias se deba a un acto libre de aquélla”.

§ 380: “Si a causa de la transformación de las circunstancias se frustra únicamente la finalidad, expresamente declarada o sobreentendida de una de las partes, puede ésta resolver el contrato”.

§ 381: “Esta parte tiene que indemnizar por completo a la otra si la transformación se produjo por obra suya”.

§ 382: “Si la transformación se produjo por obra de la otra parte, ninguna de ellas puede por regla general, exigir indemnización”.

§ 383: “El que resuelve el contrato deberá una indemnización si motivó la transformación de las circunstancias causada por la otra parte”.

²²⁵ K. LARENZ, *Base del negocio...*, ob. cit., pág. 147 y ss.; V. ESPERT SANZ, ob. cit., pág. 78 y ss.; M. C. GIANFELICI, ob. cit., pág. 56; J. M. APARICIO, *Contratos*, ob. cit., t. II, pág. 311 y ss.

§ 384: “El que resuelva el contrato podrá exigir una indemnización cuando la transformación ocurrida por obra suya fue motivada por la conducta de la otra parte”.

Indudablemente varios son los méritos de este primer antecedente, que adelantándose considerablemente a su tiempo, introdujo interesantes recaudos de procedencia, deslindó la figura de otras próximas, y fijó con bastante precisión sus efectos. Ello no obstante, no quedó exento de críticas.

La normativa ratifica el principio de la fuerza obligatoria del contrato, aun en supuestos de transformación de las circunstancias, dejando a salvo como excepciones los casos de “imposibilidad efectiva” -que es en realidad la imposibilidad de consumir la prestación- y de “imposibilidad de consecución de la finalidad última” de ambas o de una sola de las partes, caso éste en que el contrato puede resolverse si aún no está cumplido.

Es preciso que la finalidad última se declare expresamente o surja de la naturaleza del negocio, es decir, esté sobreentendida. Además, siempre ha de ser posible que la otra parte la conozca.

Es indispensable que el contrato no esté íntegramente cumplido, aunque haya comenzado su cumplimiento y que la transformación no haya tenido lugar cuando la parte cuya finalidad se ha frustrado, se encuentre en mora. De lo contrario, podría darse la situación inadmisibles que un retraso culpable en el cumplimiento dispense al responsable de las consecuencias de la variación de las circunstancias.

Finalmente, parecería que la transformación ha de ser, según surge del § 378, ajena a la conducta de las partes. Y decimos “parecería”, pues resulta evidente que los §§ 379 y 381 a 384 admiten la posibilidad que la resolución contractual se produzca cuando la transformación se origine en un acto del perjudicado, con la correlativa sanción del deber de indemnizar a la otra parte. Curiosamente, el *Landrecht* prusiano por un lado subordina la resolución contractual por imposibilidad en la consecución de la finalidad, a que la transformación de las circunstancias sea imprevista (§ 378), pero

admite, por el otro, que la resolución igualmente se produzca por la transformación de las circunstancias originada por un acto del perjudicado, con el único detalle -en este último caso- del deber de indemnizar a la otra parte (§§ 379, 381 y 383). Señala Larenz ²²⁶ que en estos supuestos, más que una resolución por imposibilidad de cumplir la prestación o de alcanzar el fin, lo que se produce es una transformación del originario deber de prestación, en deber de indemnización por el incumplimiento.

Por este último aspecto, creemos, la figura prusiana queda confundida con el incumplimiento contractual, circunstancia que no se compadece con la frustración del fin, tal como la caracterizaremos más adelante ²²⁷.

2.1.2. Austria

El Código Civil General austríaco (A.B.G.B.) en el § 1447 admite la liberación del deudor cuando el objeto del contrato

²²⁶ K. LARENZ, *Base del negocio...*, ob. cit., pág. 150 y ss. Para estos supuestos recoge Larenz, la sentencia del Tribunal Supremo del Reich de 1888 relativa al “impuesto de aguardiente”, que más que un caso de desaparición de finalidad de ambas partes, es en rigor de verdad, uno de excesiva onerosidad sobrevenida: en abril de 1887, el actor había comprado aguardiente de remolacha, que debía entregársele entre agosto y octubre de ese año. El 1º de agosto entró en vigor una imprevisible ley del Reich, implantando un impuesto muy elevado sobre la bebida. El vendedor pretendió entregar las remesas en barriles precintados por el Fisco, intentando desplazar el pago del impuesto al comprador. Este no admitió la entrega, estimando que no se ajustaba a lo convenido, se abasteció por otro conducto, y reclamó al vendedor los daños y perjuicios ocasionados. El Tribunal Supremo rechazó la demanda, con fundamento en el § 378, I,5 del *Landrecht* prusiano, interpretando que por “finalidad última” de las partes, debe entenderse “el cumplimiento del negocio según su especial naturaleza”. En el caso, se dijo, el comprador había celebrado un contrato de cambio, y no habría obtenido la prestación equivalente, si tuviese que pagar el precio del producto con el impuesto incluido.

²²⁷ Véanse nuestros comentarios al tratar el punto 1.4.1 del capítulo III de este trabajo.

individualmente determinado perezca, o la prestación resulte imposible para él por causa que no le sea imputable. Además, toma en consideración el supuesto de frustración de la finalidad al regular el precontrato.

En efecto, el § 936 establece que “el precontrato sólo es obligatorio si las circunstancias no se modificaron de tal modo que la finalidad expresamente determinada o deducible de las circunstancias, se frustre a consecuencia de ello, o desaparezca la confianza de una u otra parte”²²⁸.

Pese a la terminología empleada, se ha visto también en esta normativa una regulación de desaparición de la base objetiva por destrucción de equivalencia entre prestaciones, vinculada a la teoría de la imprevisión, y no específicamente a la frustración de la finalidad²²⁹. Es criticable su falta de previsión de requisitos de procedencia y efectos producidos.

2.1.3. Gran Bretaña

2.1.3.1. *Law Reform (frustrated Contracts) Act*

En 1943, el mismo año en que se sentenció el caso “*Fibrosa*” comentado anteriormente, el Parlamento británico sancionó la normativa del epígrafe con el objeto de superar las dudas y las airadas críticas que ese precedente generó en la doctrina inglesa²³⁰. El cuerpo legal tuvo por finalidad primordial fa-

²²⁸ K. LARENZ, *Base del negocio...*, ob. cit., pág. 108 y ss.; M. C. GIANFELICI, ob. cit., pág. 57 y ss.

²²⁹ K. LARENZ, *Base del negocio...*, ob. cit., pág. 108 y ss. cita algunos casos jurisprudenciales fallados con fundamento en la doctrina de la imprevisión, en los que se hace específica referencia a la variación de la relación de equivalencia de las prestaciones que impide al contrato cumplir el fin económico que originariamente tenía; en igual sentido, M. C. GIANFELICI, ob. cit., pág. 57.

²³⁰ W. ANSON, ob. cit., pág. 518; J. CHITTY, ob. cit., N° 1574, pág. 868; J. RAY, ob. cit., pág. 74; M. C. GIANFELICI, ob. cit., pág. 58.

cultar al tribunal a recomponer las relaciones económicas entre las partes involucradas en los supuestos de frustración contractual.

La disposición establece que cuando en un contrato regido por las leyes inglesas su cumplimiento ha devenido imposible o se ha frustrado -en el sentido dado a este vocablo por el derecho inglés- deberán aplicarse las siguientes reglas:

“Sección I.2. Todas las sumas ya pagadas o pagaderas a una de las partes, en cumplimiento de un contrato antes del acontecimiento frustrante, serán repetibles por quien las pagó, en concepto de dinero entregado en su propia utilidad; y si aún no se hubiesen pagado, ya no se deberán. Pero si la parte que había recibido tales sumas, o aquella a quien tenían que entregarse, había hecho algunos gastos con objeto u ocasión de cumplirse su prestación, el Tribunal puede, si lo considera justo teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso, permitir la retención de alguna cantidad, o percibir la indemnización necesaria para el resarcimiento de tales gastos, nunca en cantidad superior a su importe.”

“Sección I.3. Cuando una de las partes del contrato ha obtenido un beneficio valuable (distinto de un pago en dinero, al que se aplica la sección precedente) a causa de algo que la otra ha hecho cumpliendo el contrato o ejecutando su prestación y antes de que se produzca el acontecimiento frustrante, será repetible el importe de tal beneficio y nunca por cantidad superior al mismo. Todo ello si el Tribunal lo considera justo teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso”²³¹.

En definitiva:

1) Declara recuperables las sumas pagadas con anterioridad al momento en que se produce la frustración del contrato y elimina la obligación de pagar sumas posteriores.

2) Si la parte a quien se pagó, o quien tendría derecho a cobrar una suma de dinero, incurrió en gastos para el cum-

²³¹ Seguimos la traducción de V. ESPERT SANZ, ob. cit., pág. 65 y ss.

plimiento del contrato, antes del momento de la frustración, el tribunal, a su arbitrio, puede permitir que retenga ese dinero para sufragarlos o que se cobre una suma compensatoria.

3) Con independencia de lo establecido precedentemente, si alguna de las partes obtiene un beneficio valuable, a consecuencia de la prestación satisfecha por la contraparte antes de la frustración del contrato, ésta deberá ser compensada por quien obtuvo el beneficio, si el tribunal lo considerare justo en atención a las circunstancias del caso.

4) Las disposiciones no se aplican si en el contrato hay previsión en contrario o acuerdo expreso de las partes, ni tampoco a los supuestos de contratos de fletamento, transportes y venta de ciertas mercaderías por mar, y contratos de seguros.

Esta normativa, si bien precursora en materia legislativa, deja innumerables supuestos de frustración huérfanos de consideración. Sin embargo, no hubo en relación a ellos frecuentes pronunciamientos judiciales, hecho seguramente motivado en la extendida costumbre inglesa de someter a árbitros la mayoría de sus diferendos.

En suma, y como bien se ha dicho ²³², el legislador inglés estuvo animado por la intención de dar consagración expresa al principio básico del caso “*Fibrosa*”, permitiendo resarcir el beneficio valuable distinto al pago en dinero, y retener lo desembolsado en concepto de gastos.

2.1.3.2. *Contract Code: Proyecto de la Law Commission*

En 1972 el profesor de la Universidad de Oxford Harvey Mc Gregor, elaboró por encargo de la *Law Commission* inglesa, a iniciativa del Parlamento británico, un Proyecto de *Contract Code* ²³³, conocido en el Continente muchos años

²³² J. PUIG BRUTAU, ob. cit., t. II, vol. 1, pág. 369 y ss.

²³³ H. MC GREGOR, *Contract Code*, proyecto redactado por encargo de la *Law Commission* inglesa, trad. de José María de la Cuesta Sáenz y Carlos Vattier Fuenzalida, Barcelona, José María Bosch, 1997.

después a consecuencia del Encuentro de Pavía, Italia, que discutió en octubre de 1990 un futuro Código Europeo de los Contratos. El Proyecto supone un acercamiento, aunque todavía incipiente, entre las posiciones de *common law* y del *civil law*, y pese a no haber conseguido consagración legislativa, ha servido de invalorable material de estudio para distintas comisiones y proyectos que trabajan intentando unificar el derecho de los contratos a nivel continental.

La Parte II del Proyecto contiene como último capítulo el relativo a la *frustración sobrevenida*, según las siguientes normas:

“Art. 591: El contrato se frustra si una vez celebrado:

a) el cumplimiento de un contratante deviene imposible o ilícito, y ninguna de las partes puede demostrar que la otra ha asumido el riesgo de la imposibilidad o ilicitud o,

b) se ha producido un cambio radical de las circunstancias.

En este caso los contratantes quedan liberados de cumplir desde el momento de la frustración y tienen derecho a la restitución y al reembolso de gastos conforme a los arts. 598 y 599”.

“Art. 595: Alteración radical de las circunstancias:

Se entiende que las circunstancias han cambiado radicalmente cuando la pretensión de cumplimiento de una parte a la otra es injusta, teniendo en cuenta si una parte ha hecho una propuesta razonable de adaptar el contrato a las nuevas circunstancias, así como la respuesta de la otra”.

Comentando los textos transcritos el autor del *Contract Code* advierte que: 1) la figura comprende los casos de frustración por imposibilidad de cumplimiento, por ilicitud sobrevenida y por cambio radical de las circunstancias; 2) la frustración se puede producir afectando las obligaciones de uno o de ambos contratantes; 3) aun deviniendo imposible o ilícito el cumplimiento, el negocio no resulta ineficaz si alguna de las partes asumió el riesgo de la imposibilidad o de la ilicitud; 4) conviene descartar la teoría de los términos implícitos y de la base del negocio, debiendo interpretarse la

asignación del riesgo en cada caso; 5) los supuestos más difíciles de solucionar son aquellos en los que el cumplimiento estricto de lo acordado no puede tener lugar porque las circunstancias han cambiado en términos tales que la finalidad del contrato es imposible de alcanzar (emblemáticos son al respecto los Casos de la Coronación); 6) la frustración por alteración radical de las circunstancias es limitada: no interesan los motivos personales de los contratantes; la finalidad debe ser común a ambos y ser sustancialmente imposible, y 7) si un cambio radical de las circunstancias hace injusta la pretensión de cumplimiento forzoso de una de las partes, la otra puede formular una propuesta razonable que permita mantener el contrato, modificándolo ²³⁴.

2.1.4. Portugal

El Código Civil de 1966 dio un tratamiento expreso y autónomo a los supuestos de error bilateral, regulando la frustración de la base subjetiva del negocio, inspirado sin duda en la doctrina germana de la presuposición ²³⁵.

El art. 252 dispone: “1. El error que recaiga sobre los motivos determinantes de la voluntad pero no se refiera a la persona del destinatario, la declaración ni al objeto del negocio, sólo es causa de anulación si las partes hubieren reconocido, por acuerdo, la esencialidad del motivo. 2. Si, empero, recayese sobre las circunstancias que constituyen la base del negocio, es aplicable al error del declarante lo dispuesto sobre la resolución o modificación del

²³⁴ H. MC GREGOR, *Contract Code*, proyecto redactado..., ob. cit., pág. 201.

²³⁵ A. MENEZES CORDEIRO, *Da alteração das circunstâncias, Estudos em Memória do Profesor Doutor Paulo Cunha*, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, pág. 233 y ss.; A. DE ALMEIDA SANTOS, *A teoria da imprevisão ou da superveniência contratual e o Novo Código Civil*, Lisboa, Minerva, Laurencio Marquex, 1972, pág. 105 y ss.; J. M. APARICIO, *Contratos*, ob. cit., t. II, pág. 362, nota 120; J. MOSSET ITURRASPE, *La frustración...*, ob. cit., pág. 197 y ss.

contrato por alteración de las circunstancias vigentes en el momento en que el negocio fuere concluido”.

La norma remite pues a otras dos correlativas: art. 437: “1. Si las circunstancias en que las partes fundaron la decisión hubieren sufrido una alteración anormal, tiene la parte lesionada derecho a la resolución o su modificación según juicio de equidad, desde que la exigencia de las obligaciones por ella asumidas, afecte gravemente los principios de buena fe y no esté cubierta por los riesgos propios del contrato. 2. Requerida la resolución la parte contraria puede oponerse al pedido, declarando aceptar la modificación del contrato en los términos del número anterior”, y art. 438: “La parte perjudicada no gozará del derecho de resolución o modificación del contrato, si estaba en mora en el momento en que la alteración de las circunstancias se verificó.”

En términos generales puede decirse que las normas transcriptas disponen que si el error bilateral o compartido recae sobre circunstancias que constituyen la base subjetiva del negocio, es posible peticionar su modificación o resolución, según criterios de equidad, por lesión al principio de buena fe, siempre que el perjudicado no se encontrare en mora y que tal modificación no estuviere cubierta por los riesgos propios del contrato.

La norma ha merecido variados comentarios doctrinarios:

Se ha destacado su mayor amplitud respecto del texto italiano: parece consagrar la doctrina de la base del negocio (“*si las circunstancias en que las partes fundaron su decisión de contratar*”); no exige excesiva onerosidad en el cumplimiento de la prestación, ni carácter extraordinario e imprevisible en las circunstancias que la provocan, sino simplemente una alteración “anormal” que conlleve a un cumplimiento que atente contra el principio de buena fe. Finalmente, no circunscribe su ámbito de aplicación a los contratos de ejecución diferida o tracto sucesivo ²³⁶.

²³⁶ M. J. DE ALMEIDA COSTA, *Direito das obrigações*, 8ª ed., Coimbra, Livraria Almedina, 2000, pág. 295 y ss., sostiene que el precepto del art. 437 es el

Enmarcado en las doctrinas defensoras de adecuar el negocio a las contingencias sobrevenidas, el Código lusitano admite expresamente la posibilidad de resolver o revisar el contrato si fuere inicuo o contrario a la buena fe mantenerlo en sus términos iniciales. Se ha visto en ello ²³⁷ la búsqueda a un fundamento objetivo en la modificación del contrato.

Además, deja amplio margen a la decisión judicial, al facultar a los jueces a resolver o modificar el contrato, balanceando el reparto de los riesgos, según parámetros de equidad.

2.1.5. EE.UU.

El derecho norteamericano, natural heredero de los postulados ingleses a los que nos referíamos anteriormente, ha consagrado como principio general la inmutabilidad o respeto absoluto a la fidelidad contractual, aunque admitiendo algunos supuestos de excepción que morigeran la regla.

El principio general de inmutabilidad aparece consagrado en el *Restatement Second of Contracts* ²³⁸ y en el Código de Comercio Uniforme, Sección 1^a, cuando definen al contrato como “una promesa o conjunto de promesas, ante cuyo incumplimiento la ley da un remedio, o el cumplimiento de las cuales es considerado por la ley como una obligación”.

Ahora bien, para que la promesa ²³⁹ sea vinculante, el sistema angloamericano exige, como ya dijimos anteriormente,

reflejo de las doctrinas de la base del negocio y de la presuposición y lo califica como de formulación de cláusulas generales, entendiendo que ello proporciona ventaja a la jurisprudencia al poder encontrar soluciones más justas.

²³⁷ C. DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, ob. cit., pág. 48 y ss.

²³⁸ *Restatement of Contracts*, “Introduction to Chapter 11”, págs. 309 y 310.

²³⁹ Acerca de la consideración del contrato como promesa en el sistema angloamericano puede consultarse con provecho Ch. FRIED, *La obligación contractual. El contrato como promesa*, Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 1996, pág. 19 y ss.

además del elemento subjetivo derivado del encuentro de voluntades, uno objetivo, la llamada *consideration*, razón suficiente a la luz del derecho para justificar la validez de la promesa y la posibilidad de hacerla valer en juicio. En resumen, puede decirse que ésta consiste en la ventaja o compensación obtenida por el promitente, o en el correspondiente sacrificio o detrimento soportado por el destinatario.

De este modo, las partes gozan de plena libertad para fijar los términos del contrato; mientras exista *consideration* sus previsiones son absolutamente exigibles, aunque las prestaciones no sean equivalentes.

Empero, la rigidez del sistema está atenuada por supuestos excepcionales:

El primero de ellos es el *error mutuo en el objeto del contrato*: receptado en el *Restatement Second of Contracts*, que exime del cumplimiento de la prestación si se dan los siguientes requisitos: 1) error sobre una suposición fáctica básica y esencial de las partes para la celebración del contrato; 2) alteración fundamental del intercambio de beneficios, y 3) falta de asunción de riesgos de parte del perjudicado. La doctrina opina mayoritariamente ²⁴⁰ que la eximición no contempla falsas presuposiciones o circunstancias económicas desventajosas.

El segundo abarca la *frustración del propósito (frustration of purpose)*: referido a los casos en los que el programa económico del contrato se hace irrealizable a consecuencia del cam-

²⁴⁰ L. FULLER - M. EISENBERG, ob. cit., pág. 515 y ss. En opinión de A. FARNSWORTH, *Farnsworth on Contract*, Boston-Toronto-Londres, Little, Brownand Company, 1990, vol. II, pág. 499 y ss., el tema de la frustración está especialmente ligado al error en el derecho norteamericano, y comprende los riesgos existentes al momento de concluir el negocio y los sobrevenidos luego, acerca de circunstancias que las partes esperan se produzcan, aunque todos deberían resolverse de igual modo. También se ocupan de la cuestión con particular detenimiento, P. GALLO, ob. cit., pág. 62 y ss.; J. MC DONNELL, "Tendencia en EE.UU. a la codificación. Revisión del Código de Comercio Uniforme", L.L., 1999-F-916.

bio de circunstancias sobrevenidas, que eliminan la razón de ser del negocio. Esa alteración fáctica, que convierte a la ejecución del contrato en algo completamente diferente a lo pactado, permite invocar la “*impracticability*” o “*impossibility*”.

El Código de Comercio Uniforme (U.C.C.), aplicable a todos los contratos en general y no sólo a los celebrados por comerciantes, ha sido adoptado por todos los Estados miembros de la Unión, con excepción de Louisiana. En su Sección Primera, artículo 201, admite la revisión contractual en varios supuestos de excepción, comprensibles de diferentes figuras, entre ellas la de “la frustración del propósito” ²⁴¹.

Si bien el Código de Comercio Uniforme prevé la frustración del propósito como excepción al principio de fidelidad contractual, lo hace manteniendo vigentes las reglas y doctrinas del “*common law*” que sean compatibles con ese cuerpo legal ²⁴², requiriendo tres recaudos inexorables: que se haya verificado un cambio esencial de las circunstancias, que el riesgo de tal cambio no haya sido asumido por ninguno de los contratantes, y que por los eventos acaecidos el contrato resulte económicamente impracticable.

En general los jueces norteamericanos, respetando la opinión mayoritaria de la doctrina ²⁴³, sólo admiten la resolución del contrato si las circunstancias sobrevenidas ocasionan la desaparición del *fundamento* del contrato, provocando un cambio sustancial de las obligaciones asumidas por las partes.

²⁴¹ M. C. GIANFELICI, ob. cit., pág. 59; J. MOSSET ITURRASPE, *La frustración...*, ob. cit., pág. 188 y ss.; J. MOSSET ITURRASPE - E. FALCÓN - M. PIEDECASAS, ob. cit., pág. 191 y ss.

²⁴² D. B. FURNISH, “Formación del contrato mercantil y el problema del riesgo”, E.D., 40-111.

²⁴³ L. CABELLA PISU, “La responsabilidad contractual en el *common law*”, en *Atlas de Derecho Privado Comparado*, coord. F. Galgano, trad. de Juan Antonio Fernández Campos y Rafael Verdura Server, Madrid, Fundación Cultural del Notariado, 2000, pág. 236 y ss., analiza el tratamiento de las

2.1.6. Principios de UNIDROIT

Los Principios para los Contratos de Comercio Internacional de UNIDROIT, aprobados en mayo de 1994 por el Consejo de Gobierno del Instituto para la Unificación del Derecho Privado, también aluden al tema que estudiamos ²⁴⁴. Su objetivo fundamental es servir de instrumento para la armonización del derecho de los contratos a nivel supranacional. Según su Preámbulo, se trata de reglas generales aplicables a los contratos mercantiles internacionales; las partes pueden elegirlos como regulación aplicable al contrato que celebren; procuran criterios de interpretación e integración de textos internacionales de derecho uniforme; y sirven como modelo legislativo a nivel nacional e internacional.

Aunque carecen de valor normativo y de aplicabilidad directa, recogen características del moderno tráfico jurídico

disposiciones del *Restatement of Contracts* y del *Uniform Commercial Code*, resaltando que sus normas exigen para poder apreciar la impracticabilidad una alteración esencial de la prestación, excluyendo las simples modificaciones del mercado, inflación, precios, etcétera, configurándose sólo en casos extremos. En igual sentido, opina P. GALLO, ob. cit., pág. 59 y ss., sosteniendo que la excesiva dificultad sobrevenida, ha sido admitida de modo muy restrictivo por los jueces del *Common Law*. Y agrega, si bien la variación de los costes no permite la resolución ni la revisión del negocio, salvo que la prestación se haya convertido en algo totalmente diferente a lo pactado, en la jurisprudencia estadounidense se advierte cierta tendencia aperturista, fundamentalmente a partir de la sentencia “Aluminium Co. of America v. Essex Group, Inc.” de 1980, que permitió al juez, a falta de previsión de las partes, revisar el contrato para reducirlo a términos equitativos. Un erudito análisis de la jurisprudencia estadounidense puede verse con provecho en F. MACARIO, *Adeguamento...*, ob. cit., pág. 243 y ss.

²⁴⁴ INSTITUTO INTERNACIONAL PARA LA UNIFICACIÓN DEL DERECHO PRIVADO, *Principios sobre los contratos comerciales internacionales*, Roma, UNIDROIT, 1995; C. DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, ob. cit., pág. 56 y ss.; M. C. GHANFELICI, ob. cit., pág. 59; A. ALTERINI, “Los Principios sobre los Contratos de UNIDROIT y las soluciones del derecho común”, *Doctrina Judicial*, Ed. La Ley SAE, año XIII, N° 32, Buenos Aires, 1997, pág. 1055 y ss. Una versión española puede consultarse en D. M. BOVIO, *Comentarios a los Principios de UNIDROIT para los contratos del comercio internacional*, Pamplona, Aranzadi, 1999.

internacional, y constituyen un encomiable intento de aproximación de los distintos ordenamientos europeos en materia de contratos.

Regulando la “excesiva onerosidad sobrevenida (*hardship*)”, el Capítulo 6, Sección 2ª, establece:

“Art. 6.2.1. Salvo lo dispuesto en esta sección con relación a la excesiva onerosidad (*hardship*), las partes continuarán obligadas a cumplir sus obligaciones a pesar de que dicho cumplimiento se haya vuelto más oneroso para una de ellas.

Art. 6.2.2. Se presenta un caso de excesiva onerosidad (*hardship*), cuando ocurren sucesos que alteran fundamentalmente el equilibrio del contrato, ya sea por el incremento del costo de la prestación a cargo de una de las partes, o bien por una disminución del valor de la prestación a cargo de la otra, y, además, cuando: a) dichos sucesos ocurren o son conocidos por la parte en desventaja en el momento de celebrarse el contrato; b) dichos sucesos no pudieron ser razonablemente previstos por la parte en desventaja en el momento de celebrarse el contrato; c) dichos sucesos escapan al control de la parte en desventaja; y d) la parte en desventaja no asumió el riesgo de tales sucesos.

Arts. 6.2.3. 1. En caso de excesiva onerosidad (*hardship*), la parte en desventaja puede solicitar la renegociación del contrato. Tal solicitud deberá formularla sin demora injustificada, con indicación de los fundamentos en que se basa. 2. La solicitud de renegociación no autoriza en sí misma a la parte en desventaja a suspender el cumplimiento de sus obligaciones. 3. En caso de no llegarse a un acuerdo en un plazo prudencial, cualquiera de las partes podrá acudir al tribunal. 4. Si el tribunal determina que se presenta una situación de excesiva onerosidad (*hardship*), y siempre que lo considere razonable podrá: a) dar por terminado el contrato en una fecha determinada y en los términos que al efecto determine, o b) adaptar el contrato, de modo de restablecer el equilibrio”.

El texto normativo va acompañado de comentarios a sus disposiciones que interpretan su sentido y alcance. Allí se ratifica el principio cardinal de obligatoriedad del contrato

aun a riesgo de sufrir graves pérdidas, o de sacrificar su razón de ser o sentido. Pero enseguida se advierte que tal máxima, que inspiró todos los ordenamientos europeos, no es absoluta, y cede si “ocurren sucesos que alteran fundamentalmente el equilibrio del contrato, por incremento en el costo de la prestación a cargo de una de las partes o por disminución del valor de la prestación de la otra”. Se agrega que la excesiva onerosidad (*hardship*) puede presentarse, cuando el equilibrio se altera por un aumento sustancial en el costo de la prestación o por una reducción significativa o pérdida total del valor de la contraprestación recibida; que esta última circunstancia se da, a su vez, debido a un cambio brusco de las condiciones del mercado, o por la frustración de la finalidad a la que se destina la prestación, que sólo se tomará en consideración cuando fuere conocida o por lo menos debiera haber sido conocida por ambas partes.

Como se advierte, los comentarios del texto oficial ²⁴⁵, siguiendo el temperamento de algunos sistemas jurídicos continentales, interpretan que la excesiva onerosidad allí regulada es comprensiva de figuras afines, entre ellas, la frustración del fin del contrato.

Pese a esa referencia expresa del texto oficial, estimamos que la vicisitud que regulan los transcritos arts. 6.2.1 y siguientes, aluden en realidad a la excesiva onerosidad sobrevinida de cuño italiano, y no al tópico objeto de nuestro estudio.

Ello surge evidente, según nuestra opinión, por cuanto se alude a una situación de “desequilibrio contractual” por “incremento del costo” o “disminución del valor prestacional”, notas estas caracterizantes de la imprevisión ²⁴⁶, instituto pensado para proteger la equivalencia entre las prestaciones, escindible de la frustración del fin, reservado para regu-

²⁴⁵ *Ibidem*, pág. 156.

²⁴⁶ Analizaremos las diferencias entre ambas figuras en el punto 1.4.2 del capítulo III de este trabajo.

lar supuestos en los que la finalidad del negocio, expresada en el contenido contractual ha devenido inalcanzable, pese a que la prestación a cargo del deudor puede aún cumplirse.

La misma conclusión surge evidente de las normas que regulan los recaudos de procedencia y los efectos de la excesiva onerosidad: los hechos provocantes deben ser ajenos, escapar al control y no haber sido asumidos por “la parte en desventaja”; la solicitud de renegociación debe solicitarla sin demora injustificada “la parte en desventaja”, sin hallarse autorizada para suspender el cumplimiento de sus obligaciones. Este calificativo alude, sin dudas, a la víctima de una prestación desequilibrada, pero no a la de una carente de sentido o razón de ser.

Sin perjuicio de lo anteriormente expresado, lo cierto es que los Principios de UNIDROIT mencionan expresamente la *finalidad del contrato* como un elemento a tomar en consideración para la determinación de las ventajas excesivas (art. 3.10 l- b), la interpretación e integración del contrato (arts. 4.4 d y 4.8 d), las obligaciones implícitas (art. 5.2 a), la deslealtad que significaría atenerse a las cláusulas limitativas o excluyentes de responsabilidad (art. 7.1.6), y aparece también referida como indicativa de la “común intención de las partes” (art. 2.14 b).

Otro texto vinculado es el Capítulo 6º, Sección 3ª, que regula el “derecho a dar por terminado el contrato”:

“Art. 7.3.1. 1. Una parte podrá dar por terminado el contrato si la falta de la otra parte al cumplir una de las obligaciones contractuales constituye un incumplimiento esencial. 2. Para determinar si la falta de cumplimiento de una obligación constituye un incumplimiento esencial se tendrá en cuenta, en particular, si: a) el incumplimiento priva sustancialmente a la parte perjudicada de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato, a menos que la otra no hubiere previsto ni podido prever razonablemente ese resultado; b) el cumplimiento estricto de la obligación insatisfecha era esencial dentro del contrato; c) el incumplimiento fue intencional o temerario; d) el incumplimiento le otorga a la parte perjudicada razones para creer que no puede confiar en el

cumplimiento futuro de la otra; e) la terminación del contrato hará sufrir a la parte incumplidora una pérdida desproporcionada, como consecuencia de su preparación o cumplimiento. 3. En caso de demora, la parte perjudicada podrá dar por terminado el contrato, si la otra parte no cumple antes de la expiración del plazo adicional previsto en el art. 7.1.5.”.

Parte de nuestra doctrina ²⁴⁷ ha interpretado que la norma transcrita, especialmente su apartado 2, ítems a y b, regula la frustración del fin del contrato precisando que la ineficacia del negocio debe provenir de una alteración extraordinaria de las circunstancias existentes al tiempo de la celebración del acuerdo, sobrevenir por causas ajenas a las partes, y ser excedentes al riesgo asumido por la que es afectada.

Por nuestra parte, compartimos la opinión de quienes niegan que ella refiera específicamente a la vicisitud que estudiamos ²⁴⁸. Para nosotros, es evidente que regula la resolución por incumplimiento, pues si bien alude a la parte que “se ve privada de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato”, tal expresión sólo puede tener afinidad gramatical con la noción de frustración del fin, caracterizada por una situación de hecho presupuesta o esperable que desaparece por causas ajenas a las partes involucradas. La norma más bien rescata la situación del acreedor perjudicado por la inejecución de la prestación que esperaba obtener con el acuerdo celebrado. El comentario oficial, complementario del texto legal, alude al “incumplimiento imputable”, elemento caracterizador de la resolución y ajeno a la frustración del fin. Es que, mientras en la resolución se requiere incumplimiento imputable al deudor, en la frustración del fin, por el contrario, la afectación del interés del acreedor proviene de un hecho imprevisible ajeno a las partes ²⁴⁹.

²⁴⁷ A. ALTERINI, *Los Principios...*, ob. cit., pág. 1063 y ss.

²⁴⁸ M. C. GIANFELICI, ob. cit., pág. 60.

²⁴⁹ Véanse nuestros comentarios al tratar el punto 1.4.2 del capítulo III de este trabajo.

2.1.7. *Principios del Derecho Europeo de los Contratos (P.E.C.L.)*

Durante 1998 se aprobó una segunda versión revisada de los *Principles of European Contract Law* elaborados por la Comisión para el Derecho Contractual Europeo bajo la dirección del profesor danés Ole Lando. Publicados en 2000 por la Editorial Kluwer con el título *Principles of European Contract Law - Parts I and II*, el texto articulado va acompañado, como en el caso de los Principios de UNIDROIT, de breves comentarios sobre el mismo y notas comparativas de derechos europeos y textos de derecho uniforme, realizados por el mismo autor. Si bien carecen de fuerza normativa y tienen sólo un carácter doctrinal, han ejercido decisiva influencia sobre legislaciones nacionales, al incorporar alguna institución jurídica que carecía de reconocimiento expreso en el orden interno ²⁵⁰.

Concretamente refiere al tema que nos ocupa el art. 6.111, que lleva el epígrafe “cambio de circunstancias”:

“1. La parte está obligada a cumplir sus obligaciones aunque el cumplimiento se haya hecho más oneroso, bien porque el coste del cumplimiento se haya incrementado, bien porque el valor de lo que reciba como cumplimiento haya disminuido.

2. Sin embargo, si el cumplimiento del contrato llega a ser excesivamente oneroso, por el cambio de circunstancias,

²⁵⁰ L. SAN MIGUEL PRADERA, “La excesiva onerosidad sobrevenida: una propuesta de regulación europea”, Anuario de Derecho Civil, Madrid, 2002, t. LV, fasc. III, pág. 1115 y ss. Los propósitos de los PECL son variados y ambiciosos, siguiendo las orientaciones de la Comisión para el Derecho Contractual Europeo, L. DIEZ PICAZO y PONCE DE LEÓN - E. ROCA TRIAS - A. MORALES MORENO, *Los principios del Derecho Europeo de los Contratos*, Madrid, Civitas, 2002, pág. 76 y ss., los sintetizan así: facilitar el comercio transfronterizo dentro de la Europa comunitaria; reforzar el mercado único, crear una infraestructura técnica de Derecho Comunitario en materia de contratos; servir de puente entre el *Civil Law* y el *Common Law*; ser los fundamentos o cimientos de una futura legislación europea; y, finalmente, ser una moderna formulación de la *lex mercatoria*.

las partes están obligadas a entablar negociaciones para adaptar el contrato o poner fin al mismo, siempre que:

a) el cambio de circunstancias haya ocurrido después del momento de la conclusión del contrato,

b) la posibilidad de un cambio de circunstancias no hubiera debido ser razonablemente tenido en cuenta en el momento de la conclusión del contrato, y

c) el riesgo del cambio de las circunstancias no es de aquellos que, según el contrato, la parte afectada debe soportar.

3. Si las partes no llegan a alcanzar un acuerdo en las negociaciones según el artículo anterior dentro de un plazo razonable, el tribunal puede:

a) dar por terminado el contrato en la fecha y en los términos que el propio tribunal establezca; o

b) adaptar el contrato para distribuir entre las partes de un modo justo y equitativo, las pérdidas y ganancias resultantes del cambio de circunstancias.

En cualquier caso, el tribunal puede otorgar una indemnización por las pérdidas sufridas a causa de la negativa de una de las partes a negociar o de la ruptura de las negociaciones que sea contraria a la buena fe y a la lealtad”.

También en este supuesto se parte del cardinal principio *pacta sunt servanda*, aunque excepcionalmente se admite que su aplicación quede excluida cuando el cumplimiento del contrato ha devenido “excesivamente oneroso” para una de las partes contratantes. La expresión utilizada en el texto transcripto y los recaudos de procedencia y efectos que la misma señala, son por demás elocuentes, y revelan, al igual que en el caso de los Principios de UNIDROIT, que la consagrada es la excesiva onerosidad sobrevenida de procedencia italiana y no la vicisitud de la frustración del fin del contrato, que aunque emparentada con ella, hemos advertido ya varias veces, no pueden confundirse ²⁵¹.

²⁵¹ Véanse nuestras referencias al tratar el punto 1.4.2 del capítulo III de este trabajo.

2.1.8. Anteproyecto de Código Europeo de los Contratos

Fruto de la incesante tendencia a la unificación internacional del derecho de los contratos ²⁵², la Academia de Jusprivatistas Europeos, impulsada por el profesor Giuseppe Gandolfi, reunida por primera vez en 1990 en Pavía, Italia, elaboró el Anteproyecto de Código Europeo de Contratos en dos partes, la primera aparecida en 1995 y la segunda en 1997 ²⁵³.

²⁵² F. BADOSA COLL - E. ARROYO I AMAYUELAS, (coordinadores), *La armonización del derecho de las obligaciones en Europa*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006; M. SÁNCHEZ GONZÁLEZ, *Las tendencias unificadoras del derecho contractual europeo*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 2002, pág. 709 y ss.; J. L. DE LOS MOZOS, *Integración europea: derecho comercial y derecho comunitario*, Madrid Revista de Derecho Privado, 1993, pág. 220 y ss.; J. C. RIVERA, "El derecho privado en los grandes espacios económicos (Unión Europea, Mercosur, Área de Libre Comercio de las Américas)", Revista Latinoamericana de Derecho de Integración (Mercosur, TLC, ALCA, año II), N° 3, enero-julio de 2005, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2005, pág. 246 y ss.

²⁵³ El gran impulsor y coordinador de la Academia de Jusprivatistas Europeos con sede en la Universidad Pavese, ha publicado varios trabajos sobre el tema: GANDOLFI, "Per un codice europeo dei contratti", Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, 1991, pág. 781; "Pour un Code Européen des Contrats", Revue Trimestrielle de Droit Civile, 1992, pág. 707; "L'unificazione del diritto dei contratti in Europa: mediante o senza una legge?", Rivista di Diritto Civile, 1993, pág. 149; "Verso in tramonto del concetto di "obbligazione" nella prospettiva di un codice unico per l'Europa?", Rivista di Diritto Civile, 1995-II, pág. 203; "La "condizione" nel progetto pavese di un codice europeo dei contratti", Rivista di Diritto Civile, 1998, II, pág. 287; "El proyecto pavese di un codice europeo dei contratti", Rivista di Diritto Civile, 2001-I, pág. 455. Comentarios detallados del Anteproyecto del Código Europeo, pueden consultarse también en J. L. DE LOS MOZOS, "Convegno di Pavía' sobre la futura codificación europea de Obligaciones y Contratos", Revista de Derecho Privado, 1991, pág. 694; A. TUNC, "L'unification du droit des contracts en Europe, avec ou sans loi?", Revue International de Droit Comparé, 1993, pág. 877; P. GAGGERO, "Il progetto di un codice europeo dei contratti: l'attività del gruppo di lavoro pavese", Rivista di Diritto Civile, 1997-II, pág. 113. Entre los autores nacionales: M. C. GIANFELICI, ob. cit., pág. 60 y ss.; C. BRIZZIO, "Anteproyecto de Código Europeo de Contratos, Estudio Preliminar", L.L., 1999-C-985, Sección Doctrina.

El Anteproyecto prevé su aplicación en la Unión Europea y aspira a tener carácter vinculante a consecuencia de las necesidades surgidas al formarse el Mercado Común Europeo ²⁵⁴.

En lo que aquí interesa, su art. 7º expresa: “Deber de información: 1. En el curso de los tratos preliminares, cada parte tiene el deber de informar a la otra sobre todas y cada una de las circunstancias de hecho y de derecho, que conoce o debe conocer, y que permitirían a la otra parte adquirir conciencia de la validez del contrato y del interés en su celebración. 2. En caso de omitir la información, o de declaración falsa o reticente, si el contrato no se ha celebrado, o está viciado de nulidad, la parte que ha faltado a la buena fe responderá frente a la otra en la medida prevista en el art. 6º, apartado 4. Pero si el contrato ha llegado a perfeccionarse, restituirá la suma recibida o abonará la indemnización que el Juez estime conforme a la equidad, salvo el derecho de la otra parte a impugnar el contrato por error”.

Resulta novedoso este deber de informar impuesto a las partes contratantes en las fases iniciales del iter contractual, que puede resultar de estimable trascendencia para evitar se configure uno de los supuestos de desaparición de la base subjetiva del negocio por error bilateral.

Específicamente el art. 151, inc. 7, del Código, alude al tópico en los siguientes términos: “Contrato viciado por error: [...] El error común: a) sobre circunstancias determinantes, incluso cuando no han sido expresamente mencionadas, que en la convicción de las partes han motivado la celebración del contrato; b) o sobre la imposibilidad objetiva de ejecución del contrato; c) o la previsión errónea sobre producción de un hecho, incluso no expresamente declarado, pero que en la eco-

²⁵⁴ G. GANDOLFI, “L’attualità del quarto libro del Codice Civile nella prospettiva di una codificazione europea”, *Rivista di Diritto Civile*, 1993-I, pág. 415 y ss., ha dicho: “*Un mercato común necesita un sistema único que lo disciplinè*”.

nomía del contrato tiene una importancia determinante, anulan el contrato de que se trate a iniciativa de cualquiera de las partes”.

En esta norma resulta a todas luces evidente la influencia de la doctrina germana del error bilateral sobre el fundamento subjetivo del negocio, consistente en la presuposición de ciertas circunstancias existentes, su continuidad o expectativa de advenimiento ²⁵⁵.

Por otro lado, en el art. 102 se contempla la “Prestación carente de interés para el acreedor” en los siguientes términos: “El acreedor no puede rechazar la prestación ofrecida so pretexto de que le resulta inútil o carente de interés a causa de circunstancias sobrevenidas, salvo que el derecho a rechazarla pueda deducirse, incluso implícitamente del contrato, y que haya advertido al deudor en tiempo oportuno de las circunstancias sobrevenidas antes de que este último haya preparado o iniciado el cumplimiento”.

Del texto se deduce que si bien el cuerpo proyectado, a diferencia de otros antecedentes legislativos antes analizados, ha referido concretamente al instituto, su admisión es destacadamente restrictiva, y su regulación insuficiente, debido seguramente a la necesidad de armonizar criterios discordantes de las distintas legislaciones correspondientes a cada uno de los Estados miembros ²⁵⁶. Restrictiva, porque limita el ámbito de aplicación a supuestos en los que la facultad de rechazar la prestación esté pactada o sea deducible del texto del acuerdo, soslayando otros en los que tal previsión o deducción no exista; insuficiente, porque no explicita en qué casos puede inferirse del contenido del contrato el derecho del acreedor a invocar la vicisitud, qué entidad debe presentar el cambio de circunstancias, y qué efectos producirá.

²⁵⁵ K. LARENZ, *Derecho civil...*, ob. cit., pág. 535, véanse nuestras consideraciones sobre el particular, en la nota 86 de este trabajo.

²⁵⁶ En igual sentido, M. C. GIANFELICI, ob. cit., pág. 60 y ss.

Como regla general, consagra la vinculatoriedad del contrato, y la admisibilidad del instituto queda condicionada a los siguientes requisitos:

1) Que la prestación se haya tornado inútil y sin interés para el acreedor a causa de circunstancias sobrevinientes.

2) Que las partes hayan convenido expresa o implícitamente otorgar al acreedor el derecho a rechazar la prestación en esos supuestos.

3) Que el deudor no haya preparado o comenzado la ejecución del contrato.

4) Que el acreedor haya advertido en tiempo oportuno al deudor, el acaecimiento de las circunstancias sobrevinidas.

Aunque es encomiable esta mayor precisión en los requisitos de procedencia, no puede soslayarse la orfandad reglamentaria en materia de consecuencias o efectos.

2.1.9. Alemania

A diferencia del derecho territorial prusiano, el Código Civil alemán que entró en vigencia el 1º de enero de 1900 legisló sobre las obligaciones y contratos de conformidad con el principio de autonomía de la voluntad, permitiendo a las partes regular sus relaciones patrimoniales según lo libremente decidido. Pese a la enorme influencia que tuvieron en su tiempo las doctrinas de Windscheid y Oertmann, no consagró una regla general y expresa que permitiera al obligado liberarse de las consecuencias perniciosas de la obligación por un cambio radical de circunstancias sobrevinidas, o de una prestación carente de razón de ser o sentido ²⁵⁷.

El vacío se hacía aún más evidente por la existencia de viejos antecedentes, como lo hace notar Ennecerus ²⁵⁸, conte-

²⁵⁷ Véanse nuestras referencias al tratar el punto 1.1.1.5 de este capítulo.

²⁵⁸ L. ENNECERUS - H. LEHMANN, *Tratado de derecho civil. Derecho de las obligaciones*, Barcelona, Bosch, 1947, párr. 41.

nidos en el Codex Maximilianus Bavaricus Civilis de 1756 (4ª parte, capítulo 15, párrafo 12) y en el Landrecht Prusiano de 1794 (§§ 377 a 380). Seguramente influyeron las duras críticas de Lenel a la doctrina de Windscheid y los precedentes judiciales anteriores al Código, desestimando todo intento de relativizar el dogma de la obligatoriedad contractual por considerarlo peligroso para la seguridad del tráfico.

Empero, disposiciones aisladas del B.G.B., que resolvían situaciones concretas, fueron utilizadas por la jurisprudencia para resolver casos puntuales de modificación sobrevenida de las circunstancias. Los ejemplos más característicos los reseña Larenz ²⁵⁹ estudiando los esfuerzos de los jueces para cubrir la laguna del Código Civil alemán. Por ejemplo, se consideró afectado el fin contractual en la compraventa si la cosa no resulta apta para el fin previsto o pactado (art. 459), en la locación de cosas cuando aquella no resulta apropiada para satisfacer el uso y goce estipulados (arts. 537 y 542), por caso, en la explotación de un bar, de un restaurante, de un club nocturno, de un surtidor de gasolina o una pared para colocar un cartel luminoso cuando se impide su uso ante prohibiciones gubernamentales dictadas al estallar la Segunda Guerra Mundial. A ellas se ha referido también el derecho francés como supuestos de “*impossibilité de jouissance*” ²⁶⁰.

Obligados a solucionar muchas veces situaciones de flagrante injusticia, los tribunales inferiores y hasta el propio Reichsgericht, recogieron las enseñanzas de Oertmann, sustentándolas en los §§ 157 y 242 del B.G.B. de conformidad con el parámetro de la buena fe ²⁶¹.

²⁵⁹ K. LARENZ, *Base del negocio...*, ob. cit., pág. 151 y ss.

²⁶⁰ La expresión alude a supuestos de privación del uso y goce de la cosa, confr. K. LARENZ, *Base del negocio...*, ob. cit., pág. 154 y ss.; J. GHESTIN, ob. cit., pág. 323 y ss.; V. ESPERT SANZ, ob. cit., pág. 81 y ss.

²⁶¹ R. ZIMMERMAN, ob. cit., pág. 141, destaca cómo en Alemania se había impuesto luego de la Primera Guerra Mundial la doctrina de la desaparición de la base del negocio jurídico, que dogmáticamente apoyada en los §§ 157 y

A poco de cumplir su primer centenario, el que fuera modelo de Código Civil en el Continente sufrió la más importante de las modificaciones que se introdujeron al Derecho de las Obligaciones, por ley del 26 de noviembre de 2001, que ha entrado en vigor el 1º de enero de 2002 ²⁶². Uno de los objetivos centrales de la Reforma fue legislar algunas figuras jurisprudenciales ²⁶³, basadas en construcciones doctrinales que muchas veces resultaron eficaces para el buen funcionamiento del derecho privado, como la *culpa in contrahendo*, la lesión de la pretensión contractual, el desistimiento en las relaciones obligatorias duraderas, y en lo que a nosotros nos interesa, la alteración de la base del negocio jurídico.

La figura fue incluida en el § 313: “Alteración de la Base del Negocio Jurídico: Si hubieren cambiado de forma importante las circunstancias que servían de base al contrato una vez celebrado el mismo, y las partes no lo hubiesen pactado o lo hubieran hecho con otro contenido de haber previsto este cambio, se puede solicitar la adecuación del contrato, siempre que no se pueda imponer a una parte el mantenimiento

242 del B.G.B., generó en la Comisión encargada de la reforma, una posición favorable a la codificación de esa doctrina. Además, véanse nuestros comentarios en puntos 1.1.1, apartados 5, 6 y 7 de este capítulo.

²⁶² K. ALBIEZ DOHRMANN, “Un nuevo derecho de las obligaciones. La reforma 2002 del B.G.B.”, Anuario de Derecho Civil, Madrid, julio-septiembre de 2002, t. LV, fasc. III, pág. 1133 y ss.; *La modernización del derecho de las obligaciones en Alemania: un paso hacia la europeización del derecho privado*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 2002, pág. 188; A. LAMARCA MARQUES, “Entra en vigor la ley de modernización del derecho alemán de obligaciones”, InDret, enero de 2002, www.indret.com; “La modernización del derecho alemán de obligaciones: la reforma del B.G.B.”, InDret, abril de 2001, www.indret.com.

²⁶³ En opinión de A. LAMARCA MARQUES, “Entra en vigor...”, ob. cit., págs. 6 y 7, y *La modernización...*, ob. cit., pág. 7, la reforma al B.G.B. tiene mucho de codificación del derecho privado de creación judicial. Y dentro de las figuras que habían sido acogidas por la práctica superando las carencias del Código, se hallaba la doctrina de la base del negocio, reconocida expresamente por la reforma de 2002. En igual sentido, K. ALBIEZ DOHRMANN, *La modernización...*, ob. cit., pág. 195, destaca la consagración de la doctrina jurisprudencial de la base del negocio.

del mismo sin variación, teniendo en consideración todas las circunstancias, especialmente el reparto del riesgo contractual o legal.

Se equipara a la alteración de las circunstancias el hecho de que importantes expectativas que se hubiesen convertido en la base del contrato, resultaran falsas.

Si no es posible una adecuación del contrato o éste no se le puede imponer a una de las partes, podrá pedir la parte perjudicada, la resolución del contrato. Cuando se trata de relaciones obligatorias duraderas, se tendrá, en lugar del derecho de resolución, el derecho de desistimiento”.

La reforma es valiosa por superar la acusada dificultad de precisar el concepto y el contenido de la alteración de la base del negocio jurídico, y en especial, por diferenciar sus supuestos, señalar sus recaudos y regular sus efectos.

Pese a ello, no ha resultado indemne a las críticas: aunque el art. 313 tiene carácter subsidiario, la elevación a norma jurídica de la alteración de la base del negocio se ha visto como un eventual peligro de generalización en la práctica judicial, todavía no corroborada por el escaso tiempo transcurrido desde su entrada en vigencia. Sin embargo, creemos que debe celebrarse esta incorporación expresa al derecho germano, que ya venía desde largo tiempo atrás admitiendo la figura por vía de la interpretación jurisprudencial.

Además, la norma no eclipsará otras relacionadas con la base del negocio como la de los §§ 157 y 242, referidos en apartados anteriores, y que continuarán cumpliendo su función de parámetro insoslayable en la interpretación del negocio y en la valoración del cumplimiento del deudor. De igual modo, el § 275, al excluir el deber de prestación del deudor si ésta se vuelve imposible, continuará teniendo preferencia en relación con el § 313.

La reforma ha incluido en el instituto las dos formas de desaparición de la base negocial reseñadas por Larenz: objetiva, aludiendo “al cambio importante de las circunstancias que sirvan de base al contrato”, y subjetiva, equiparando aquellas al “resultado falso de importantes expectativas de las partes convertidas en base del contrato”.

Y aunque en general se ha destacado la inclusión de los dos supuestos de “Alteración de la base del negocio” (*Störung der Geschäftsgrundlage*), se ha criticado ²⁶⁴ la incorporación del último en el capítulo dedicado a la constitución, contenido y extinción de los contratos, pues si, como muchos entienden, el malogro de las expectativas se enmarca en la teoría del error, esta vicisitud encuentra su sede adecuada dentro del capítulo general de los vicios.

La norma se preocupa de precisar con claridad meridiana los recaudos de procedencia:

1) Debe mediar un cambio sustancial de las circunstancias después de la celebración del contrato. Se ha tenido la precaución de fijar la jerarquía de la modificación, y el momento en que ella debe verificarse.

2) Tales circunstancias no deben formar parte del contenido negocial. Esto es, deben ser ajenas a las previsiones expresas o deducibles del contenido del negocio.

3) Las partes no deberían haber celebrado el contrato, o deberían haberlo celebrado con otro contenido, si hubieran podido prever esas modificaciones. Se resalta así el malogro del propósito práctico que impulsa a las partes a celebrar el acuerdo, y la desaparición del interés en la consumación del fin negocial.

4) No debe ser posible exigir al deudor el mantenimiento inalterado del contrato de conformidad a las circunstancias particulares del caso, en especial el reparto del riesgo contractual y legal. La norma se coloca en la situación extrema de que no obstante la mutación sensible de las circunstancias, el obligado deba asumirlas, por ejemplo, si así lo hubiere convenido. Para esos casos, brinda parámetros de solución al

²⁶⁴ K. ALBIEZ DOHRMANN, *Un nuevo derecho...*, ob. cit., pág. 1194 y ss.; C. DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, ob. cit., pág. 55, en especial su nota 64. Es indiscutible que muchos de los supuestos planteados ante los tribunales alemanes alegando la desaparición de la base del negocio, han sido resueltos aplicando la doctrina del error, al respecto, resultan de singular erudición las referencias de W. FLUME, ob. cit., pág. 582 y ss., y pág. 592 y ss.

conflicto: especial consideración a las circunstancias del caso, y el reparto del riesgo contractual o legal.

Con relación a los efectos se dispone:

1) Verificada la alteración de las circunstancias, el juez puede imponer, o el perjudicado solicitar, la adecuación del contrato a la nueva realidad negocial. Se propende así a la conservación del negocio.

2) Si fuere imposible adecuar el contrato a las nuevas circunstancias, o las obligaciones se tornaren inexigibles para las partes, puede el juez decidir, o solicitar el interesado, la resolución del contrato. Se prevé el desenlace contractual por doble vía: voluntaria o judicial.

3) En los contratos de larga duración, si media una causa importante, que de conformidad al § 314 torna imposible exigir la continuación de la obligación, en lugar de la resolución, se otorga el derecho de desistimiento.

4) La resolución y el desistimiento tienen siempre carácter subsidiario. Sólo son asequibles si resulta inviable la adecuación.

2.2. Nacionales

2.2.1. *El derecho positivo argentino frente a la frustración del fin del contrato*

Nuestro Código Civil, fiel intérprete de la corriente individualista decimonónica, participó de una posición ortodoxa con relación a la eficacia de los contratos fundada en la autonomía de la voluntad, principio consagrado en el art. 1197, y descartó remedios como la lesión, la imprevisión o el abuso del derecho.

Son harto conocidas las consideraciones que hizo nuestro Codificador en la nota final al Título I, Sección 2ª, Libro Segundo, generalmente citada como nota al art. 943, para sostener la inutilidad de legislar sobre la lesión enorme o enormí-

sima debido a la confusión existente entre las legislaciones consultadas y la ausencia de un principio uniforme sobre la teoría. Muy elocuentes resultan sus palabras finales: *“Dejaríamos de ser responsables de nuestras acciones, si la ley nos permitiera enmendar todos nuestros errores, o todas nuestras imprudencias. El consentimiento libre, prestado sin dolo, error ni violencia y con la solemnidad requerida por las leyes, debe hacer irrevocables los contratos”*.

El aferrado apego de Vélez a la intangibilidad de los contratos reconoce una única excepción en la resolución por imposibilidad del pago, consagrada en los arts. 888 y siguientes del Código Civil, disposición que por aislada no debe pasar inadvertida.

En el mismo temperamento, los antiguos proyectos de reforma de 1936 y 1954 no receptaron la figura de la frustración del fin, ni tampoco lo hizo la reforma introducida en 1968 a través de la ley 17.711, pese a regular en el art. 1198 la excesiva onerosidad sobreviniente. Hubo que esperar los recientes proyectos de última generación, reseñados en los párrafos siguientes, para contar con una previsión expresa de la vicisitud que estudiamos.

El estrecho margen brindado por el Código de Vélez, inmodificado por la ley 17.711, no impidió sin embargo a la doctrina, encontrar cauces propicios para la revisión o resolución contractual, cuando durante la ejecución del contrato, sobrevinía una anormal alteración de las circunstancias existentes al momento del perfeccionamiento, que malograran el propósito negocial.

Ya hemos dicho anteriormente ²⁶⁵ que quienes sustentan una “noción amplia” de frustración del fin del contrato, consideran que el instituto puede encontrar cobijo en diversas normas del Código Civil como las que regulan el caso fortuito (arts. 513 y 514); la causa-fin (arts. 500 a 502); la locación de cosas (art. 1522, que permite la resolución si la cosa no puede

²⁶⁵ Remitimos al punto 1.2.1 de este capítulo II.

servir para el objeto de la convención; art. 1604, incs. 3, 4 y 6, que declara la conclusión por pérdida de la cosa, imposibilidad del destino convenido, o caso fortuito que impida continuar los efectos del acuerdo); la locación de obra (art. 1638, que faculta al dueño a desistir del proyecto); la sociedad civil (art. 1772, que la declara extinguida si el ente pierde una parte principal de la cosa constitutiva del fondo con el cual aquel obraba, imposibilitando llenar el fin para el cual fue constituida); el error (art. 926, que anula el negocio si afecta la causa principal del acto o las cualidades de la cosa); y los vicios redhibitorios en materia de compraventa (arts. 2164 y ss., que permiten la resolución del acuerdo o una adecuación del precio si defectos ocultos de la cosa vendida la hacen impropia para su destino) ²⁶⁶.

Los autores enrolados en esta primera posición niegan la autonomía conceptual de esta vicisitud del contrato ²⁶⁷.

Por nuestra parte estimamos que si bien las normas precitadas pueden sustentar la noción de frustración del fin en “sentido amplio”, no son suficientes para fundamentar un concepto en “sentido estricto” ²⁶⁸, que otorgue a la figura perfil propio, con características que permitan diferenciarla de todos los institutos que aquellas previsiones legales regulan.

Descartando entonces que las normas aludidas refieran específicamente a la frustración del fin del contrato con el sentido y alcance que nosotros proponemos, debemos adelan-

²⁶⁶ Alternativamente invocan las normas citadas, J. RAY, *Frustración...*, ob. cit., pág. 26; J. C. RIVERA, “La doctrina de las bases...”, ob. cit., pág. 902 y ss.

²⁶⁷ Tildándola de “inconveniente” por constituir un factor de relajación en la fuerza obligatoria del contrato, defienden esta postura J. C. RIVERA, *La doctrina de las bases...*, pág. 902 y ss.; J. RAY, *Frustración...*, ob. cit., pág. 28 y ss.

²⁶⁸ Entre quienes defienden una concepción en sentido estricto de la figura, algunos entienden que la mayoría de los casos que pueden presentarse en la vida práctica, se plantean en la locación de cosas y encuentran acabada solución en el art. 1522 del Código Civil, sin perjuicio de considerar que podrían eventualmente presentarse algunos otros supuestos hipotéticos de la figura. Confr. J. M. APARICIO, *Contratos...*, ob. cit., t. II, págs. 368 y ss., y 375 y ss.

tar ²⁶⁹ que el instituto tiene estrecha vinculación, según opinión mayoritaria, con la causa del contrato entendida en sentido objetivo (arts. 500 y ss., Código Civil), y con el primer párrafo del art. 1198 del Código Civil, reformado por la ley 17.711, en cuanto dispone que “Los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe, y de acuerdo con lo que verosímilmente las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión”.

Ambas normativas son señaladas como el fundamento legal de la vicisitud en nuestro derecho positivo: las relativas a la causa, en cuanto imponen el requisito o elemento del negocio que la frustración, en definitiva, afecta; y el estándar de la buena fe, en cuanto impide mantener la vigencia de un contrato que por alteración sobrevenida de las circunstancias existentes a la época de su celebración, ha perdido para el acreedor su razón de ser o sentido. El principio cardinal de buena fe permite, además, fijar pautas para interpretar el interés jurídicamente tutelable del acreedor, y determinar si es o no posible aún su satisfacción ²⁷⁰.

2.2.2. *Proyectos de reforma a nuestra legislación*

2.2.2.1. *Proyecto de Unificación a la Legislación Civil y Comercial de 1987*

El Proyecto de Unificación de la Legislación Civil y Comercial de 1987 ²⁷¹ tuvo el mérito ²⁷² de consagrar por vez

²⁶⁹ Véanse nuestras consideraciones en el punto 2.1 del capítulo III.

²⁷⁰ F. GALGANO, *El negocio jurídico*, ob. cit., pág. 465 y ss.; M.C. GIANFELICI, ob. cit., pág. 145.

²⁷¹ Convertido en ley 24.032, fue vetado integralmente por Decreto del P.E.N. 2719/91. *Proyecto de Ley de Unificación de la Legislación Civil y Comercial de la Nación*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1987. Una referencia general al Proyecto puede verse en H. CÁMARA, “Una aproximación al Proyecto de Unificación Legislativa Civil y Comercial”, *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones*, año 20, N° 117, Buenos Aires, Depalma, 1987, pág. 379

primera en el derecho argentino la vicisitud de la frustración del fin del contrato.

A ese respecto, el Proyecto propone las siguientes modificaciones:

1. Un agregado al primer párrafo del art. 1197 del Código Civil que quedaría redactado como sigue:

“Las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla a la que deben someterse como la ley misma, si las circunstancias que determinaron para cada una de ellas su celebración, y fueron aceptadas por la otra o lo hubieran sido de haberseles exteriorizado, subsisten al tiempo de la ejecución”.

Las notas explicativas del Proyecto, aunque ostensiblemente escuetas, declaran que el principio vinculante contenido en la primera parte de la norma, continúa vigente, pero receptando la doctrina de la base del negocio de filiación germana. La expresión incorporada no indica qué consecuencias tendrá la alteración de las circunstancias, aunque es evidente que el acuerdo ya no podrá obligar “como la ley misma”, habilitando así el camino a la adaptación del negocio, y provocando entonces un innegable debilitamiento de la fuerza obligatoria del contrato ²⁷³.

y ss. Sobre el tema específico de las bases del negocio, confr. J. C. RIVERA, *La doctrina de las bases...*, ob. cit., pág. 891 y ss.; A. DAMIANOVICH, *La frustración del fin del contrato en la proyectada reforma del derecho privado*, Rosario, Zeus, t. 46-D, enero/abril de 1988, pág. 28 y ss.; J. M. GASTALDI, “El Proyecto de Unificación de la Legislación Civil y Comercial. Generalidades. Su incidencia en la doctrina general de los contratos”, E.D., 125-811.

²⁷² R. BREBBIA, ob. cit., pág. 876, lo califica de “audaz acierto”.

²⁷³ Duras críticas se han efectuado a este condicionamiento al principio general *pacta sunt servanda*, pilar esencial del derecho y de la vida en sociedad. El agregado que se propone refiere a un supuesto excepcional -poco claro pues no indica cuáles son las circunstancias sobrevinientes que podrían alterar la situación existente al momento de perfeccionar el negocio- que debería ser tratado en un precepto aparte. Donde está ubicado, permite interpretar que puede aplicarse a cualquier cambio de circunstancias, configuren o no supuestos de imprevisión o frustración del fin del contrato. Confr. R. BREBBIA,

Desde otro ángulo, el texto transcrito deja dudas acerca de si se aplica a los dos supuestos que diferenciara Larenz: la base objetiva, formada por el conjunto de circunstancias cuya existencia y permanencia presupone el negocio, sépanlo o no los contratantes, ineludibles para preservar la equivalencia prestacional y alcanzar la finalidad negocial; y la base subjetiva, constituida por las representaciones mentales de las partes existentes al concluir el negocio que determinan su voluntad y la celebración del acuerdo.

El agregado al art. 1197 sólo alude a las circunstancias, pero no a las representaciones mentales, y las notas explicativas sólo refieren a la incorporación de la doctrina de las bases, sin distinguir entre objetiva y subjetiva. La distinción acusada por Larenz, superando las críticas formuladas a Windscheid y a Oertmann, de amplísima difusión doctrinaria, tornan imperdonable esta laguna del Proyecto.

La frustración..., ob. cit., pág. 885; M. R. REY, ob. cit., pág. 52 y ss.; A. BUDANO ROIG, "La reforma al art. 1197 del Código Civil en el Proyecto de Unificación de la Legislación Civil y Comercial de la Nación", E.D., 128-947, sostiene que el texto proyectado no sólo se constituiría en la causa de una virtual desaparición del contrato como fuente de obligaciones, sino que además, no incorpora la teoría de las bases del negocio en la dimensión y con los alcances con que fue concebida, esto es, la subsistencia al momento del cumplimiento del contrato de circunstancias objetivas existentes a la fecha de su celebración. En realidad, sostiene el autor, se somete al negocio a la subsistencia de las circunstancias personales que motivaron a cada una de las partes a contratar, entendidas como condicionantes de la validez del contrato. Desde otro ángulo, afirma, el texto proyectado es superfluo, pues la norma podría aplicarse a dos hipótesis: la primera, cuando las circunstancias que determinaron a las partes a celebrar el contrato fueren exteriorizadas y aceptadas, en cuyo caso cumplen el papel de una condición resolutoria, modalidad ya contemplada en el Código Civil (arts. 527 a 557); la segunda, cuando las circunstancias determinantes hubieren sido aceptadas si se hubieren exteriorizado, lo cual presume sin dudas, una respuesta negativa del anunciado, si se pretende que éste someta la validez del negocio a la permanencia de tales circunstancias. En contra, defendiendo el texto que se postula, J. MOSSET ITURRASPE, *Las circunstancias...*, ob. cit., pág. 833; "Las circunstancias del contrato (Segunda parte. Su vinculación con la causa-fin)", E.D., 128-839 y ss. y R. STIGLITZ, *Objeto, causa...*, ob. cit., pág. 35 y ss.

Por otro lado, no puede soslayarse la omisión de calificar la alteración de las circunstancias como extraordinarias e imprevisibles, sobre todo porque es un texto de carácter general que precede al art. 1198 que regula la imprevisión, y al 1204, inc. 1, apartado 6, que consagra la frustración del fin, vicisitudes ambas que requieren hechos sobrevenidos de esa naturaleza.

Finalmente debe destacarse en este primer agregado propuesto, la orfandad manifiesta en materia de requisitos de procedencia y de efectos de la desaparición de la base negocial. Esta grave falencia impide precisar, por ejemplo, si la vicisitud genera una acción por revisión o resolución, si se permite oponerla por vía de acción o de excepción, y cuáles son las consecuencias para las partes involucradas. La falta de precisión termina concediendo una amplísima facultad a los jueces para adoptar, en cada caso concreto, la solución que les parezca más equitativa, con evidente mengua a la seguridad jurídica, y ostensible peligro de caer en las tantas veces criticadas soluciones de equidad ²⁷⁴.

2. Un agregado en el art. 1204, inc. 1, apartado 6, que consagra específicamente la frustración del fin en estos términos: “[...] *La resolución puede también ser declarada: 1. Por frustración del fin del contrato, siempre que tal fin haya sido conocido o conocible por ambas partes, que la frustración provenga de causa ajena a quien la invoca, y no derive de un riesgo que razonablemente tomó ésta a su cargo en razón del sinalagma asumido [...] En estos casos la resolución se producirá al comunicarse fehacientemente la manifestación que la declare, sin perjuicio de las indemnizaciones que correspondieran*” ²⁷⁵.

²⁷⁴ J. C. RIVERA, “La doctrina de las bases...”, ob. cit., pág. 898 y ss.

²⁷⁵ Resulta evidente que el texto proyectado aparece como una de las aplicaciones posibles, a la par de la excesiva onerosidad sobreviniente (art. 1998), del texto incorporado como excepción al principio de fidelidad del contrato en el art. 1197. Critican el agregado: R. BREBBIA, ob. cit., pág. 885; J. C. RIVERA, “La doctrina de las bases...”, ob. cit., pág. 898; RAY, J. D., *Frustración...*, ob. cit., pág. 11.

Este primer intento de incorporación legislativa de la figura en nuestro derecho positivo ha sido objeto de variadas críticas.

En cuanto a su metodología se ha señalado ²⁷⁶ el desacierto de haberla incorporado en el art. 1204, destinado a regular la resolución por incumplimiento y por imposibilidad definitiva o temporaria, figuras que deben diferenciarse de la que aquí estudiamos. Más correcto hubiere sido tratarla inmediatamente después de la excesiva onerosidad en el art. 1198, con la que presenta una mayor afinidad, e integra uno de los dos supuestos de alteración de la base objetiva del negocio ²⁷⁷.

Además, no se especifica cuál es el ámbito de aplicación de la figura ²⁷⁸. Debió al menos precisarse la necesidad de que se trate de un contrato bilateral, oneroso y de cambio, pues la frustración afecta el sinalagma funcional, esto es, la normal y efectiva realización de la función de intercambio del negocio.

La norma exige los siguientes requisitos constitutivos:

a) Que el fin haya sido conocido o conocible por ambas partes. No se especifica qué debe entenderse por “fin del contrato”, y parece insuficiente que la finalidad haya sido conocida o sea cognoscible por ambas partes, pues la figura exige un propósito expresado en el contrato, aceptado por ambas partes o, al menos, no rechazado, a punto tal de influir en su determinación, integrando el contenido del negocio.

De lo contrario, podrían incluirse casos de condiciones no desarrolladas o desenvueltas, aquellas que justificaron la crítica de Lenel a las tesis de Windscheid y Oertmann, y que no pueden subsumirse en la vicisitud de la frustración del fin (por caso, la compra del ajuar para un matrimonio que luego no se celebra).

²⁷⁶ M. C. GIANFELICI, ob. cit., pág. 146, entre otros.

²⁷⁷ Así opinan, entre otros, R. BREBBIA, ob. cit., pág. 886 y ss.; M. C. GIANFELICI, ob. cit., pág. 146; M. R. REY, ob. cit., pág. 52 y ss.

²⁷⁸ Confr. M. C. GIANFELICI, ob. cit., pág. 146; R. BREBBIA, ob. cit., pág. 886.

b) La frustración debe provenir de causa ajena a quien la invoca. Algunos han opinado que hubiere sido conveniente que se exigiere la imprevisibilidad absoluta del hecho frustrante (extraordinario e imprevisible) como se requiere para la excesiva onerosidad, pues ambas vicisitudes participan de este recaudo inexorable ²⁷⁹.

c) Que el malogro no derive de un riesgo tomado a cargo por quien lo invoca en razón del sinalagma asumido. Es decir, que no derive del álea propio de todo negocio jurídico bilateral y patrimonial.

Respecto a los efectos, estimamos desacertado que éstos se reduzcan a la resolución del contrato (debió incluirse también la revisión), y discrepamos con la forma de ejercitarla: la vía extrajudicial mediante comunicación fehaciente del perjudicado. Aparece desmesurada una simple y exclusiva declaración para resolver, máxime en este supuesto en el que no hay culpa imputable de las partes. Creemos más apropiado el procedimiento judicial, máxime si se repara en que el Proyecto lo fijó para la excesiva onerosidad sobreviniente ²⁸⁰.

Igualmente criticable resulta, a nuestro juicio, la alusión formulada en la última parte del artículo relativa al derecho de las partes a solicitar “las indemnizaciones que correspondieren”, expresión no sólo imprecisa por cuanto no indica cuáles son, sino inadecuada, puesto que la vicisitud en estudio no genera la obligación de indemnizar daños, sino solamente la de restituir gastos, en atención a su fundamento y las causas que la generan ²⁸¹.

²⁷⁹ R. BREBBIA, ob. cit., pág. 886; M. R. REY, ob. cit., pág. 53, opinan que las circunstancias extraordinarias e imprevisibles, ajenas a las partes, deben afectar la base objetiva del negocio, de manera tal que la finalidad común ya no pueda alcanzarse, aunque se cumplieren las prestaciones convenidas, aún posibles de ejecución.

²⁸⁰ En igual sentido, J. C. RIVERA, “La doctrina de las bases...”, ob. cit., pág. 902 y ss.

²⁸¹ Es también la opinión de M. C. GIANFELICI, ob. cit., págs. 134 y 148 y ss.

2.2.2.2. Proyecto de la Comisión Federal (Cámara de Diputados de la Nación) de 1993

La resolución 503/92 de la Cámara de Diputados de la Nación creó la Comisión Federal encargada de elaborar un proyecto de reformas al Código Civil, que obtuvo media sanción de dicha Cámara el 3 de noviembre de 1993, siendo remitido en revisión al Senado de la Nación. El Proyecto de la Comisión Federal ²⁸² mantuvo el tratamiento de la figura, incorporándola al art. 1200, tercer párrafo, en los siguientes términos: “Hay frustración del fin del contrato cuando los fines de dicho acto no pueden alcanzarse, debido a una alteración de las circunstancias existentes al tiempo de su celebración, sobrevenidas por causas ajenas a las partes y, en todo caso, al riesgo asumido por la parte afectada. Tal alteración de las circunstancias, ha de determinar la pérdida del interés que asiste al acreedor en el cumplimiento de las prestaciones, aunque éstas puedan ser de posible realización. La parte perjudicada podrá resolver el contrato comunicando su decisión a la otra parte en forma fehaciente. La resolución tendrá efectos retroactivos, salvo que se trate de prestaciones divisibles y equivalentes cumplidas, en cuyo caso ellas quedarán firmes. La parte que provoca la extinción del acto debe reintegrar a la contraparte los gastos que ésta hubiera realizado, sin perjuicio de que los jueces puedan reducir equitativamente el monto de dichas erogaciones, cuando la aplicación estricta de esta norma conduzca a notorias injusticias”.

La norma que se postula supera varias de las críticas que se le formularan al proyecto del 87.

En primer término, mejora la metodología, en cuanto regula la figura en el artículo inmediato posterior al que trata la excesiva onerosidad sobreviniente (art. 1199), instituto con el que la frustración del fin, ya dijimos, tiene semejanzas, por lo que parece atinada su consagración cercana.

²⁸² *Unificación de la Legislación Civil y Comercial Proyecto de 1993*, Buenos Aires, Zavalía, 1994.

Elimina la ambigüedad del texto anterior que requería que el fin de las partes fuere “conocido o conocible”, expresión que fue objeto de acertadas críticas doctrinarias.

Es elogiable la referencia expresa al modo como debe incidir en el negocio la transformación de las circunstancias: “determinar la pérdida del interés que asiste al acreedor en el cumplimiento de las prestaciones”²⁸³. Esta previsión justifica el efecto resolutorio que provoca la vicisitud²⁸⁴, aunque debió incluirse también la revisión.

Limita acertadamente la legitimación para petitionar la resolución por frustración “a la parte perjudicada”, esto es, el acreedor de la prestación devenida carente de razón de ser o sentido.

Menciona de modo expreso que la prestación debe ser aún de realización posible, pese al desinterés del acreedor en el cumplimiento.

Respecto de los efectos, nos parecen acertados la resolución retroactiva de alcance limitado (no afecta las prestaciones divisibles y equivalentes ya cumplidas) y el deber del acreedor a reintegrar los gastos, aunque debió aclararse que éstos serían sólo los indispensables para cumplir la prestación.

Como objeciones pueden señalársele:

- No precisa, como el proyecto precedente, el concepto de “fin del negocio”, el ámbito de aplicación de la figura, ni requiere que el hecho frustrante tenga carácter imprevisible.

- Insiste en el mecanismo resolutorio por vía extrajudicial.

²⁸³ M. C. GIANFELICI, ob. cit., pág. 149, sostiene que la norma proyectada debió ir más allá, exigiendo que la pérdida del interés suponga la desaparición de la “utilidad” de la prestación.

²⁸⁴ Vinculando la frustración del fin con la causa del negocio, el Proyecto deroga los arts. 500 a 502 del Código Civil y en una nueva norma, el art. 953 bis dispone: “La causa del acto está constituida por el fin jurídico inmediato y tipificante procurado por las partes. También pueden integrar la causa, los móviles que aquellas han incorporado al acto en forma expresa o tácita [...]”.

2.2.2.3. Proyecto de la Comisión del Poder Ejecutivo Nacional de 1993

El Poder Ejecutivo Nacional creó por Decreto 468/92 una Comisión encargada de elaborar un Proyecto de Unificación de las Obligaciones y Contratos ²⁸⁵, remitido al Senado de la Nación para su consideración en 1993. Incluye la vicisitud que estudiamos en su art. 943, en los siguientes términos: “La frustración de fin del contrato faculta a la parte perjudicada a resolverlo. Ello acaecerá cuando por un acontecimiento anormal, sobreveniente, ajeno a la voluntad de las partes, no provocado por alguna de ellas y no derivado del riesgo que la parte que la invoca haya tomado a su cargo, se impidiere la satisfacción de la finalidad del contrato que hubiese integrado la declaración de voluntad. Las prestaciones realizadas por cada una de las partes, que hubieren sido cumplidas y fueren equivalentes, quedarán firmes. No habrá indemnización por daños”.

La previsión es pasible de objeción metodológica toda vez que aparece incluida distante de la excesiva onerosidad contemplada en el art. 899 del Proyecto.

Es igualmente criticable la indefinición del ámbito de aplicación y la falta de precisión respecto del mecanismo resolutorio.

Y aunque elimina la expresión “conocido o conocible” utilizada por el Proyecto del 87, exigiendo que la finalidad integre la declaración de voluntad, el texto debió ser más categórico precisando que el propósito ha de ser común a ambas partes y haber determinado su voluntad a punto tal de integrar el contenido negocial ²⁸⁶.

²⁸⁵ *Reformas al Código Civil, Proyecto y notas de la Comisión designada por Decreto 468/92*, Buenos Aires, Astrea, 1993.

²⁸⁶ M. C. GIANFELICI, ob. cit., pág. 150, sostiene que la finalidad no puede ser de una sola de las partes, y debe estar referida a la utilidad de la prestación. También en este caso debe resaltarse la circunstancia de que el Proyecto vincula la frustración del fin con la causa del negocio, al proponer el art. 580: “La alteración de las circunstancias existentes al tiempo de celebración

Estimamos también criticable la expresión “anormal” -que ya fuera utilizada por el Código lusitano- para aludir al hecho sobrevenido provocante de la frustración. Pensamos que debió indicarse con toda claridad y contundencia que esos hechos deben ser imprevisibles.

Por el contrario, parecen encomiables la limitación de la legitimación a la parte perjudicada, la precisión respecto de los efectos de la resolución y la expresa exclusión de la indemnización por daño, aunque debió precisarse que en su lugar el acreedor desinteresado de la prestación, debe sufragar los gastos erogados por el deudor de la prestación que devino inútil.

2.2.2.4. Proyecto de Código Civil unificado de 1998

Una vez más, el Poder Ejecutivo de la Nación creó por Decreto 685/95 una Comisión encargada de elaborar un Proyecto de Código Civil unificado, que reguló el instituto en el art. 1059, en estos términos: “Frustración de la finalidad: Conforme a lo previsto en el art. 953 la frustración definitiva de la finalidad del contrato autoriza a la parte perjudicada a declarar su rescisión, si tal frustración proviene de una alteración de carácter extraordinario de las circunstancias existentes al tiempo de su celebración y la alteración sobreviene por causas ajenas a las partes y excedentes al riesgo asumido por la que es afectada. La rescisión es operativa cuando ésta comunica su decisión extintiva a la otra. Si la frustración de la finalidad es temporaria, se aplica el inc. b del art. 1057”.

La norma se vincula, por remisión, a otras del Proyecto:

Art. 259: “La causa debe existir en la formación del acto jurídico y durante su celebración, y subsistir durante su ejercicio. La alteración sustancial de las circunstancias que existían al tiempo de la celebración priva de causa al acto que

priva de causa al acto que ha sido otorgado en miras de la satisfacción de un interés que presuponga ostensiblemente la subsistencia de esas circunstancias al tiempo del cumplimiento o ejecución”.

haya sido otorgado en miras a la satisfacción de un interés que presupone ostensiblemente la subsistencia de esas circunstancias al tiempo del cumplimiento o ejecución. La inexistencia de causa da lugar a la invalidez del acto. Su insubsistencia o frustración, a la extinción o adecuación; si el acto es un contrato se aplican los arts. 1059 y 1060”.

Art. 953: “Necesidad de causa: La causa debe existir en la formación del contrato y durante su celebración, y subsistir durante su ejecución. La inexistencia de la causa, o su insubsistencia, da lugar, según los casos, a la invalidez, a la adecuación o a la extinción del contrato, o a la ineficacia de sus estipulaciones”.

Aun cuando escapa al alcance de este trabajo un análisis pormenorizado de los textos postulados, no puede dejar de señalarse el defecto metódico de legislar en dos oportunidades el mismo tópico: la causa como requisito del acto jurídico y del contrato, pese a la relación género-especie que media entre ambos. Es además criticable la excesiva extensión con que se ha tratado este recaudo del negocio jurídico, hecho sin precedentes en proyectos legislativos de esta naturaleza ²⁸⁷.

Desde otro ángulo, no se precisa en qué consiste la “finalidad del contrato”, y si bien el art. 952 del Proyecto expresa que “*las disposiciones relativas a la finalidad se refieren a la causa*”, fórmula por demás ambiciosa, en la exposición de motivos -Nº 170- se indica que “el fundamento de esta causal de extinción contractual puede ser hallado en la teoría de las bases del negocio jurídico”, contradicción que, al igual que en los precedentes de 1993, sumerge innecesariamente a la novel figura en la inacabada polémica sobre el carácter objetivo o subjetivo de la causa.

Y si bien es saludable que el art. 259 antes transcrito vincule a la causa con el interés tenido en miras por las partes, parece inconveniente que el art. 257 dé relevancia a “*los motivos personales cuando integren expresa o implícitamente*

²⁸⁷ Confr. J. M. APARICIO, *Contratos*, ob. cit., t. II, pág. 390 y ss.

la declaración de voluntad común”, pues por esta vía podrá considerarse relevante cualquier fin de las partes con tal que el mismo haya sido exteriorizado expresa o implícitamente, por más que no integre el contenido negocial, recaudo de admisibilidad que estimamos inexorable ²⁸⁸.

Es en cambio novedosa la distinción entre frustración definitiva, exigida como requisito general de admisión, y temporaria, que se configuraría, por excepción, si la “imposibilidad impide el cumplimiento oportuno de una obligación, cuyo tiempo de ejecución es esencial” -art. 1057, inc. b-, no contemplada en proyectos anteriores.

Se omitió consignar la naturaleza imprevisible del hecho frustrante.

En relación con los efectos, creemos desacertada la expresión “rescisión”, como lo era también el vocablo “resolución” de los precedentes anteriores. Ninguno de los dos términos es correcto, pues la primera opera, según la mayoría, sólo para el futuro y depende de una circunstancia sobreviniente, y la segunda se reserva para supuestos de incumplimiento culposo de la prestación, aspectos ajenos a la frustración del fin. Éste, en cambio, es un caso de alteración funcional de las prestaciones que impide al contrato continuar siendo una regulación de intereses dotada de sentido ²⁸⁹.

La legitimación está correctamente limitada, al igual que en los proyectos del 93, a la “parte perjudicada”, esto es, al acreedor cuya prestación devino malograda.

El mecanismo de la declaración de ineficacia, al igual que en el proyecto del 87 y el de la Comisión Federal del 93, sigue siendo la vía extrajudicial, procedimiento que ya señalamos inconveniente.

²⁸⁸ En igual sentido, J. M. APARICIO, *Contratos*, ob. cit., t. II, pág. 375 y ss.; M. C. GIANFELICI, ob. cit., pág. 152 y ss.

²⁸⁹ Véanse nuestras consideraciones al tratar el punto 2.7 del Capítulo III de este trabajo.

Las consecuencias de la vicisitud no las prevé el artículo que regula la figura, sino que resultan de la remisión que hace el art. 1062, segundo párrafo, al régimen general de ineficacia para los supuestos de “*extinción por declaración de una de las partes*”, previstos en los arts. 1044 y 1045.

Estas últimas normas expresan: Art. 1044: “Restitución en los casos de extinción por la declaración de una de las partes: Si el contrato es extinguido total o parcialmente por rescisión unilateral, por revocación o por resolución, las partes deben restituirse, en la medida que corresponda, lo que han recibido en razón del contrato, o su valor, conforme a las reglas de las obligaciones de dar para restituir, y a lo previsto en el artículo siguiente”. Art. 1045: “Contrato bilateral: Si se trata de la extinción de un contrato bilateral: a) la restitución debe ser recíproca y simultánea; b) las prestaciones que han sido realizadas quedan firmes y producen sus efectos en cuanto resulten útiles y equivalentes, si son divisibles y no han sido recibidas con reserva de no tener efecto cancelatorio de la obligación; c) para estimar el valor de las restituciones de la parte no incumplidora son tomadas en cuenta las ventajas que resulten o puedan resultar de no haber efectuado la propia prestación, su utilidad frustrada y, en su caso, otros daños”.

Pese a que se señala como un caso de rescisión, es obvio que se le asignan los efectos propios de la resolución, es decir, retroactivos o *ex tunc*. En consecuencia, de conformidad con lo estipulado en las normas transcritas, las partes deben restituirse lo recibido en virtud del contrato, salvo las prestaciones ya realizadas, equivalentes y útiles, las que quedan firmes en la medida en que sean divisibles y no se haya excluido por convención de partes el efecto cancelatorio de la obligación. Completando el plexo de efectos, el art. 1062, segundo párrafo, excluye expresamente la indemnización de daños salvo que haya sido expresamente pactada, pero omitió, al igual que en los proyectos del 87 y el del Poder Ejecutivo del 93, el deber de reintegrar los gastos realizados por el deudor.

Como novedad el primer párrafo del art. 1062 contempla expresamente la posibilidad de que “*las partes excluyan,*

mediante un pacto, la aplicación de las figuras de la frustración del fin y de la excesiva onerosidad sobreviniente”.

No compartimos esta última previsión por variadas razones: en primer término, ambas vicisitudes afectan gravemente la justicia contractual, que no puede quedar librada al arbitrio de las partes; en segundo lugar, entraña el serio peligro de convertir en letra muerta institutos conquistados merced a ingentes esfuerzos doctrinarios y jurisprudenciales; finalmente, una cláusula de elusión sería, en estos supuestos, un contrasentido, pues si las partes aluden a los posibles hechos configurativos de estas vicisitudes, quiere decir que eran ordinarias y previsibles, imposibilitando su invocación.

CAPÍTULO III

INTEGRACIÓN Y PROYECCIÓN EN NUESTRO SISTEMA JURÍDICO

1. Nociones básicas

1.1. Etimología y terminología

La palabra frustrar deriva del latín “*frustrare*”, que significa “privar a uno de lo que se deseaba”²⁹⁰, “malograr un intento”, “dejar sin efecto un propósito contra la intención de quien procura realizarlo”²⁹¹.

Estas definiciones etimológicas enlazan el concepto de frustración al de interés, pues en definitiva todo el derecho patrimonial está pensado y dirigido a satisfacer intereses. Nadie contrata porque sí, sino con el objeto de satisfacer necesidades o intereses, en definitiva, conseguir utilidades en la vida real. Todos contratan impulsados por un propósito práctico que piensan alcanzar a través del negocio consumado.

La expresión “frustración del contrato” es de origen inglés, y fue utilizada por vez primera para sustentar la novedosa concepción jurisprudencial acerca de la fuerza

²⁹⁰ LAROUSSE, *Diccionario Larousse Universal Ilustrado*, París, Larousse, 1958, t. II, pág. 208.

²⁹¹ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la lengua española*, 23ª edición, Madrid, Espasa Calpe, 2004.

vinculatoria del contrato en el caso “Taylor v. Caldwell” resuelto en 1863 ²⁹².

Heredera de la concepción anglosajona, en sus albores la figura se presentaba en un sentido amplio, comprensiva de varios supuestos en los que un negocio válido deviene ineficaz por un acontecimiento ajeno a la voluntad de las partes, como la imposibilidad física o legal de la presentación, el incumplimiento de una condición implícita, la ruptura sobrevinida del equilibrio de las prestaciones, o la no verificación, permanencia o desaparición de un determinado estado de hecho, como ocurrió en los celeberrimos “Casos de la Coronación” ²⁹³.

Frente a esta concepción tan vasta, el derecho continental europeo forjó una noción más restrictiva de la vicisitud, alusiva a un supuesto específico de ineficacia sobrevinida, que se compadece más exactamente en la expresión “*frustración del fin del contrato*” ²⁹⁴. Empero, la utilización indistinta de ambas nociones puede advertirse incluso en la misma jurisprudencia anglosajona, pues mientras el *leading case* del criterio amplio lo constituye “Taylor v. Caldwell”, los antecedentes emblemáticos de la acepción más restringida se hallan en los tantas veces citados “Casos de la Coronación”.

²⁹² Véanse nuestras referencias en nota 166; J. RAY, *Frustración...*, ob. cit., pág. 22 y ss.

²⁹³ V. ESPERT SANZ, ob. cit., págs. 52, 66 y 162; R. BREBBIA, ob. cit., pág. 876 y ss.; J. C. RIVERA, “La doctrina de las bases...”, ob. cit., pág. 874; L. LEIVA FERNÁNDEZ, “Frustración, nulidad e inoponibilidad de los actos jurídicos”, L.L., 1987-D-1154, define a la frustración como “*El supuesto en el que por causas ajenas a la voluntad de las partes, no se obtiene o se pierde la obtención del efecto inmediato tenido en mira para la celebración del acto. Es decir, aquellos casos, en los que se frustra por una circunstancia ajena al deseo de los otorgantes la producción del efecto deseado en forma directa e inmediata. Esa frustración del efecto puede operar retroactivamente o no, en forma total o relativa, es decir, erga omnes, o respecto de personas determinadas*”.

²⁹⁴ Así tituló V. Espert Sanz su obra aquí tantas veces citada; y es, además, la noción que utiliza Karl Larenz en su trabajo más conocido sobre el tema, *Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos*, según su referencia en pág. 147: “imposibilidad de alcanzar el fin del contrato”.

Su estudio requiere incluso precisar la terminología: ¿*frustración del contrato*, o *frustración del fin del contrato*?

La primera expresión se enlaza con la concepción amplia; la segunda, con la otra más restrictiva.

1.2. Sentido amplio y estricto de la noción de frustración del fin del contrato

La tarea de nominar la vicisitud que estudiamos ha de regirse por dos premisas básicas: la primera supone que una noción vaga que incluya todas las vicisitudes antes aludidas, hace impensada la autonomía conceptual de la figura y dificulta señalar sus perfiles precisos; la segunda, que la correcta utilización terminológica es indispensable para fijar con precisión su noción exacta y despejar eventuales confusiones y superposiciones con institutos afines.

En el derecho en general y en particular en el campo jurídico negocial, la *frustración* en *sentido amplio* ocurre, según la vieja concepción anglosajona, cuando el acto jurídico válido, por causas sobrevenidas ajenas a la voluntad de las partes, se ve impedido de cumplir sus efectos naturales: verbigracia, la muerte del locador seleccionado por sus cualidades personales en el contrato de obra (art. 626 del C.C.), la destrucción total de la cosa arrendada en la locación de cosas (art. 1521 del C.C.), la imposibilidad del vendedor de hacer entrega de la cosa cierta en la compraventa (art. 1413 del C.C.)²⁹⁵, etcétera.

²⁹⁵ Confr. A. M. MORELLO, *Ineficacia y frustración...*, ob. cit., 2ª ed., pág. 96 y ss.; J. C. BENEDETTI, "El boleto de compraventa frente a la quiebra del vendedor", *Revista del Notariado*, N° 722, marzo-abril de 1972, pág. 544, sostiene que la expresión "frustración negocial" es empleada en el sentido de una fórmula que, por su amplitud, abarca todos los resortes de revisión e impugnación que conducen a la *no realización de lo pactado* en las convenciones particulares (nulidad, resolución, revocación, etcétera).

Pero en un sentido más *específico* y técnico, como instituto jurídico autónomo, por *frustración* debe entenderse la *dificultad o entorpecimiento de cumplimiento* de la prestación ²⁹⁶ por cambio de las circunstancias objetivas existentes al momento de la celebración del acto. Son las que, como enseñó Larenz ²⁹⁷, configuran la base objetiva del negocio. Ese *statu quo* que el mundo exterior ha de conservar para que el negocio se mantenga equilibrado y dotado de sentido.

Desde esta perspectiva, la *frustración en sentido estricto* puede aludir a dos diversas hipótesis; una relativa al desequilibrio prestacional acaecido por excesiva onerosidad sobreviniente; la otra referida al malogro del *fin* del contrato ²⁹⁸.

Esta última constituye el objeto puntual de nuestro estudio, y es la que debe aislarse, otorgándosele perfiles propios para justificar su autonomía conceptual.

Alcanzado ya el concepto de frustración en sentido estricto, resta precisar el de "*fin del contrato*".

El vocablo fin proviene del latín "*finis*", y en la acepción que aquí nos interesa alude al "objeto o motivo por el que se ejecuta algo" ²⁹⁹.

Normalmente, el fin con trascendencia jurídica es el inmediato, que otorga fisonomía propia al negocio, que lo distingue de otros, que lo hace singular. Los móviles personales, los fines mediatos que impelen a las partes a consumir el acuerdo, carecen de trascendencia jurídica.

Así, los móviles o finalidades posteriores que impulsan a una de las partes a la celebración del contrato, como ha seña-

²⁹⁶ Confr. R. BREBBIA, ob. cit., pág. 876; R. L. LORENZETTI, *La emergencia económica y los contratos*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2002, pág. 25, opina "*la frustración es una imposibilidad relativa en el sentido de que no configura un impedimento absoluto, sino una dificultad*".

²⁹⁷ K. LARENZ, *Base del negocio...*, ob. cit., págs. 39 y 225.

²⁹⁸ Confr. entre otros, R. BREBBIA, ob. cit., pág. 876, entiende que la frustración en general puede producirse de dos diversas maneras: por excesiva onerosidad sobrevinida o por frustración del fin.

²⁹⁹ LAROUSSE, ob. cit., pág. 175.

lado Larenz con acierto ³⁰⁰, aunque se los conozca o se hayan comunicado, en nada interesan. Salvo, claro está, “*que el contrario los haga suyos y que fueren de tal trascendencia para determinar el contenido del negocio, que aunque no se consiguen en su texto, pueda presumírseles incluidos. En este compartir, aceptar un contratante el motivo de otro, de modo que influya en la determinación contractual hasta el punto de integrar el contenido del acuerdo, reside el quid fundamental del concepto de fin del contrato*” ³⁰¹.

En consecuencia, por “*fin del contrato*”, en el sentido y alcance que debe dársele a la expresión con relación a la vicisitud analizada, debe entenderse “*el propósito práctico, básico o elemental que la parte acreedora aplicará a la prestación prometida por el deudor, si ese propósito es también aceptado o presupuesto por este último, elevándose a fin de todo el negocio*” ³⁰². Ese propósito bilateralizado, común a ambos, es el que permite al contrato cumplir su *función vital*, que no es otra que la de satisfacer los intereses de las partes contratantes regulados en el negocio celebrado.

Como se ha dicho con meridiana claridad ³⁰³, la idea del fin del contrato se asocia a la pervivencia del contrato mismo. Cuando el propósito básico ha tomado cuerpo suficiente influyendo en toda la vida del negocio, nunca más podrá ser desconocido, nunca más podrá pensarse que el contrato pueda desligarse de su tendencia a conseguir tal resultado, y por consiguiente, la imposibilidad del alcanzarlo provoca su ineficacia por frustración del fin. Es que si el contrato se celebra en vista a un fin determinado querido por las partes, su malogro torna ineficaz el negocio.

³⁰⁰ K. LARENZ, *Base del negocio...*, ob. cit., pág. 166.

³⁰¹ J. M. APARICIO, *Contratos*, ob. cit., t. II, pág. 368 y ss.

³⁰² V. ESPERT SANZ, ob. cit., pág. 185 y ss., ha dicho con acierto que es “*el propósito práctico para el que sirve el contrato en la vida real, y no en la vida de los contratantes abstractamente considerados, sino de ‘sus’ contratantes*”.

³⁰³ V. ESPERT SANZ, ob. cit., pág. 206 y ss.

De allí entonces la importancia fundamental de utilizar la terminología adecuada y reparar en el significado jurídico que ella posee, en aras de precisar con exactitud el concepto preciso de lo que cabe reputar frustración del fin del contrato. Sólo así será posible delimitar y fundamentar científicamente la figura, fijar sus contornos exactos, requisitos y efectos peculiares ³⁰⁴.

La concepción amplia, comprensiva de múltiples supuestos de ineficacia, algunos regulados expresamente por el derecho positivo o deducibles de principios generales, la descuidada utilización de conceptos afines pero diferentes, en fin, la inclusión de supuestos fácticos ajenos a la figura que analizamos, han confundido durante largo tiempo a nuestros doctrinarios y jueces. Una focalización puntual de la vicisitud sólo puede alcanzarse partiendo de la *noción estricta* que proponemos, que refiere a un supuesto específico de ineficacia contractual.

1.3. Nuestra definición

La frustración del fin del contrato es un supuesto específico de ineficacia producido a consecuencia de la variación de las circunstancias objetivas presupuestas por las partes al celebrar un contrato válido, que impide la realización del propósito práctico, básico o elemental que el acreedor aplicará a la prestación prometida por el deudor, si ese propósito es también aceptado o presupuesto por éste, provocando que aquél pierda interés en el cumplimiento del contrato al quedar desprovisto de su sentido originario.

³⁰⁴ Algunos opinan que la figura se superpone con otros institutos expresamente regulados por nuestro derecho positivo, como la imposibilidad de pago, la imprevisión, el caso fortuito y la fuerza mayor, o la causa-fin, por lo que resulta inútil su estudio y regulación; entre otros, D. RAY, *Frustración...*, ob. cit., pág. 83 y ss.; J. C. RIVERA, "La doctrina de las bases...", ob. cit., pág. 902 y ss.

1.4. Comparación con otras figuras afines

Una de las objeciones más serias que debe superar una nueva institución jurídica en camino a la consagración definitiva que permita asignarle autonomía, es su eventual superposición con otras ya reguladas por el ordenamiento jurídico. El reparo es a todas luces justificado, pues la admisión de un nuevo instituto exige no sólo que se presente intrínsecamente justificado, sino que además se refiera a supuestos no regulados por otros ya existentes, pues de lo contrario la pretendida nueva especie aparecería ostensiblemente innecesaria.

La frustración del fin del contrato no puede escapar a ese examen de identidad respecto de otras figuras afines a ella. Y aunque son varios los institutos vinculados por desempeñar roles similares en el sistema contractual, los más estrechamente relacionados son los que se cotejan a continuación.

1.4.1. Frustración del fin e imposibilidad del pago

El art. 888 del Código Civil dispone que “la obligación se extingue cuando la prestación que forma la materia de ella, viene a ser física o legalmente imposible sin culpa del deudor”.

Es evidente que entre la figura que estudiamos y la imposibilidad de pago sucesiva regulada en la norma transcrita, existe una íntima vinculación, pues en ambos casos anida una imposibilidad intrínseca de satisfacer la prestación.

Tanto es así, que a la primera suele llamársele también “imposibilidad de conseguir el fin” o “imposibilidad de alcanzar el fin del contrato” ³⁰⁵.

³⁰⁵ K. LARENZ, *Bases del negocio...*, ob. cit., pág. 147, utiliza esta expresión siguiendo la terminología de Krückmann.

Aunque la similitud es evidente, hay sin embargo una divergencia esencial: la naturaleza del evento sobre el que recae la imposibilidad. En la frustración del fin el interés del acreedor en la prestación ha desaparecido privándola de sentido; en cambio, en la imposibilidad del pago, es la prestación misma, objeto de la obligación, la que se torna inalcanzable ³⁰⁶.

En la frustración del fin la prestación es aún posible, pero el acreedor no tiene interés en ella; en la imposibilidad, en cambio, la prestación ya no puede cumplirse.

Además, desde el punto de vista del interés tutelado, la imposibilidad protege al deudor de la prestación que devino irrealizable, fundándose en el principio de que nadie puede ser obligado a lo imposible, mientras que la frustración del fin protege el interés del acreedor, al que no se le puede obligar a recibir una prestación carente de toda utilidad, pues ese propósito práctico, básico, elemental del negocio, que lo animó a celebrarlo ya no puede alcanzarse ³⁰⁷.

El supuesto de imposibilidad que más se aproxima a la frustración del fin es el referido al impedimento de uso y goce de la prestación por parte del acreedor. Por ejemplo, en ma-

³⁰⁶ C. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, "La cláusula...", ob. cit., pág. 1269, comentando la sentencia del Tribunal Supremo español del 17/5/1957, critica la equiparación que allí se hace entre imposibilidad y cláusula *rebus*, pues eso supone, afirma, "*hacer superfluo el gigantesco esfuerzo que desde el siglo XIX, vienen realizando la jurisprudencia y doctrina europeas, con el fin de delimitar y fundamentar científicamente la doctrina de la cláusula rebus sic stantibus*". Según el autor son fenómenos diversos: el primero implica la extinción de la relación obligatoria por resultar imposible la prestación; el segundo, exige determinar si una prestación aún posible tanto material como jurídicamente, puede ser exigida cuando cambian radicalmente las circunstancias en que fue convenida.

³⁰⁷ V. ESPERT SANZ, ob. cit., pág. 196 y ss., sostiene que ambas patologías contractuales tienen un punto de conexión, pues una imposibilidad parcial sobrevenida puede frustrar el fin del contrato, convirtiendo la prestación parcialmente posible, en algo carente de sentido y de razón de ser, acarreado en definitiva el mismo efecto: la liberación del deudor por inutilidad de la prestación.

teria de locación de cosas, si en tiempo de guerra las tropas ocupan la cosa alquilada, o en tiempos de peste, autoridades sanitarias impiden al locatario ingresar a la finca locada.

Son los supuestos que el derecho francés conoció como *impossibilité de jouissance*³⁰⁸ a los que hemos hecho expresa referencia en páginas anteriores.

En nuestro derecho positivo, dos normas relativas al contrato de locación de cosas aluden a la materia: el art. 1522 expresa que “Si por un caso fortuito o de fuerza mayor, el locatario es obligado a no usar o gozar de la cosa, o ésta no puede servir para el objeto de la convención, puede pedir la rescisión del contrato, o la cesación del pago del precio, por el tiempo que no pueda usar o gozar de la cosa. Pero si el caso fortuito, no afecta a la cosa misma, sus obligaciones continuarán como antes”; y el art. 1604 dispone: “La locación concluye: [...] inc. 4: por imposibilidad del destino especial para el cual la cosa fue expresamente arrendada”.

La similitud que existe entre los supuestos aquí aludidos, ejemplificados en la nota al art. 1522, y la frustración del fin es tan estrecha, que destacados juristas sostienen la innecesariedad de esta última, interpretando que la mayoría de eventuales supuestos a los que podría aplicarse, encuentran solución en las normas transcriptas³⁰⁹. Y hasta el mismísimo Karl Larenz comprende a estos casos en la figura de la frustración del fin³¹⁰.

En rigor de verdad, aunque tengan estrecha semejanza, poseen sin embargo una sutil diferencia: en los casos planteados por las normas citadas, existe una *imposibilidad* física o jurídica de usar y gozar de la cosa o de darle el destino

³⁰⁸ Citados por K. LARENZ, *Base del negocio...*, ob. cit., pág. 154.

³⁰⁹ Confr. J. C. RIVERA, “La doctrina de las bases...”, ob. cit., pág. 902 y ss.; J. M. APARICIO, *Contratos*, ob. cit., t. II, pág. 368 y ss., para quien incluso los Casos de la Coronación, si tuvieran que ser resueltos a través de nuestro derecho, encontrarían solución en el art. 1522 del Código Civil.

³¹⁰ Confr. K. LARENZ, *Base del negocio...*, ob. cit., pág. 154 y ss.

prefijado en el negocio (peste, inundación, prohibición administrativa, etcétera) ³¹¹; en la frustración del fin, en cambio, el uso y goce de la cosa son perfectamente hacederos, el acreedor puede darle el destino previsto, *sólo sucede que ya no le sirve, no le es provechoso, está desinteresado de la prestación.*

Por ejemplo, en los paradigmáticos Casos de la Coronación no existió imposibilidad de usar y gozar de la ventana para ver el desfile, como hubiere ocurrido, verbigracia, si la autoridad sanitaria hubiere clausurado el edificio; pero la suspensión de la caravana real privó de aptitud a la prestación para satisfacer el interés de los locatarios, pese a que ella, en sí misma considerada, era perfectamente realizable.

En definitiva, en la frustración del fin ningún impedimento de hecho o de derecho imposibilita disfrutar de la prestación, pero el malogro del propósito práctico prefijado convencionalmente por las partes, desinteresa al acreedor ³¹².

1.4.2. Frustración del fin y excesiva onerosidad sobreviniente

La excesiva onerosidad sobreviniente, regulada en el art. 1198 de nuestro Código Civil, presenta tal afinidad con la frustración del fin del contrato que algunos han creído ver en esta última una especie de aquella, o viceversa ³¹³.

³¹¹ Los supuestos que aparecen citados en la nota al art. 1522, *impiden* de un modo u otro recibir la cosa, y su texto excluye expresamente de su órbita los eventos que “no afecten la cosa misma”, que son casualmente los que podrían plantear supuestos de frustración del fin del contrato.

³¹² Este temperamento es compartido por M. C. GIANFELICI, ob. cit., pág. 99 y ss.

³¹³ Así, V. ESPERT SANZ, ob. cit., págs. 159 y 166, sostiene que si una de las partes debe realizar la prestación, cuando la contraprestación ha perdido utilidad o dejado de tener sentido para ella, es evidente que se aumenta la onerosidad de la prestación rompiendo el equilibrio de los intereses contrac-

La similitud se atisba ya en Karl Larenz, que incluyó ambas figuras, aunque sin confundirlas, como los supuestos de desaparición de la base objetiva del negocio ³¹⁴. Pese a la distinción que hiciera el Profesor de Kiel, la afinidad se ha mantenido por presentar variadas semejanzas:

1) En primer término poseen igual fundamento, pues ambas figuras vulneran la justicia conmutativa del contrato. Se ha dicho que en ellas, la aplicación del principio *pacta sunt servanda* al caso concreto, da lugar a una flagrante injusticia ³¹⁵.

2) En ambos casos, acontecimientos imprevisibles ajenos a la voluntad de las partes, alteran sustancialmente las condiciones imperantes al tiempo de la celebración del negocio, pero mientras en la imprevisión afectan el equilibrio de las prestaciones, en la frustración del fin comprometen el propósito o finalidad perseguido por las partes.

3) En ambas situaciones, debe haber un nexo causal entre los acontecimientos imprevisibles y la excesiva onerosidad, en el caso de la imprevisión, o entre aquellos y la inutilidad del propósito, en el caso de la frustración del fin.

4) Provocan idéntico efecto, desencadenando ambas una ineficacia sobrevinida del contrato.

tuales en juego. En igual sentido, J. BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, citado por V. ESPERT SANZ, ob. cit., pág. 163; R. S. STIGLITZ, *La frustración...*, ob. cit., pág. 837 y ss., pone reparos a la hora de compararlas diciendo: “[...] a lo sumo podría afirmarse que la frustración del contrato se halla contenida en una de las dos categorías que desenvuelve LARENZ, por lo que, en todo caso, se hallaría subsumida en lo que se entiende como base objetiva del negocio”; una relación de género-especie sustenta N. NICOLAU, *La frustración...*, ob. cit., pág. 887, “Debe tenerse en consideración que la frustración del fin del contrato puede producirse cuando, tratándose de contratos con prestaciones recíprocas, una causa sobrevinida y extraña a los mismos, destruye la equivalencia de las prestaciones, pero también cuando se torna imposible obtener la satisfacción del motivo determinante del acto, o inútil la prestación. Se observa entonces que, la frustración del fin, es el género que comprende a la teoría de la imprevisión como especie”.

³¹⁴ K. LARENZ, *Base del negocio...*, ob. cit., págs. 39 y 225 y ss.

³¹⁵ M. PLANIOL - G. RIPERT, *Tratado práctico de derecho civil francés*, 1ª Parte, Habana, Cultura, 1940, t. VI, pág. 561.

5) Coinciden en su ámbito de aplicación: afectan a los contratos bilaterales y conmutativos o unilaterales onerosos y conmutativos, si prolongan la ejecución de las prestaciones a lo largo del tiempo -como ocurre en los de tracto sucesivo y ejecución diferida-, pues en ambas vicisitudes resulta imprescindible que medie un lapso de tiempo entre el perfeccionamiento y la total consumación del contrato. Pueden involucrar también a los aleatorios, si la excesiva onerosidad o la frustración del fin no provienen del álea propia del contrato. En ambos casos quedan por tanto apartados los contratos gratuitos y de ejecución inmediata.

6) El procedimiento resolutorio sólo puede ser ejercido en los dos supuestos por la vía judicial: sólo los jueces pueden determinar si las circunstancias sobrevenidas son extraordinarias e imprevisibles, de conformidad a los antecedentes fácticos y las cláusulas convenidas ³¹⁶.

7) Ninguna de las dos especies impide el cumplimiento de la prestación, que siempre es perfectamente hacedera, pero mientras en la excesiva onerosidad se ha vuelto excesivamente gravosa para el deudor, en la frustración del fin ha devenido carente de sentido para el acreedor ³¹⁷.

8) Ninguna opera de forma automática: requieren de petición expresa de la parte interesada, del deudor afectado por la excesiva onerosidad, o del acreedor, afectado por una

³¹⁶ Algunos de nuestros proyectos legislativos facultan la resolución por mera declaración del interesado. Remitimos al punto 2.2.2. del capítulo II de este trabajo.

³¹⁷ Con razón ha dicho J. BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, ob. cit., pág. 305 y ss.: *“la alteración de las circunstancias es un caso de simple dificultad, no de imposibilidad, la prestación se puede aún ejecutar, sólo que en condiciones mucho más gravosas para el deudor. Ninguno de los elementos de la obligación ha desaparecido, sirviendo sólo la alteración de las circunstancias como un motivo para reaccionar contra el vínculo contractual existente. Frente a la imposibilidad que exonera del cumplimiento porque es absoluta y objetiva, la alteración de las circunstancias es subjetiva y relativa”*. Entre nosotros, ha marcado esta equivalencia H. MASNATTA, ob. cit., pág. 16 y ss.

prestación carente de sentido. Nada obsta a que en ambos supuestos los perjudicados soporten la ejecución perniciosa del contrato.

Sin embargo, es posible advertir entre ellas diferencias ³¹⁸:

1) Aunque en los dos supuestos mudan las circunstancias existentes al momento del perfeccionamiento del contrato, adviniendo otras diferentes en el de la ejecución, ese cambio produce “resultados” diversos: la excesiva onerosidad sobreviniente altera el equilibrio económico del negocio ³¹⁹; la frustración del fin hace perder interés al acreedor en obtener la prestación. Es decir, la excesiva onerosidad sobreviniente agrava la posición contractual del deudor, provocándole un mayor sacrificio para cumplir la prestación, pagando más o recibiendo menos; en cambio, la frustración del fin no altera la equivalencia de la relación ventaja-sacrificio, sino que fulmina la utilidad de la prestación para el acreedor, privando al negocio de su razón de ser o sentido.

2) En la excesiva onerosidad sobreviniente, la alteración de las circunstancias obedece a acontecimientos extraordinarios e imprevisibles que tienen proyección general, afectando la situación de deudores de una determinada categoría o familia contractual. En la frustración del fin, en cambio, las circunstancias sobrevinientes resienten la economía y las previsiones de un contrato singular, la función específica con-

³¹⁸ Un antecedente judicial que diferencia ambas vicisitudes se encuentra en “Doll Constructora S.A. c/ Tortul - Ordinario”, E.D., 179-61, que hemos comentado al analizar los precedentes jurisprudenciales.

³¹⁹ Confr. “Maldonado Díaz Jorge v. Torres de Cutillas María”, Cám. Nac. Civ., Sala E, 29/12/1977, J.A., 1978-III-178, “*En la teoría de la imprevisión, lo que cuenta no es la prestación en sí misma, sino en su relación de equivalencia con la prestación del otro contratante, cuyo desajuste produce una alteración fundamental de la base económica del negocio. Cuando ha perdido su sentido o finalidad la relación contractual por haberse destruido la base económica del negocio la pretensión de cumplimiento estricto de lo pactado, constituye ejercicio abusivo del derecho*”.

creta de éste, determinada por el alcance que las partes le dieron de común acuerdo al contenido del contrato ³²⁰.

3) Mientras en la imprevisión los acontecimientos que alteran las condiciones imperantes al tiempo de la celebración, además de imprevisibles y ajenos a la voluntad de las partes deben ser extraordinarios, en la frustración del fin pueden no tener esta última característica.

4) Finalmente, y reparando en las previsiones de nuestro derecho positivo, el art. 1198 de nuestro Código Civil no impide al perjudicado invocar su protección si ya ha cumplido total o parcialmente la prestación devenida excesivamente onerosa; la frustración del fin, en cambio, sería de imposible invocación en tales circunstancias, pues si las prestaciones se han cumplido, se agotó la función de intercambio asignada al contrato ³²¹ y los riesgos relativos a las posteriores variaciones de las circunstancias serían de cuenta exclusiva del propietario de la prestación.

1.4.3. *Frustración del fin y error*

Hemos hecho frecuentes referencias al error analizando los antecedentes doctrinarios y jurisprudenciales de la frustración del fin. Tales alusiones anticipan una afinidad innegable entre ambas figuras. La tarea de deslinde requiere, como paso previo, brindar una noción precisa de este vicio del consentimiento.

El error es una anomalía del juicio que expresa una falta de adecuación a la realidad, una incompleta o deficiente postura del entendimiento frente a la realidad.

³²⁰ Confr. C. SCOGNAMIGLIO, *Presupposizione e comuni intenzione...*, ob. cit., pág. 131 y ss., hace un pormenorizado análisis de ambas vicisitudes en este sentido.

³²¹ Entre otros, F. GALGANO, *El negocio jurídico*, ob. cit., pág. 507; M. C. GIANFELICI, ob. cit., pág. 119; J. M. APARICIO, *Contratos*, ob. cit., t. II, pág. 367 y ss.

Se ha dicho que consiste en una equivocada o inexacta creencia o representación mental que sirve de presupuesto para la realización de un acto jurídico ³²².

Como regla general, cada contratante debe soportar las consecuencias de sus propias equivocaciones, salvo los casos en los que, excepcionalmente, el ordenamiento le otorga algún tipo de protección. Ello ocurre, si el error reúne ciertas cualidades suficientemente graves como para que el derecho positivo considere que el negocio no puede mantenerse.

Por esta razón los autores distinguen el error “relevante” que libera a quien lo padece de las consecuencias del acto, del error “irrelevante” que obliga a respetarlas, pese al yerro en el que se está inmerso.

Dentro del primero diferencian ³²³ el error “impropio” u obstativo, que no afecta la voluntad en su formación sino en su declaración, es decir, hay discordancia entre lo que se piensa y lo que se dice; del error “propio” que acaece cuando la voluntad ha sido viciosamente formada, sobre la base de un equivocado conocimiento de la realidad, creencia o representación mental. El efecto más importante de esta distinción es la diversidad de consecuencias: el error “propio” es un vicio del consentimiento y permite la anulación del acto por parte de quien lo sufre; el error “impropio” genera un cruce de voluntades que no coinciden en absoluto, impide el consenso y provoca el disenso, y puede ser denunciado por cualquiera de las partes intervinientes.

Ahora bien, para que el error propio pueda invalidar el negocio celebrado, el derecho positivo en general ha exigido dos requisitos ineludibles: su esencialidad y su excusabilidad,

³²² L. DIEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Fundamentos...*, ob. cit., pág. 176 y ss.; K. LARENZ, *Derecho civil...*, ob. cit., pág. 505; H. LEHMANN, ob. cit., pág. 371; C. DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, ob. cit., pág. 112; J. M. APARICIO, *Contratos*, ob. cit., t. II, pág. 351 y ss.; M. C. GIANFELICI, ob. cit., pág. 103.

³²³ Sobre la diferencia entre el error propio y el impropio, véase F. LÓPEZ DE ZAVALÍA, ob. cit., t. I, pág. 167 y ss.

que entre nosotros aparecen impuestos en los arts. 925 y 929 del Código Civil.

Es decir, el equívoco debe ser jurídicamente significativo, importante, recaer sobre datos determinantes del supuesto fáctico tenido en cuenta por las partes al contratar, cuya ausencia malogra el resultado concreto que el negocio persigue. Además, ha de producirse pese a la diligencia media y regular que el errante desarrolle para evitarlo.

En nuestro derecho positivo, el error propio, esencial y excusable como vicio del consentimiento, anula el negocio, si recae sobre elementos básicos del contrato: la naturaleza del acto, la persona, el objeto y la cualidad de la cosa objeto del contrato (arts. 925, 926, 927 y 928 del C.C.).

Estos dos últimos supuestos son los que podrían tener alguna vinculación con la figura que estudiamos, según lo denuncian antecedentes doctrinarios y jurisprudenciales analizados en apartados anteriores.

El art. 927 del Código Civil expresa que el error recae sobre el objeto, si se contrata “sobre una cosa individualmente diversa de aquella sobre la cual se quería contratar, o sobre una cosa de diversa especie, o sobre una diversa cantidad, extensión o suma, o sobre un diverso hecho”. En esta categoría quedarían incluidos los casos de error común de cálculo solucionados por la jurisprudencia alemana y comentados extensamente por Larenz³²⁴. Circunscriptos a equívocos específicamente objetivos, no advertimos que estos supuestos generen posibilidad de confusión con la frustración del fin³²⁵.

³²⁴ Remitimos a los puntos 1.1.1.7., en especial nota 87 del capítulo II.

³²⁵ “En la tradición jurídica -ha dicho L. DIEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN-, *Fundamentos...*, ob. cit., t. I, pág. 185 y ss., un buen número de errores sobre la cantidad y errores sobre el valor, no se englobaron en la teoría de los vicios del consentimiento contractual, sino que recibieron un tratamiento separado y distinto, que era contemplado de manera casuística. La regla por tanto, debe ser la de su irrelevancia”. En igual sentido, K. LARENZ, *Derecho civil...*, ob. cit., pág. 525

La otra variedad de posible afinidad con el tópic, lo regula el art. 926, aludiendo al error sobre *“la causa principal del acto o sobre la cualidad de la cosa que se ha tenido en mira”* al contratar.

La doctrina nacional ha discrepado acerca del alcance de esta última norma: para algunos ³²⁶, pese a la conjunción disyuntiva “o”, el dispositivo regula un solo supuesto de anulación, debiéndose interpretar que la referencia a la causa principal del acto es una exigencia relativa a la cualidad de la cosa que vuelve esencial el error y anula el negocio; para otros, la norma legisla dos hipótesis diversas: una vinculada a la causa principal del acto; otra, a la cualidad de la cosa.

El primero de esos supuestos, la “causa principal del acto”, genera a su vez posturas doctrinarias divergentes insinuándose que apunta a la causa fuente ³²⁷, a la causa-fin ³²⁸, o al motivo propuesto en el acto y dado a conocer a la otra parte. Esta última interpretación se hace inferir de la nota de Vélez Sársfield al art. 926 del Código Civil citando a Marcadé ³²⁹.

También hay discrepancias con relación al segundo supuesto indicado, “cualidad de la cosa que se ha tenido en mira”, pues una postura objetivista ³³⁰ propugna que el error debe afectar una cualidad material o propiedad de la cosa,

y ss., “[...] todo participante ha de soportar por sí el riesgo de que su propia valoración difiera de la efectuada por los restantes [...] si se admitiera la impugnación por tal estimación errónea de los precios, ello conduciría a una suma inseguridad de los negocios, especialmente cuando los precios registran fuertes oscilaciones”.

³²⁶ J. J. LLAMBÍAS, *Tratado de derecho civil. Obligaciones*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1989, t. II, N° 1732; R. BREBBIA, *Hechos y actos jurídicos*, Buenos Aires, Astrea, 1979, t. I, pág. 335.

³²⁷ R. SALVAT - V. ROMERO DEL PRADO, *Tratado de derecho civil argentino. Parte general*, Buenos Aires, TEA, 1954, t. II, N° 2326.

³²⁸ J. BUSTAMANTE ALSINA, “La esencialidad del error como presupuesto de nulidad”, L.L., 95-758.

³²⁹ S. CIFUENTES, *Negocio jurídico*, Buenos Aires, Astrea, 1986, pág. 336.

³³⁰ G. A. BORDA, *Tratado de derecho civil argentino. Contratos*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1983, t. II, N° 1129.

fundándose en la fuente citada por el Codificador; otra mayoritaria, de corte subjetivista ³³¹, sostiene que el error anula el convenio no sólo cuando está afectada la materialidad de cosa, sino también cuando está comprometida una cualidad que para la intención de las partes ha sido determinante y decisiva en la consumación del acuerdo, asentándose en una interpretación literal del art. 926. Finalmente, una tercera posición, ecléctica ³³², exige la concurrencia de ambos extremos: el subjetivo cuando se hace referencia a la cualidad tenida en mira, y el objetivo cuando se diferencian las cualidades esenciales de las accidentales, reduciendo a las primeras la facultad de impugnar el acto, según lo dispone el art. 928 del Código Civil.

En relación con el objeto, el art. 926 del Código Civil permite la invalidación del negocio si el yerro recae sobre “una cualidad de la cosa tenida en mira”, es decir, una cualidad especialmente considerada por el errante para contratar. Éste es el móvil que lo anima a celebrar el negocio, de ordinario irrelevante ³³³.

Pero el art. 928 limita esta hipótesis de invalidación a las cualidades “principales” de la cosa en sí misma considerada - excluyendo a las accidentales o accesorias-, y a que ellas hayan sido conocidas, en su significación objetiva, por la otra parte contratante. Es decir, los motivos errados que impelen a una de las partes a consumir el negocio sólo pueden anularlo si son compartidos por el otro contratante ³³⁴. En este

³³¹ Por todos, J. J. LLAMBÍAS, ob. cit., t. II, N° 1728.

³³² R. BREBBIA, *Hechos...*, ob. cit., t. I, pág. 337.

³³³ Confr. H. LEHMANN, ob. cit., pág. 378 y ss. “*El simple error en el motivo es, en principio irrelevante, por razones fundamentales basadas en la seguridad del tráfico. Es suficiente que se quiera; el por qué se quiere -la razón del querer-, normalmente, indiferente. Pero, concurre la posibilidad de que ambas partes se encuentren en un error común sobre las cualidades u otros presupuestos de la voluntad declarada, y hayan convertido ese error en base del negocio [...] entonces el negocio no es vinculante por faltarle la base, a menos que excepcionalmente, se mantenga en el sentido razonablemente querido por las partes*”.

³³⁴ Confr. K. LARENZ, *Derecho civil...*, ob. cit., pág. 535 y ss.; W. FLUME, ob. cit., pág. 580 y ss.

último caso puntual de error compartido, referido a “móviles” o propósitos que impulsan a las partes, podría acusarse alguna afinidad con la frustración del fin, máxime si se para mientes en los numerosos antecedentes jurisprudenciales, que utilizando el argumento de la imposibilidad de alcanzar ese propósito relacionado a una cualidad específica de la cosa tenida en miras al contratar, concluyeron que el fin del negocio se había malogrado.

Por otro lado, cuando el Código Civil alude al error derivado de la “causa principal del acto”, refiere al contenido del contrato ³³⁵, pues el calificativo “principal” permite inferir que se alude a “móvil” o “motivo”, adjetivo sólo predicable de la causa en sentido finalista. Estos móviles o motivos son los que por tener carácter principal, han sido considerados por las partes y han tenido gravitación decisiva en la determinación del contenido del negocio y en la decisión de celebrarlo. Son los que precisamente mueven su voluntad en un sentido determinado.

Empero, también en este caso existe el mismo límite para que el error en los motivos sea esencial y pueda invalidar el negocio: debe ser bilateral y los motivos errados deben ser compartidos; sólo así afectan la causa principal del acto. Es decir, debe haber sido un motivo decisivo de ambas partes, un presupuesto que ambas consideraron y que tuvo influencia determinante en la formación del consentimiento y en el contenido del acuerdo. Los casos típicos, que también hemos mencionado al tratar los antecedentes jurisprudenciales de la figura, son los de la inexacta representación de una situación presupuesta, que configuran lo que llamó Larenz “la base subjetiva del negocio”.

Aquí también se advierte con evidente claridad una vinculación con la frustración del fin: móviles o propósitos errados o situaciones presupuestas que no se verifican, malogran el acuerdo.

³³⁵ J. M. APARICIO, *Contratos*, ob. cit., t. II, pág. 358 y ss.

De esta apretada síntesis, resulta innegable que ambas figuras tienen puntos de conexión: en las dos existe un conocimiento equivocado de las reales circunstancias del contrato; ambas excluyen los motivos “personales” o unilaterales como causa de ineficacia del acuerdo; en fin, ambas malogran el negocio.

Pero la aparente coincidencia no debe equivocarnos. El error puede distinguirse de la frustración del fin, y asignársele a ambas individualidad propia.

En primer término, aquel constituye un supuesto de vicio del consentimiento, afecta la voluntad de las partes contratantes; ésta entraña uno de ineficacia, compromete la función de intercambio del contrato bilateral. Por ello, mientras el error genera un contrato viciado, la frustración del fin requiere de uno válido.

En segundo lugar, el error versa sobre circunstancias existentes o coetáneas a la formación del contrato; la frustración del fin alude a circunstancias sobrevinientes al negocio. Por ello, la causa de invalidez en el error es originaria o congénita; en la frustración del fin la causa de ineficacia aparece con posterioridad al perfeccionamiento del acto; es siempre subsiguiente ³³⁶.

³³⁶ F. GALGANO, *El negocio jurídico*, ob. cit., pág. 505, analizando la diferencia entre el error y la presuposición, expresa que “*mientras en el primero se trata de un conocimiento erróneo de una situación presente en el momento de la celebración del contrato, en el segundo se trata de una sobrevenida tras la celebración del contrato, de una situación distinta de la existente en tal momento*”; en idéntico sentido F. MARTORANO, ob. cit., pág. 69 y ss.; N. NICOLAU, *La frustración...*, ob. cit., pág. 885, afirma que mientras el error se produce por la falsa representación del porvenir de los contratantes, la frustración del fin se produce por la modificación sobrevenida de circunstancias objetivas.

1.4.4. Frustración del fin y causa

Dentro del elenco de nociones afines, la causa constituye, sin dudas, el tópico más estrechamente ligado a la frustración del fin del contrato ³³⁷.

Es una obviedad que salta a la vista, que un análisis pormenorizado del concepto de causa excede con creces el específico campo de investigación que nos hemos fijado en este trabajo. Pero también resulta indiscutible que, debido a la frecuentísima invocación que se hace de la causa como sustento de la vicisitud que estudiamos, se impone precisar esta vinculación marcando semejanzas, diferencias y un eventual deslinde respecto de este controvertido tema de la literatura jurídica ³³⁸.

Haciendo abstracción de los innumerables antecedentes que podrían relatarse referidos a la causa ³³⁹, una apretadísima

³³⁷ A tal punto llega la afinidad que las XIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil declararon por mayoría: "I.1. *La frustración del fin del contrato es un capítulo inherente a la causa entendida ésta como móvil determinante, razón de ser o fin individual o subjetivo que las partes han tenido en vista al momento formativo del negocio*".

³³⁸ Sobre el posible fundamento causal de la frustración del fin, la cláusula *rebus* y la excesiva onerosidad sobrevvenida, puede consultarse: J. BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, ob. cit., pág. 324 y ss.; G. CIAN - A. TRABUCCHI, ob. cit., pág. 1259 y ss.; F. DE CASTRO Y BRAVO, ob. cit., pág. 313; L. DIEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Fundamentos...*, ob. cit., t. I, pág. 882, y *La cláusula...*, ob. cit., pág. 684; F. GALGANO, *El negocio jurídico*, ob. cit., pág. 485 y ss.; K. LARENZ, *Base del negocio...*, ob. cit., pág. 80; A. PINO, ob. cit., pág. 127 y ss.; P. TARTAGLIA, ob. cit., pág. 159 y ss. En la doctrina nacional, por todos, E. ZANNONI, comentario al art. 502, en A. C. BELLUSCIO (dir.) - E. A. ZANNONI (coord.), *Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado*, Buenos Aires, Astrea, 1982, t. II, N° 9, pág. 560 y ss.

³³⁹ F. GALGANO, *El negocio jurídico*, ob. cit., pág. 106 y ss.; F. DE CASTRO Y BRAVO, ob. cit., pág. 163 y ss.; L. DIEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Fundamentos...*, ob. cit., t. I, pág. 215 y ss.; y en especial las completísimas reseñas de J. M. APARICIO, *Contratos*, ob. cit., t. II, pág. 275 y ss., y *La causa del contrato. Notas sobre aspectos destacables del panorama doctrinario en el derecho civil y comercial. Cuestiones actuales*, en H. VÁZQUEZ - M. E. LLOVERAS DE RESK

síntesis de las posturas doctrinarias que el tópico ha generado permite distinguir una tesis *negativa*, que la excluye como elemento autónomo integrante del contrato por aparecer confundido con el objeto y el consentimiento, y una tesis *positiva*, que la admite como elemento estructural y requisito indispensable del negocio.

Nuestro Codificador, al legislar sobre los diversos elementos del contrato, en el Título I de la Sección III del Libro II, no incluyó a la causa, seguramente influido por Freitas, quien en su *Esboço* omitió deliberadamente a la causa-fin como requisito del contrato. Sin embargo, al legislar sobre las obligaciones, en los arts. 500 a 502, reprodujo los arts. 1131 a 1133 del Código Civil francés, que configuran la más genuina expresión de la tesis causalista ³⁴⁰.

La referencia apuntada motivó airadas polémicas, hoy en general superadas en la doctrina nacional, intentando precisar si las normas de Vélez aludían a la causa *fuentes* generadora de obligaciones por la ubicación que les dio el Codificador, o a la causa-fin, respetando el modelo francés. Se discutía también si, admitida la segunda postura, el recaudo teleológico era exigible a las obligaciones o a los actos que las generaban. Más allá de los agudos argumentos que se expusieron en uno u otro sentido ³⁴¹, se concluyó en definitiva, que la fuente alude al acto jurídico idóneo para generar obligaciones, y que los fines están vinculados inescindiblemente a la voluntad de los sujetos, por lo que sólo pueden perseguirse a través del contrato. En otras palabras, la normativa no puede referirse sino a los contratos según una concepción teleológica, por lo que *la causa sería el fin inmediato y abstracto que determina a las partes a contratar*.

(dir.), *Derecho Civil y Comercial. Cuestiones modernas*, Córdoba, Advocatus, 1990, pág. 389 y ss.

³⁴⁰ J. M. APARICIO, *Contratos*, ob. cit., t. II, pág. 316 y ss.

³⁴¹ Confr. J. M. APARICIO, *Contratos*, ob. cit., t. II, pág. 318 y ss. R. PIZARRO - G. VALLESPINOS, ob. cit., t. I, pág. 180 y ss.

Ahora bien, como la vicisitud que estudiamos alude específicamente “al fin del contrato”, de tal aserto se colige fácilmente su vinculación con la causa, según la conclusión que hemos indicado en el párrafo anterior.

Esta tesis mayoritaria, que en el ámbito de los contratos equipara la causa con el fin perseguido al contratar, fue defendida inicialmente según el modelo clásico de la doctrina francesa, esto es, como el fin inmediato, intrínseco, invariable, permanente y abstracto, ajeno a los *motivos personales*, cambiantes y eventuales que impulsan a las partes a contratar, según la construcción atribuida a Domat ³⁴².

Como es sabido, cuando Domat enunció lo que luego habría de denominarse causalismo clásico, descartó -por razones de seguridad- los simples motivos, siempre contingentes, variables e intrascendentes al derecho (*causa impulsiva*), reservando el concepto de causa a la finalidad de cada especie contractual, coeficiente invariable que representa la razón por la cual la obligación se asume (*causa final*).

Los cuestionamientos doctrinarios, especialmente de Planiol ³⁴³, y jurisprudenciales ³⁴⁴ que censuraron las ideas de Domat y la doctrina clásica, sustentaron la vertiente anticausalista, y abrieron la brecha para la respuesta neocausalista, a partir de las obras de Capitant ³⁴⁵, y espe-

³⁴² J. DOMAT, *Les lois civiles dans leur ordre naturel. Oeuvres Complètes*, 9^{me} ed., París, J. Remy, 1835, t. I, Sección I.5, pág. 123 y ss.

³⁴³ M. PLANIOL - G. RIPERT, *Traité...*, ob. cit., t. II, N° 1037 y ss.

³⁴⁴ Confr. J. BONNECASE, ob. cit., t. II, pág. 690 y ss.

³⁴⁵ H. CAPITANT, *De la causa de las obligaciones*, traducción y notas de Eugenio Tarragato y Contreras, Madrid, Góngora, 1922, pág. 41, N° 13 y ss., y 255 y ss., calificó a la causa como el “fin” perseguido por los contratantes, representación intelectual y psicológica de la ejecución de la obligación. Así, la causa interviene no sólo en el momento del perfeccionamiento del acuerdo, sino que acompaña al negocio hasta su conclusión definitiva, justificando la interdependencia de las obligaciones, no sólo en su inicio (sinalagma genético), sino durante la ejecución (sinalagma funcional). Fiel a la concepción clásica de la causa, continuó excluyendo a los motivos, y sólo los admitió por vía de excepción, si constituían elemento integrante del acto jurídico.

cialmente de Josserand ³⁴⁶, que superando la estrechez de la postura originaria, incorporaron a la causa el elemento otro-
ra vedado de los motivos.

En la doctrina nacional más moderna, receptando la posición correctora del neocausalismo subjetivista francés, prevalece la última postura reseñada. Esta concepción mayoritaria, defendida y calificada por Videla Escalada ³⁴⁷ como “dualista de la causa-fin” ³⁴⁸, es el resultado de adicionar a la

³⁴⁶ L. JOSSERAND, *Los móviles en los actos jurídicos de derecho privado. Teleología jurídica*, trad. de E. Sánchez Laríos y J. M. Cajica, México, Cajica, 1946, págs. 12 y 118 y ss., llega a considerar sin ambages la trascendencia de los motivos, calificándolos de resorte de la voluntad que dan vida al derecho. Los móviles, afirma, revelan el fin supremo a que tiende el acto, y en los negocios onerosos debe rescatarse el móvil común que haya penetrado en el contrato con exclusión de las razones personales de los contratantes.

³⁴⁷ “*La causa es, por consiguiente, la finalidad o razón de ser del negocio jurídico, entendida en el doble sentido de causa categoría de la figura en cuestión y de los motivos psicológicos relevantes, admisibles para el derecho, que en la hipótesis concreta hayan impulsado a las partes a concluir el acto*”, F. VIDELA ESCALADA, *La causa final en el derecho civil*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1968, págs. 99 y 188.

³⁴⁸ Participan de esta concepción, entre otros, H. LAFAILLE, *Derecho civil. Tratado de las obligaciones*, Buenos Aires, Ediar, 1947, t. I, pág. 40; G. BORDA, ob. cit., t. II, N° 89 bis; J. MOSSET ITURRASPE, *Contratos*, ob. cit., pág. 241; *La frustración...*, ob. cit., pág. 62 y ss., y “Las circunstancias del contrato (Segunda parte. Su vinculación con la causa-fin)”, E.D., 128-839; J. M. GASTALDI, “La teoría de la causa (fin) y su relación con la frustración del fin del contrato”, E.D., 149-801; R. BREBBIA, *La frustración...*, ob. cit., pág. 881, lo expresa con prístina claridad: “*Hay una íntima vinculación entre la frustración del fin del contrato y la teoría de la causa [...] Ello no puede menos de ser así, si se tiene en cuenta que cuando se alude al fin del negocio, se está refiriendo a la causa del acto jurídico, y por tanto, decir que el fin del contrato se frustró, es lo mismo que aseverar que se quedó sin causa, y en consecuencia, falta un requisito esencial para que el negocio siga existiendo*”; A. BORDA, *La frustración...*, ob. cit., pág. 1450, participa de idéntico temperamento, “[...] referirse a la frustración del fin del contrato, importa hacer exclusivo hincapié, en un aspecto de la causa, el motivo determinante [...]”; A. M. MORELLO, *Ineficacia y frustración...*, ob. cit., 2ª ed., pág. 116 y ss., entiende que “*la frustración del fin del contrato incide sobre el motivo determinante de la contratación*”; C. HERNÁNDEZ - A. ARIZA, “La frustración del fin del contrato”, ponencia en las XIII Jornadas Nacionales de

causa categórica, fin jurídico inmediato perseguido por las partes, los motivos psicológicos, cuando son jurídicamente trascendentes, comunes y determinantes, como lo propugna el neocausalismo galo. Detrás de esta postura se encolumnan autores que incluso, comprenden dentro de la noción de causa, lo que la doctrina germana denominó la base del negocio ³⁴⁹.

En definitiva, la causa se integra con dos elementos: el primero es el fin jurídico inmediato y abstracto, idéntico en todos los contratos típicos de la misma naturaleza, la función que objetivamente el negocio tiene, y que como tal el ordenamiento reconoce y sanciona (*causa-fin inmediata u objetiva*); y el segundo son los motivos o móviles subjetivos, individuales, variables en cada negocio, que impulsan a las partes a contratar, si son jurídicamente relevantes (*causa-fin mediata subjetiva*) ³⁵⁰.

Derecho Civil, Buenos Aires, Universidad Notarial Argentina, 1991; M. R. REY, ob. cit., pág. 13 y ss.

³⁴⁹ N. SILVESTRE - J. C. KING, *La frustración...*, ob. cit., pág. 849, expresan: “en nuestro derecho la frustración del fin del contrato, es un tema que hace a la causa final del negocio, o en la concepción del derecho alemán, a la base objetiva del negocio. Pensamos que de lege lata los problemas de la frustración del fin pueden encontrar solución a través del análisis actual de la causa”; J. M. GASTALDI, *La teoría...*, ob. cit., pág. 804 y ss., distingue la causa *genérica*, que se repite en todos los contratos de la misma especie y puede servir para calificar al negocio, sobre todo en el supuesto de los contratos atípicos, de la causa *particular*, finalidad o razón concreta de cada contratante, su motivo determinante, variable en cada relación contractual que está vinculada la frustración del fin del contrato. Y concluye, esta teoría (la frustración del fin) contempla supuestos en que se ve impedida, frustrada, la razón de ser, el motivo determinante de un contratante.

³⁵⁰ Confr. L. DIEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Fundamentos...*, ob. cit., t. I, pág. 882 y ss.; V. ESPERT SANZ, ob. cit., pág. 102 y ss.; J. D. RAY - F. VIDELA ESCALADA, *La frustración del contrato y la teoría de la causa*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1985, pág. 45 y ss.; N. NICOLAU, *La frustración...*, ob. cit., pág. 884 y ss.; R. BREBBIA, *La frustración...*, ob. cit., pág. 882, hace una distinción clarísima: la finalidad *inmediata u objetiva*, constituida en los contratos con prestaciones recíprocas por la espera del cumplimiento de las prestaciones que se deben las partes entre sí, es necesaria para calificar el acto jurídico y determinar su función social, la finalidad *mediata o subjetiva*, sirve para

Amén de lo señalado, también tienen trascendencia los móviles cuando configuran lo que la doctrina germana llamó la base del negocio, esto es, los motivos que se bilateralizan, se causalizan, al ser compartidos por ambas partes, y permiten, en definitiva, alcanzar el propósito perseguido en el acuerdo celebrado.

Esta amplia concepción de la causa que predomina en el derecho nacional, es el resultado de la simbiosis de combinar, como dijimos, el neocausalismo subjetivista francés con la teoría de la base del negocio desenvuelta en Alemania a partir de los postulados de Oertmann, que completara Larenz.

Así integrado el concepto de causa, la frustración del fin del contrato aparece como una especie inherente al género, una hipótesis de frustración de la causa, de malogro del interés negocial por defecto funcional de la causa ³⁵¹.

determinar, entre otros supuestos, la frustración del fin del contrato, que no debe confundirse con los *motivos*, referidos a móviles que aluden al *pasado* y que constituyen antecedentes del acto (verbigracia, se compra un caballo porque se creía perdido el que se tenía), y que sólo pueden tenerse en cuenta si penetran en el *porvenir*, o sea en la causa final (verbigracia, se compra un caballo para tirar un carro).

³⁵¹ C. DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, ob. cit., pág. 132 y ss., manifiesta que el decaimiento de la causa impide la realización del resultado al que se dirigía el contrato, rompe su equilibrio, que sólo puede restablecer el juez; V. ESPERT SANZ, ob. cit., pág. 111, lo ha dicho con términos muy claros: “[...] *la teoría y la problemática de la frustración del fin del contrato, no es del todo ajena, no está del todo desconectada de la teoría de la causa, y de sus problemas, que incluso en algunos puntos o momentos, parecen coincidir o identificarse. En algunos puntos y momentos en que la causa, es considerada como el propósito o fin práctico que los contratantes se propusieron conseguir con la celebración del contrato*”; en Italia, ya hemos indicado en páginas anteriores, participa de esta opinión F. GALGANO, *Diritto privato*, ob. cit., pág. 311 y ss., y varios de sus colaboradores. En la doctrina nacional, R. BREBBIA, *La frustración...*, ob. cit., pág. 881 y ss.; J. D. RAY - F. VIDELA ESCALADA, *La frustración...*, ob. cit., pág. 63, expresan con contundencia: “*Para garantizar la protección individual, la causa permite obtener la extinción del contrato cuando el motivo que llevó a los sujetos al acto de contratar fue una finalidad exteriorizada de alguna manera en la convención. En este cuadro cabe, a mi modo de ver, la figura de la frustración, sin experimentar distorsiones que la desvirtúen. Para ello, hay que tomar la causa*

Los sostenedores más conspicuos de esta tesis amplia han llegado a simplificar el concepto de causa al punto de identificarlo con la presuposición bilateral de cuño germano ³⁵².

Por nuestra parte, no negamos la estrecha vinculación que puede existir entre ambos conceptos, causa y frustración del fin, máxime si al primero se lo concibe en tan vasta dimensión como la señalada.

Empero, no creemos que el último pueda encontrar su acabada configuración en esa identificación, esto es, que la frustración del fin constituya una hipótesis de frustración de la causa ³⁵³, simplemente porque ésta incluya los motivos per-

entendida como finalidad o razón de ser del contrato, no en el sentido de la causa categórica de la figura en cuestión, sino manifestada en el fin específicamente perseguido por cada contratante al celebrar el contrato, o sea los motivos admisibles para el Derecho, que hayan sido determinantes de la voluntad del sujeto y hayan sido incluidos en el campo contractual, conocidos por todas las partes. Esa finalidad es, precisamente, la que no se alcanza cuando la convención se frustra y, ante la falta de un elemento esencial, debe producirse la consiguiente extinción de todos los efectos del contrato”.

³⁵² R. S. STIGLITZ, *Objeto, causa...*, ob. cit., pág. 9, expresa: “[...] la causa del acto es el motivo o razón determinante y particular de cada contratante, y por ende, variable. Puede hallarse expresamente contenida en el texto contractual o no. Lo relevante es que haya sido manifestada expresa o tácitamente a la contraparte y que por tanto, ésta la haya conocido o le haya resultado conocible [...] Puede referirse a un hecho esperado (futuro) o que el otorgante o las partes presuponen. Naturalmente, las razones personales (motivos determinantes) deben haber sido decisivas para los otorgantes, de suerte tal que, enunciadas como esenciales y aceptadas (consentidas) como tales, se debe interpretar que la contraparte se obliga a cooperar -en la medida de sus posibilidades y en el marco de un criterio de razonabilidad- como el deber agregado o regla secundaria de conducta, a su realización (obtención de la finalidad)”.

³⁵³ Así lo entendieron posiciones minoritarias en las XIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Buenos Aires, 1991: “I. Noción de frustración del fin: 1.a. Disidencia: la frustración del fin no en todos los casos alude a la causa, enmarcándose más bien en el respeto al consentimiento de los contratos, como una causal objetiva vigente. 1. b. Disidencia: La frustración del fin del contrato debe ser concebida sin recurrir a la noción de causa y se funda en el fin que integra inequívocamente el contenido contractual y por ende se refleja en su sinalagma genético”.

sonales, que, malogrados, generen la vicisitud. Este evento sobrevenido es un tanto más complejo, y no está directamente equiparado a la causa.

Nuestro tópico de estudio requiere inexorablemente precisar de modo categórico qué debe entenderse por “fin del contrato”, concepto que no puede confundirse con el de causa-fin, si pretendemos asignarle autonomía conceptual y científica a la contingencia en análisis.

Tal premisa es ineluctable para separarla de los pantanosos meandros por donde discurre la causa, uno de los institutos más debatidos y polémicos de la literatura jurídica.

Analizando el concepto de “fin del contrato” y el fundamento propuesto para la figura, volveremos sobre el punto.

Por ahora adelantamos que ese “fin” del negocio integra su contenido, se refleja en su sinalagma genético, y debe permanecer inalterable durante toda la vida del contrato, incluyendo su fase de ejecución (sinalagma funcional). Si desaparece o se malogra en esta última etapa, se consuma la contingencia que estudiamos.

Por tanto, la figura exige una finalidad que está ínsita en la voluntad manifestada de ambas partes, que la integra, que forma parte de ella. Si se malogra, el acuerdo se aparta de lo convenido, y queda desprovisto de su sentido o razón de ser originarios. Por tanto, la frustración del fin se apoya fundamentalmente en el respeto a la autonomía privada (art. 1197 del C.C.), en las convenciones libremente acordadas, y en la obediencia incondicional al contenido que las partes asignaron al acuerdo. Si por circunstancias sobrevenidas el propósito práctico que animó a las partes a contratar, se torna inasequible, el negocio necesariamente no puede mantenerse como regulación dotada de sentido.

La frustración del fin, lejos de constituir un supuesto de relajación del principio *pacta sunt servanda*, según nuestra opinión, constituye una confirmación y aplicación de esa regla de tan vieja prosapia. Es que cuando el fin del negocio se frustra, se lastima la voluntad negocial, el acuerdo se aparta de lo convenido y, consecuentemente, se produce su ineficacia funcional.

1.4.5. Frustración del fin y obtención del fin por otros medios

Se conocen como casos de “obtención del fin del contrato por otros medios”, aquellos en los que el interés del acreedor en el cumplimiento de la obligación, queda satisfecho por un hecho distinto a la prestación debida ³⁵⁴.

La obtención del fin del contrato por otros medios se asemeja a la frustración del fin, pues en ambos casos desaparece el interés del acreedor con relación a la prestación debida. Sin embargo, es dable precisar una importante diferencia: mientras en la frustración del fin el interés del acreedor *queda insatisfecho*, en la obtención del fin por otros medios, el interés *queda satisfecho*, aunque por circunstancias ajenas a la conducta del deudor.

La doctrina ³⁵⁵ ha citado variados supuestos en los que el fin se alcanza por otros medios, y los ha reunido en tres grupos:

1) *Por un hecho casual o natural*: por ejemplo, si el barco encallado no puede ser remolcado por la compañía encargada de hacerlo al ponerse a flote por sí mismo ante la inusitada subida de la marea, o si la empresa encargada de demoler el edificio no puede ejecutar el contrato de obra, porque aquel se derrumba a causa de su ruina.

2) *Por un hecho del propio acreedor*: si el acreedor se procura la prestación debida, por ejemplo, si compra la cosa a un tercero distinto del deudor.

3) *Por el hecho de un tercero*: si el acreedor recibe por donación o herencia la cosa debida u otra similar, si un químico se compromete a fabricar un nuevo producto, y en trance de

³⁵⁴ K. LARENZ, *Base del negocio...*, ob. cit., pág. 159; V. ESPERT SANZ, ob. cit., pág. 207 y ss.; L. DIEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Fundamentos...*, ob. cit., t. II, pág. 94 y ss.

³⁵⁵ V. ESPERT SANZ, ob. cit., pág. 207 y ss., analiza las sistematizaciones realizadas por Klein en Alemania y Andreoli en Italia; M. C. GIANFELICI, ob. cit., pág. 108 y ss.

ejecución, otro descubre un proceso de fabricación más conveniente ³⁵⁶.

Estos supuestos en los que el fin se obtiene por otros medios, han provocado discrepancias doctrinarias respecto a su tratamiento jurídico.

Algunos se inclinan por aplicarle la normativa de la imposibilidad de pago ³⁵⁷.

Otros propugnan considerar a la figura como un caso de frustración del fin, si el resultado se obtuvo a consecuencia de un hecho natural o por la acción de un tercero, con posibilidad para el acreedor ya desinteresado, de suspender la ejecución abonando los gastos realizados por el deudor ³⁵⁸.

Finalmente, se hallan los corifeos de una tesis intermedia coherente con las dos anteriores ³⁵⁹. Esta postura, de la que participamos, distingue:

a) Supuestos en que la prestación puede aún realizarse: verbigracia al comprador de una cosa cierta antes de recibirla, le donan otra idéntica.

En este caso, aunque el acreedor ha perdido interés en la prestación al haber satisfecho su necesidad, no se ha afectado la finalidad objetiva y típica del negocio, como ocurre en la figura que estudiamos. No hay por tanto, frustración del fin. Además,

³⁵⁶ Con razón apunta M. C. GIANFELICI, ob. cit., pág. 108, nota 62, que deben quedar descartados los supuestos en que el hecho del tercero está dirigido a cumplir la misma obligación, pues ellos se encuentran regulados en la normativa del pago por subrogación (art. 767 del C.C.).

³⁵⁷ Confr. K. LARENZ, *Base del negocio...*, ob. cit., pág. 159, fundándose en la opinión de LOCKER Y KRÜCKMANN; V. ESPERT SANZ, ob. cit., pág. 210, para quien tal régimen sólo es admisible si la prestación ya no puede volverse a repetir o realizar, o si el resultado se obtiene por realización del acreedor. En contra, M. C. GIANFELICI, ob. cit., pág. 109, para quien la solución es objetable pues perjudica al deudor, impidiéndole exigir la contraprestación de conformidad a los arts. 627 y 895 del Código Civil y reclamar los gastos desembolsados (por ejemplo, los realizados para zarpar el remolcador).

³⁵⁸ Confr. V. ESPERT SANZ, ob. cit., pág. 210.

³⁵⁹ Confr. M. C. GIANFELICI, ob. cit., pág. 110 y ss.

la prestación es aún posible de realizar, por lo que tampoco podría aplicarse el régimen de la imposibilidad de pago.

En definitiva, la obligación no se extingue y el deudor mantiene el deber de cumplir la prestación y el derecho de exigir la contraprestación.

b) Supuestos en que la prestación ya no es realizable: por ejemplo, no se puede reflotar el barco que ya se encuentra a flote, no se puede demoler el edificio ya colapsado.

En este supuesto, aunque ha desaparecido la finalidad objetiva y típica del contrato, el interés del acreedor ha quedado satisfecho. No hay por tanto frustración del fin, ni imposibilidad sobrevenida, pues en ésta última, el acreedor queda insatisfecho.

Es evidente entonces que la obligación se extingue, pero no con los alcances de la imposibilidad sobrevenida o la frustración del fin. La situación plantea un evidente conflicto de intereses: el deudor pudo haber hecho gastos para satisfacer la prestación, y abrigar la legítima expectativa de obtener alguna utilidad con el cumplimiento; el acreedor, si satisfizo ya su interés, no puede quedar obligado a recibir la prestación.

La solución puede obtenerse distinguiendo cómo obtuvo satisfacción el acreedor:

a) Si fue de modo casual: por ejemplo, en el supuesto del barco encallado, la solución la conjuga la distribución de los riesgos en los contratos sinalagmáticos. Si el deudor soporta el riesgo de la imposibilidad casual de su prestación, debe beneficiarse si el interés del acreedor se obtiene casualmente, por lo que podría exigir la prestación íntegra, debiendo deducirse los gastos programados no realizados. Si el contrato fuere una locación de obra, y el dueño hubiere obtenido satisfacción de modo casual, el efecto propuesto se morigeraría, pues el art. 1638 del Código Civil lo habilita a desistir del negocio satisfaciendo al locador los gastos, trabajo y utilidad que pudiere obtener por el contrato. Así, el acreedor se libera de los gastos y trabajos a realizar.

b) Si no fue de modo casual: por ejemplo, si el comprador, antes de la entrega de la cosa, la recibe en donación, la solución debe ser distinta, pues reconocerle igual derecho al deu-

dor que el propugnado en el supuesto anterior, sería consagrar un enriquecimiento sin causa a su favor. Empero tampoco es justo que soporte todas las vicisitudes o riesgos contractuales, por lo que si bien no podría exigir la totalidad de la contraprestación, es dable reconocerle los gastos realizados y la utilidad esperada.

1.4.6. Frustración del fin y caso fortuito

Según el art. 514 del Código Civil, caso fortuito es “el que no ha podido preverse o que previsto no ha podido evitarse”.

Las notas caracterizantes son imprevisibilidad e inevitabilidad del evento que lo provoca y torna materialmente imposible el cumplimiento del deudor.

Para que el deudor quede liberado de las consecuencias jurídicas de la inejecución de la prestación es inexorable que el hecho sea sobreviniente, ajeno al deudor, extraño a su conducta ³⁶⁰.

Estas singularidades tienen pues estrecha relación con la frustración del fin del contrato. Empero, deben resaltarse diferencias.

En efecto, mientras en el caso fortuito el acontecimiento sobreviniente genera una imposibilidad física, objetiva y absoluta de ejecutar la prestación ³⁶¹, en la frustración del fin sólo provoca el malogro del propósito perseguido por el acreedor, privando al negocio de su razón de ser o sentido, pero sin imposibilitar materialmente el cumplimiento de parte del deudor.

En relación con su naturaleza jurídica y consecuencias, el caso fortuito es un típico supuesto de exoneración de res-

³⁶⁰ Confr. J. J. LLAMBÍAS, ob. cit., pág. 232 y ss.

³⁶¹ Confr. J. J. LLAMBÍAS, ob. cit., pág. 236 y ss. La jurisprudencia nacional ha señalado de modo expreso la diferencia en “José Morandeira S.A. c/ Nobleza Picardo S.A.”, CNCom., Sala D, 22/5/2001, remitimos a nuestros comentarios analizando ese precedente en el punto 1.2.4. del capítulo II de este trabajo.

ponsabilidad del deudor por incumplimiento, al no existir nexo causal entre su conducta y el daño provocado ³⁶², la frustración del fin en cambio, es un supuesto de ineficacia contractual ajeno al incumplimiento del deudor, provocado al tornarse inalcanzable el propósito básico dado por el acreedor a la prestación prometida por el deudor.

1.4.7. *Frustración del fin y condición*

La condición, junto al cargo o modo y al plazo, integra las modalidades a las que puede afectarse la obligación.

El art. 528 del Código Civil expresa: “La obligación es condicional cuando en ella se subordinare a un acontecimiento incierto y futuro que puede o no llegar, la adquisición de un derecho, o la resolución de un derecho ya adquirido”.

Aplicada al contrato, es una cláusula por la cual se subordina su eficacia a un acontecimiento futuro e incierto, aún no verificado pero eventualmente verificable, que recibe el nombre de “hecho condicionante”. No puede referirse a un acontecimiento ya verificado e ignorado por las partes, cuya incerteza sólo radique en la falta de conocimiento de los sujetos involucrados, pues tal modalidad no constituye, en sentido propio, una condición.

Como supone un cambio sobreviniente de circunstancias del estado fáctico imperante al perfeccionarse el acuerdo, fácil es advertir la afinidad que presenta con la frustración del fin.

En efecto, ambas conectan la eficacia del contrato con hechos o actos *externos* ³⁶³ ajenos a él, y con circunstancias *futuras e inciertas* que pueden o no acaecer.

³⁶² R. PIZARRO, “Causalidad adecuada y factores extraños”, en *Derecho de daños*, Buenos Aires, La Rocca, 1989, pág. 293 y ss.; R. STIGLITZ, *Objeto, causa...*, ob. cit., pág. 31 y ss.

³⁶³ K. LARENZ, *Derecho civil...*, ob. cit., pág. 425 y ss., expresa que “*las partes pueden, estipulando una condición, hacer depender la eficacia de un*

Sin embargo, es posible marcar diferencias. En primer término, la condición, como toda modalidad, es siempre convencional, y por tanto accidental y excepcional ³⁶⁴; la frustración del fin, en cambio, es una vicisitud que puede invocarse pese a la falta de previsión expresa de los contratantes. En segundo lugar, en la frustración del fin las partes presuponen el advenimiento o subsistencia de un estado fáctico que las conduce a emitir su voluntad pura, y simplemente descuentan esa realidad, parten de una certeza sobre ella; en la condición, en cambio, los contratantes hacen depender la eficacia del acuerdo de circunstancias que no saben si ocurrirán, ajustan sus relaciones a eventualidades del futuro, parten, por tanto, de la incerteza de su verificación ³⁶⁵.

2. Fundamentos de admisibilidad

2.1. *La fuerza obligatoria del contrato y los límites a la autonomía privada*

Puede afirmarse, sin temor a equívocos, que el fenómeno de la frustración del fin del contrato constituye uno de los más complejos supuestos de ineficacia sobrevenida del nego-

negocio jurídico de una circunstancia que se halle fuera de éste"; M. C. GIANFELICI, ob. cit., pág. 106 y ss.

³⁶⁴ V. ESPERT SANZ, ob. cit., pág. 185, afirma que la condición "*es una modificación accesoria de la voluntad, algo añadido en la estructura exterior del contrato*"; A. ALTERINI - O. AMEAL - R. LÓPEZ CABANA, *Derecho de obligaciones. Civiles y comerciales*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1995, pág. 408. La jurisprudencia nacional ha señalado la diferencia en "Carrefour Argentina c/ Skidelsky y Levin", CNCiv., Sala G, 5/3/1998, L.L., 1998-F-541, remitimos a nuestros comentarios al analizar ese precedente en el punto 1.2.4. del capítulo II de este trabajo.

³⁶⁵ J. M. APARICIO, *Contratos*, ob. cit., t. II, pág. 363; M. C. GIANFELICI, ob. cit., pág. 107 y ss.

cio jurídico. Como se ha dicho ³⁶⁶ de otros institutos, parece rehusar cualquier análisis, y diluirse cuando se lo quiere investigar con rigor científico.

Por ello, si se quiere evitar poner en crisis todo el sistema del derecho privado patrimonial, como se ha sostenido con cierto dejo fatalista ³⁶⁷, la investigación científica no puede limitarse a la experiencia particular de la vicisitud que ella entraña, sino que ha de extenderse a conceptos a los que debe necesariamente subordinarse y a los fundamentos que la justifican.

Desde esa perspectiva, no ha de perderse de vista que la frustración del fin predica algo del “contrato”, por lo que la significación que este tiene en el sistema del derecho privado, constituye una premisa de insoslayable consideración.

A ese respecto debe recordarse que el contrato no es más que un instrumento de la autonomía privada, una de las formas más sublimes de ejercerla, su expresión más amplia y genuina, pues los particulares no sólo pueden crear vínculos recíprocos a través del negocio, sino que incluso están habilitados para fijar su contenido.

La autonomía privada es entonces el poder o la potestad que el ordenamiento jurídico ha brindado a los particulares para que, regulando sus intereses y satisfaciendo sus necesidades, creen a través del contrato normas jurídicas que poseen carácter vinculante. Ese poder de autogobierno de intereses y necesidades jurídico-patrimoniales está contemplado en el art. 1197 de nuestro Código Civil, en la archiconocida fórmula que reza: “Las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma”, divulgada de forma universal desde la

³⁶⁶ L. FERRI, *La autonomía privada*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1969, pág. 247.

³⁶⁷ J. C. RIVERA, *La doctrina de las bases...*, ob. cit., págs. 902 y 905.

sanción del Código Napoleón, cuyo texto de su art. 1134 hemos transcrito anteriormente ³⁶⁸.

De este modo, el contenido del contrato como reglamentación de intereses y necesidades, adquiere naturaleza preceptiva o reglamentaria, pues consiste en la formulación de una norma por medio de la autonomía privada. El ordenamiento jurídico autoriza a los contratantes a darse tales reglas, y al mismo tiempo les reconoce fuerza vinculante, elevando al acuerdo celebrado al mismo nivel de la ley, por lo que, en definitiva, la autonomía privada a través del derecho genera una norma que permite al negocio producir efectos jurídicos que le son propios.

La autonomía contractual se completa entonces con el principio de la fuerza obligatoria del contrato; no se contradicen, sino que se complementan, pues una vez que las partes han disciplinado sus intereses haciendo uso de las libertades que comporta la autonomía privada -de contratar y de configuración-, deben necesariamente someterse a lo estipulado, y quedan encadenadas a la palabra empeñada que deben honrar escrupulosamente ³⁶⁹.

Nace una regla que las vincula por obra y gracia del ordenamiento jurídico que sanciona el principio básico *pacta sunt servanda*, esto es, el deber insoslayable de cumplir el com-

³⁶⁸ Véase nuestra nota 23. Como ha expresado con su habitual precisión F. LÓPEZ DE ZAVALÍA, ob. cit., pág. 21, “[...] el art. 1197 del C.C. acuerda fuerza vinculatoria no a la voluntad de las partes, sino a las convenciones hechas por ellas, es decir a las cláusulas del contrato, a su contenido preceptivo”.

³⁶⁹ J. GAVIDIA SÁNCHEZ, ob. cit., págs. 573 y 575, ha dicho con erudición: “El reconocimiento de la fuerza obligatoria del contrato, y sobre todo la afirmación de que el contrato tiene fuerza de ley entre las partes, comporta al menos, dos consecuencias: de una parte, la sujeción de los contratantes a todo cuanto ha sido pactado, y de otra, la irrelevancia de lo que ha quedado fuera del reglamento contractual. La irrelevancia de lo que quedó fuera del reglamento contractual, debe ser puesto en relación con el dogma de la irrelevancia de los motivos de los contratantes y con la libertad contractual, entendida como la inadmisibilidad de vínculos no queridos o no consentidos”.

promiso asumido. Como se ha dicho con acierto ³⁷⁰, la ley dota de efectos jurídicos a lo acordado en el negocio, dentro del amplio marco de autonomía privada que reconoce a los sujetos.

El principio *pacta sunt servanda* continúa siendo un pilar básico del ordenamiento jurídico que consagra la incondicionada fidelidad al contrato celebrado ³⁷¹, pues la estabilidad de las convenciones libremente pactadas compromete directamente el valor seguridad jurídica ³⁷². Nadie celebraría un acuerdo ante la eventualidad de que sus cláusulas puedan ser desconocidas o modificadas. Esta es la razón de ser del negocio.

Ahora bien, el poder de autogobierno del que están investidas las partes, no es originario, absoluto, soberano ni independiente, sino derivado y heterónimo, en cuanto es conferido por el ordenamiento jurídico que regula su ejercicio, estableciendo cargas y limitaciones ³⁷³. Es la ley el fundamento inmediato de la validez y eficacia de las reglas contractuales,

³⁷⁰ J. M. APARICIO, *Contratos*, ob. cit., t. I, pág. 101 y ss.

³⁷¹ L. FERRI, ob. cit., pág. 75.

³⁷² L. DIEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Fundamentos...*, ob. cit., t. I, pág. 52 y ss., “[...] que uno de los principios rectores del orden público económico es el de seguridad jurídica es algo que nadie puede discutir seriamente. El desarrollo de los negocios y de las transacciones sólo es posible en un ordenamiento que está dominado por la idea de seguridad [...] tal principio tiene diversas proyecciones: certidumbre del sistema normativo aplicable a un caso, certidumbre acerca del fenómeno adquisitivo, sin mutaciones retroactivas del mismo, certidumbre de los fenómenos que pueden determinar la pérdida o extinción de los derechos, y protección de la confianza razonable suscitada objetivamente por una situación jurídica”; R. BREBBIA, *La frustración...*, ob. cit., pág. 876 y ss., N° IX, ha dicho con elocuencia: “La norma de que los contratos [...] forman para las partes una regla a la que deben someterse como a la ley misma, tiene jerarquía de un principio general del Derecho y constituye el verdadero pilar de la vida en sociedad. Sin el respeto a la palabra empeñada no habría ninguna clase de seguridad en el tráfico jurídico”.

³⁷³ M. C. GIANFELICI, “Fundamentos de la autonomía de la voluntad y de la fuerza obligatoria del contrato”, *Revista Conciencia*, año 8, N° 11, pág. 20 y ss.

no la voluntad de los contratantes. La voluntad privada no crea derecho por sí sola; lo convenido es obligatorio sólo porque el ordenamiento así lo sanciona.

Consecuencia directa de este carácter derivado que tiene el poder de autogobierno, es su naturaleza limitada. Sus restricciones se imponen en algunas ocasiones en interés de los particulares, y en otras, en defensa del interés general. El respeto a las normas imperativas, al orden público comprensivo de disposiciones que tutelan el interés social o general, y a las buenas costumbres, parámetro que impide incluir en el acuerdo disposiciones reñidas con la moral, son las cortapisas habitualmente señaladas a la libertad contractual ³⁷⁴.

Esos límites se instrumentan a través de los requisitos del contrato, que las partes deben respetar so pena de invalidez o ineficacia del negocio. Los requisitos de validez limitan el nacimiento del acto jurídico, los de eficacia condicionan la subsistencia de la vinculatoriedad contractual.

Dejando de lado los primeros, exigidos al tiempo de la celebración (aptitud de las partes, idoneidad del objeto, ausencia de vicios en el consentimiento, forma válida y causa), aquí nos interesan los segundos, relativos al contenido del acuerdo, que se proyectan y deben permanecer inalterados durante la ejecución y en especial aquellos que tutelan los intereses de los propios otorgantes, por ser estos los que se vinculan con la figura que estudiamos.

El contrato, como instrumento técnico para la realización de operaciones jurídico-patrimoniales, está inseparablemente vinculado a la organización económica y social existente en una época determinada; y el comercio o tráfico jurídico de los bienes económicos, necesario para la existencia de la socie-

³⁷⁴ Confr. entre muchos otros, L. DIEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Fundamentos...*, ob. cit., t. I, pág. 123; A. ORGAZ, "Los límites de la autonomía de la voluntad", *Nuevos estudios de derecho civil*, Buenos Aires, Bibliográfica Argentina, 1954, pág. 348; J. J. LLAMBIAS, ob. cit., t. I, N° 184; G. BORDA, , ob. cit., t. I, N° 45 y ss; J. M. APARICIO, *Contratos*, ob. cit., t. I, pág. 90 y ss.

dad, se rige por el principio de la *conmutatividad*, según el cual el cambio de bienes y servicios es un “intercambio de prestaciones” entre las partes involucradas.

La idea de intercambio lleva implícita la de reciprocidad o interdependencia de las prestaciones, de modo que cada una de ellas es, respecto de la otra, su contraprestación. A tal relación de reciprocidad se la conoce desde antiguo como “sinalagma”, vocablo con el cual se expresa la idea de un “ligamen recíproco entre las prestaciones, de una interdependencia”³⁷⁵ entre ellas. Esta vinculación existe tanto en el momento de formación (sinalagma genético) como en la fase de ejecución (sinalagma funcional). Por ello, los contratos gratuitos, fundados en impulsos morales, filantrópicos o religiosos, carentes de sinalagma, constituyen la excepción a la regla general³⁷⁶.

El principio de conmutatividad se proyecta en diversas exigencias que condicionan la validez y eficacia de los contratos, consagradas en varias normas de nuestro derecho positivo:

a) Ante todo, es inválido todo desplazamiento de bienes de un patrimonio a otro si no concurre una razón o “causa” suficiente que lo justifique o le sirva de fundamento³⁷⁷. Este requerimiento de derecho natural para las relaciones privadas de intercambio fue el primero en ser requerido por el causalismo clásico, ante la evidente injusticia que conlleva su infracción. En nuestro derecho positivo esta exigencia aparece impuesta, con especial referencia a los contratos, en el art. 500 del Código Civil.

³⁷⁵ F. GALGANO, *El negocio jurídico*, ob. cit., pág. 486.

³⁷⁶ L. DIEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Fundamentos...*, t. I, pág. 47, expresa: “la base del sistema económico es el intercambio”.

³⁷⁷ L. DIEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Fundamentos...*, ob. cit., t. I, pág. 47; K. LARENZ, *Derecho civil...*, ob. cit., pág. 61. Por excepción los desplazamientos patrimoniales incausados, que se producen en virtud de hechos diferentes al contrato, se protegen a través del principio general que veda el enriquecimiento sin causa.

b) Además, los bienes y servicios que se intercambian deben guardar entre sí el mayor equilibrio posible. Según el principio objetivo del equilibrio de las prestaciones, cada parte debe obtener por su prestación una contraprestación económicamente adecuada a la suya ³⁷⁸. La tutela del equilibrio originario entre las prestaciones se esbozó en el Derecho Romano, pero su ampliación en protección del equilibrio posterior advino, como hemos visto en párrafos anteriores, por obra de los posglosadores, quienes formularon el conocido brocardico “*rebuis sic stantibus*”. En nuestro derecho positivo adquirió consagración legislativa con la Reforma de 1968, al incorporar la figura de la lesión subjetiva-objetiva en el art. 954 y la teoría de la imprevisión en el art. 1198, segunda parte, del Código Civil, en tutela del equilibrio prestacional originario y ulterior, respectivamente.

c) Finalmente, el principio de conmutatividad requiere asimismo que la prestación pueda satisfacer el *interés* del acreedor, no sólo en el momento del perfeccionamiento del contrato, por ejemplo a través de la garantía de vicios redhibitorios, sino también *en el momento de la ejecución*, esto es, al tiempo de ejecutar las obligaciones derivadas del acuerdo. Esta última situación es la que trata de tutelar la vicisitud de la frustración del fin del contrato.

En suma, el principio de conmutatividad *exige contratos con prestaciones equivalentes y que puedan satisfacer el interés del acreedor*. Si carecen de lo primero, el remedio será la

³⁷⁸ L. DIEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Fundamentos...*, ob. cit., t. I, pág. 47; F. GALGANO, *El negocio jurídico*, ob. cit., pág. 488, expresa: “[...] *en los contratos con prestaciones recíprocas, no existe sólo una relación de reciprocidad entre las prestaciones, también existe una específica relación de proporcionalidad entre el valor económico de la una y la otra [...] Para describir esta relación de equivalencia económica entre las prestaciones, se habla de contratos conmutativos: estos son aquellos contratos con prestaciones recíprocas que tienen la función de realizar un intercambio de prestaciones equivalentes económicamente, de donde aquellas vicisitudes, posteriores a la celebración del contrato, que modifiquen el valor de una prestación y provoquen un desequilibrio económico entre ellas, influirán en la medida de la contraprestación, o mejor, en la suerte del contrato*”.

excesiva onerosidad sobreviniente; si adolecen de lo segundo, el recurso será la frustración del fin. Constituyen las dos caras de la medalla de la conmutatividad, y se relacionan con la base objetiva del negocio que con tanta precisión desarrolló Larenz.

2.2. *El interés del acreedor*

Todo el derecho patrimonial está dirigido a satisfacer intereses. Estos constituyen la quintaesencia de aquel, su núcleo y razón de ser ³⁷⁹.

Si los negocios jurídicos se realizan con la finalidad de satisfacer intereses y expectativas de contenido patrimonial, enderezados a descargar necesidades, la idea de frustración representa, en definitiva, privar a alguien de lo que él, legítima y razonablemente, espera conseguir.

Al celebrar un contrato, las partes tienen una intención jurídica (*intentio juris*) que produce una mutación en la situación jurídica preexistente sobre la que el negocio incidirá, y una intención práctica o empírica, consistente en la finalidad, o el propósito económico-social que esperan alcanzar al ejecutar el acuerdo ³⁸⁰. Es evidente que la modificación jurídica pretendida es el medio para asir el propósito práctico esperado: el comprador no se propone sólo alcanzar el *derecho real de dominio* sobre la cosa, sino principalmente la *cosa misma* como bien indispensable para la vida, aunque no pue-

³⁷⁹ Confr. A. M. MORELLO, *Ineficacia y frustración...*, ob. cit., 2ª ed., pág. 67 y ss.

³⁸⁰ Ha dicho F. DE CASTRO Y BRAVO, ob. cit., parágrafo 33, “*El negocio jurídico es la declaración o acuerdo de voluntades con los que los particulares se proponen conseguir un resultado, que el Derecho estima digno de especial tutela, sea en base sólo a dicha declaración de voluntad, sea completado con otros hechos o actos*”.

da hacerse legítimamente de ésta, sin previamente adquirir la titularidad de aquel ³⁸¹.

Es más, ocurre de consuno que la voluntad de los sujetos tiende a la obtención de resultados prácticos, sin tener una clara representación de los efectos jurídicos consiguientes, que por otro lado se verifican aunque las partes nada expresen sobre el particular. Es que hasta el más lego de los sujetos conoce perfectamente que los resultados prácticos suponen el cambio jurídico que se pretende lograr, y descuenta la protección de la ley para alcanzar esos propósitos ³⁸².

³⁸¹ A. MORALES MORENO, “El ‘propósito práctico’ y la idea de negocio jurídico en Federico de Castro”, Anuario de Derecho Civil, Madrid, 1983, t. XXXVI-IV, fascículo 4, pág. 1534 y ss., “[...] *El propósito práctico resultado que se toma en cuenta en el negocio no se limita a las transformaciones jurídicas que el mismo debe producir [...] va más allá, penetra en todo aquello que se ha puesto en juego en el funcionamiento de la autonomía de la voluntad, y así llega a abarcar las presuposiciones que se han tomado en cuenta al celebrar el negocio*”. En igual sentido y entre nosotros, F. LÓPEZ DE ZAVALÍA, ob. cit., t. I, pág. 107; J. M. APARICIO, *Contratos*, ob. cit., t. I, pág. 37 y ss. Un interesante caso jurisprudencial acerca de la trascendencia que reviste el interés de las partes en la ecuación contractual, CNCiv., Sala E, 25/10/2004, “Faucoppi S.A. v. Coto Centro Integral de Comercialización S.A. s/ Cobro de sumas de dinero”, aparece comentado por A. M. MORELLO, *Ineficacia y frustración...*, ob. cit., 2ª ed., pág. 78 y ss.

³⁸² Como ha dicho A. MORALES MORENO, ob. cit., pág. 1530, “*El negocio jurídico debe ser entendido como un medio para organizar los particulares sus propios intereses [...] todo negocio en sí mismo considerado, justifica en quienes lo han celebrado un determinado interés que razonablemente aspiran a ver satisfecho, y que también por múltiples causas, unas imputables a la conducta de la otra parte, y otras no imputables a ella, puede quedar sin satisfacción [...] esa insatisfacción del interés negocial, es útil para comprender mejor y en toda su amplitud el problema de la frustración de la función del negocio [...]*”; J. M. APARICIO, *Contratos*, ob. cit., t. II, pág. 324, expresa con claridad: “*En esa volición consciente de un resultado, los agentes se representan los fines de una manera empírica, aunque éstos tienen un significado jurídico que aquéllos descuentan. Por ello hay una persecución de efectos jurídicos a través de la representación práctica de los resultados que hacen los interesados*”.

Esos resultados prácticos esperados pueden ser varios y distintos, y poseen un orden de prelación, pues algunos de ellos son causa para obtener otros ulteriores ³⁸³.

Así, la finalidad práctica primera e inmediata de cada contratante es obtener la contraprestación: verbigracia, para el comprador, disponer de la cosa adquirida; para el locatario, tener el uso y goce convenido de la finca arrendada, pero amén de esos propósitos prácticos inmediatos, las partes pueden abrigar otros mediatos, enlazados a los primeros, que son consecuencia directa de ellos: para el comprador, hacer un regalo de bodas; para el locatario, explotar un comercio en el inmueble cedido ³⁸⁴.

Esos resultados prácticos originarios y posteriores que se pretenden alcanzar a través de la contraprestación, constituyen el *interés del acreedor* ³⁸⁵. Tan trascendentes son esos propósitos dignos de tutela jurídica, que si integran el contenido del acuerdo, se traducen en la *función económica y social* que el negocio cumple ³⁸⁶. Los que quedan excluidos, por no integrar ese contenido, son los meros deseos o pretensiones individuales, que no pasan de baladíes aspiraciones de las partes en la organización de sus intereses, y que como ya

³⁸³ F. LÓPEZ DE ZAVALÍA, ob. cit., *Parte Especial (3)*, t. 4, pág. 94 y ss.

³⁸⁴ Confr. K. LARENZ, *Base del negocio...*, ob. cit., pág. 166.

³⁸⁵ L. DIEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Fundamentos...*, ob. cit., t. II, pág. 237 y ss., manifiesta que para que la obligación tenga pleno valor satisfactorio, debe permitir que el interés del acreedor se realice, poniendo como ejemplo la responsabilidad del vendedor por vicios redhibitorios; A. M. MORELLO, *Ineficacia y frustración...*, ob. cit., pág. 59, recordando las enseñanzas de Ludwig Enneccerus, expresa que el crédito tiende a la satisfacción de un interés privado del acreedor, este fin es esencial, pues si falta dicho interés no hay obligación, y ésta se extingue cuando el interés del acreedor queda satisfecho de cualquier manera, aunque no sea mediante la prestación del deudor.

³⁸⁶ A. M. MORELLO, *Ineficacia y frustración...*, ob. cit., 2ª ed., pág. 18 y ss., recordando expresiones de Santos Briz, indica: “*La concepción dinámica del contrato atiende a la diversidad de funciones que cumple, la cual deriva de la rama jurídica que lo regula, de la dirección de la voluntad o de los intereses de la parte*”.

hemos dicho en reiteradas ocasiones, no tienen gravitación jurídica alguna. A ellos alude la doctrina llamándolos motivos, o “simples motivos”, que no afectan la caracterización del negocio mismo, y por tanto, el resultado práctico y social para el que aquel es utilizado ³⁸⁷.

En definitiva, y como se ha sostenido con acierto, el interés es un elemento básico de la obligación ³⁸⁸ -nosotros agregaríamos y del contrato-, que debe existir durante toda su vida, presidiéndola desde su nacimiento hasta su extinción ³⁸⁹.

Y aunque se lo ha tildado de noción difusa ³⁹⁰, puede afirmarse que el *interés* es una relación de apetencia o tensión entre una persona y un objeto, de presencia inexorable en todo contrato.

La definición de contrato que proporciona el art. 1137 de nuestro Código Civil, destaca la perspectiva teleológica del acuerdo de partes, al caracterizarlo como una declaración de voluntad común destinada a reglar derechos. Osea que el contenido contractual, que entraña una manifestación de voluntad de naturaleza dispositiva y vinculante, intrínsecamente

³⁸⁷ F. DE CASTRO Y BRAVO, ob. cit., § 285.

³⁸⁸ Algunos ordenamientos incluyen expresamente el interés como elemento de la obligación: el Código Civil italiano de 1942, art. 1174; el Código Civil portugués de 1966, art. 398; y entre nosotros, el Proyecto de Código Civil elaborado por la Comisión designada por decreto 468/92, art. 714. La doctrina italiana se ha ocupado intensamente del tema, E. BETTI, ob. cit., pág. 129, *Teoría general de las obligaciones*, traducción y notas de José Luis de Los Mozos, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1970, vol. II pág. 96, afirma que el negocio como acto de autonomía privada implica un complejo de intereses por realizar; F. LUCARELLI, *Lesione di interesse e annullamento del contratto*, Milano, Giuffrè, 1964, pág. 34 y ss., para quien la apreciación de los mismos, no debe hacerse solamente respecto del carácter patrimonial de la prestación, pues para las partes, y en definitiva, para el ordenamiento jurídico todo, también constituye interés el valor de cualquier clase con que se rodea a una cierta prestación.

³⁸⁹ R. PIZARRO - G. VALLESPINOS, ob. cit., t. I, pág. 146 y ss.

³⁹⁰ L. DIEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Fundamentos...*, ob. cit., t. I, pág. 202 y ss.

considerado es una *reglamentación de intereses*, es la voluntad traducida en reglas que se dan los *interesados* ³⁹¹.

Ahora bien, para que exista la *relación de interés* entre persona y objeto, es indispensable que el hombre tenga una necesidad, presente o futura, y que el objeto tenga la aptitud de satisfacerla, esto es, que se presente provechoso o útil para conseguir el propósito esperado. De allí que, elípticamente hablando, pueda decirse que el interés entraña “la utilidad específica de un ente respecto de otro” ³⁹².

De lo expuesto hasta aquí se deduce que el interés puede perderse: por desaparecer la necesidad del sujeto, o por perder el objeto la aptitud para satisfacerla.

La frustración del fin del contrato se relaciona con la última de estas situaciones, pues sólo es admisible como supuesto de ineficacia contractual específica, *cuando el interés del acreedor se desvanece*, no por haber desaparecido la necesidad del sujeto, sino por haber *perdido aptitud la prestación para satisfacer ese interés del acreedor, impidiendo al negocio cumplir la función económico social que le permite mantenerse como una regulación dotada de sentido* ³⁹³.

³⁹¹ F. CARRESI, *Il contratto*, en A. CICU - F. MESSINEO (dir.), *Trattato di diritto civile e commerciale*, Milano, Giuffrè, 1987, t. I, pág. 212; F. DE CASTRO Y BRAVO, ob. cit., § 27, ha dicho que “*se tiene en cuenta mejor la verdadera voluntad de los particulares, atendiendo al fin práctico del negocio*”.

³⁹² F. CARNELUTTI, *Teoría general del derecho*, traducido por Carlos G. Posada, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1941, pág. 47.

³⁹³ N. SILVESTRE - J. KING, *Una interesante aplicación...*, ob. cit., pág. 122, expresan: “*La idea de la frustración está siempre asociada a la idea de interés. Cuando el interés en la ejecución del contrato ha desaparecido, estamos prima facie ante la frustración. La frustración es la situación que se produce cuando la prestación es aún perfectamente hacedera, y la finalidad del contrato ya no puede cumplirse, haciéndolo inútil y carente de interés*”; N. NICOLAU, *La frustración del fin...*, ob. cit., pág. 885, recordando palabras de Enneccerus, expresa que “*cuando la prestación carece de interés, la obligación debe extinguirse*”; A. M. MORELLO, *Ineficacia y frustración...*, ob. cit., 2ª ed., pág. 97, nota 191, “[...] *En definitiva, determinar si la prestación tiene poca o ninguna utilidad para el acreedor, es decir, si la importancia de la frustración (como en otra oportunidad*

Ya hemos dicho que los intereses pueden ser variados y disímiles. Es lógico colegir entonces que no cualquier interés insatisfecho malogra el propósito perseguido por el acreedor, y conlleva a la frustración del fin del contrato, sólo provoca ese efecto *el interés que integra el contenido del negocio*. Así, por ejemplo, si se alquila un puesto de ventana para observar un eclipse lunar, no podrá pretenderse dejar sin efecto el negocio porque no se realizó el desfile militar que circunstancialmente coincidía con el día del eclipse ³⁹⁴.

Si el interés esperado no puede extraerse del texto expreso o implícito del contrato, habrá de estarse al provecho normal o habitual asignado a la prestación según su naturaleza, o las costumbres del lugar, prevaleciendo siempre un criterio objetivo, antes que uno individual o subjetivo ³⁹⁵. Es obvio que toda prestación tiene una utilidad genérica, que sería la que resulta de “la naturaleza del contrato”, la socialmente admitida, pero nada impide a las partes, en ejercicio de la autonomía privada, convenir una utilidad especial. Es decir, el interés del acreedor tiene normalmente una caracterización y alcance que emerge del ordenamiento jurídico, o

vimos la magnitud del incumplimiento) ha restado todo interés computable para la esfera del acreedor, es una cuestión circunstancial, de hecho, pero controlable judicialmente. Con lo que queremos expresar que queda marginada la arbitrariedad o la posición abusiva en que pueda colocarse quien alegue la existencia de la causal. Todo ello dentro del marco de ponderación que presiden los usos del comercio, los principios de buena fe y conservación y, además, la dinámica del tráfico que demanda liquidación expedita de situaciones anómalas, frustrantes o estériles”.

³⁹⁴ M. C. GIANFELICI, *La frustración...*, ob. cit., pág. 78 y ss.

³⁹⁵ El interés del acreedor merecedor de tutela es el *interés socialmente apreciable* en su configuración abstracta, vale decir, el interés típico o propio del tipo de relación nacida entre las partes, pero este puede no coincidir con el interés concreto e individual de un acreedor en particular, pues los propósitos de las partes pueden ser infinitos. Con razón afirma E. BETTI, ob. cit., t. I, pág. 52 y ss.: “[...] si con el transcurso del tiempo decayese o se atenuase el interés del acreedor, ello sería irrelevante; más si lo que decae es el interés típico, decae también la obligación, la que se extingue”.

que es socialmente apreciable, pero puede mutarse en otro especialmente previsto en el acuerdo. A ello refiere la doctrina cuando expresa que la finalidad última debe integrar el contenido del negocio o deducirse de su naturaleza ³⁹⁶.

2.3. La exteriorización del propósito contractual

Ahora bien, ese interés socialmente apreciable o deducido del sentido y alcance de las cláusulas contractuales convenidas por las partes, además de integrarlo, *debe exteriorizarse en el contenido del contrato*.

Aunque se haya sostenido lo contrario ³⁹⁷, consideramos que no basta que el deudor conozca por sí o por comunicación del acreedor el propósito básico perseguido en el negocio que los vincula. Ni siquiera es suficiente una notificación expresa, con aquiescencia del anoticiado. Hace falta inexorablemente que tal propósito o finalidad que comenzó siendo del acreedor, y que el deudor hizo suyo, haya tenido tal relevancia en la determinación de celebrar el acuerdo, que se convierta en fin del negocio todo, exteriorizándose, integrando su contenido, aunque no se lo mencione expresamente. *En ese hacer suyo el motivo de otro, anida la esencia de la materia*.

Es que como bien se ha dicho ³⁹⁸ el conocimiento que pueda tener el deudor del interés del acreedor no implica, de ordinario, la aceptación, ni mucho menos la asunción del álea

³⁹⁶ K. LARENZ, *Base del negocio...*, ob. cit., págs. 149, 152, 156, 166 y 170.

³⁹⁷ Entre otros, R. S. STIGLITZ, *Objeto, causa...*, ob. cit., pág. 22, “*se debe entender por fin o finalidad el tenido en vista por las partes, el considerado como resultado pretendido o aspirado por ambas o por una sola de ellas, siempre y cuando haya sido manifestado a la otra, expresa o tácitamente, generando la posibilidad de que lo conozca*”.

³⁹⁸ Confr. K. LARENZ, *Base del negocio...*, ob. cit., pág. 166 y ss.; J. M. APARICIO, *Contratos...*, ob. cit., t. II, pág. 375; M. C. GIANFELICI, *La frustración...*, ob. cit., pág. 82.

de su verificación. Nada agrega la aceptación de parte del deudor, recaudo con el que se conforman algunos. Es indispensable que el propósito sea compartido, no sólo conocido o aceptado por ambos, sino que se patentice a tal punto, que integre el contenido del acuerdo.

Una vez más deben recordarse aquí las críticas que Larenz hizo a la tesis de la presuposición bilateral de Oertmann: aunque el padre hubiere comunicado al vendedor los motivos de la compra del ajuar para su hija próxima a contraer matrimonio, y este los hubiere aceptado, o hubiere conocido la poca seriedad del prometido, si la boda se malogra, el comprador no podría desvincularse del contrato ³⁹⁹. Es que tal conocimiento, incluso la conformidad del vendedor, no pueden considerarse aceptación de la presuposición paterna como propósito mutuo o base del negocio jurídico ⁴⁰⁰.

En resumen, creemos que *es indispensable que medie un acuerdo de partes, expreso o tácito, pero siempre inequívoco acerca del propósito específico que comenzó siendo de uno y el otro hizo suyo, o que fue inicialmente de ambos, y que determinó a todos a celebrar el contrato y a integrar con él su contenido.*

Serán los jueces en cada caso particular los encargados de determinar si tal propósito común, que sustenta el interés del acreedor, se ha malogrado o venido a menos, dando lugar a la frustración del fin del contrato. Para ello, deberán tener en cuenta los intereses especiales de común consideración por las partes para celebrar el contrato e integrar con ellos

³⁹⁹ Confr. K. LARENZ, *Base del negocio.....*, ob. cit., pág. 23 y ss.

⁴⁰⁰ En relación con el contrato de compraventa y citando un precedente del Tribunal Supremo del Reich, K. LARENZ, *Base del negocio...*, ob. cit., pág. 152, nota 14, transcribe la doctrina de la sentencia: "*La determinación, que el vendedor pueda conocer de la finalidad de la cosa comprada, no basta para originar un uso previsto en el contrato. Antes bien, tiene que existir un acuerdo, expreso o tácito, de ambas partes sobre que la cosa comprada ha de ser apta para una determinada finalidad. En otras palabras: si queremos que el uso específico se considere previsto en el contrato, la determinación de la finalidad debe haberse hecho contenido del contrato*".

su contenido, precisando las situaciones y circunstancias que como *presupuestos determinantes* las llevaron a vincularse contractualmente.

Sólo así será posible determinar si un cambio de circunstancias objetivas presupuestas por las partes, y ajeno a ellas, *desvirtúa la función concreta del negocio y afecta el interés del acreedor*. Entonces se habrá operado la frustración del fin del contrato, por el malogro del interés del acreedor, que aún no expresado específicamente en el texto del acuerdo, ha sido conocido, aceptado y entrado en las previsiones del negocio, en grado tal que sea dable reputar que tuvo gravitación suficiente como para perfilar la naturaleza, estructura o extensión de las prestaciones convenidas y de sus efectos o consecuencias.

2.4. *El verdadero fundamento: la buena fe*

La falta de una regulación expresa en el derecho positivo, ha incrementado la propensión doctrinaria a buscar un justificativo a esta construcción jurisprudencial que constituye la frustración del fin. Se han ensayado variados fundamentos para sustentar su admisibilidad ⁴⁰¹. El elenco incluye la *solidaridad social* como directriz de comportamiento contractual que desaconseja la ejecución abusiva del negocio si este carece de interés para el acreedor ⁴⁰²; la *cooperación del*

⁴⁰¹ L. DIEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Fundamentos...*, ob. cit., pág. 882, reconoce dos vías o caminos de carácter objetivo para hacer frente al problema de la modificación sobrevenida: el principio de buena fe y el fallo causal del negocio.

⁴⁰² Resulta a todas luces descartable el argumento pues, como han dicho G. RIPERT - J. BOULANGER, *Tratado de derecho civil, según el Tratado de Planiol*, traducción de D. García Daireaux, Buenos Aires, La Ley, 1987, t. V, pág. 32: “[...] de la comprobación de que existe cierta solidaridad entre los hombres, no se puede pasar a la obligación de respetar y desarrollar esa solidaridad”.

deudor, que le impone colaborar para satisfacer el interés del acreedor mediante la consecución del fin contractual ⁴⁰³; la *justicia conmutativa*, que sólo admite negocios patrimoniales en el tráfico jurídico si poseen contraprestaciones equivalentes y útiles para el acreedor ⁴⁰⁴; la *teoría de las bases del negocio* ⁴⁰⁵ elaborada por la doctrina germana; y sobre todo, la *causa-fin subjetiva*, ese motivo determinante e individual, pero bilateralizado y compartido, que conduce a las partes a consumir el negocio ⁴⁰⁶.

⁴⁰³ Confr. N. NICOLAU, *La frustración del fin...*, ob. cit., pág. 883 y ss. Para la autora rosarina el sustento del instituto se encuentra en el fundamento mismo de la obligación, pues en ésta, el interés del titular del derecho está destinado a realizarse por medio de un intermediario, por medio de un comportamiento ajeno, el comportamiento del deudor, que mediante su cooperación satisface el interés del acreedor. La finalidad del contrato se alcanza entonces por la cooperación. Expresa a fs. 884: “*Entendemos que la frustración del fin del contrato es la vicisitud sobrevenida al negocio que hace cesar el deber de cooperación e impide su efectividad, en razón de no poder alcanzarse el punto determinante de la voluntad de las partes, por la modificación imprevisible de sus circunstancias objetivas*”.

⁴⁰⁴ Confr. M. C. GIANFELICI, *La frustración...*, ob. cit., pág. 72 y ss., y especialmente pág. 88.

⁴⁰⁵ Citan este fundamento, A. A. ALTERINI, *Contratos*, ob. cit., pág. 456, aunque también la vincula al tema de la causa; H. ACCIARRI - S. BONIFAZI, “Apuntes en torno de la frustración del fin del contrato (con especial referencia a la contratación predispuesta)”, L.L., 1992-C-816, Sección Doctrina.

⁴⁰⁶ Participan de este temperamento mayoritario A. M. MORELLO, *Ineficacia y frustración...*, ob. cit., 2ª ed., pág. 117 y ss. para quien “*Se alude concretamente a la frustración de la causa-fin como elemento del contrato, con fundamento en los arts. 500 y conc. del C.C. [...]*”; R. S. STIGLITZ, *La frustración del fin...*, ob. cit., pág. 937 y ss., según el cual “*La circunstancia grave y exterior que opera como presupuesto de la frustración, debe incidir específica e inequívocamente sobre el motivo impulsor del acto*”; R. LORENZETTI, “La excesiva onerosidad sobreviniente en supuestos de emergencia”, *Emergencia y pesificación*. Revista de Derecho Privado y Comunitario, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2002, t. 2002-1, pág. 181; R. BREBBIA, *La frustración del fin...*, ob. cit., pág. 881 y ss., para quien “*Decir que el fin del negocio se frustró, es lo mismo que aseverar que quedó sin causa y que, en consecuencia, falta un requisito esencial para que el negocio siga existiendo*”; por su parte A. BORDA, *La frustración...*, ob. cit., pág. 1450, sostiene “*La finalidad del contrato constituye su causa-fin, por ello en-*

En nuestra opinión, el fundamento que debe presidir las soluciones de los casos en los que el propósito básico y esencial del contrato se malogra, no puede ser una concepción puramente subjetiva del fin del contrato, entendida como una derivación del concepto de causa, en ese sentido amplio e impreciso que ha defendido la mayoría de nuestra doctrina ⁴⁰⁷ como “móvil que induce a las partes a contratar”.

En estos supuestos en los que están en juego los intereses, en definitiva, los móviles o razones que impelen a los contratantes, y donde no basta el mero conocimiento, ni siquiera la conformidad de la otra parte para responsabilizarla de los eventuales riesgos de su no verificación, no puede sostenerse con contundencia un fundamento basado en la causa-fin subjetiva ⁴⁰⁸. Esta postura tiene el desaconsejable y pernicioso efecto de sumergir al instituto en el pantanoso terreno de la causa, bajo cuya denominación se han incluido diversísimas situaciones buscando integrar en un reducido ámbito un concepto único, que se ha vuelto inalcanzable debido a la heterogeneidad de aquellas.

Por ello propugnamos como apoyo que sustenta y justifica la frustración del fin del contrato, el principio cardinal de buena fe ⁴⁰⁹.

tiendo que quien afirma que un contrato puede ser revisado o resuelto porque se ha frustrado su finalidad adhiere a la tesis causalista de los contratos”.

⁴⁰⁷ En las conclusiones de *lege lata*, las XIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Buenos Aires, 1991, al tratar el tema de la noción de la frustración del fin, por mayoría se declaró: “I. Noción del frustración del fin. 1. Por mayoría: La frustración del contrato es un capítulo inherente a la causa, entendida ésta como móvil determinante, razón de ser o fin individual o subjetivo que las partes han tenido en vista al momento formativo del negocio”.

⁴⁰⁸ Confr. C. DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, ob. cit., pág. 140 y ss.

⁴⁰⁹ Comparten este criterio, V. ESPERT SANZ, ob. cit., pág. 117 y ss.; J. M. APARICIO, *Contratos*, ob. cit., t. II, pág. 376 y ss.; H. ACCIARRI - S. BONIFAZI, ob. cit., pág. 812, para quienes [...] “conforme a las nuevas particularidades del tráfico jurídico, ¿puede hoy pretenderse de buena fe que el contrato deba quedar inalterable ante una mutación grave de las circunstancias en las que se apoyó? La negativa se nos ocurre palmaria”. Igual fundamento sostienen, aunque

Desde sus orígenes, la vieja cláusula *rebus sic stantibus* nació ligada a un cierto sentido de justicia que clama eximir de cumplimiento al deudor agobiado por una prestación que, aunque realizable, se ha vuelto inequitativa y desproporcionada por circunstancias imprevistas. Desde esa misma óptica se advierte inadmisiblemente imponer al acreedor una prestación que ya no consigue satisfacer su interés originario en el negocio.

Creemos que si el ordenamiento positivo no posee una norma expresa que regule la vicisitud que estudiamos, el principio de buena fe puede actuar como fundamento, justificación o abono bastante de la frustración del fin del contrato. Constituye una manifestación más de la importancia capital que ha adquirido en el derecho de los contratos en general ⁴¹⁰.

para justificar la cláusula *rebus* o la excesiva onerosidad sobrevenida, A. SPOTA, "La teoría de la imprevisión contractual y el abuso de los derechos", J.A. 1953-IV-30; L. COLOMBO, ob. cit., págs. 744 y 747; M. ALBALADEJO GARCÍA, ob. cit., pág. 465; R. BADENES GASSET, ob. cit., pág. 188 y ss.; L. DIEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Fundamentos...*, ob. cit., pág. 882; W. FLUME, ob. cit., pág. 585; F. GALGANO, *Diritto civile...*, ob. cit., pág. 544; K. LARENZ, *Base del negocio...*, ob. cit., pág. 171 y ss.; J. PUIG BRUTAU, ob. cit., pág. 369 y ss.; C. VATTIER FUENZALIDA, "La interpretación integradora del contrato en el Código Civil", Anuario de Derecho Civil, t. XL, fascículo II, abril-junio de 1987, pág. 495 y ss. En contra, M. C. GIANFELICI, *La frustración...*, ob. cit., pág. 88, para quien el principio de buena fe, por sí solo, es insuficiente para precisar cuál es el elemento del contrato que particularmente afecta la frustración del fin.

⁴¹⁰ C. DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, ob. cit., págs. 142 y 161 y ss., destaca la trascendencia de la buena fe como criterio de comportamiento y de resolución de problemas, y como pilar básico sobre el que se construyen todas las normas comunitarias nacionales y supranacionales referidas a los contratos, por ejemplo, los Principios del Derecho Europeo de los Contratos (PECL) y los Principios de UNIDROIT; F. MACARIO, *Adeguamento...*, ob. cit., pág. 355, ha dicho que el contrato indica la existencia pero no el contenido de la obligación, mientras que el criterio de buena fe ofrece el instrumento jurídico para individualizar las modalidades concretas del cumplimiento de la obligación. El contrato, afirma, establece *cuál* es la obligación, mientras que la buena fe determina *cómo debe cumplirse* esa obligación. Mayoritariamente la doctrina italiana más reciente fundamenta el instituto en el principio cardinal de buena fe: véanse nuestros comentarios al tratar el punto 1.1.1.8 del capítulo

Diferentes razones nos inducen a sostener esta opinión:

En primer término, el deber general de buena fe contractual tiene la función de colmar las inevitables lagunas legales, cerrando un sistema legislativo ⁴¹¹. Por muy analítica que fuere la ley, no puede prever todas las situaciones posibles mediante normas concretas; sólo prevé las situaciones más frecuentes, las vicisitudes más recurrentes. Mediante este principio general se pueden identificar otras alternativas de la vida del contrato no previstas legalmente, sirviendo de parámetro sucedáneo para solucionar nuevos conflictos, como el planteado ante la sobrevenida frustración del fin.

Desde esta misma perspectiva, la buena fe, como pauta de interpretación e integración, permite corregir y completar la voluntad privada que ha dado vida al negocio, superando la limitación natural que tienen los otorgantes para elaborar un contenido capaz de prever todo el porvenir, incluyendo acontecimientos sobrevinientes e imprevisibles capaces de malograr el propósito básico del acuerdo ⁴¹².

II de este trabajo. En la doctrina nacional, A. CARLOMAGNO, ob. cit., pág. 38, lo estima elemento presumido del contrato: “[...] no sólo aceptamos la aplicación de la buena fe como principio general en materia de interpretación de contratos, sino que creemos que ni siquiera es necesaria su existencia expresa en el Código. Ya hemos dicho que la buena fe en la vida jurídica no se emplea por virtud ni por moral, sino que es un hábito que la complejidad moderna impone ineludiblemente. Por lo tanto, la buena fe en los contratos está en su propia esencia anterior e independientemente a toda disposición de la ley positiva”.

⁴¹¹ F. GALGANO, *El negocio jurídico*, ob. cit., pág. 454 y ss.

⁴¹² V. ESPERT SANZ, ob. cit., pág. 125, nos enseña, “*Integra el negocio todo aquello que la voluntad contractual no ha previsto, o podido prever, dada la limitación de la mente humana para adivinar el a veces insólito acaecer de la vida, tan multiforme y rico en manifestaciones. Y sirve para corregir el contenido del negocio, sobre todo en fase de cumplimiento, para atenuar las consecuencias de injusticia que podrían derivarse de un mantenimiento rígido de los términos en que fue celebrado, cuando acontecimientos posteriores e imprevistos aconsejan romper la rigidez de sus términos*”; S. DÍAZ ALABART, ob. cit., pág. 72, “*A toda sociedad le interesa, lo que se ha dado en llamar moralización de las relaciones económicas. El que el tráfico se rija por unos principios éticos es absolutamente necesario, porque ni las leyes pueden regular todos los extremos*”.

En segundo término, conforme a este criterio “guía”, es posible valorar el interés del acreedor, y precisar si el mismo se ha satisfecho en tiempo y forma; si la prestación, en definitiva, sigue ofreciendo para él la utilidad que estaba destinada a producir.

En tercer lugar, como el principio de buena fe constituye una regla de conducta cuyo desconocimiento puede derivar en incumplimiento contractual⁴¹³, permite verificar si cada parte honra el deber de “realizar el interés” contractual del otro, si evita causarle daño imponiendo una contraprestación inicua o inútil, si le informa respecto de circunstancias sobrevenidas que puedan malograr el propósito básico del convenio. Violaciones a esas cargas contractuales, rayanas en el abuso del derecho, aparecen absolutamente inadmisibles y contrarias a la buena fe⁴¹⁴.

Y así como la buena fe, en atención a las circunstancias del contrato, impide que el esfuerzo requerido al deudor para cumplir la prestación exceda el límite de lo razonable, so pena de calificárselo de desleal o abusivo, del mismo modo evita que pueda exigirse al acreedor recibir una prestación que ya

de una relación patrimonial, ni tampoco los particulares, con sus pactos alcanzan a agotar todas las posibilidades”.

⁴¹³ Confr. F. GALGANO, *El negocio jurídico*, ob. cit., pág. 465 y ss. “[...] Es un núcleo prescriptivo cargado de irradiaciones. Dotado de base empírica es, al mismo tiempo, criterio ideal de conducta y fuente de deberes. No solamente entraña una directriz de interpretación o una frontera que pone coto a la extralimitación, sino que puede importar una fuente activa de heterointegración contractual”; en el mismo sentido, Antonio HERNÁNDEZ GIL, “Reflexiones sobre una concepción ética y unitaria de la buena fe”, discurso pronunciado en la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia, el 22/9/1979, Madrid, pág. 39, citado por J. M. APARICIO, *Contratos*, ob. cit., t. I, pág. 105, nota 107.

⁴¹⁴ Confr. J. PUIG BRUTAU, ob. cit., pág. 369 y ss.; F. GALGANO, *El negocio jurídico*, ob. cit., pág. 453 y ss.; C. DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, ob. cit., nota 218, afirma que el principio de buena fe se ha convertido en una regla de conducta que mide el comportamiento contractual en todos sus momentos y fases, sirviendo tanto de criterio de interpretación, como de medio de integración de la voluntad contractual, y tiene un gran reconocimiento como norma de disciplina de las relaciones contractuales.

no satisface su interés, y que, por tanto, también entrañaría el ejercicio abusivo de un derecho por parte del deudor. Así, el parámetro de conducta que impone la buena fe tiene carácter recíproco, señalando los confines exactos de cuanto resulta exigible a cada una de las partes en la fase ejecutiva del contrato.

Finalmente, el fundamento que proponemos permite concretar, en casos específicos, principios que subyacen en regulaciones explícitas de nuestro derecho positivo y que son susceptibles de fundar la solución de otros supuestos no previstos, en cuanto entrañen la afirmación de los valores que le sirven de fundamento. A ese respecto cuadra tener particularmente en cuenta la *ratio* que inspira el art. 1522, y en especial la doctrina de la imprevisión que consagra el art. 1198 del Código Civil ⁴¹⁵.

En definitiva, la buena fe es un arquetipo o modelo de conducta social, que se proyecta al ámbito contractual, imponiendo lealtad en los tratos y proceder honesto, esmerado y diligente, fidelidad a la palabra dada, respeto a la confianza suscitada entre contratantes honestos y probos. Ése es el sentido que debe otorgársele a la fórmula de nuestro art. 1198: “Los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe y de acuerdo con lo que verosímelmente, las partes entendieron o pudieron entender obrando con cuidado y previsión”.

Pautas de esa naturaleza imposibilitan que una parte pretenda el cumplimiento literal del contrato, si la finalidad co-

⁴¹⁵ En el derecho comparado utilizan el criterio de buena fe como parámetro de interpretación, integración y normas de conducta de las partes contratantes, entre otros, el Código Civil (art. 1258) y Código de Comercio español (art. 57), el Código Civil italiano (arts. 1337, 1366, 1374 y 1375), el Código Civil portugués (art. 239), y el B.G.B. (arts. 157 y 242). Ha sido frecuentemente utilizado por la jurisprudencia española para admitir la cláusula *rebus* y la doctrina de la frustración del fin del contrato (C. DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, ob. cit., pág. 154 y ss.) y también por la jurisprudencia alemana para fundamentar la presuposición (K. LARENZ, *Base del negocio...*, ob. cit., pág. 171 y ss.).

mún que las impulsó a negociar se malogró, despojando al acuerdo del propósito práctico que sustentaba el interés del acreedor. Además, el estándar de referencia permite reconstruir la función concreta de un negocio, que no es sino el cúmulo de propósitos prácticos que las partes han fijado en él y a los que el ordenamiento ha otorgado efectos jurídicos ⁴¹⁶.

2.5. *Requisitos de procedencia*

Analizados los fundamentos que justifican la admisibilidad de la vicisitud que entraña la frustración del fin del contrato, y efectuado su cotejo con figuras afines de las que es preciso deslindarla, corresponde ahora nos aboquemos a perfilar los requisitos constitutivos de este supuesto de ineficacia contractual sobrevenida. Estimamos de trascendente importancia fijar en detalle cada uno de estos recaudos, para verificar si efectivamente puede decretarse la ineficacia contractual por frustración del fin del contrato, hipótesis que, no debe olvidarse, requieren de una interpretación restrictiva, por constituir una excepción al principio esencial de fidelidad a las convenciones libremente acordadas.

El estricto respeto de los recaudos de procedencia atenúa el peligro que se ha endilgado a la figura como factor de relajación del principio de fidelidad contractual. En caso de

⁴¹⁶ Los contratos, ha dicho A. CARLOMAGNO, ob. cit., pág. 48, “*se han hecho para cumplirse. Es el principio de buena fe y la ley de los pueblos fuertes que son siempre individualistas y que cumplen su palabra. Pero esta buena fe debe entenderse en un sentido amplio, es decir, en su verdadera acepción humana: tan buena fe debe ser para el deudor la intención de cumplir lo que promete, como para el acreedor, la de no creer que el primero haya de llevar su compromiso al extremo de arruinarse. Más aún, la verdadera buena fe del deudor, debe consistir en no prometer lo que humanamente es posible que no pueda cumplir. Además, es menester no confundir el respeto de la palabra dada con el misticismo de la palabra dada. Lo primero es lo correcto, más aún, es lo normal; lo segundo, en cambio, es antieconómico, más aún, es antivital*”.

duda, por ligera que ella sea, el viejo aforismo *pacta sunt servanda* debe imponerse con toda su fuerza, pleno de ética y juridicidad. La excepción, como cualquier otra, sólo debe servir para confirmar la regla que continúa presidiendo las relaciones contractuales como pilar básico de la vida en sociedad.

La configuración de esta contingencia requiere, según nuestra opinión, de precisos recaudos, que analizaremos a continuación.

2.5.1. *El negocio afectado*

Sólo un grupo específico de negocios puede verse afectado por la vicisitud objeto de nuestro estudio.

Ante todo debe tratarse de un contrato *válido*⁴¹⁷, esto es, perfeccionado de conformidad con las normas legales. Quedan por tanto excluidos los negocios en los que falten elementos integrantes, esenciales y constitutivos del contrato, hipótesis que podrían desembocar en otras vicisitudes generadoras de ineficacias, pero no en la analizada.

Los defectos del acto por incapacidad de las partes, inidoneidad del objeto, ilicitud o falsedad de la causa, vicios del consentimiento como el error, etcétera, son ajenos a la frustración del fin; eventualmente podrían generar inexistencia o nulidad del negocio, pero no su ineficacia.

Ya se ha señalado que aquellos son defectos contemporáneos a la formación del contrato, que afectan al acuerdo en su génesis. La frustración del fin, en cambio, compromete su eta-

⁴¹⁷ Confr. V. ESPERT SANZ, ob. cit., pág. 241 y ss., expresa: “*En la frustración el contrato nace perfectamente válido, pero pierde su capacidad de realizar un justo equilibrio de intereses con total detrimento del valor justicia a consecuencia de hechos sobrevenidos a su celebración*”; M. C. GIANFELICI, *La frustración...*, ob. cit., pág. 117 y ss.; J. M. APARICIO, *Contratos*, ob. cit., pág. 367 y ss.; J. M. GASTALDI, *La teoría de la causa-fin...*, ob. cit., pág. 807 y ss.; R. S. STIGLITZ, *La frustración del fin...*, ob. cit., pág. 940 y ss.; M. R. REY, ob. cit., pág. 24 y ss.

pa funcional: el negocio nace válido pero por circunstancias objetivas, presupuestas por las partes, sobrevenidas e imprevisibles, se ve imposibilitado de satisfacer el propósito práctico y básico que el acreedor pensaba aplicar a la prestación prometida por el deudor.

Además de válido, el contrato debe ser *bilateral*⁴¹⁸, es decir, ambas partes deben quedar comprometidas por obligaciones recíprocas e interdependientes. Dentro de esta categoría, el negocio ha de ser uno creditorio; debe generar obligaciones, pero no modificarlas ni extinguirlas; de lo contrario, no sería posible que la prestación se malogre.

De conformidad con la concepción amplia del contrato bilateral mayoritariamente admitida por nuestra doctrina, y que en nuestro caso adquiere singular trascendencia, el lazo de interdependencia no sólo debe vincular a las obligaciones creadas, sino también a las ventajas y atribuciones que el acuerdo procura a las partes⁴¹⁹, naciendo con él y perviviendo durante toda su vida (sinalagma genético y funcional). En ese sentido se ha dicho⁴²⁰ que la frustración del fin afecta o compromete el sinalagma funcional, es decir la normal y efectiva realización de la función de intercambio.

Esa corresponsabilidad, esa concatenación mutua de ventajas y sacrificios es la que admite la posibilidad de que una prestación posible y perfectamente hacedera pueda resultar al unísono inútil para el acreedor, pese a ser aún provechosa para el deudor.

Dentro de la categoría señalada, necesariamente el negocio será *oneroso*⁴²¹, esto es, ambas partes asumen un sacrificio

⁴¹⁸ Confr. J. M. APARICIO, *Contratos*, ob. cit., t. II, pág. 367 y ss.; J. M. GASTALDI, *La teoría de la causa-fin...*, ob. cit., pág. 807 y ss.; R. S. STIGLITZ, *La frustración del fin...*, ob. cit., pág. 940 y ss.

⁴¹⁹ Confr. por todos, J. M. APARICIO, *Contratos*, ob. cit., t. I, pág. 116 y ss.

⁴²⁰ J. M. APARICIO, *Contratos*, ob. cit., t. II, pág. 367.

⁴²¹ Confr. V. ESPERT SANZ, ob. cit., pág. 171 y ss.; M. C. GIANFELICI, *La frustración...*, ob. cit., pág. 117 y ss.; R. BREBBIA, *La frustración...*, ob. cit., pág. 883.

cio para conseguir la correlativa ventaja, equivalente o no, pero sí recíproca. Es decir, debe tratarse de un contrato de *cambio*, que entrañe un trueque de prestaciones interdependientes, con sacrificios y ventajas correlativos. Esa relación de intercambio de mutuas prestaciones de enriquecimiento, de correlativos sacrificios y beneficios es imprescindible para la consumación de la vicisitud. El fin del contrato se frustra cuando el deudor, que puede y está todavía dispuesto a realizar la prestación, se encuentra ante la circunstancia inesperada de que su sacrificio económico ya no interesa al acreedor. Éste, por su lado, resiste a sufrir el suyo, ante la eventualidad inesperada y sobrevenida de no obtener la ventaja convenida.

Sólo por excepción pueden quedar incluidos los contratos unilaterales onerosos (por ejemplo el mutuo feneraticio), pero no los gratuitos, pues en estos últimos el acreedor de la prestación deberá conformarse con la utilidad que ésta en definitiva le brinde, en tanto él no tiene que dar nada a cambio a la otra parte del contrato ⁴²².

Desde otro ángulo, y siempre dentro de la misma especie, el contrato deberá ser *conmutativo*, conociéndose desde el momento mismo de su perfeccionamiento la entidad de la relación entre sacrificios y ventajas que el negocio

⁴²² Es la opinión de la mayoría, por todos, M. C. GIANFELICI, *La frustración...*, ob. cit., pág. 118 y ss. En contra, R. S. STIGLITZ, *Objeto, causa...*, ob. cit., pág. 22 y ss., y N. NICOLAU, *La frustración...*, ob. cit., pág. 886 y ss., quienes incluyendo a los contratos gratuitos citan como ejemplo la donación de prestaciones periódicas y vitalicias cuyo móvil determinante era la situación de indigencia del donatario, si ese estado luego se supera por razones sobrevinientes y ajenas a las partes, recordando el supuesto planteado en ocasión del debate en las XIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil. Sin perjuicio de la solución que pudiere corresponder asignar al caso, estimamos, que no puede constituir un supuesto de frustración del fin, pues esta vicisitud aspira a tutelar el interés del acreedor (en el caso, el donatario) y no al deudor donante que no podría invocarla para liberarse de la prestación a su cargo. En el encuentro citado, una disidencia de la minoría aconsejó incluirlos: "II. *Ámbito de aplicación: 2.c. Disidencia: añaden también los contratos gratuitos*".

entraña ⁴²³. Los contratos aleatorios, aquellos en los que tal entidad no es factible de apreciación inicial, por depender de un acontecimiento incierto y futuro que los afecta en su configuración, sólo pueden quedar incluidos en el elenco de los eventualmente afectados, si la frustración del fin se produce por consecuencias extrañas al álea propia del contrato ⁴²⁴.

Finalmente, la prestación debida al acreedor, con la que estima alcanzar el propósito que lo impulsó a contratar, *debe prolongarse en el tiempo* ⁴²⁵, quedando excluidos los contratos de ejecución inmediata ⁴²⁶. Estos últimos, cuyo cumplimiento se verifica o comienza en el momento mismo de su perfeccionamiento, agotan en esa instancia su fase funcional, siendo

⁴²³ Con señalada precisión expresa V. ESPERT SANZ, ob. cit., pág. 174, “[...] *el contrato conmutativo ofrece unas condiciones teóricas adecuadas para la aplicación de la teoría de la frustración del fin: cuando circunstancias inesperadas y sobrevenidas alteren la fijeza con que se había previsto la recíproca onerosidad de las prestaciones, el contrato habrá cambiado de modo de ser, alterando su base objetiva, rompiendo el equilibrio de las prestaciones, haciendo entrar su ejecución literal en zonas de mala fe [...]*”.

⁴²⁴ El criterio que sustentamos es idéntico al adoptado por el art. 1198 del Código Civil en referencia a la teoría de la imprevisión, y ha sido defendido por la mayoría de la doctrina, por todos, N. NICOLAU, *La frustración...*, ob. cit., pág. 886. En la doctrina extranjera, C. DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, ob. cit., pág. 239 y ss., sostiene que la cuestión radica en analizar si las circunstancias sobrevenidas afectan al núcleo propio de aleatoriedad del contrato, si es así, deberá cumplirse a tenor de lo pactado sin posibilidad de revisión alguna, pero si lo acontecido afecta a otros aspectos de la obligación no expuestos al riesgo propio del negocio, sí podría ser de aplicación la cláusula *rebus*. Pues si bien es cierto en los contratos aleatorios hay un riesgo en función del cual las partes contratan, puede haber otro no tenido en miras, ni asumido, y entonces justificarse la revisión.

⁴²⁵ Confr. V. ESPERT SANZ, ob. cit., pág. 174 y ss.; A. ALTERINI, *Contratos*, ob. cit., pág. 457; M. C. GIANFELICI, *La frustración...*, ob. cit., pág. 118 y ss.; R. S. STIGLITZ, *La frustración...*, ob. cit., pág. 940 y ss.; R. BREBBIA, *La frustración...*, ob. cit., pág. 883; J. M. GASTALDI, *La teoría de la causa-fin...*, ob. cit., pág. 807 y ss.

⁴²⁶ Confr. V. ROPPO, *Il contratto*, ob. cit., pág. 1018 y ss., para quien el instituto sólo es admisible si aún no se ha cumplido la prestación, pues de lo contrario podría aplicarse a cualquier negocio en mengua de la seguridad jurídica.

imposible, por tanto, que el propósito práctico concertado pudiere alterarse por circunstancias sobrevenidas.

La frustración del fin es una contingencia que se produce entre el perfeccionamiento del acuerdo válido y el momento de su consumación definitiva por satisfacción íntegra de las prestaciones prometidas. Siendo ello así, los contratos que podrían quedar atrapados por tal contingencia son los de ejecución diferida -en los que media un plazo entre su perfeccionamiento y el inicio de la ejecución prestacional- y los de ejecución continuada o periódica, también llamados “de duración o de tracto sucesivo”, que contienen prestaciones cuya ejecución se prolonga en el tiempo.

El tiempo, condición inexorable para que en cualquiera de los casos indicados puedan producirse los efectos jurídicos proyectados por las partes al concertar el negocio, es también factor indispensable para la verificación de la vicisitud que analizamos. Sin un lapso más o menos extenso, resultaría imposible la alteración de las circunstancias objetivas presueltas por los contratantes al momento del perfeccionamiento negocial: debe haber solución de continuidad entre la consumación del negocio y su ejecución definitiva.

Ahora bien, aunque no formen parte de los contratos de ejecución continuada o periódica, estimamos comprendidos, en el elenco de los posibles afectados, a los que tengan por obligación típica la prestación de un resultado futuro, como ocurre, por ejemplo, con la locación de obra, en la que debe mediar un espacio de tiempo ineluctable entre el momento de celebración y el de su consumación definitiva, indispensable para alcanzar el *opus* proyectado.

En todos los incluidos, se advierte fácilmente que el tiempo puede influir para desvanecer el interés del acreedor en el cumplimiento de la prestación, tornando admisible, si se verifica el resto de los recaudos de procedencia, la frustración del fin ⁴²⁷.

⁴²⁷ C. DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, ob. cit., pág. 236, afirma que lo decisivo, lo esencial será que medie un espacio de tiempo entre la perfección y la

2.5.2. *Prestación pendiente de ejecución*

La prestación a cargo del deudor no debe estar íntegramente satisfecha ⁴²⁸, aunque resulta indiferente si el cumplimiento ha comenzado o no, pues aún pendiente, el fin negocial puede todavía malograrse.

Ello se debe a dos razones básicas: por una parte, la recepción de la prestación (el pago) torna definitiva la liberación del deudor ⁴²⁹; por otra, si el acreedor de la prestación la aceptó, es evidente que le resultó provechosa, o al menos la estimó útil; cualquier reclamo suyo posterior equivaldría a invocar la propia torpeza.

Además, si el hecho frustrante acontece luego de recepcionada la prestación, aunque ella no hubiere satisfecho el interés del acreedor, los riesgos relativos a las variaciones ulteriores son de cuenta exclusiva del propietario de la prestación ⁴³⁰. Es que una vez que ésta ha sido satisfecha, el contrato agotó su función al haberse alcanzado el propósito práctico fijado por las partes en el acuerdo.

ejecución, lo que se llama una *distancia temporis* entre la conclusión y la ejecución; no interesa si una o ambas partes están obligadas a cumplir a lo largo del tiempo, pero sí es imprescindible que la prestación diferida sea la principal, no la accesorio.

⁴²⁸ Confr. V. ESPERT SANZ, ob. cit., pág. 262 y ss.; C. DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, ob. cit., pág. 257, indica que darle carácter retroactivo a la aplicación de la cláusula *rebus* y permitir modificar obligaciones ya cumplidas, atentaría contra la seguridad jurídica; K. LARENZ, *Base del negocio...*, ob. cit., pág. 195, para quien resulta indiferente que el cumplimiento haya comenzado. Según vimos en los antecedentes legislativos, el requisito de la pendencia de ejecución de la prestación a cargo del deudor, aparece expresamente consagrado en el § 378 del *Landrecht* prusiano. En la doctrina nacional, J. M. APARICIO, *Contratos*, ob. cit., t. II, pág. 367; M. C. GIANFELICI, *La frustración...*, ob. cit., pág. 119.

⁴²⁹ J. J. LLAMBIAS, ob. cit., t. II-B, pág. 260.

⁴³⁰ F. GALGANO, *El negocio jurídico*, ob. cit., pág. 507.

2.5.3. *Presencia de un fin contractual*

Como expresáramos analizando las nociones básicas, esta vicisitud requiere el malogro del fin negocial. Es por tanto ineludible que el contrato esté *dotado de ese fin*⁴³¹; a este elemento esencialísimo lo hemos caracterizado como “el propósito práctico, básico o elemental, que la parte acreedora aplicará a la prestación prometida por el deudor, si ese propósito es también aceptado, o presupuesto por este último, elevándose a fin de todo el negocio”.

Así, el fin del negocio es ese resultado empírico para el que sirve el acuerdo en la vida real de los contratantes que lo celebran, permitiendo que aquel cumpla su función vital. Entraña el destino peculiar que el acreedor piensa asignarle a la prestación debida por el deudor, conocida y admitida por este último. Es ese elemento que, desprendido del puro subjetivismo y unilateralidad, ha cobrado cierto objetivismo y bilateralidad, convirtiéndose en fin del contrato todo.

En los celebérrimos “Casos de la Coronación”, referidos entre los antecedentes jurisprudenciales extranjeros⁴³², además de la típica *causa locandi* que estriba en la cesión del uso de una cosa por un cierto tiempo y precio, hubo algo más añadido: el insólito destino que se previó para el uso de la ventana (presenciar la procesión real), una aplicación especial, subjetiva y atípica, que aunque silenciada en el texto negocial, seguro anidó en la conciencia de las partes, impulsándolas a la consumación del acuerdo, debido al inhabitual acontecimiento que conmocionaba la capital británica.

Ese “peculiar” propósito es el que debe presentar el contrato, el que debe aislarse en el análisis pormenorizado de su estruc-

⁴³¹ Como expresa J. M. APARICIO, *Contratos*, ob. cit., t. II, pág. 367 y ss., el recaudo plantea el interrogante de precisar qué debe entenderse por fin del contrato.

⁴³² Véanse nuestros comentarios al tratar el punto 1.1.2. del capítulo II de este trabajo.

tura, para verificar si malogrado ese resultado esperado por las partes, corresponde decretar la ineficacia del convenio.

Ahora bien, no cualquiera de los múltiples y difusos propósitos que moren en la conciencia del individuo puede ser considerado “fin del contrato”, aunque fuere conocido y hasta aceptado expresa o tácitamente por la otra parte.

Ya hemos dicho anteriormente que los fines mediatos -los llamados móviles personales-, aquellos que quedan en la psiquis del individuo, al punto de no influenciar, determinar o modificar los elementos esenciales y los efectos del acuerdo, serán jurídicamente irrelevantes, si no fue intención de las partes apoyar en ellos el propósito perseguido y los efectos del negocio concertado.

Por ello, aun cuando el motivo íntimo haya invadido el campo cognoscitivo de la otra parte, no radica allí el aspecto sustantivo de la cuestión, sino en verificar si tal finalidad incidió en la determinación de celebrar el negocio y fijar su contenido y efectos. Por caso, el jinete que adquiere un caballo de carrera para montarlo, aunque hubiere comunicado tal circunstancia al vendedor, si luego sufre un accidente que le impide dedicarse a esa actividad, no podría sostener que se ha malogrado el propósito empírico del acuerdo, pues esa proyección personal no ha trascendido el campo de los motivos netamente individuales del comprador, siendo por tanto un fin mediato, irrelevante jurídicamente, al no integrar los elementos esenciales ni producir los efectos naturales del negocio celebrado.

Como conclusión, ni la finalidad *inmediata*, que persigue el cumplimiento de la prestación básica a cargo de la otra parte en un contrato específico, genérica, propia, uniforme, igual para todos los negocios de esa naturaleza, que se repite cada vez que la figura se utiliza, y que se ha identificado con la causa (verbigracia, en la locación, usar y gozar de la cosa por el pago de un precio cierto en dinero), ni las finalidades *mediatas*, vinculadas a los motivos personales (habitar el inmueble, explotar en él un comercio, etcétera), que anidan en la conciencia íntima del acreedor, constituyen el fin del con-

trato, en el sentido que es dable asignar a la expresión como recaudo imprescindible de la contingencia que estudiamos. Si hubiere que definirlo por su ubicación, podría decirse que el “fin del contrato” es el *tertium genus* entre la causa como requisito de validez y los simples motivos, siempre desdeñados como intrascendentes para el derecho.

Desde un punto de vista estrictamente *subjetivo*, el fin del contrato es el motivo o móvil jurídicamente relevante, que integrado al contenido del negocio ha influido sustancialmente en su perfeccionamiento, en sus elementos esenciales y en los efectos proyectados por las partes.

Desde un ángulo estrictamente *objetivo*, es el resultado empírico perseguido por las partes para satisfacer el interés del acreedor con la prestación del deudor, y supone la subsistencia de ciertas circunstancias objetivas tenidas en mira por los otorgantes para determinar la celebración, el contenido y las consecuencias del negocio celebrado. Si estas se alteran o modifican durante su ejecución, lo desprovveen de su razón de ser o sentido originarios.

Volviendo a los reiteradamente citados “Casos de la Coronación”, es indudable que ambas partes celebraron el acuerdo descontando la consumación de los festejos proyectados por la asunción real. Sin esta circunstancia presupuesta, la locación de las ventanas para presenciar el desfile, un destino de uso de por sí insólito, no se hubiere celebrado. Pero la inesperada enfermedad del Rey, mutó las circunstancias presumidas por las partes, y aplazados los fastos reales, el negocio quedó desprovisto del resultado empírico proyectado e insatisfecho el interés del arrendatario.

La modificación fáctica que produce la dolencia real y la consecuente cancelación de la procesión organizada, alteraron las circunstancias objetivas tenidas en mira por las partes para concertar el acuerdo, y expandieron sus efectos a la faz subjetiva, pues a partir de ese momento, debido a un factor exógeno, ajeno a la voluntad de los otorgantes, el fin del contrato, ese resultado empírico perseguido, perdió por completo su razón de ser.

2.5.4. *Prestación aún posible*

Ya hemos distinguido a la frustración del fin del contrato de la imposibilidad de cumplimiento, afirmando que aunque pueda *prima facie* estimárselas similares, poseen una divergencia esencial: en la primera desaparece el interés del acreedor en la prestación privándola de sentido; en la segunda, en cambio, la prestación misma deviene irrealizable ⁴³³.

En la frustración del fin la prestación es perfectamente hacedera, pero el acreedor está desinteresado en ella, pues el propósito práctico, el resultado básico que impulsara a las partes a contratar, se ha tornado inútil o carente de interés para el acreedor ⁴³⁴.

Aún siendo posible el cumplimiento de la prestación, si ésta ha devenido infructuosa para el acreedor, es obvio que el fin perseguido en el contrato no se alcanzará, y lastimaría el principio cardinal de buena fe la ejecución literal del convenio en aras del respeto a la fidelidad contractual. Es que el fin del contrato sólo se consigue exitosamente, si el negocio se ejecuta de buena fe.

2.5.5. *Desvanecimiento del interés del acreedor*

La frustración del fin del contrato sólo se justifica si desaparece el interés del acreedor en la ejecución de la prestación, por devenir inaprovechable, de conformidad con su naturaleza o el acuerdo inequívoco de las partes.

⁴³³ Afirma M. C. GIANFELICI, *La frustración...*, ob. cit., pág. 119 y ss., que si la prestación ya no fuere posible existiría imposibilidad de pago, vicisitud que absorbe a la frustración del fin.

⁴³⁴ Criticando la sentencia del Tribunal Supremo Español del 9/12/1983, R. DE ÁNGEL YAGUEZ - M. ZORRILLA RUIZ, ob. cit., pág. 200, estiman que “cuando se invoca la teoría de la frustración del fin, es irrelevante que la prestación que incumbe al deudor se haga imposible o inexigible”.

Ya hemos dicho que la figura tiende a tutelar el interés del acreedor en la prestación, de modo que si aquel desaparece, al resultar inalcanzable el propósito práctico perseguido, el negocio deviene ineficaz. Entiéndase bien: el resultado empírico proyectado es compartido por ambas partes, pero el interés tutelado es el del acreedor. Si circunstancias sobrevenientes, imprevisibles y ajenas a la voluntad de ambos, malogran el propósito empírico y desinteresan al acreedor en su ejecución, podrá declararse la ineficacia del negocio.

Ahora bien, la frustración del propósito práctico, básico y elemental que el acreedor proyectaba aplicar a la prestación a cargo del deudor, debe ser real y efectiva, es decir, *actual*; no basta que la consumación de aquel resultado empírico esté en grave peligro de no verificarse⁴³⁵. No es suficiente la mera eventualidad de que pudiere sobrevenir la desaparición del fin del contrato, por inminente que sea; es necesario que se encuentre ya producida, pues de lo contrario se afectaría en grado sumo la seguridad jurídica⁴³⁶.

Ahora bien, el desinterés del acreedor puede tener, según nuestra opinión, carácter *definitivo* si el fin negocial es de imposible consecución actual o ulterior, o *temporario*, si resultare inalcanzable actualmente pero posible en el futuro, una vez despejada la variación de las circunstancias presueltas por las partes al contratar, que impidieron su consumación tal como se había previsto inicialmente en el acuerdo⁴³⁷.

⁴³⁵ Es la opinión de KRÜCKMANN, citado por K. LARENZ, *Base del negocio...*, ob. cit., pág. 162.

⁴³⁶ Confr. K. LARENZ, *Base del negocio...*, ob. cit., pág. 165; M. C. GIANFELICI, *La frustración...*, ob. cit., pág. 122 y ss.

⁴³⁷ H. ACCIARRI - S. BONIFAZI, ob. cit., pág. 818: opinan que “[...] *la frustración puede ser temporal cuando una prestación sería inútil si se ejecuta en el momento pactado, pero no un tiempo después [...]*”; en contra, M. C. GIANFELICI, *La frustración...*, ob. cit., pág. 122, para quien “*la mera imposibilidad temporaria de alcanzar el fin del contrato es irrelevante*”; A. ALTERINI, *Contratos*, ob. cit., pág. 457, N° 22, expresa que “*cuando la frustración de la finalidad es temporaria, se aplican las reglas de la suspensión del cumplimiento*”.

Así, por ejemplo, continuando con los “Casos de la Coronación”, resulta una obviedad que, si en lugar de demandarse judicialmente, las partes involucradas hubieren aguardado a la reprogramación del desfile real, que efectivamente se realizó el 9 de agosto de 1902, el propósito empírico fijado originariamente en el negocio hubiere podido ser satisfecho más tarde, y así permitir la conservación del contrato, sin las inevitables consecuencias perniciosas propias de la resolución contractual.

Va de suyo que si el propósito práctico que anima a las partes, resulta inoperante en momento posterior, como ocurriría por ejemplo en prestaciones de obligaciones con plazo esencial, la pérdida del interés del acreedor sería definitiva, y no quedaría más remedio que invocar la causal de ineficacia negocial.

2.5.6. *Advenimiento de circunstancias imprevisibles*

La pérdida de interés del acreedor debe presentarse con posterioridad al perfeccionamiento del contrato, es decir, debe operarse por acontecimientos o transformaciones sobrevinientes, que sean ajenos a la voluntad de las partes e imprevisibles⁴³⁸. Es justamente ese cambio de las circunstancias existentes al momento de la celebración del contrato lo que determina la pérdida del interés del acreedor, al resultar malogrado el fin del negocio.

Este presupuesto requiere de algunas precisiones:

⁴³⁸ Confr. M. C. GIANFELICI, *La frustración...*, ob. cit., pág. 121; J. M. APARICIO, *Contratos*, ob. cit., t. II, pág. 367 y ss.; N. NICOLAU, *La frustración...*, ob. cit., pág. 887; N. SILVESTRE - J. C. KING, *La frustración...*, ob. cit., pág. 850; J. M. GASTALDI, *La teoría de la causa-fin...*, ob. cit., pág. 807 y ss.; R. S. STIGLITZ, *La frustración...*, ob. cit., pág. 941 y ss.; R. BREBBIA, *La frustración...*, ob. cit., pág. 884.

El hecho que coadyuva y desencadena la alteración de las circunstancias objetivas tenidas en mira al momento de contratar, debe ser *ajeno, externo, extraño* a las partes vinculadas. Es decir, los contrayentes no deben haber participado u ocasionado su producción, y sin embargo ellas deben repercutir en el negocio. Verbigracia, constituyó un hecho de esa naturaleza, extraña y ajena a la voluntad de las partes, la enfermedad de Eduardo VII en los “Casos de la Coronación”, tantas veces aludidos. De lo contrario, mediaría dolo o culpa de las partes en su verificación, y la vicisitud no sería admisible, si por ejemplo, los locatarios hubieren desistido unilateralmente de presenciar el cortejo real.

No interesa la naturaleza de los hechos sobrevenidos que afecten el fin del negocio: pueden ser de índole humana, natural, técnicos, económicos, normativos, políticos, etcétera ⁴³⁹. Lo trascendente es que tengan virtualidad de afectar ese *status quo* que los contratantes presumieron inalterable hasta la ejecución definitiva. De allí que el ordenamiento jurídico subordine la juridicidad del contrato a que tal mutación no se produzca ⁴⁴⁰.

Además, el hecho debe ser *sobreveniente*, es decir, acaecido entre el perfeccionamiento del contrato y el cumplimiento de la prestación. Los hechos ya existentes al momento de celebración no podrán invocarse, aunque se cumpliere el resto de los requisitos de admisibilidad ⁴⁴¹.

⁴³⁹ V. ROPPO, *Il contratto*, ob. cit., pág. 1025 y ss.; C. DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, ob. cit., pág. 258 y ss.

⁴⁴⁰ Este fue el aporte central de la cláusula *rebus sic stantibus*. Sobre las circunstancias, como requisito del acto jurídico, E. BETTI, *Teoría general del negocio jurídico*, ob. cit., pág. 166 y ss; F. LÓPEZ DE ZAVALÍA, ob. cit., pág. 51 y ss.

⁴⁴¹ C. DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, ob. cit., pág. 256 y ss.; DIEZ PICAZO Y PONCE DE L. LEÓN - E. ROCA - A. MORALES MORENO, ob. cit., pág. 295, estiman que si el cambio de circunstancias se hubiere producido con anterioridad, o contemporáneamente a la celebración del contrato, podría aplicarse la teoría del error, si se dan el resto de sus requisitos de procedencia. Por excepción, los principios de UNIDROIT (art. 6.2.2.a) admiten la posibilidad de que acaecidos antes, fueren conocidos después por la parte en desventaja.

Es indispensable también que sean *imprevisibles*, esto es, imposibles de representarse razonablemente, según un criterio de lógica común, como algo posible de ocurrir ⁴⁴². El hecho es imprevisible si pese a la diligencia en consideración al tiempo, lugar y persona, las partes no pudieron prever que se modificaría la base con relación a la cual negociaron. Por ejemplo, si se contratara un viaje de placer a realizarse por la Riviera francesa luego de un plazo convenido, y al tiempo de partir la excursión se desatara una guerra, se trataría de una alteración de circunstancias imposibles de prever, pero no podría concluirse lo mismo si el viaje se proyectara a Tierra Santa.

Por tanto, las transformaciones previsibles, aun sin mediar culpa de los contratantes, deben ser soportadas por la parte que las sufre. El principio de autoresponsabilidad privada les impone asumir este tipo de contingencias, que integran el riesgo o álea normal del negocio ⁴⁴³.

El justo medio parece ser el parámetro más aconsejable; no se debe exigir una imprevisibilidad absoluta ⁴⁴⁴, sino una razonable, según la naturaleza de los hechos y las condiciones que concurren en cada caso. En definitiva, como se ha dicho con aguda elocuencia ⁴⁴⁵, la vicisitud procedería cuando el contrato se haya celebrado como si tal cambio no fuese a darse, o como si aún producido, no fuese a influir sobre el mismo.

⁴⁴² En contra, M. R. REY, ob. cit., pág. 28, sostiene, en una aislada postura doctrinal, que “*la imprevisibilidad es un recaudo ajeno al instituto puesto que en sustancia, la alteración de la base objetiva del negocio, que provoca el fracaso del fin involucra a todos los contratantes y, consecuentemente, la imprevisibilidad, el obrar imprudente, sería imputable a ambos y jurídicamente de efecto neutro*”. No compartimos la opinión, pues la frustración del fin no admite para su configuración que medie culpa de parte del deudor, sino solamente que se desvanezca el interés del acreedor, al desaparecer el propósito empírico que animó a las partes a contratar.

⁴⁴³ Confr. K. LARENZ, *Base del negocio...*, ob. cit., pág. 168 y ss.; L. DIEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Fundamentos...*, ob. cit., t. II, pág. 872 y ss.; R. FONTANARROSA, *Derecho comercial argentino*, Buenos Aires Zavalía, 1989, t. II, pág. 119.

⁴⁴⁴ En contra, M. C. GIANFELICI, *La frustración...*, ob. cit., pág. 84 y ss.

⁴⁴⁵ Confr. C. DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, ob. cit., pág. 261 y ss.

Ahora bien, según nuestra opinión, no es necesario que los hechos sean *extraordinarios*, es decir, raros de manifestarse, extraños al curso normal de los acontecimientos, irrepetibles con frecuencia o regularidad ⁴⁴⁶.

En la teoría de la imprevisión, según la fórmula que adopta el art. 1198 del Código Civil, los acontecimientos que tornan excesivamente onerosa la prestación a cargo de una de las partes, deben revestir el carácter de *extraordinarios* e *imprevisibles*. Ello así, porque los hechos alcanzados por este instituto entrañan, normalmente, una alteración que corrompe el orden económico imperante con efecto expansivo sobre toda la comunidad, afectando a una numerosa categoría de sujetos, vinculados por negocios patrimoniales de cierta importancia. Esas circunstancias sobrevenidas tienen como característica esencial su *generalidad*.

En la frustración del fin, en cambio, los hechos que alteran las circunstancias objetivas tenidas en mira por las partes al contratar, sólo comprometen a *un* negocio en especial, el que ha visto malogrado su fin. Se caracterizan, por tanto, por su *particularidad*.

A ese respecto, no debe perderse de vista que el frustrado es el propósito práctico, básico, elemental, que las partes asignaron a *un* contrato en especial: el que ellas celebraron, sin consecuencias proyectadas a otros negocios.

Lo imprevisible se acerca más a consideraciones de índole subjetiva, pues presupone consideración de las facultades de

⁴⁴⁶ R. L. LORENZETTI, *La emergencia económica...*, ob. cit., pág. 255, lo ha dicho claramente: “*Los acontecimientos de la imprevisión, deben ser, siempre ‘extraordinarios e imprevisibles’, lo que no siempre es necesario en el caso de la frustración*”. En contra, R. BREBBIA, *La frustración...*, ob. cit., pág. 884, sostiene que debe aplicarse la misma fórmula exigida para la imprevisión, por lo que “*no son dos requisitos separados sino que constituyen una fórmula integrada, deben ser excepcionales y de proyección general entendiéndose por tal, que deben haber podido afectar a cualquier persona que se hubiere encontrado en la misma situación de las partes del negocio*”; M. C. GIANFELICI, *La frustración...*, ob. cit., pág. 85 y ss.

diligencia y celo de los involucrados y de la posible existencia o no de un deber de previsión, mientras que lo extraordinario presenta una naturaleza objetiva, casi de carácter estadístico.

Como el art. 1198 del Código Civil los exige de modo acumulativo para la imprevisión, es frecuente que la doctrina los confunda haciéndolos aparecer inescindibles ⁴⁴⁷. Sin embargo no lo son: hay circunstancias previsibles y extraordinarias (por ejemplo, los efectos de una guerra), y al contrario, sucesos imprevisibles y ordinarios (el encarecimiento de una mercadería a consecuencia de factores climáticos).

En la frustración del fin del contrato, estimamos, el acontecimiento podría ser ordinario, y pese a ello imprevisible, verbigracia, la baja inesperada del precio de un producto por la aparición de otro que lo sustituya; la merma considerable del flujo hídrico de un río que proveía ese vital elemento al ganado vacuno criado en el inmueble locado, motivado por inesperados cambios climáticos, etcétera. Circunstancias de este jaez posibilitarían invocar la frustración del fin, debiendo los tribunales atender a la previsión de una persona razonable que se hallare en idéntica situación. Una persona media, ni demasiado previsora ni especialmente imprevisora.

Finalmente, la variación de las circunstancias *no debe formar parte del riesgo* asumido en el contrato por parte de quien alega la frustración del fin ⁴⁴⁸.

Quedan por tanto excluidos todos aquellos supuestos en los que los acontecimientos sobrevenidos formen parte del álea o riesgo normal del negocio porque hayan sido expresamente asumidos por las partes, o porque pertenezcan al tipo legal seleccionado ⁴⁴⁹.

⁴⁴⁷ Confr. V. ROPPO, *Il contratto*, ob. cit., pág. 1025; P. TARTAGLIA, ob. cit., pág. 162 y ss.; A. PINO, ob. cit., pág. 74 y ss.

⁴⁴⁸ J. M. APARICIO, *Contratos*, ob. cit., t. II, pág. 368; C. DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, ob. cit., pág. 268 y ss.

⁴⁴⁹ Entre otros ordenamientos exigen tal recaudo, el art. 1467 del Código Civil italiano para la excesiva onerosidad sobrevenida, el § 313 del B.G.B. y el art. 6.1.1.1.2.c de los Principios de UNIDROIT.

Ahora bien, para que resulte inaplicable la doctrina de la frustración del fin será indispensable que el riesgo previsto y asumido por los contratantes o fijado en el ordenamiento para el tipo legal elegido, coincida exactamente con el acontecimiento acaecido que provoca el malogro del propósito contractual. Por tanto es indispensable indagar el contenido del contrato para determinar si las partes han asumido o no algún riesgo, si el ordenamiento positivo prevé tal asunción, si existe identidad entre lo previsto y lo sucedido, etcétera, tarea indelegable de los jueces antes de decretar la frustración del fin.

Sabido es que aun los contratos conmutativos poseen un álea natural que forma parte inescindible de ellos, pues ni los otorgantes ni el derecho positivo pueden prever absolutamente todas las contingencias que pueden afectarlos, ni conocer todo el porvenir que podría incidir en la normal y efectiva realización de su función de intercambio. Por tanto, si el cambio de circunstancias derivare de tal riesgo natural, la frustración del fin sería inadmisibile.

2.5.7. Inimputabilidad de las partes

Finalmente, la frustración del fin no puede derivarse de inconductas contractuales de los otorgantes.

No puede soslayarse que entre la frustración del fin del contrato y la resolución por incumplimiento existen algunas semejanzas ya que ambas hallan su fundamento en la interdependencia funcional de las prestaciones ⁴⁵⁰ generando una acción a favor del acreedor diligente para peticionar la ineficacia retroactiva del negocio, aunque de alcance limitado.

Sin embargo, presentan diferencias de requisitos y consecuencias jurídicas. En cuanto a los recaudos de proceden-

⁴⁵⁰ Confr. A. RAMELLA, ob. cit., pág. 128 y ss.

cia: el pacto comisorio requiere del incumplimiento imputable del deudor; la frustración del fin, sólo de circunstancias sobrevenidas, imprevisibles, no imputables a ninguna de las partes; en cuanto a sus efectos: en el pacto comisorio, el deudor debe resarcir al acreedor los daños que le ha causado con su incumplimiento culposo; en la frustración del fin, el acreedor sólo debe reembolsar al deudor los gastos que hubiere sufragado para cumplir la obligación a su cargo.

Y así, si el malogro del fin procede del incumplimiento imputable al deudor, en especial en obligaciones de plazo esencial (como ocurriría, por ejemplo, con el servicio de lunch programado para una fecha específica) ⁴⁵¹, tal evento tornaría aplicable el régimen de la resolución por incumplimiento regulado en el art. 1204 del Código Civil y no la figura de la frustración del fin en sentido estricto ⁴⁵².

Y además, para que la frustración del fin sea relevante, el desinterés del acreedor en el cumplimiento de la prestación no le debe ser imputable. Específicamente, el acreedor no debe hallarse en mora *solvendi* ni *accipiendi* con relación a la prestación a su cargo ⁴⁵³.

Este último recaudo es de toda justicia, pues el deudor no tiene por qué soportar ninguna conducta contractual del afectado. Ahora bien, si la mora del acreedor se verifica con

⁴⁵¹ A. RAMELLA, *La resolución por incumplimiento*, Buenos Aires, Astrea, 1979, pág. 100 y ss.

⁴⁵² Así lo exigen las XIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Buenos Aires, 1991: "II. b. Por mayoría: existencia de un acontecimiento anormal, sobreviniente, ajeno a la voluntad de las partes, que no haya sido provocado por ninguna de ellas, que no haya sido generado en la mora de ellas [...]". En idéntico sentido, A. ALTERINI, *Contratos*, ob. cit., pág. 457; J. M. APARICIO, *Contratos*, ob. cit., t. II, pág. 367; M. C. GIANFELICI, *La frustración...*, ob. cit., pág. 367 y ss.

⁴⁵³ En la doctrina nacional, M. C. GIANFELICI, *La frustración...*, ob. cit., pág. 85 y ss.; J. J. LLAMBÍAS, ob. cit., t. I, pág. 273; R. FONTANARROSA, ob. cit., t. II, pág. 119. Específicamente en relación a la frustración del fin lo adelantó K. LARENZ, *Base del negocio...*, ob. cit., págs. 169 y 226.

posterioridad al evento frustrante, su inconducta -al igual que en la teoría de la imprevisión- resulta intrascendente ⁴⁵⁴.

2.6. *Ámbito de aplicación*

2.6.1. *Reglas generales*

Concurriendo la totalidad de los recaudos que hemos analizado anteriormente, la frustración del fin es aplicable a cualquier contrato, típico o atípico.

Sin dudas que el requisito crucial que limita enormemente la viabilidad de la figura es el referido al malogro del fin contractual, esto es, la imposibilidad de realizar ese propósito práctico, básico o elemental que el acreedor tiene proyectado aplicar a la prestación prometida por el deudor.

En la verificación de ese elemento esencial es donde deben extremar ponderación y prudencia, análisis serio y preciso, doctrinarios y especialmente jueces, para evitar sucumbir ante la frecuente tentación de estimar “fin del contrato” lo que en realidad no lo es, o sólo constituye un móvil personal, intrascendente para el derecho, cuya verificación es un riesgo que cada otorgante debe soportar de modo exclusivo.

Una postura permisiva equivaldría a abrir una amplia brecha para encauzar cualquier reclamo, enderezado a respetar la fidelidad contractual sólo en supuestos de conveniencia, con grave afectación a la seguridad jurídica y al valor del contrato mismo como eficaz instrumento de realización de operaciones jurídico-patrimoniales. Precisamente este peligro es el señalado con mayor asiduidad por quienes adoptan una postura negatoria con relación a la frustración del fin del contrato.

⁴⁵⁴ Así lo ha resuelto la jurisprudencia, “Carrefour Argentina S.A. c/ Kids Co. S.R.L.”, L.L. 1995-C-18, comentado en nuestras reseñas jurisprudenciales, en punto 1.2.4. del capítulo II de este trabajo.

En nuestra opinión ese temperamento ha encontrado sustento en las graves confusiones en las que se ha caído frecuentemente, por no respetar aquella premisa básica de procedencia: precisar si el negocio está realmente dotado de un fin común perseguido por las partes.

Otro elemento entorpecedor en el proceso evolutivo de la figura, que ha impulsado las detracciones de las que ha sido objeto, lo constiuye, según nuestra opinión, haber identificado la frustración “del fin” con la frustración de la “causa-fin”, en lugar de asignarle un fundamento autónomo, despojado de las interminables controversias a las que ha dado pábulo la causa del negocio jurídico. Por ello, creímos imprescindible rescatar un concepto categórico de fin del contrato y sustentar su fundamento en el principio cardinal de buena fe.

Concepto clave para deslindar el ámbito de aplicación de la figura lo constituye sin duda la “fungibilidad de la prestación”, entendida como el cúmulo de utilidades o provechos que se pueden brindar al acreedor. Es evidente que a mayor fungibilidad entre las utilidades o provechos posibles que la prestación puede otorgar al acreedor para satisfacer su interés, menor será la posibilidad de aplicar al caso la vicisitud de la frustración del fin; y viceversa, a menor fungibilidad de la utilidad de la prestación, esto es a su mayor especificidad, incrementada se verá la posibilidad de aplicar la figura ⁴⁵⁵.

De este modo, y como fórmula de excepción, no parece posible que el acreedor de una prestación de entregar sumas de dinero pueda invocar con éxito la frustración del fin ⁴⁵⁶, dadas las infinitas utilidades que este presenta en la vida

⁴⁵⁵ Confr. V. ESPERT SANZ, ob. cit., pág. 186; M. C. GIANFELICI, *La frustración...*, ob. cit., pág. 124 y ss.

⁴⁵⁶ J. C. RIVERA, “La relación entre la frustración...”, ob. cit., pág. 64, expresa: “*En principio la teoría de la frustración del fin no se aplica a la compraventa, dado que se trata de un contrato instantáneo, y generalmente la finalidad perseguida por el comprador es indiferente para el vendedor*”.

negocial: comprar alimentos, cancelar deudas, hacer una inversión, salvo, claro está, que las partes hayan previsto una utilidad específica como contenido del contrato.

En el otro extremo del abanico se encontrarían los contratos generadores de obligaciones de dar (verbigracia, transferir el uso y goce, como ocurre en la locación de cosas) o de hacer (verbigracia, conseguir un resultado, como ocurre en la locación de obra), mucho más sensibles a padecer la contingencia que analizamos. Prueba de ello lo constituye el elenco de precedentes jurisprudenciales que hemos analizado en el capítulo II de este trabajo.

2.6.2. Contratos de contenido predispuesto, de consumo y mercantiles

Los contratos por adhesión ⁴⁵⁷ o negocios de contenido predispuesto, son aquellos en los que sus cláusulas son preformuladas por una de las partes. Ese conjunto de reglas o cláusulas se denominan “condiciones generales” cuando son preestablecidas para integrar una masa o serie de contratos que el predisponente (empresas, grupos o ramas de actividad comercial o industrial), eventualmente se propone celebrar. Así, el contrato por adhesión a condiciones generales, es usualmente preformulado por el contratante mejor organizado, de mayor poder económico y capacidad técnica y tecnológica, llamado estipulante. El otro polo de la relación, co-

⁴⁵⁷ Confr. M. GARCÍA AMIGO, *Condiciones generales de los contratos*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1969, pág. 135 y ss.; F. DE CASTRO Y BRAVO, *Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes*, Madrid, Civitas, 1985, pág. 12 y ss.; R. FONTANARROSA, *Derecho Comercial argentino. Doctrina general de los contratos comerciales*, Bs. As., Zavallía, 1979, t. II, pág. 91 y ss.; C. VALLESPINOS, *El contrato por adhesión a condiciones generales*, Buenos Aires, Universidad, 1984, y “La libertad en la contratación contemporánea”, L.L., 1984-A-886; J. M. APARICIO, *Contratos*, ob. cit., t. I, pág. 299 y ss.

nocido como adherente, asume una actitud pasiva de mera aceptación de ese contenido estereotipado, sin posibilidad alguna de discusión ni modificación.

Más allá de que esta modalidad responda a ineludibles exigencias del mercado, que imponen contratos masificados, uniformes, de rápida conclusión y simplificada negociación propias de la vida moderna, lo cierto es que analizados con realismo, constituyen una hipótesis de innegable desequilibrio entre los contratantes, puesto que una parte termina imponiendo el contenido del acuerdo, y la otra aceptándolo inexorablemente, con mengua de su libertad contractual. Si a ello se agrega que muchas veces el adherente se ve obligado a procurarse bienes y servicios indispensables para la vida diaria con predisponentes que gozan de situaciones oligopólicas o monopólicas en el mercado, puede llegarse a la extrema contingencia que el adherente vea incluso coartada su libertad de no contratar.

La fisonomía propia que caracteriza a este tipo de negocios ha posibilitado que la doctrina los observe con cierto desfavor, y exiga un trato más riguroso al estipulante. Ese temperamento se advierte incluso en la legislación comparada que reguló la figura ⁴⁵⁸.

Desde esa perspectiva, se ha pensado ⁴⁵⁹ que en los contratos por adhesión a condiciones generales, la preponderancia negocial del estipulante le acarrea la carga implícita de

⁴⁵⁸ La han consagrado a través de leyes especiales, Israel en 1964, Alemania en 1976, Francia en 1978, Austria en 1979 y España en 1984. Confr. J. M. APARICIO, *Contratos*, ob. cit., t. I, pág. 312 y ss. En el orden interno no tenemos una legislación específica sobre la materia. El art. 1157 del Proyecto de Unificación de 1987 proyectaba una disposición tildada por todos de incompleta. La laguna ha sido parcialmente colmada a través de la ley 24.240 de Protección al Consumidor, cuyo art. 37 caracteriza las cláusulas abusivas, vedándolas para los contratos de consumo, sean o no por adhesión a condiciones generales. Además, en los arts. 38 y 39 se establece un régimen de control del contenido contractual.

⁴⁵⁹ A. RINESSI, "La frustración del fin en los contratos con contenido pre-dispuesto", L.L., 1993-B-853; H. ACCIARRI - S. BONIFAZI, ob. cit., pág. 812 y ss.

asumir el álea de la frustración del fin del negocio ⁴⁶⁰. En otras palabras, la posición preeminente del estipulante, como responsable de la redacción de las cláusulas contractuales, le obliga a adoptar los recaudos necesarios para evitar este tipo de contingencia, por lo que le estaría vedado invocar la frustración del fin del contrato predispuesto, si no hubiere incluido expresamente en su texto el propósito práctico que persigue ⁴⁶¹.

Como autor de una operatoria negocial seriada, poseedor de estudios económicos e informaciones probabilísticas referidas a los contratos estandarizados que celebra, el predisponente estaría obligado a tomar los recaudos indispensables para enervar contingencias sobrevenidas que pudieren afectar el negocio concertado.

Ahora bien, si de conformidad con lo expresado anteriormente resulta indiscutible que este tipo de contratos merece un tratamiento especial en defensa de los derechos del adherente, tal protección tuitiva debe contar, en nuestra opinión, con una justificación suficiente nacida de las características propias de esta modalidad de contratación. Por caso, la regla que manda interpretar las cláusulas ambiguas o insuficientes en contra del predisponente, admitida por todos, no se asienta en un trato desigual de las partes, sino que encuentra su abono en la máxima romana *contra stipulatorem*, según

⁴⁶⁰ H. ACCIARRI - S. BONIFAZI, ob. cit., pág. 816, indican con elocuencia “*Tal álea no es aquí más que un elemento del negocio. La sociedad presente, si bien sabedora de la necesidad de la negociación en serie para el tráfico en masa -hoy irrectable- exige al predisponente, profesional de tales operatorias, nuevas cargas que surgen del modo de comercialización elegido. Nada implícito o no suficientemente explicitado puede extraer del cuerpo del contrato el prefigurante a su favor; su oportunidad de evaluar la conveniencia del negocio precluyó con el inicio de la operatoria estandarizada [...]*”.

⁴⁶¹ Las XIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Buenos Aires, 1991, así lo declararon: “*V. La frustración del fin del contrato y la contratación predispuesta. En los negocios con cláusulas predispuestas el predisponente no podrá exigir la resolución ante la frustración de finalidades propias no previstas en el instrumento contractual, por tratarse de un álea implícitamente asumida*”.

la cual quien dicta la ley del contrato tiene la posibilidad y el deber de hablar claro, especialmente en este tipo de negocios ⁴⁶².

En nuestra opinión, no se aprecia con claridad y contundencia una razón valedera que imponga excluir al predisponente del criterio general referido a la identificación del propósito empírico y al modo como este debe exteriorizarse, para poder invocar la frustración del fin. Por tanto, en la medida en que tales recaudos se satisfagan, no vemos óbice alguno para que cualquiera de las dos partes involucradas pueda invocar la doctrina de la frustración del fin. Si se admitiera el temperamento contrario excluyendo al predisponente, por vía de analogía también debería imponérsele idéntica limitación para invocar la teoría de la imprevisión.

Desde el otro extremo de la relación, debe advertirse que el adherente, como cualquier contratante, está suficientemente protegido por la exigencia de que el propósito empírico del predisponente no entrañará “fin del contrato” si él no lo “hizo suyo” al momento del perfeccionamiento negocial.

Además, si del tenor contractual no resultare palmario y contundente, el fin invocado por el predisponente, por aplicación de la aludida regla *contra stipulatorem*, no será invocable por el estipulante la frustración del fin del contrato.

Por otro lado, y como se ha dicho con acierto ⁴⁶³, en los contratos de contenido predispuesto lo más peligroso para el adherente lo constituyen las previsiones expresas del estipulante, antes que las implícitas.

Y a modo de colofón, al adherente siempre le cabe la posibilidad, con fundamento en la regla interpretativa antes alu-

⁴⁶² Confr. M. C. GIANFELICI, *La frustración...*, ob. cit., pág. 125 y ss.

⁴⁶³ Confr. M. C. GIANFELICI, *La frustración...*, ob. cit., pág. 126; A. RINESSI, ob. cit., pág. 856, para quien la fórmula consagrada en las XIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Buenos Aires, 1991, antes apuntada, es estrecha, al no haber incluido las finalidades que el predisponente pudo haber previsto expresamente desvirtuando el tipo legal.

da, invocar la vicisitud que estudiamos, por finalidades no incluidas en el negocio pero emergentes de su tipo, e incluso por aquellas que aún resultando dudosas o ambiguas, deberían admitirse, pues en caso de duda, el contrato siempre debe interpretarse a su favor.

Pensamos que las conclusiones arribadas en los párrafos precedentes son aplicables, a las relaciones de consumo, en las que por vía de analogía regirían idénticos principios y reglas de procedencia. Ello así, porque como bien se ha señalado ⁴⁶⁴, aunque el ámbito de aplicación de los negocios sujetos a condiciones generales es de mayor amplitud, esa modalidad comercial tiene sus manifestaciones más frecuentes y ordinarias en los contratos de consumo.

Esta subcategoría cuenta en el derecho argentino con una especial reglamentación a través de la Ley de Protección al Consumidor N° 24.240 de 1993. El art. 37 caracteriza las cláusulas abusivas, sancionando su nulidad tanto en contratos paritarios como por adhesión, los arts. 38 y 39 incrementan la tutela, inspirados en el cardinal principio de buena fe y en el respeto incondicional al equilibrio entre las prestaciones, fundamentos que hemos señalado como sustentadores de la frustración del fin.

De allí entonces que el criterio primordial de reparto del riesgo entre los sujetos, según las cláusulas acordadas en el negocio, sean los contratos por adhesión o de consumo, no sería un parámetro absoluto de interpretación y solución de eventuales conflictos, sino que el mismo estaría limitado por las referidas normas tuitivas.

Con relación a los contratos mercantiles, parte de la doctrina ha interpretado que la frustración del fin del contrato y otras figuras similares, como la cláusula *rebus sic stantibus*, no serían aplicables a estos negocios por considerar que ellos exigen una mayor seguridad jurídica, lo que refuerza el prin-

⁴⁶⁴ Confr. J. M. APARICIO, *Contratos*, ob. cit., t. I, pág. 312 y ss.

cipio *pacta sunt servanda*, pues el fin especulativo, propio de los contratos comerciales, incrementa la idea de riesgo ⁴⁶⁵.

Al margen de las discusiones sobre las similitudes y diferencias entre contratos civiles y comerciales, no puede soslayarse que las consideraciones aquí vertidas se han formulado en un plano general, comprensivas, de ambos tipos contractuales. Algunos de los antecedentes legislativos consultados parecen incluir expresamente a los contratos comerciales, como es el caso de los Principios de UNIDROIT, al aludir a los contratos entre empresas.

Además, si la frustración del fin entraña, según veremos al abordar los efectos de la vicisitud, un problema de distribución y reparto del riesgo contractual, y si estos han de atenderse en primer término a lo convenido en el negocio, no puede desconocerse que los contratos que más frecuentemente incluyen este tipo de previsiones son los mercantiles, lo que obviamente no imposibilita que, sucedáneamente, sean interpretados según las reglas del derecho común.

En resumen, que en materia mercantil deba procederse con mayor cautela para admitir la frustración del fin a mérito del carácter habitualmente especulativo y de mayor riesgo que poseen estos negocios ⁴⁶⁶, no equivale a sostener que que-

⁴⁶⁵ J. BUSTAMANTE ALSINA, "Un caso de dudosa aplicación de la teoría de la imprevisión", E.D., 129-127; recuerda palabras de Risolía: "[...] *Por encima del interés de los contratantes está la seguridad del tráfico, la confianza recíproca, la palabra empeñada, el estímulo de una ventaja futura son el alma del comercio*"; A. VELASCO, "La prestación agobiante en las obligaciones de carácter mercantil", Revista de Derecho Mercantil, 1948-I-431; en opinión de V. ESPERT SANZ, ob. cit., pág. 233: "[...] *la doctrina de la frustración del fin del contrato no es aplicable en derecho mercantil, donde rige por encima de todo la seguridad del tráfico y el principio de total autorresponsabilidad frente a lo pactado*". A favor de la aplicación en los contratos comerciales, C. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, ob. cit., pág. 1272, sostiene que su aplicación a los contratos mercantiles deriva del art. 57 del Código de Comercio español, que dispone "*los contratos de comercio se ejecutarán y cumplirán de buena fe*"; igual criterio sustenta, C. DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, ob. cit., pág. 248 y ss.

⁴⁶⁶ R. LORENZETTI, *La excesiva onerosidad...*, ob. cit., pág. 171 y ss.

den excluidos del elenco de eventuales afectados por la contingencia, pues en definitiva la frustración del fin no implica el aniquilamiento de la cláusula *pacta sunt servanda*, sino su acertada delimitación y subordinación a los supremos ideales de justicia.

2.7. Efectos jurídicos

2.7.1. El riesgo contractual

El supuesto fáctico que entraña la contingencia que analizamos está directamente relacionado con los avatares por los que puede transitar la ejecución contractual, más específicamente hablando, con las circunstancias que pueden incidir en el cumplimiento de las prestaciones asumidas por las partes durante la fase funcional del negocio. Esto es así porque la vicisitud de la frustración del fin se relaciona directamente con los riesgos que se ciernen sobre el negocio durante su ejecución, y más precisamente con el riesgo que el citado propósito empírico no se consume, y consecuentemente no se satisfaga el interés del acreedor ⁴⁶⁷.

Por tanto, reconocer a la frustración del fin del contrato como una vicisitud con incidencia en la función de intercambio del negocio afectado, implica adoptar una determinada postura en cuanto a la distribución del riesgo, esto es al peligro de que sobrevengan circunstancias imprevistas que qui-

⁴⁶⁷ A. MORALES MORENO, ob. cit., pág. 1539, dice que en toda operación de tráfico existe para el adquirente el riesgo de que la cosa que se le transmite, tal como es en la realidad, no satisfaga su interés (fundado en el negocio), y se plantea entonces el problema de la distribución del riesgo. Determinar quién debe responder en ese caso por los daños causados, encierra cierta complejidad, porque son muy variadas las circunstancias, razones y posibilidades de manifestación lesiva de la insatisfacción, y cualquier sistema de distribución de riesgo debe ponderar todos esos elementos.

ten al negocio su razón de ser o sentido, y fijar las consecuencias jurídicas que tal pérdida puede acarrear para las partes.

Etimológicamente se entiende por riesgo (*periculum*) la contingencia o proximidad de un daño, pero también, y más específicamente en materia jurídica, estar una cosa o hecho expuesto a perderse o no verificarse ⁴⁶⁸.

Para la doctrina ⁴⁶⁹ el término riesgo alude a las eventualidades o circunstancias que pueden dificultar u obstaculizar la ejecución del contrato, y a los mecanismos que operan sobre el mismo, transfiriéndolo de un contratante a otro o directamente al exterior del negocio.

En síntesis, en el ámbito jurídico la idea de riesgo pretende determinar quién pierde la cosa o soporta el albur de tal pérdida, y qué incidencia tendrá esa contingencia en las obligaciones generadas por el negocio concertado ⁴⁷⁰.

El ordenamiento jurídico impone con frecuencia ⁴⁷¹, en disposiciones generales ⁴⁷² o especiales de cada tipo contrac-

⁴⁶⁸ Confr. R. PIZARRO - C. VALLESPINOS, ob. cit., t. I, pág. 304 y ss.

⁴⁶⁹ G. ALPA, "Rischio contrattuale", *Novissimo Digesto Italiano*, 1980, vol. VI, pág. 863; J. GAVIDIA SÁNCHEZ, ob. cit., pág. 584, relaciona el concepto con el peligro de insatisfacción de los intereses o frustración de las expectativas que las partes pretendían realizar con la operación económica que rige el contrato. Un pormenorizado análisis del tema puede consultarse con provecho en F. MACARIO, *Rischio contrattuale...*, ob. cit., pág. 63 y ss.

⁴⁷⁰ L. DIEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Fundamentos...*, ob. cit., pág. 852 y ss.

⁴⁷¹ Confr. G. ALPA, ob. cit., pág. 867; J. MOUSSERON, "La gestion des risques par le contrat", *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, N° 87, 1988-2, pág. 481 y ss., considera al contrato como un medio de prevención tanto de los riesgos internos -verbigracia por inejecución- como de los externos -por comportamientos ajenos a los otorgantes-; R. BADENES GASSET, ob. cit., págs. 19 y 225.

⁴⁷² Algunos autores consideran preferible prescindir de las doctrinas generales sobre los efectos de la frustración del fin y, por el contrario, mantienen la necesidad de acudir a las normas de cada tipo contractual, para encontrar allí la solución. Por todos, W. FLUME, ob. cit., págs. 590, 619 y ss., insiste con gran vehemencia que debe "establecerse en cada caso [...] la regulación adecuada sobre la cuestión de cuál de los contratantes soporta el riesgo de la realidad".

tual ⁴⁷³, normas que optan por un sistema concreto de distribución de riesgos impuestas según los intereses en juego, la responsabilidad de las partes, la naturaleza del evento que los provoca, etcétera. Así por ejemplo, al liberar al deudor del cumplimiento de la prestación por caso fortuito o fuerza mayor (arts. 513 y 514 del C.C.), se está partiendo de la consideración de que esa eventualidad la asume el acreedor, que pierde el derecho a la prestación y a ser indemnizado, regla general que admite excepciones; verbigracia, si el deudor había incurrido previamente en mora, o había asumido convencionalmente el riesgo por caso fortuito. O al regular la locación de obra, el art. 1633 del Código Civil impide al locador incrementar el precio pactado aunque encarezcan la mano de obra o los materiales, en concordancia con la naturaleza del contrato y salvo que se acrediten los extremos que autorizan invocar la excesiva onerosidad sobreviniente.

De este modo, el contrato aparece como un sistema de distribución de riesgos porque lo determina el ordenamiento ⁴⁷⁴, según criterios de política legislativa, o porque lo convienen las partes ⁴⁷⁵, en uso del principio de autonomía privada ⁴⁷⁶.

⁴⁷³ Estudios detallados de la problemática del riesgo por excesiva onerosidad o de frustración del fin, con relación a los diversos tipos contractuales pueden consultarse en K. LARENZ, *Base del negocio...*, ob. cit., pág. 152 y ss.; V. ESPERT SANZ, ob. cit., pág. 211 y ss.

⁴⁷⁴ Una referencia concreta aparece en el § 313 del B.G.B., que exige para adecuar el contrato considerar "*todas las circunstancias especialmente el reparto del riesgo contractual y legal*".

⁴⁷⁵ La voluntad de las partes es criterio primordial en cuanto a la distribución de los posibles riesgos contractuales. Ante todo porque, en principio, son libres de asumir los que les parezcan convenientes según su voluntad. En segundo lugar, porque pueden seleccionar el sistema de reparto de riesgos mediante la elección de un tipo contractual determinado, adoptando los criterios previstos en el ordenamiento, o bien insertando cláusulas especiales en el contrato celebrado, como las conocidas cláusulas *hardship* muy utilizadas en contratos internacionales entre empresas, sobre todo si se trata de relaciones complejas que se prolongan en el tiempo y dependen de circunstancias ajenas al control de los otorgantes. Sobre este último recurso véase A. FRIGNANI, "La hardship clause nei contratti internazionali e le tecniche di

Estos dos cauces o medios de distribución del riesgo contractual operan *a priori*, ajustándose a lo dispuesto por la ley o por las partes, pero queda una tercera vía, la judicial, que actúa *a posteriori*, cuando han fallado los criterios legales o convencionales, o cuando estos ni siquiera han existido.

El órgano judicial deberá constatar y apreciar la verificación de los requisitos de la teoría de la frustración del fin, y en ordenamientos como el nuestro, al no tener normas que regulen la figura, deberá elaborar los criterios de aplicación de la posible revisión o resolución del contrato ⁴⁷⁷. Su función adquiere especial trascendencia en el primer caso, pues al optar por la revisión del negocio deberá adecuar los términos contractuales con el correspondiente reparto de riesgo entre los otorgantes.

La cuestión es entonces determinar en un contrato de ejecución diferida, hasta dónde puede ser llevada la vinculación de las partes para su cumplimiento en los términos inicialmente pactados, si cambiaron sustancialmente las circunstancias en las que las prestaciones deben ser cumplidas, afectando el propósito común que impulsó a los otorgantes a celebrarlo ⁴⁷⁸. La respuesta deben brindarla alguno de los tres cauces de distribución del riesgo antes referidos.

allocazione dei rischi negli ordinamenti di Civil e di Common Law”, *Rivista di Diritto Civile*, 1979-I, pág. 680 y ss. Distintas posibilidades de cláusulas de revisión pueden consultarse en V. ROPPO, *Il contratto*, ob. cit., pág. 1045 y ss.

⁴⁷⁶ R. SACCO - G. DE NOVA, ob. cit., pág. 544, expresan que la presuposición ha sido presentada como el problema de asumir los riesgos contractuales. El contrato se encarga de distribuir entre las partes los riesgos por variación del mercado, por sobrevenido desgaste o deterioro del bien, por la sobrevenida inutilidad de la prestación. Las cláusulas mismas, concluyen, nos informan sobre la distribución de los riesgos. El asumir los riesgos puede estar expresado o faltar, pero se infiere del texto del contrato.

⁴⁷⁷ Confr. H. MAC GREGOR, ob. cit., pág. 197, destaca la importancia de la labor judicial a la hora de interpretar el contrato para asignar el riesgo, que sin entrañar un poder discrecional, debe ajustarse a lo que determinan los precedentes.

⁴⁷⁸ J. GAVIDIA SÁNCHEZ, ob. cit., pág. 595, lo expresa con elocuencia: “*En el ámbito del riesgo contractual en sentido propio, estamos ante una situación en*

2.7.2. Clase de sanción

La frustración del fin del contrato importa una alteración funcional del equilibrio de las prestaciones de un negocio singular, motivado por la variación de circunstancias objetivas previstas por las partes al momento de su celebración. Esa alteración del estado fáctico impide que el negocio, según el significado de la intención común de ambas partes, pueda subsistir como una regulación dotada de sentido.

En el caso concreto habrá que examinar el propósito empírico calificante y las circunstancias tenidas en mira por los otorgantes, como presupuestos determinantes de la vinculación contractual, para verificar si se produjo la contingencia que analizamos. De ese modo, se apreciará si el cambio de circunstancias presupuestas desvirtúa la función concreta prevista afectando el interés del acreedor, y será posible además, mediante un justo reparto del riesgo contractual, resolver las consecuencias de la eventualidad producida.

Este malogro de la función concreta del negocio lesiona el interés del acreedor, y configura un desequilibrio funcional que afecta la subsistencia del acuerdo, privándolo de su razón de ser o sentido, y configurando un típico caso de ineficacia sobrevenida ⁴⁷⁹.

Las imperfecciones que puede presentar un acto jurídico han sido siempre motivo de preocupación y análisis por la doctrina y la jurisprudencia, y se han empleado múltiples terminologías para señalar las anomalías que pueden afec-

la que uno de los contratantes se encuentra obligado a continuar la ejecución de una operación económica que le ha resultado perjudicial o, incluso, ruinosa, ya que no obtiene ninguna utilidad de la otra parte, o una utilidad inferior a la inicialmente prevista, o en todo caso, inferior al sacrificio que le exige cumplir su parte, por seguir vinculada contractualmente”.

⁴⁷⁹ Confr. V. ESPERT SANZ, ob. cit., pág. 255 y ss.; M. C. GIANFELICI, *La frustración...*, ob. cit., pág. 131 y ss.

tarlo, no utilizándose siempre una adecuada y precisa, y mucho menos aún, uniforme ⁴⁸⁰.

Por ello, determinar que anomalía genera el supuesto de la frustración del fin del contrato no es tarea sencilla, requiere de precisiones, y será siempre convencional y sujeta a eventuales discrepancias.

Sin perjuicio de ello, resulta indispensable fijar qué imperfección afecta al contrato en el supuesto de la frustración del fin. Ante todo deben descartarse la nulidad y la invalidez, por cuanto estas dos contingencias interesan negocios viciados por defectos concomitantes a su celebración, que los comprometen en su génesis, mientras que la frustración del fin refiere a un contrato que nace válido, con todos sus elementos esenciales y constitutivos, pero que por circunstancias sobrevenidas, imprevistas y ajenas a la voluntad de las partes, deviene malogrado, desinteresando al acreedor del cumplimiento de la prestación.

Es opinión mayoritaria ⁴⁸¹ que la frustración del fin entraña un supuesto de desaparición de un elemento esencial del negocio: la causa-fin en sentido subjetivo, o aspectos relativos a ella. No compartimos ese temperamento. Ya hemos dicho que si bien pueden constituir conceptos vinculados, por cuanto esa vertiente amplia de la noción de causa-fin incluye a los motivos, la consumación de la frustración del fin no es sencillamente una hipótesis de malogro del interés negocial por defecto funcional de la causa.

⁴⁸⁰ L. DIEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, "Eficacia e ineficacia del negocio jurídico", Anuario de Derecho Civil, N° 2, Madrid, octubre-diciembre de 1961, pág. 809 y ss.; F. DE CASTRO Y BRAVO, ob. cit., pág. 508 y ss., señala que la doctrina no ha llegado a un acuerdo sobre la distinción de los tipos de ineficacia y su rotulación, debido a la carencia de una terminología exacta y a la polivalencia semántica de las voces empleadas; L. LEIVA FERNÁNDEZ, ob. cit., pág. 1154 y ss.; J. ALTERINI, "Hacia una teoría general de las ineficacias", E.D., 172-942.

⁴⁸¹ Entre otros, R. BREBBIA, *La frustración...*, ob. cit., pág. 881; R. S. STIGLITZ, *La frustración del fin...*, ob. cit., pág. 937 y ss.; A. M. MORELLO, *Ineficacia y frustración...*, ob. cit., 2ª ed., pág. 117 y ss.; A. BORDA, *La frustración del fin...*, ob. cit., pág. 1450; M. C. GIANFELICI, *La frustración...*, ob. cit., pág. 131; R. LORENZETTI, *La excesiva onerosidad...*, ob. cit., pág. 181 y ss.

Es por el contrario, según nuestra opinión, un supuesto de imperfección autónoma provocado por la pérdida del propósito práctico, básico y elemental que constituye el “fin del contrato”.

Entendemos que el concepto de *ineficacia* es el que más se adapta a la vicisitud que comentamos.

Se ha dicho con acierto ⁴⁸² que ineficaz, en sentido estricto, es un negocio en el cual están en regla los elementos esenciales y los presupuestos de validez, pero sin embargo, una circunstancia extrínseca a él impide su eficacia, por ejemplo, la producción de una condición suspensiva o resolutoria, la revocación, etcétera.

Sin embargo, como no todas las ineficacias son del mismo tipo ⁴⁸³, a falta de una regulación legal de la figura, se impone en nuestro caso precisar en cuál de ellas encaja el supuesto en análisis.

En el caso específico de la frustración del fin ocurre *una extinción sobrevenida de la relación negocial a consecuencia de que esta deviene ineficaz por el malogro del propósito empírico perseguido por las partes, que desvanece el interés del acreedor*.

Así, y siguiendo las enseñanzas de prestigiosa doctrina ⁴⁸⁴, la afección de la que adolece el negocio se aprecia: provocada, sobrevenida, absoluta, total, funcional y sanable.

Es *provocada*, por cuanto el negocio ha nacido eficaz pero con una eficacia claudicante. La sanción de ineficacia es el medio puesto a disposición del acreedor para proteger su in-

⁴⁸² L. DIEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Eficacia e ineficacia...*, ob. cit., pág. 824.

⁴⁸³ Sobre los distintos tipos de ineficacia, V. ESPERT SANZ, ob. cit., pág. 241 y ss.; L. DIEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Fundamentos...*, ob. cit., t. I, pág. 432 y ss.; F. LÓPEZ DE ZAVALÍA, ob. cit., t. I, pág. 373 y ss.; E. ZANNONI, *Ineficacia y nulidad de los actos jurídicos*, Buenos Aires, Astrea, 1986, pág. 44 y ss.; Opina R. BREBBIA, *La frustración...*, ob. cit., pág. 884, que por analogía, el análisis debe estar guiado por el régimen de la excesiva onerosidad sobrevenida y la imposibilidad del pago en cuanto fueren compatibles.

⁴⁸⁴ L. DIEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Eficacia e ineficacia...*, ob. cit., pág. 825.

terés al haberse malogrado el fin negocial. Por tanto, no opera de pleno derecho ⁴⁸⁵, requiere de la voluntad inequívoca del interesado de peticionar judicialmente la resolución o revisión del contrato, por vía de la pertinente acción.

Es *sobrevenida*, porque está ligada a un supuesto de hecho (alteración de las circunstancias presupuestas por las partes), ocurrido con posterioridad al perfeccionamiento del contrato que incide en su fase funcional ⁴⁸⁶.

Es *absoluta*, por cuanto proyecta sus efectos a todas las partes otorgantes, y eventualmente a los terceros vinculados al contrato ⁴⁸⁷.

Es *total*, porque la afectación negocial causante de la ineficacia se refiere a la estructura total y unitaria del negocio, dejándolo imposibilitado de continuar prestando su esencial función económico-social y el propósito práctico de las partes.

Es *funcional*, porque afecta las consecuencias de un negocio inicialmente válido, pero luego imposibilitado de procurar la efectiva realización de su función de intercambio ⁴⁸⁸.

Finalmente es *sanable*, por cuanto desaparecida la alteración de las circunstancias que motivan el malogro del fin del contrato, excepcionalmente este podría aún alcanzarlo.

⁴⁸⁵ Confr. V. ESPERT SANZ, ob. cit., pág. 256, entiende que la frustración del fin no provoca *ipso iure* la ineficacia del mismo, total o parcialmente, sino que faculta a las partes a solicitar la resolución. Es por tanto una resolución facultativa, por oposición a la automática, propia de la imposibilidad del pago o la condición resolutoria; en idéntico sentido, L. DIEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Fundamentos...*, ob. cit., t. I, pág. 433; y entre nosotros, F. LÓPEZ DE ZAVALÍA, ob. cit., t. I, pág. 375. En contra, J. D. RAY, *Frustración del contrato*, ob. cit., pág. 71, analizando los antecedentes de la vicisitud en el derecho anglosajón, indica: “cuando el contrato se considera frustrado, debe entenderse que queda automáticamente concluido, con independencia de que la parte efectúe opción alguna al respecto y, en segundo lugar, la consecuencia es que las dos partes quedan relevadas de cumplir con las obligaciones contractuales desde ese momento en que se declara la frustración”.

⁴⁸⁶ V. ESPERT SANZ, ob. cit., pág. 241 y ss.

⁴⁸⁷ L. DIEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Fundamentos...*, ob. cit., t. I, pág. 435 y ss.

⁴⁸⁸ L. DIEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Fundamentos...*, ob. cit., t. I, pág. 437 y ss.

Aunque esta situación no es la más frecuente, no debe descartarse como factible, y habilitaría la revisión por adecuación del negocio.

2.7.3. Legitimación

Tanto la doctrina ⁴⁸⁹ como la jurisprudencia ⁴⁹⁰ han admitido que se encuentran legitimados para hacer valer la frustración del fin del contrato cualquiera de las dos partes involucradas en la prestación que devino inaprovechable.

No compartimos esa opinión. Consideramos, en cambio, que la ineficacia generada por la figura puede ser invocada *exclusivamente por la parte perjudicada*, esto es, el acreedor desinteresado de la prestación que no podrá alcanzar el fin negocial ⁴⁹¹.

⁴⁸⁹ V. ESPERT SANZ, ob. cit., pág. 256 y ss., admite la posibilidad de que ambas partes puedan solicitar la resolución; y específicamente el deudor, cuando por haber tenido en cuenta el fin del contrato, actúe en forma que el acreedor le pueda perjudicar prescindiendo de la prestación. No compartimos la opinión, desde que el “fin del contrato”, lo hemos dicho en reiteradas ocasiones, siempre es compartido por ambas partes.

⁴⁹⁰ Fue el criterio sustentado por el Tribunal Supremo Español en “Sras. Más c/ Carsí” en sentencia del 30/6/1948; por la CNCiv., Sala M, en “Dunkelman de Malkenson, Bella c/ Pujol Carlos y otro”, L.L., 1992-E-118; y por la CSJN, “Rinaldi Francisco A y otro c/ Guzmán Toledo Ronald y otro”, Suplemento Especial La Ley del 21/3/2007. Parecería también el criterio sustentado por Lord W. Vaughan de la Cámara de los Lores en “Krell v. Henry” cuando expresa: “*Y pienso que si el Rey, antes de la Coronación, pero después del contrato, hubiera muerto, el arrendatario no podría haber insistido en obtener el uso de las habitaciones en los días mencionados*”, V. ESPERT SANZ, ob. cit., pág. 46. Todos estos antecedentes fueron comentados en nuestra reseña jurisprudencial: puntos 1.1.1.8. y 1.2.4. del capítulo II de este trabajo.

⁴⁹¹ M. C. GIANFELICI, *La frustración...*, ob. cit., pág. 134, nota 12, se pregunta: “*¿Qué interés tendría el deudor para pretender la resolución?*”; J. C. RIVERA, *La doctrina de las bases...*, ob. cit., pág. 887, nota 37, donde analizando la causa “Sras. Más c/ Carsí” resuelta por el Tribunal Supremo Español, que admite la legitimidad del deudor, califica la decisión de “harto discutible”; L. DIEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *La doctrina de los actos propios*, citado por

Conceder idéntico beneficio al deudor equivale a cercenar, o al menos retacear, la facultad del acreedor perjudicado, convirtiendo a la vicisitud en poco menos que una ineficacia automática, impidiendo que sea el afectado quien discrecionalmente decida si está o no desinteresado del cumplimiento de la prestación.

Por otro lado, permitir esa facultad al deudor desvirtuaría nuestro sistema legal en materia de imprevisión, que aunque es una vicisitud distinta tiene aplicación subsidiaria, regulada por el art. 1198 del Código Civil, que sólo admite la resolución a la parte perjudicada por la excesiva onerosidad sobrevvenida.

2.7.4. Consecuencias de la ineficacia

2.7.4.1. Posibilidad de revisión

La vicisitud estudiada provoca una desvirtuación de la función concreta del contrato afectado, lesionando el interés del acreedor, y generando un desequilibrio funcional que lo autoriza a solicitar la revisión del contrato, mediante su adecuación por vía convencional o judicial, o su resolución extintiva, sólo por vía judicial.

Un importante sector de la doctrina ⁴⁹² ha sostenido con encendido fervor que la frustración del fin sólo puede provo-

V. ESPERT SANZ, ob. cit., pág. 254, expresa “[...] en nuestro derecho positivo, ni la pérdida del sentido de la prestación, ni la desaparición de un interés razonable del acreedor a la misma, justifica la liberación del deudor [...]”, expresión de la que se colige fácilmente que estima vedada la legitimación del deudor.

⁴⁹² Es la opinión de destacados juristas: V. ESPERT SANZ, ob. cit., pág. 256 y ss., para quien la parte perjudicada puede aceptar sus consecuencias e inconvenientes y, no obstante, ejecutar todo cuanto le compete, o bien por el contrario, oponerse a la ejecución del contrato mediante el ejercicio de una acción; L. DIEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Fundamentos...*, ob. cit., t. II, pág. 899; R. BREBBIA, *La frustración...*, ob. cit., pág. 884; R. S. STIGLITZ, *La frustración...*,

car el último efecto señalado. El principal argumento que se ha utilizado para sustentar tal temperamento estriba en que, importando la desaparición de un elemento esencial del negocio, a saber la causa-fin, sea que se adopte el criterio clásico o el neocausalista, si el negocio carece de uno de sus elementos esenciales no puede sobrevivir. Así, el acreedor desinteresado de la prestación sólo podría petitionar la extinción del contrato, pues cualquier intento de adecuación importaría generar un nuevo “fin contractual” y, consecuentemente, un nuevo negocio.

Esta opinión, tildada de demasiado rígida, ha sido cuestionada por otro sector doctrinario ⁴⁹³ que defiende la posibi-

ob. cit., pág. 942, y *Objeto, causa...*, ob. cit., pág. 39; J. M. GASTALDI, *La teoría de la causa-fin...*, ob. cit., pág. 809; M. C. GIANFELICI, *La frustración...*, ob. cit., pág. 131; N. NICOLAU, “La revisión y renegociación del contrato como instrumentos útiles para su adecuación a las circunstancias sobevidadas”, J.A., 2002-IV-1061 y ss.; además fue la posición mayoritaria en las XIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Buenos Aires, 1991: “IV. Efectos [...] 3. Por mayoría: no es factible la revisión del contrato, pues al haber desaparecido los móviles (causa impulsora) que determinaron a una o a ambas partes a contratar, al acto le faltaría un elemento estructural, la causa, que es precisamente el que sirve de soporte a la prestación malograda”.

⁴⁹³ C. DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, ob. cit., pág. 285 y ss., manifiesta que la resolución frustra intereses de las partes, impone una serie de consecuencias no siempre apetecidas, pérdidas económicas que podrían evitarse y eventuales inconvenientes a terceros a consecuencia de la restitución de las prestaciones ya cumplidas; en el mismo sentido se pronuncian, M. ALBALADEJO GARCÍA, ob. cit., pág. 466 y ss.; A. POLO, *Comentario a la Sentencia del TS del 17 de mayo de 1941*, Revista de Derecho Privado, 1941, pág. 453 y ss., defiende un nuevo principio, el de la persistencia del contrato a través de la revisión; J. M. APARICIO, *Contratos*, ob. cit., t. II, pág. 378; R. LORENZETTI, *La excesiva onerosidad...*, ob. cit., pág. 181 y ss.; A. BORDA, *La frustración...*, ob. cit., pág. 1452 y ss., indica que la postura contraria es equivocada pues sólo tiene en cuenta la dimensión subjetiva de la causa (el motivo determinante) y olvida la objetiva (el fin económico-social del contrato), si este último puede aún cumplirse, es dable la revisión; J. MOSSET ITURRASPE, *La frustración...*, ob. cit., pág. 115, indica que la revisión es el mal menor, la resolución, el mayor; debe dejarse a la “víctima de las nuevas circunstancias”, la opción de seleccionar por una de ellas; si elige la primera podrá seleccionar la vía convencional o la judicial; A. M. MORELLO, *Ineficacia y frustración...*, ob. cit., 2ª ed., pág. 108 y ss.;

lidad de revisar el negocio malogrado. Esta última postura nos parece la más acertada.

Hemos explicado en párrafos precedentes que es inapropiado interpretar la frustración del fin como una hipótesis de malogro de la causa, como un defecto funcional de ella, simplemente porque pueda incluir, si se abraza la concepción amplia, los motivos que impulsan a los otorgantes a concertar el acuerdo. La frustración del fin excede esta interpretación tan restrictiva del fenómeno, y requiere, como dijimos, determinar con precisión y contundencia la noción del “fin del contrato”, despojada de su vinculación con la causa.

Por otro lado, ese propósito empírico, elemental y básico que el acreedor aplica a la prestación prometida por el deudor, también aceptado o presupuesto por este, no se presenta inexorable en todos los contratos. Sólo algunos de ellos están dotados de este elemento accidental incorporado voluntariamente por los otorgantes. De manera entonces, que si no es un requisito estructural o de validez, mal puede afirmarse que su falta o desaparición extinga ineluctablemente la relación contractual. Podrá decirse que la causa es un recaudo de tal jaez, según la posición doctrinaria que se adopte, pero de ningún modo puede predicarse lo mismo del fin del contrato.

En cada caso particular, corresponderá aislar este elemento eventual derivado de la voluntad de los otorgantes, y verificar si su ausencia sobrevenida priva definitivamente al acuerdo de su sentido originario. Esta contingencia no necesariamente ocurre: piénsese por ejemplo en la posibilidad de la frustración temporal ⁴⁹⁴, cuando la prestación fuese inútil

M. R. REY, ob. cit., pág. 39 y ss.; N. SILVESTRE - J. C. KING, *La frustración...*, ob. cit., pág. 851, propugnan la renegociación en virtud del principio de buena fe y de conservación del contrato. Fue además la opinión minoritaria en las XIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Buenos Aires, 1991, “TV. Efectos [...] 3.a. Disidencia: la frustración del fin del contrato puede dar lugar a la revisión”.

⁴⁹⁴ A estas situaciones alude el art. 1059 del Proyecto de Código Civil Unificado de 1998, comentado en párrafos anteriores.

o inaprovechable si se ejecuta en el momento pactado, pero no en uno posterior, al desaparecer las causas imprevistas y sobrevenidas que malograron el fin propuesto. Situaciones de tal naturaleza darían pábulo a una suspensión temporaria de los efectos contractuales, y permitirían respetar el principio básico de conservación del negocio.

Ya dijimos que los contratos atrapados por esta vicisitud, son los que prolongan su ejecución en el tiempo; por tanto, los más sensibles a las mutaciones exteriores, ajenas a la voluntad de las partes, que podrían incidir en su propósito práctico sustentador. A mayor tiempo de duración, mayor posibilidad de que las circunstancias objetivas presupuestas en el acuerdo originario puedan alterarse durante la fase de ejecución.

En nuestra sociedad estos contratos se ven afectados por frecuentes emergencias, cambios y transformaciones que suelen ser vertiginosos y obligan a un continuo repensar acerca de sus contenidos, contornos y funciones. En ese marco se impone una adecuación, que supone reanalizar el sinalagma funcional alterado por factores externos, que pueden hacer perder el interés o el sentido que justificó la concertación.

De este modo, la revisión que admitimos puede ser convencional, a través de la renegociación de las cláusulas otra convenidas ⁴⁹⁵, o judicial, realizada por el Tribunal al que se solicite la declaración de frustración del fin.

⁴⁹⁵ J. CEDRAS, "L'Obligation de négocier", *Revue Trimestrielle de Droit Commercial et de Droit Économique*, 1984, pág. 282 y ss.; J. M. MOUSSERON, *ob. cit.*, pág. 490, prevé diferentes cláusulas de readaptación en el mismo texto contractual, analizando los efectos de cada una de ellas; A. ARIZA - S. FRUSTAGLI, "La renegociación del contrato", *J.A.*, 1992-III-665. Las XIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Rosario, 2003, proclamaron por unanimidad: "*Conclusiones de lege lata N° 5: La teoría de la imprevisión, la frustración del fin contractual, el principio general de buena fe, el abuso del derecho y la equidad constituyen herramientas útiles para la revisión contractual*", criterio adelantado en un trabajo preparatorio de A. BORDA, "Renegociación y revisión de los contratos (algunas ideas pensando en las XIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil)", *L.L.*, 2003-D-1167, Sección Doctrina.

La primera vía indicada parece la más conveniente, pues supone la autocomposición de intereses entre las mismas partes y evita la intromisión autoritaria de terceros ⁴⁹⁶. La segunda, inevitable si fracasa la anterior, supone que el tribunal someterá el negocio a un nuevo examen para enmendarlo, corroborando si es aún posible a través de la integración de sus cláusulas, reconstruir la función concreta del contrato, con todo lo puesto y lo presupuesto por las partes, y verificar si todavía puede satisfacerse el interés del acreedor, y consumarse el fin negocial que impulsó a las partes a contratar.

Las facultades judiciales deben ser amplias aunque no ilimitadas; por ejemplo, modificar algunas cláusulas sin imponer un nuevo contenido distinto del originario, alterar las modalidades de ejecución, adecuar la contraprestación, prorrogar los plazos de cumplimiento, etcétera. Estos poderes judiciales deben utilizarse con cautelosa prudencia, inspirados en el respeto a la fuerza obligatoria de las convenciones contractuales, que sólo admite derogaciones puntuales y excepcionales, siempre inspiradas en parámetros de equidad, razonabilidad y, fundamentalmente, en respeto al principio cardinal del buena fe.

Así, la revisión responde a cánones más acordes con las exigencias del mercado y de la lógica económica del contrato en su faz funcional. Lejos de violentar la seguridad jurídica, la restablece a través de un adecuado proceso de

⁴⁹⁶ A. MORELLO, "Los contratos de larga duración y la necesidad de una renegociación permanente", L.L., 1989-C-1232, Sección Doctrina, "[...] *Los cambios acontecen pese a las partes, son también ellas las que deben hacerse cargo de los mismos, en forma directa, personal y primera, procurando atemperarlos y reconducir sus consecuencias en mira equitativa de la satisfacción de lo que falta de la vida del ligamen. El Juez de intervenir, lo haría tarde y siempre de modo más insatisfactorio*". Este criterio recogen los Principios de UNIDROIT (art. 6.2.3) y los PECL (art. 6.1.1.1), que regulando la excesiva onerosidad, imponen, como un efecto derivado de la buena fe, la obligación de renegociar, y establecen un procedimiento para llevarla a cabo, en vistas a la adecuación del contrato por las circunstancias sobrevenidas.

reformulación que en el contexto de la situación fáctica concreta, recompone la línea de sentido del negocio jurídico ⁴⁹⁷.

Ya se ha visto que la doctrina italiana más reciente ⁴⁹⁸ ha señalado con acierto que la adecuación, impuesta por la ley, solicitada por las partes o utilizada por el juez, intenta ajustar el contrato para salvarlo, haciéndolo flexible y evitando la rigidez que impone la alternativa entre la cancelación por vía de los remedios ablativos, o su mantenimiento por adecuación a las circunstancias que lo volvieron defectuoso.

En definitiva, la revisión del contrato por adecuación de sus cláusulas siempre será aconsejable, y aunque en algunos casos concretos pueda ser inadmisibile -cuando definitivamente se torna imposible satisfacer el interés del acreedor-, no puede por ello descartársela *ab initio* como efecto alternativo a la resolución extintiva ⁴⁹⁹.

⁴⁹⁷ A. MORELLO, "La reconstrucción equitativa del contenido del contrato (Crítica a la posición de la Corte Suprema que niega la procedencia de la acción de revisión)", J.A., 1993-II-974; Eduardo ZANNONI, "El desequilibrio contractual y la renegociación del contrato". Desequilibrio Contractual, Revista de Derecho Privado y Comunitario, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2007, 2007-1, pág. 89 y ss.

⁴⁹⁸ *Supra*, punto 1.1.1.8. del capítulo II de este trabajo. Entre otros allí citados, V. ROPPO, *Il contratto*, ob. cit., pág. 1037 y ss.; P. GALLO, ob. cit., pág. 442.

⁴⁹⁹ En el orden interno, lo sustentaría el art. 218, inc. 3, del Código de Comercio, y es la solución adoptada por el Proyecto de Unificación de 1987 (art. 1198), el Proyecto de la Comisión Federal de 1993 (art. 1199), el Proyecto del Poder Ejecutivo de 1993 (art. 899) y el Proyecto de Código Civil Unificado de 1998 (arts. 259 y 953), que establecen la revisión por adecuación haciéndola depender de la índole del contrato, de los motivos o propósitos de carácter económico que tuvieron las partes al celebrarlo y de la factibilidad de su cumplimiento. En el orden internacional la incluyen el art. 437 del Código de Portugal, el art. 1440 del Código Civil peruano de 1984, el § 313 del B.G.B., el art. 6.1.1.1.2 de los PECL, que obligan a las partes a realizar negociaciones para la readequación, el art. 6.2.3.1 de los Principios de UNIDROIT, y la ley 493 del Fuero Nuevo de Navarra, que otorga al juez la facultad discrecional de resolver entre la revisión y la resolución. La jurisprudencia ha recogido este criterio de adecuación en "Carrefour S.A. c/ Kids and Co. S.R.L.", CNCiv., Sala H, 22/9/1994, L.L., 1995-C-18, y "Rinaldi Francisco A. y otro c/ Guzmán Toledo Ronald y otro", CSJN, 15/3/2007, Suplemento

Privilegiar el principio de conservación del contrato impone la adecuación a través de la renegociación o de la revisión judicial ⁵⁰⁰, que encuentra fundamento en el deber de buena fe ⁵⁰¹, al que hemos señalado como sustento último de la vicisitud que estudiamos.

En fin, la revisión, en cualquiera de sus dos vertientes, puede ser un valioso medio alternativo para impedir que la parte afectada se vea privada de lo que tenía derecho a esperar del contrato, expectativa que la otra parte también hizo suya y que, razonablemente, era el resultado que deseaban alcanzar.

2.7.4.2. *La vía extintiva*

Ahora bien, si la ineficacia fuere irremediable, por pérdida definitiva del fin contractual e imposibilidad absoluta de satisfacer el interés del acreedor, o si hubiere fracasado la revisión, se podrá solicitar la resolución. Este remedio ex-

Especial La Ley del 21/3/2007, comentados en nuestra reseña jurisprudencial (punto 1.2.4. del capítulo II de este trabajo). A. MORELLO, *Los contratos: respuestas...*, ob. cit., pág. 1358 y ss., lo ha dicho con elocuencia: “[...] Si el cambio de circunstancias tolera el intento por la adecuación, de manera que el interés vuelva a verse dibujado con un sentido o alcance que, aunque de otro modo, pero sin destruirlo, perpetúa aquellas bases, estaremos todavía en el camino del cumplimiento. Que por regla es lo deseable. Por el contrario, si la alteración, o en su caso, la frustración lisa y llana impiden mantenerlo con una razonable identidad distinta a la primigenia, nos radicamos ya en la esfera de la extinción por resolución, no por cumplimiento [...] Lo clásico, que es lo bueno que perdura (Unamuno) en esa nueva versión perdurará si se corresponde y es congruente con la nueva identidad que ha cobrado, en el tiempo, la relación obligacional nacida del contrato, que, como la vida, no es neutra a los avatares que emergen en su camino”.

⁵⁰⁰ N. NICOLAU, *La revisión y renegociación...*, ob. cit., pág. 1062 y ss.; A. MORELLO - A. TROCCOLI, ob. cit., pág. 100 y ss.

⁵⁰¹ F. MACARIO, *Rischio contrattuale e rapporti...*, ob. cit., pág. 66 y ss., y *Adeguamento...*, ob. cit., pág. 343, analiza el recurso de la buena fe en relación con la obligación de renegociar; BESSONE, ROPPO, SACCO y DE NOVA, en todas sus obras citadas en nota 48; A. ALTERINI - R. LÓPEZ CABANA, “La rescindibilidad unilateral en los contratos de colaboración empresaria”, L.L. 1991-D-820 y 825.

tremo también podrá ser impuesto por el juez interviniente, si estimare imposible la revisión por adecuación ⁵⁰².

La resolución, como solución final y de cierre, tendrá efectos retroactivos, es decir operará *ex tunc* ⁵⁰³, como ocurre en los supuestos análogos y de régimen subsidiario de la excesiva onerosidad sobreviniente o la resolución por incumplimiento, en cuanto fueren compatibles con la frustración del fin ⁵⁰⁴.

Pero al igual que en estas vicisitudes afines, la retroacción no será ilimitada, debiéndose distinguir diferentes supuestos de hecho:

a) Si al momento de producirse el hecho frustrante, el deudor no ha comenzado a cumplir la obligación que perdió provecho para el acreedor, la retroacción es amplia ⁵⁰⁵, pudiendo este último rechazar la prestación del primero y de-

⁵⁰² Fue el temperamento adoptado por las XIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Buenos Aires, 1991: “IV Efectos. 1. La frustración del fin del contrato en cuanto importa la desaparición de la causa, sirve de presupuesto para el ejercicio de la acción resolutoria”, y de las IV Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Junín, 1990, “La frustración del contrato una vez configurados los supuestos de aplicación, constituye causal de extinción”.

⁵⁰³ En “Taylor v. Caldwell”, la Corte de Apelaciones de Londres sostuvo la ineficacia sólo para el futuro (*ex nunc*), liberando a las partes del cumplimiento de las prestaciones no vencidas, no así de las devengadas, y declarando una suerte de “congelación” de los efectos del contrato al momento de producirse el acontecimiento frustrante, tesis que sigue, por ejemplo, V. ESPERT SANZ, ob. cit., pág. 258. Según vimos, la *Law Reform* de 1943, modificó el criterio, consagrando la ineficacia retroactiva e ilimitada, permitiendo a las partes recuperar lo pagado o el monto equivalente a la utilidad obtenida, e incluso los gastos erogados, si el tribunal lo estima justo.

⁵⁰⁴ R. BREBBIA, *La frustración...*, ob. cit., pág. 884, ha dicho que es una especie de “resolución contractual”; F. LÓPEZ DE ZAVALÍA, t. I, pág. 375 y ss.; J. M. APARICIO, *Contratos*, ob. cit., pág. 378 y ss.; N. NICOLAU, *La frustración...*, ob. cit., pág. 888.

⁵⁰⁵ A. RAMELLA, ob. cit., pág. 222, quien lo predica del pacto comisorio, aplicable según nuestra opinión, también a este supuesto; V. ESPERT SANZ, ob. cit., pág. 258 y ss.

negar su contraprestación ⁵⁰⁶. Correlativamente, si el acreedor ya hubiere hecho algún pago al deudor, tendrá derecho a su restitución ⁵⁰⁷. Por analogía sería de aplicación el art. 793 del Código Civil que dispone: “El pago debe ser considerado hecho sin causa, cuando ha tenido lugar en consideración a una causa futura, a cuya realización se oponía un obstáculo legal, o que de hecho no se hubiese realizado, o que fuese en consideración a una causa existente pero que hubiere cesado de existir”.

b) Si al momento de producirse el hecho frustrante, el deudor hubiere cumplido parte de la prestación divisible a su cargo, la retroacción sólo se extiende hasta el límite de lo ejecutado, pues lo cumplido y aceptado por la parte afectada debe estimarse que fue de su provecho, no pudiendo a *posteriori* hacer reclamo alguno. Ello ocurre, verbigracia, en los contratos de ejecución continuada o periódica, en los que prestaciones divisibles son factibles de cumplirse fraccionadas. Sólo por excepción, en este caso, la retroacción es ilimitada si la prestación que devino inaprovechable al acreedor es indivisible.

Por otro lado, si el acreedor hubiere cumplido con la prestación a su cargo, tal cumplimiento queda firme hasta el monto equivalente a la fracción de la prestación cumplida por el deudor. Si el acreedor no hubiere cumplido aún su obligación

⁵⁰⁶ K. LARENZ, *Base del negocio...*, ob. cit., pág. 191 y ss.; M. C. GIANFELICI, *La frustración...*, ob. cit., pág. 135; N. NICOLAU, *La frustración...*, ob. cit., pág. 889 y ss.; R. BREBBIA, *La frustración...*, ob. cit., pág. 884 y ss., interpreta que deben aplicarse al caso las normas relativas a la condición resolutoria (arts. 543, 553 y 557 del C.C.); N. SILVESTRE - J. C. KING, *La frustración...*, ob. cit., pág. 851 y ss.; A. M. MORELLO, *Ineficacia y frustración...*, ob. cit., pág. 109 y ss.

⁵⁰⁷ Así lo concluyeron las XIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Buenos Aires, 1991: “IV. Efectos. 2. La resolución importará: a) que las prestaciones cumplidas por una de las partes, antes de producido el acontecimiento frustrante, serán repetibles con excepción de los gastos realizados por la otra, en la medida de su relación causal con la prestación a su cargo; b) que las prestaciones cumplidas y equivalentes en los contratos de ejecución continuada o periódica, de carácter divisible, se tendrán por firmes”.

correlativa, deberá cumplirla en la proporción satisfecha por el deudor.

En definitiva, en ambos supuestos debe tenerse siempre en cuenta la prestación que devino inútil para el acreedor, con independencia de cuál sea la prestación que se haya cumplido.

Finalmente, no puede soslayarse un aspecto importante: la parte que tomó conocimiento de la frustración del fin tiene la obligación de informarlo a la otra en tiempo razonable, es decir, la notificación debe ser lo suficientemente oportuna como para evitar, en la medida de lo posible, las consecuencias perniciosas del malogro acaecido ⁵⁰⁸. Así lo impone un comportamiento funcional al principio cardinal de buena fe.

Idéntico criterio se impone respecto del plazo para peticionar la revisión por adecuación o la resolución contractual: el reclamo debe ser formulado en tiempo perentoriamente razonable y posterior al advenimiento del hecho frustrante, intentando mitigar los efectos dañosos de la contingencia. No serían admisibles, por reñidos con el estándar de conducta mencionado, comportamientos especulativos, dilatorios o extemporáneos del acreedor encaminados a perjudicar al deudor.

2.7.4.3. *Reembolso de gastos*

No obstante la falta de una previsión expresa de nuestro derecho positivo, los eventuales casos de frustración del fin del contrato que pudieren presentarse en la vida real, deben necesariamente resolverse de conformidad a las normas generales de responsabilidad civil, adecuándolas a la especial naturaleza que presenta la vicisitud.

Los arts. 506, 508, 520 a 522, 901 a 906, 1068, 1069, 1078 y 1083 del Código fondal, imponen que la reparación sea *integral*, comprensiva del daño emergente y el lucro cesante, lo

⁵⁰⁸ Se discutió la temporaneidad de la notificación en “Dominella Aníbal c/ Panadería y Confitería La Argentina s/ reintegro de gastos”, comentado en nuestra reseña jurisprudencial (punto 1.2.4. del capítulo II de este trabajo).

cual implica que se resarza todo el perjuicio causado, intentando llevar al damnificado, en la medida de lo posible, a una situación similar a la que se hallaba antes de la celebración del acto ⁵⁰⁹.

Ya hemos dicho que la frustración del fin del contrato es una vicisitud pensada en interés del acreedor de la prestación que devino inaprovechable, pero la revisión o la resolución que genera no pueden serlo a costa del interés del deudor, más allá de un justo reparto del riesgo contractual. Rige por tanto el mismo criterio aplicable a la extinción de la obligación por imposibilidad de pago, que aunque dispuesta en interés del deudor, no puede serlo a costa del interés del acreedor.

En efecto, en la imposibilidad de cumplimiento, el acreedor tiene la posibilidad de obtener la restitución de lo que hubiere entregado al deudor con motivo de la relación extinguida (art. 895 del C.C.); es decir, sólo soporta el riesgo del contrato, mas no el de la prestación que está a cargo exclusivo del deudor ⁵¹⁰.

En la frustración del fin la consideración del interés del deudor de la prestación que devino inaprovechable, exige que se imponga al acreedor el deber de reembolsarle los gastos realizados para cumplir la prestación, erogados hasta el momento de operarse el hecho frustrante, por ejemplo, materiales, proyectos, planos, viajes, consultas a expertos, etcétera. De este modo, contra la acción que interponga el acreedor por restitución de lo pagado, podría el deudor oponer la compensación hasta el monto de los gastos erogados que aquel

⁵⁰⁹ A. ORGAZ, *El daño resarcible*, 2ª ed., Buenos Aires, Omeba, 1960, N° 39 y ss.

⁵¹⁰ Por riesgo del *contrato* se ha entendido, básicamente, el albur en la ganancia implícita del negocio, diferenciándolo del riesgo en la *prestación* que alude al valor intrínseco de ella. La diferencia la apunta E. BUSO, *Código Civil anotado*, Buenos Aires, Ediar, 1944, t. IV, comentario al art. 578. En la imposibilidad de pago se afirma que el “riesgo de la cosa” (la prestación) está a cargo del deudor propietario (arts. 889 y 890 del C.C.), y los riesgos del contrato se reparten.

debería reembolsarle. La doctrina en general así lo ha sostenido, advirtiendo que la negativa del acreedor a recibir la prestación inaprovechable, su acción de reintegro contra el deudor por lo que ya hubiere entregado, o su negativa a cumplir con la prestación a su cargo, sólo existe en la medida en que reconozca el importe de los gastos que el deudor ha realizado para cumplir la prestación malograda ⁵¹¹.

Para algunos, la obligación de restituir los gastos está circunscripta al interés negativo, sin comprender el lucro cesante ⁵¹². Para otros, en cambio ⁵¹³, debería incluirse este último rubro, representado, por ejemplo, por los daños irrogados por la frustración de otros contratos, la imposibilidad de reemprender la actividad o hacerlo en desventaja, etcétera. Por ser más consecuente con un justo reparto del riesgo contractual de un negocio que, en definitiva, fue malogrado por un contratiempo que afecta por igual a ambas partes y es ajeno a su voluntad, compartimos el primer temperamento, que podría encontrar fundamento suficiente en el enriquecimiento sin causa.

Desde esa perspectiva entendemos que el acreedor debe reembolsar los gastos realizados por el deudor, del mismo modo y por la misma razón que este debe reintegrar a aquel

⁵¹¹ K. LARENZ, *Base del negocio...*, ob. cit., pág. 191 y ss., para quien el aserto es consecuencia de un justo reparto del riesgo contractual; V. ESPERT SANZ, ob. cit., pág. 258 y ss.; R. BREBBIA, *La frustración...*, ob. cit., pág. 884 y ss.; N. NICOLAU, *La frustración...*, ob. cit., pág. 889; N. SILVESTRE - J. C. KING, *La frustración...*, ob. cit., pág. 851 y ss.; R. S. STIGLITZ, *La frustración del fin...*, ob. cit., pág. 943. Fue asimismo el criterio adoptado por las XIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Buenos Aires, 1991, en el punto IV.2, transcrito en nota 505.

⁵¹² K. LARENZ, *Base del negocio...*, ob. cit., pág. 193 y ss., como norma general propone el rechazo del lucro cesante, salvo que el acreedor hubiere obtenido la finalidad por otros medios, pues en ese caso no habría sufrido perjuicio alguno, y debería liberar al deudor, de todos los que él hubiere padecido, incluidas las ganancias dejadas de obtener; R. BREBBIA, *La frustración...*, ob. cit., pág. 885, M. C. GIANFELICI, *La frustración...*, ob. cit., pág. 139.

⁵¹³ KRÜCKMAN Y SIBER, citados por K. LARENZ, *Base del negocio...*, ob. cit., pág. 193 y ss.; V. ESPERT SANZ, ob. cit., págs. 256 y 258 y ss.

los pagos que haya efectuado; en ambos casos la pretensión está encaminada a reclamar la restitución por un enriquecimiento injustificado, por lo que son compensables entre ellos ⁵¹⁴.

Conocido por el deudor el acontecimiento frustrante, por cualquier medio que fuere, incluida la oportuna comunicación del acreedor, deberá abstenerse de iniciar o continuar con la ejecución de la prestación a su cargo, bajo pena de perder el derecho a que se le reintegren los gastos erogados con motivo del cumplimiento de su prestación, pues de lo contrario se agravaría con evidente mala fe la situación de la contraparte, violentando la regla de cumplimiento impuesta por el art. 1198 del Código Civil ⁵¹⁵.

El reembolso de gastos al deudor incluye exclusivamente los que fueren necesarios e imprescindibles para cumplir con la prestación que devino inaprovechable, pero no los voluntarios o superfluos, que serían, como es obvio, de su exclusiva cuenta ⁵¹⁶.

⁵¹⁴ Sobre los distintos tipos de enriquecimiento sin causa puede verse con provecho L. DIEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Fundamentos...*, ob. cit., t. I, pág. 105 y ss.

⁵¹⁵ V. ESPERT SANZ, ob. cit., pág. 187; J. M. APARICIO, *Contratos*, ob. cit., t. II, pág. 375 y ss., ponen el ejemplo de la modista a quien se encarga la confección de un traje de novia, y pese haberse enterado de que ésta ha fallecido en un accidente de aviación, lo confecciona, o recién iniciado le da terminación y reclama su precio; ambos interpretan tal comportamiento reñido con la buena fe en la ejecución del negocio. En contra, M. C. GIANFELICI, *La frustración...*, ob. cit., pág. 138, quien sostiene que siendo la frustración del fin un supuesto de resolución que no opera de pleno derecho sino a instancias del acreedor, no debería imponerse al deudor la suspensión de la ejecución de la prestación. Sustenta su opinión en varias razones: el deudor no tiene por qué correr con el riesgo que el acreedor, pese a todo, opte por el cumplimiento del contrato; el deudor se convertiría en árbitro del interés del acreedor, cuando en realidad es el juez quien debe dirimir si efectivamente concurren los recaudos de procedencia de la contingencia; el deudor debería constatar permanentemente si el interés del acreedor se ha desvanecido; y en definitiva, se incrementaría el litigio y la incertidumbre en la aplicación de la novel figura.

⁵¹⁶ K. LARENZ, *Base del negocio...*, ob. cit., págs. 195 y 196; M. C. GIANFELICI, *La frustración...*, ob. cit., pág. 138 y ss.; es además la conclusión de las XIII

2.8. Conveniencia de legislar específicamente sobre la frustración del fin del contrato

Hemos analizado ya los aspectos más importantes del tópicoo objeto de nuestra investigación. Corresponde ahora dilucidar y proponer si resulta indispensable que nuestro derecho positivo posea una disposición expresa que regule la frustración del fin del contrato.

Esa labor no puede prescindir de los antecedentes doctrinarios, legislativos y jurisprudenciales nacionales y foráneos analizados a lo largo de nuestro trabajo.

La cuestión presenta tres aspectos centrales: la conveniencia de legislar específicamente la frustración del fin del contrato, la ubicación de las normas pertinentes, y el contenido de las mismas.

2.8.1. Conveniencia de ampliar la legislación vigente

No puede negarse que el derecho civil solucionó durante siglos, con eficacia relativa, los problemas provocados por la imposibilidad de alcanzar el fin o propósito práctico de un contrato bilateral, derivada de la variación sobrevenida de circunstancias objetivas presupuestas por las partes.

Ello sin embargo no autoriza a presumir que deba descartarse la regulación de este supuesto de ineficacia sobrevenida ⁵¹⁷.

Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Buenos Aires, 1991, su apartado IV.2.a relativo a efectos, transcripto en la nota 507.

⁵¹⁷ Entre otros, sostienen expresamente la necesidad de legislar la frustración del fin del contrato, J. C. VENINI, ob. cit., pág. 776; A. BORDA, *La frustración del fin...*, ob. cit., pág. 1453; M. R. REY, ob. cit., pág. 57 y ss. y es la conclusión de *lege ferenda* de las XIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Buenos Aires, 1991, “*Se considera conveniente la consagración legislativa de la frustración del fin del contrato*”.

Precisamente la vigencia de los cuerpos normativos se fundamenta, entre otras razones, en la aptitud que deben tener para actualizarse, adaptándose a los cambios económicos y a los intereses sociales.

Nuestro Código Civil ha reflejado esa tendencia innovadora, relativizando el principio *pacta sunt servanda*, para rescatar la justicia intrínseca del acuerdo, mediante la incorporación de institutos como la lesión (art. 954), la veda al ejercicio abusivo de los derechos (art. 1071), la equidad en materia contractual (arts. 656, 1638, entre otros), el principio cardinal de buena fe (art. 1198), y la tan estrechamente vinculada teoría de la imprevisión (art. 1198).

No están desprovistos de total razón quienes opinan que principios rectores como los mencionados en el párrafo anterior, pueden servir de fundamento bastante para admitir la figura⁵¹⁸, pero creemos que resulta más conveniente la regulación expresa del instituto, fijando con precisión las condiciones para que opere y los efectos que produce, lo que proporcionaría un marco legal adecuado a las partes contratantes.

Esta nueva categoría, de creación pretoriana, requiere ser legislada no sólo para colmar una laguna del derecho positivo, sino también para terminar con las frecuentes confusiones y superposiciones con institutos afines, en las que involuntariamente han sucumbido doctrinarios y jueces.

El derrotero marcado por las legislaciones extranjeras y los proyectos locales de modificación al Código Civil, inclu-

⁵¹⁸ Comparten esa opinión, J. C. RIVERA, "La doctrina de las bases...", ob. cit., pág. 905 y ss., para quien "la regulación expresa del instituto podría poner en peligro todo el sistema del derecho privado patrimonial"; M. E. LLOVERAS DE RESK, ponencia en las XIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Buenos Aires, 1991, y la conclusión de *lege ferenda* del despacho en minoría de este encuentro que expresa: "La frustración del fin del contrato no constituye una causal autónoma de resolución. En razón de la consagración legislativa de los institutos de la teoría de la lesión, de la onerosidad sobreviniente, del abuso del derecho, del uso de los standards jurídicos como la buena fe, el orden público, la moral y las buenas costumbres, tal figura estaría subsumida, en cualquiera de las precedentemente enunciadas".

yendo en sus textos la frustración del fin del contrato, no obstante las críticas que pueda formularseles, constituyen precedentes valiosos en cuanto recogen el encomiable trabajo de la doctrina y de la jurisprudencia para delinear el perfil del instituto. En nuestra opinión, la figura ha alcanzado la madurez necesaria como para sostener la conveniencia de legislarla expresamente.

2.8.2. Ubicación de las normas reguladoras

Sin perjuicio de que algunas disposiciones de nuestro Código Civil podrían dar solución a problemas puntuales, no específicamente referidos a la vicisitud que estudiamos pero relacionados con ella, como por ejemplo los ya citados supuestos del caso fortuito (arts. 513 y 514), la causa-fin (arts. 500 a 502), la locación de cosas (arts. 1522, 1604, incs. 3, 4 y 6), la locación de obra (art. 1638), la sociedad civil (art. 1772), el error (arts. 926, 927 y 928), y los vicios redhibitorios en materia de compraventa (art. 2164), creemos necesario establecer un conjunto de normas que regulen de manera general la frustración del fin del contrato y especifiquen de manera clara y precisa los recaudos de procedencia y los efectos que produce este supuesto de ineficacia.

Aseverada la conveniencia de legislar sobre esta vicisitud, debe definirse el procedimiento para hacerlo, precisando la ubicación de las normas reguladoras. Entendemos que tratándose de una institución común a los contratos bilaterales, debe formar parte de la teoría general del contrato, y ubicarse en el propio texto del Código Civil.

Al constituir un supuesto de ineficacia sobrevenida, estimamos que el sitio adecuado es la Sección Tercera del Libro Segundo, específicamente el Capítulo VI, inmediatamente después de la regulación de la teoría de la imprevisión, instituto con el que si bien no se equipara totalmente, razones de afinidad y de técnica legislativa, hacen aconsejable que compartan similar emplazamiento sistemático.

2.8.3. Nuestra propuesta. El contenido de las normas reguladoras

Se propicia el siguiente texto para los artículos que podrían incorporarse al Código Civil en una futura reforma.

Libro Segundo: De los derechos personales en las relaciones civiles.

...

Sección Tercera: De las obligaciones que nacen de los contratos.

...

Título I: De los contratos en general.

...

Capítulo 6: Del efecto de los contratos.

Art. 1198 bis: La frustración del fin del contrato:

I) Noción:

La frustración del fin del contrato configura un supuesto de ineficacia sobrevenida, provocada, absoluta, total, funcional y sanable.

Ella acaecerá cuando el fin del contrato, como propósito empírico presupuesto o aceptado por ambas partes, aplicable a la prestación a favor del acreedor, siendo aún ésta posible y pendiente de cumplimiento, se malogre a consecuencia de la modificación de circunstancias objetivas presumidas por los otorgantes del acto y existentes al tiempo de su perfeccionamiento, generando la pérdida del interés del acreedor en la consumación de la prestación debida por el deudor.

Tal modificación de circunstancias debe ser imprevisible, ajena a la voluntad y conducta de las partes, no debe formar parte del riesgo propio del contrato, ni haber sido asumida legal ni convencionalmente por el acreedor.

II) Ámbito de aplicación:

La frustración del fin del contrato podrá ser invocada por el acreedor que no se encuentre en mora en contratos válidos, bilaterales o unilaterales onerosos, conmutativos, de ejecución diferida, continuada o periódica, y en los contratos

aleatorios si el malogro del propósito empírico no derivare del riesgo propio del negocio.

III) Procedimiento:

Producido el malogro del fin negocial el acreedor perjudicado podrá solicitar por vía convencional o judicial la revisión del contrato mediante su adecuación, o sólo por vía judicial, su resolución extintiva.

IV) Efectos:

La resolución producirá los siguientes efectos:

a) Si al momento de producirse el hecho frustrante, el deudor no hubiere cumplido la prestación, el acreedor puede rechazarla, y queda liberado de cumplir la que estuviere a su cargo.

b) Si al momento de producirse el hecho frustrante, el deudor hubiere cumplido parte de las prestaciones divisibles a su cargo, las cumplidas quedarán firmes, y producirán sus efectos correspondientes, salvo que se tratase de prestaciones indivisibles, en cuyo caso la retroacción será ilimitada.

c) Si al momento de producirse el hecho frustrante, el acreedor hubiere cumplido con parte de la prestación a su cargo, tal cumplimiento quedará firme hasta el monto equivalente a la prestación cumplida por el deudor; si no hubiere cumplido aún con su prestación, deberá satisfacerla en la proporción de lo ejecutado por el deudor.

d) En cualquiera de los supuestos indicados, el acreedor deberá reembolsar al deudor los gastos necesarios realizados para cumplir con la prestación a su cargo, erogados hasta el momento de operarse el hecho frustrante.

CAPÍTULO IV

CONCLUSIONES

La tarea de investigación sobre la frustración del fin del contrato, que surge de las páginas precedentes, permite arribar a las siguientes conclusiones:

1. El principio *pacta sunt servanda* continúa siendo un pilar básico del ordenamiento jurídico, pues la estabilidad de las convenciones compromete el valor seguridad y la eficacia del contrato como instrumento técnico para la realización de operaciones jurídico-patrimoniales. Desde esa perspectiva, sus excepciones, como la que entraña la frustración del fin, deben ser siempre admitidas e interpretadas con criterio restrictivo.

2. Debido a que los contratos se celebran para satisfacer intereses y expectativas de contenido patrimonial, la frustración del fin supone un desvanecimiento o pérdida del interés del acreedor que impide al negocio cumplir con la función económico-social que lo mantiene como regulación dotada de sentido.

3. En un sentido amplio, la frustración del contrato ocurre cuando un negocio válido, por causas sobrevenidas y ajenas a la voluntad de las partes, se ve impedido de cumplir sus efectos naturales. En un sentido más específico, entraña la infructuosidad del cumplimiento de la prestación por el cambio de circunstancias objetivas existentes al momento de su celebración.

4. El cambio de circunstancias objetivas existentes al tiempo del perfeccionamiento negocial, provocan dos vicisitudes contractuales diferentes: imprevisión (por desequilibrio

prestacional acaecido por excesiva onerosidad sobreviniente) o frustración del fin (por desvanecimiento del interés del acreedor).

5. La autonomía científica de la vicisitud, permite distinguirla de la imposibilidad de pago, la excesiva onerosidad sobreviniente, el error, la desaparición de la causa-fin, la obtención del fin por otros medios, el caso fortuito, la resolución por incumplimiento y la condición.

6. Por fin del contrato debe entenderse el propósito práctico, básico y elemental que la parte acreedora aplicará a la prestación prometida por el deudor, el que debe ser aceptado o presupuesto por este último, constituyéndose en el propósito del negocio todo.

7. Para que el propósito práctico que impulsa a las partes a contratar pueda elevarse a fin del contrato, es ineludible que sea compartido por ambas, las determine a celebrar el acuerdo, se exteriorice, integre su contenido, y tenga gravitación suficiente como para perfilar su naturaleza, su estructura y los efectos de las prestaciones convenidas.

8. La frustración del fin del contrato es un supuesto específico de ineficacia producido a consecuencia de la variación de las circunstancias objetivas presupuestas por las partes al celebrar un contrato válido, que impide la realización del propósito práctico, básico y elemental que el acreedor aplicará a la prestación prometida por el deudor, si ese propósito es también aceptado o presupuesto por éste, provocando que aquél pierda interés en el cumplimiento del contrato al quedar desprovisto de su sentido originario.

9. La frustración del fin del contrato encuentra sustento suficiente en el principio cardinal de buena fe. Este estándar jurídico permite completar la voluntad privada imposibilitada de elaborar un contenido contractual tan vasto como para prever el porvenir que pudiere afectarlo, es útil para valorar el interés del acreedor y precisar su desvanecimiento, y constituye una regla de conducta que evita imponerle a éste una prestación devenida inaprovechable por circunstancias imprevistas ajenas a la voluntad de los otorgantes.

10. La configuración de la frustración del fin del contrato exige los siguientes requisitos:

a) Que el negocio afectado sea un contrato válido, bilateral, conmutativo, de ejecución diferida, continuada o periódica, o con una prestación a favor del acreedor de resultado futuro. Quedan también comprendidos los contratos unilaterales onerosos, y los aleatorios si la frustración del fin no deriva del riesgo propio del contrato.

b) Que la prestación a cargo del deudor esté pendiente de ejecución.

c) Que el contrato celebrado esté dotado de un fin.

d) Que la prestación a favor del acreedor sea aún posible.

e) Que desaparezca el interés del acreedor en la ejecución de la prestación por devenir ésta inaprovechable, de conformidad a su naturaleza o al acuerdo inequívoco de las partes.

f) Que un cambio imprevisto, sobreviniente y ajeno a la voluntad de las partes, altere las circunstancias objetivas existentes al momento del perfeccionamiento, presumidas inmodificables durante la ejecución, y provoque el desinterés del acreedor en el cumplimiento de la prestación. Esa variación de las circunstancias no debe formar parte del riesgo propio del contrato ni estar asumida legal ni convencionalmente por el acreedor.

g) El desinterés del acreedor no debe serle imputable, es decir, no debe hallarse en mora *solvendi* ni *accipiendi*.

11. La frustración del fin puede afectar cualquier contrato, típico o atípico, pero se presenta con menor asiduidad en los que la prestación a favor del acreedor es fungible, esto es, proclive a brindar diferentes utilidades o provechos. Por ello, se verán más frecuentemente comprometidos los negocios con prestaciones de transferir el uso y goce o de conseguir un resultado, y los menos proclives a verse afectados serán los que impongan prestaciones de dar sumas de dinero o cantidades de cosas.

12. La frustración del fin puede afectar también a los contratos por adhesión, de consumo y mercantiles. En tales su-

puestos, la apreciación de sus requisitos de procedencia, debe hacerse con mayor cautela y rigor.

13. La frustración del fin es una vicisitud directamente relacionada con la distribución del riesgo contractual, en cuanto entraña una afectación de la función de intercambio del negocio celebrado, que desvanece el interés del acreedor y provoca la pérdida del propósito empírico perseguido por las partes.

14. La frustración del fin configura un caso de ineficacia sobrevenida, provocada, absoluta, total, funcional y sanable.

15. El acreedor desinteresado de la prestación y perjudicado así por el malogro del fin contractual, es el único legitimado a petitionar judicialmente se declare la ineficacia apuntada.

16. La frustración del fin del contrato autoriza al acreedor afectado a solicitar por vía convencional o judicial la revisión del contrato mediante su adecuación, o sólo por vía judicial su resolución extintiva, con efectos retroactivos de alcance limitado, y restitución al deudor de los gastos irrogados para cumplir la prestación a su cargo.

17. Resulta conveniente legislar expresamente en nuestro derecho positivo el instituto de la frustración del fin del contrato.

BIBLIOGRAFÍA

- ACCIARRI, Hugo A. - BONIFAZI, Silvia A., “Apuntes en torno de la frustración del fin del contrato (con especial referencia a la contratación predispuesta)”, L.L., 1992-C-812, Sección Doctrina.
- ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, *Derecho civil. Derecho de las obligaciones*, 11ª ed., Barcelona, Bosch, 2002, t. II.
- ALBIEZ DORHMANN, Klaus J., “Un nuevo derecho de las obligaciones. La Reforma 2002 al B.G.B.”, Anuario de Derecho Civil, t. LV, fascículo 3, julio-septiembre de 2002.
- *La modernización del Derecho de las Obligaciones en Alemania: un paso hacia la europeización del derecho privado*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 2002.
- ALPA, Guido, “Rischio contrattuale”, Novissimo Digesto Italiano, 1980, vol. VI.
- ALSINA ATIENZA, Dalmiro, *Efectos jurídicos de la buena fe*, Buenos Aires, Talleres Gráficos Argentinos, 1935.
- ALTERINI, Atilio A., *Contratos*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1988.
- “Los Principios sobre los Contratos de UNIDROIT y las soluciones del Derecho Común”, Doctrina Judicial, Buenos Aires, 1997, La Ley SAE, año XIII, N° 32.
 - LÓPEZ CABANA, Roberto, “La rescindibilidad unilateral de los contratos de colaboración empresaria”, L.L., 1991-D-815.
- ALTERINI, Atilio A. - AMEAL, Oscar J. - LÓPEZ CABANA, Roberto, *Derecho de obligaciones. Civiles y comerciales*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1995.

- ALTERINI, Jorge, "Hacia una teoría general de las ineficacias", E.D., 172-942.
- ANASTASI, Leónidas, "Las teorías de la imprevisión, de la 'cláusula rebus sic stantibus' y de la presuposición", L.L., 29-576.
- ANSON, William, "Discharge by frustration". *Law of Contracts*, 25th ed., Oxford, A.G. Guest Clarendon Press, 1979, Cap. XIV.
- APARICIO, Juan Manuel, *Contratos*, Buenos Aires, Hammurabi, 1997-2001, ts. I y II.
- *La locación de obra y las reformas introducidas al Código Civil por la ley 17.711*, Buenos Aires, Plus Ultra, 1973.
 - "La causa del contrato. Notas sobre aspectos destacables del panorama doctrinario, en el derecho civil y comercial. Cuestiones actuales", en VAZQUEZ, H. - LLOVERAS DE RESK, M.E. (Dir), *Derecho civil, comercial. Cuestiones modernas*, Córdoba, Advocatus, 1990.
- ARIZA, Ariel, "Distribución del riesgo contractual", J.A., 2004-III-91.
- FRUSTAGLI, Sandra, "La renegociación del contrato", J.A., 1992-III-665.
- AUVERNY BENNETOT, Jean, *La théorie de l'imprévision*, París, Sirey, 1938.
- BADENES GASSET, Ramón, *El riesgo imprevisible (Influencia de la alteración de las circunstancias en la relación obligacional)*, Barcelona, Bosch, 1946.
- BADOSA COLL, Ferrán - ARROYO I. AMAYUELAS, Esther (coord.), *La armonización del derecho de las obligaciones en Europa*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006.
- BAROCELLI, Sergio S., "La frustración del fin del contrato", D.J., 2004-2-861.
- BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, José, *El cumplimiento de las obligaciones*, Madrid, Tecnos, 1956.
- BELLUSCIO, Augusto (dir.) - ZANONNI, Eduardo (coord.), *Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado*, Buenos Aires, Astrea, 1984, t. II.

BESSONE, Mario, "La funzione delle presupposizioni comuni ad entrambi i contraenti e gli obiter dicta della giurisprudenza", *Rivista di Diritto Commerciale*, Padova, Casa Editrice Dottore Francesco Villardi, 1979-I.

- "Ratio legis dell'art. 1467 cod. civ., risoluzione per eccessiva onerosità e normale álea del contratto", *Rivista del Diritto Commerciale*, Padova, Casa Editrice Dottore Francesco Villardi, 1979, 1979-II.

- *Adempimento e rischio contrattuale*, Milano, Giuffrè, 1975.

BETTI, Emilio, *Teoría general del negocio jurídico*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1959.

- *Teoría general de las obligaciones*, traducción y notas de José Luis de los Mozos, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1970, vol. II.

BONNECASE, Julien, *Supplément al Traité théorique et pratique de droit civil*, París, G. Baudry - Lacantinerie, 1926, t. 3.

BORDA, Alejandro, "La frustración del fin del contrato", L.L., 1991-E-1450.

- "Renegociación y revisión de los contratos (Algunas ideas pensando en las XIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil)", L.L., 2003-D-1167.

- "El triunfo de la pesificación", *Suplemento Especial La Ley*, Pesificación de créditos hipotecarios, 2007.

BORDA, Guillermo A., *Tratado de derecho civil argentino. Contratos*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1983, ts. I y II.

BORETTO, Mauricio, "Revisión y frustración del contrato en la locación de cosas", Buenos Aires, *El Derecho - Colección Académica U.C.A.*, 2003.

BOVIO, David M., *Comentarios a los Principios de UNIDROIT para los contratos del comercio internacional*, Pamplona, Aranzadi, 1999.

BREBBIA, Roberto, "La frustración del fin del contrato", L.L., 1191-B-876.

- *Hechos y actos jurídicos*, Buenos Aires, Astrea, 1979 y 1995, ts. I y II.

- BRIZZIO, Claudia R., “Anteproyecto de Código Europeo de los Contratos”, L.L., 1999-C-985.
- BUDANO ROIG, Antonio, “La reforma al art. 1197 del C. Civil en el Proyecto de Unificación de la Legislación Civil y Comercial de la Nación”, E.D., 128-947.
- BUSO, Eduardo, *Código Civil anotado*, Buenos Aires, Ediar, 1944, t. IV.
- BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, “Un caso de dudosa aplicación de la teoría de la imprevisión”, E.D., 129-127.
- “La esencialidad del error como presupuesto de nulidad”, L.L., 95-758.
- CABELLA PISU, Luciana, “La responsabilidad contractual en el *common law*”, en *Atlas de Derecho Privado Comparado*, en GALGANO, Francesco (coord.), traducción de Juan Antonio Fernández Campos y Rafael Verdura Server, Madrid, Fundación Cultural del Notariado, 2000.
- CAMARDI, Carmelita, *Economie individuali e connessione contrattuale. Saggio sulla presupposizione*, Milano, Giuffrè, 1997.
- CÁMARA, Héctor, “Una aproximación al Proyecto de Unificación Legislativa Civil y Comercial”, *Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones*, Buenos Aires, Depalma, junio de 1987, año 20, N° 117.
- CANO TELLO, Celestino, “La frustración del fin del contrato”, *Anuario de Derecho Civil*, 1968.
- CAPITANT, Henry, *De la causa de las obligaciones*, traducción y notas de Eugenio Tarragato y Contreras, Madrid, Góngora, 1922.
- CARLOMAGNO, Adelqui, “La teoría de la imprevisión en los contratos y en el derecho en general”, J.A., 43-17, Sección Doctrina.
- CARNAGHI, María Cristina, “Imprevisibilidad: acción directa o autónoma de reajuste para el perjudicado”, D.J., 2004-2-1017.
- CARNELUTTI, Francesco, *Teoría general del derecho*, traducido por Carlos G. Posada, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1941.

- CARRESI, Franco, "Il contratto", en CICU, Antonio - MESSINEO Francesco (dir.) *Trattato de Diritto Civile e Commerciale*, Milano, Giuffrè, 1987, ts. I y II.
- CASAS DE CHAMORRO VANASCO, María Luisa, "Una aplicación acertada de la teoría de la frustración del fin del contrato", L.L., 1997-D-341.
- "La frustración del fin de los contratos como causa de extinción de éstos", L.L., 1998-E-565.
- CASTÁN TOBEÑAS, José, *Derecho civil español, común y foral. Derecho de las obligaciones*, 16ª ed., Madrid, Reus, 1992, t. 3.
- CEDRAS, Jean, "L'Obligation de négociier", *Revue Trimestrielle de Droit Commercial et de Droit Économique*, 1984.
- CIAN, Giorgio - TRABUCCHI, Andrea, *Commentario breve al Codice Civile*, Padova, Cedam, 1987.
- CIFUENTES, Santos, *Negocio jurídico*, Buenos Aires, Astrea, 1986.
- COING, Helmut, *Derecho privado europeo*, traducción y apostillas de Antonio Perez Martin, Madrid, Fundación Cultural del Notariado, 1996, ts. 1 y 2.
- COLOMBO, Leonardo A., "Consideraciones sobre la denominada cláusula *rebus sic stantibus*", L.L., 98-746.
- COSSARI, Nelson, "La pesificación de las hipotecas en el reciente fallo de la Corte Suprema", *Suplemento Especial La Ley, Pesificación de créditos hipotecarios*, 2007.
- CHESHIRE, Geoffrey - FIFOOTTS, Cecil, *Law of Contract*, 9th ed., de M. P. Furmston, London, Butterworth's, 1976.
- CHITTY, Joseph, "Discharge by frustration", *Chitty on Contracts, General Principle*, 25th ed., London, Sweet & Maxwell, 1983, vol. 1, Chapter 23, N° 1521.
- DAMIANOVICH, Adalberto, "La frustración del contrato en el Proyecto de Reformas en el Derecho Privado", *Revista Zeus, Rosario*, enero-abril de 1988, t. 46-D.
- DE ALMEIDA COSTA, Mario Julio, *Direito das obrigações*, 8ª ed., Coimbra, Livraria Almedina, 2000.
- DE ALMEIDA SANTOS, Antonio, *A teoria da imprevisão ou da superveniência contratual e o Novo Código Civil*, Lisboa, Minerva - Laurenco Marquex, 1972.

- DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, Cristina, *La cláusula rebus sic stantibus*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003.
- DE ÁNGEL YAGUEZ, Ricardo - ZORILLA RUIZ, Manuel, “La frustración del fin del contrato. Obligaciones de medio y de resultado”, *Anuario de Derecho Civil*, 1985, t. XXXVIII, fascículo 1.
- DE CASTRO Y BRAVO, Federico, *El negocio jurídico*, Madrid, Civitas, 1985.
- *Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes*, Madrid, Civitas, 1985.
- DE LOS MOZOS, José Luis, *Integración europea: derecho comercial y derecho comunitario*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1993.
- *Convegno di Pavia sobre la futura codificación europea de Obligaciones y Contratos*, Revista de Derecho Privado, 1999.
- DE MARTINI, Angelo, *L'eccessiva onerosita nell'esecuzione dei contratti*, Milano, Dott. A. Giuffré, 1950.
- DÍAZ ALABART, Silvia, “*Pacta sunt servanda* e intervención judicial en el equilibrio de los contratos: Reflexión sobre la incidencia de la Ley de Condiciones Generales de los Contratos”, en NIETO CAROL, Ubaldo (dir.) *Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas*, Valladolid, Lex Nova, 2000.
- DIEZ PICAZO Y PONCE LEÓN, Luis, *Fundamentos de derecho civil patrimonial*, Madrid, Civitas, 1996, ts. I y II.
- “Eficacia e ineficacia del negocio jurídico”, *Anuario de Derecho Civil*, Madrid, octubre-diciembre de 1961, N° 2.
 - “La cláusula *rebus sic stantibus*. Extinción de las obligaciones”, *Cuaderno de Derecho Judicial*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1996.
 - ROCA TRIAS, Encarna - MORALES MORENO, Antonio M., *Los principios del Derecho Europeo de los Contratos*, Madrid, Civitas, 2002.
- DOMAT, Jean, *Les lois civiles dans leur ordre naturel, Oeuvres Complètes*, 9^{me} ed., París, J. Remy, 1835.

- DRUCAROFF AGUIAR, Alejandro, “La Corte convalidó las normas de emergencia en materia hipotecaria con fundamento sólo aparente”, Suplemento Especial La Ley, Pesificación de créditos hipotecarios, 2007.
- EGUSQUIZA BALMASEDA, María Ángeles, “El derecho patrimonial del Fuero Nuevo de Navarra”, en BERCOVITZ, Rodrigo - MARTÍNEZ SIMANCAS, Julián, (Dir.), *Derechos civiles de España*, Navarra, Aranzadi, 2000, vol. VII.
- ENNECERUS, Ludwig - LEHMANN, Heinrich, *Tratado de derecho civil - Derecho de las obligaciones*, Barcelona, Bosch, 1947.
- ESPERT SANZ, Vicente, *La frustración del fin del contrato*, Madrid, Tecnos, 1968.
- FADDA, Carlo - BENSA, Paolo Emilio, “Note dei traduttori al Libro Secondo”, en WINDSCHEID, Bernard, *Diritto delle Pandette*, Milano, UTET, 1915, t. IV.
- FARGOSI, Horacio, “La noción de actos ineficaces y el anteproyecto de ley de concursos mercantiles”, L.L., 140-1241, Sección Doctrina.
- FARINA, Juan M., *Defensa del consumidor y del usuario*, Buenos Aires, Astrea, 1995.
- FARNSWORTH, Allan, *Farnsworth on Contract*, Boston-Toronto-Londres, Little Brownand Company, 1990, vol. II.
- FLAH, Lily - SMAYEVSKY, Miriam, *Teoría de la imprevisión. Aplicación y alcances. Doctrina y jurisprudencia*, 2ª ed., Buenos Aires, LexisNexis - Depalma, 2002.
- FERNÁNDEZ HIERRO, José Manuel, *La modificación del contrato*, Pamplona, Aranzadi, 1992.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Carlos, “La cláusula *rebus sic stantibus*”, Anuario de Derecho Civil, octubre-diciembre de 1958, t. XI, fascículo IV.
- FERRI, Giovanni B., “De la cláusula *rebus sic stantibus* a la resolución por excesiva onerosidad”, en LEYSSER, L., *Estudios sobre el contrato en general. Por los sesenta años del Código Civil Italiano (1942-2002)*, Lima, ARA, 2003.
- FERRI, Luigi, *La autonomía privada*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1969.

- FLUME, Werner, *El negocio jurídico*, Madrid, Fundación Cultural del Notariado, 1998.
- FONTANARROSA, Rodolfo, *Derecho comercial argentino. Doctrina General de los Contratos Comerciales*, Buenos Aires, Zavalía, 1979, t. II.
- FORNIELES, Salvador, “La cláusula *rebus sic stantibus*”, J.A., 1942-IV-9, Sección Doctrina.
- FOULON, Jean, *Le caractère provisoire de la notion d'imprévision*, París, Les Presses Modernes, 1938.
- FRIED, Charles, *La obligación contractual. El contrato como promesa*, Santiago, Jurídica de Chile, 1996.
- FRIGNANI, Aldo, “La hardship clause nei contratti internazionali e le tecniche di allocazione dei rischi negli ordinamenti di civil e di common law”, *Rivista di Diritto Civile*, 1979-I.
- FRITZE, Oskar, *Cláusula rebus sic stantibus*, Arch. Für bürgerl. Rechts, Kiel, 1900, vol. 17.
- FULLER, Lon L. - EISEMBERG, Melvin A., *Basic Contract Law*, Minnesota, American Casebook Series, 1972.
- FURNISH, Dale Beck, “Formación del contrato mercantil y el problema del riesgo”, E.D., 40-111.
- GAGGERO, Paolo, “Il progetto di un codice europeo dei contratti: l'attività del gruppo di lavoro pavese”, *Rivista di Diritto Civile*, 1997-II Parte.
- GALLO, Paolo, *Sopravvenienza contrattuale e problema di gestione del contratto*, Milano, Giuffrè, 1992.
- GALGANO, Francesco, *Diritto civile e commerciale*, 3ª ed., Milano, Cedam, 1999, t. I, vol. 2.
- *El negocio jurídico*, traducción de Blasco Gascó y Prats Albentosa, Valencia, Tirant lo Blanch, 1992.
 - *Diritto privato*, 2ª ed., Padova, Cedam, 1983.
- GANDOLFI, Giuseppe, “Per un codice europeo dei contratti”, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1991-I.
- “Pour un Code Européen des contrats”, *Revue Trimestrielle de Droit Civile*, 1992.
 - “L'unificazione del diritto dei contratti in Europa: mediante o senza una legge?”, *Rivista di Diritto Civile*, 1993-I.

- “Verso in tramonto del concetto di “obbligazione” nella prospettiva di un codice unico per l’Europa?”, *Rivista di Diritto Civile*, 1995-II.
 - “La “condizione” nel progetto pavese di un codice europeo dei contratti”, *Rivista di Diritto Civile*, 1998-II.
 - “El proyecto pavese de un código europeo de los contratos”, *Rivista di Diritto Civile*, 2001-I.
 - “L’attualità del quarto libro del Codice Civile nella prospettiva di una codificazione europea”, *Rivista di Diritto Civile*, 1993-I.
- GARCÍA AMIGO, Manuel, *Condiciones Generales de los Contratos*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1969.
- GASTALDI, José M., “El Proyecto de Unificación de la Legislación Civil y Comercial, Generalidades. Su incidencia en la doctrina general de los contratos”, E.D., 125-811.
- “La teoría de la causa (fin) y su relación con la frustración del fin del contrato”, E.D., 149-801.
- GAVIDIA SÁNCHEZ, Julio V., “Presuposición y riesgo contractual”, *Anuario de Derecho Civil*, Madrid, 1987, t. XL, N° 2.
- GHERSI, Carlos, “Deudas por préstamos con garantía hipotecaria fuera del sistema bancario. Refinanciación hipotecaria por el fideicomiso de Banco Nación”, *Suplemento Especial La Ley, Pesificación de créditos hipotecarios*, 2007.
- GHESTIN, Jacques, *Traité de droit civil. Les effets du contrat*, 2^a ed., París, L.G.D.J., 1994.
- GIANFELICI, Mario C., *La frustración del fin del contrato*, Buenos Aires, Hammurabi, 2004.
- “Fundamentos de la autonomía de la voluntad y de la fuerza obligatoria del contrato”, *Revista Conciencia*, año 8, N° 11.
- GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, “Más cerca de la penumbra que de la luz”, *Suplemento Especial La Ley, Pesificación de créditos hipotecarios*, 2007.
- GIOVENE, Achile, “Sul fondamento specifico dell’istituto della sopravvenienza”, *Rivista del Diritto Commerciale*, 1921-I.

- GIRALDO HURTADO, Luis Guillermo, *Anotaciones sobre la teoría de la causa*, Bogotá, Pontífica Universidad Javeriana, 1967.
- GÓMEZ, Claudio, “La Corte Suprema brinda protección a la ‘vivienda única familiar’”, Suplemento Especial La Ley, Pesificación de créditos hipotecarios, 200.
- GUTTERIDGE, M., “La revisión de los contratos por el juez en el derecho inglés”, L.L., 12-107.
- HAURIOU, Maurice, *La teoría del riesgo imprevisible y los contratos influidos por instituciones sociales*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1926.
- HERNÁNDEZ, Carlos, “Aportes de la CSJN para la construcción de un derecho contractual justo”, Suplemento Especial La Ley, Pesificación de créditos hipotecarios, 2007.
- HERNÁNDEZ, Carlos - ARIZA, Ariel, “La frustración del fin del contrato”, ponencia en las XIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Buenos Aires, Universidad Notarial Argentina, 1991.
- HERRAIZ, Héctor, “Causa y consideration”, L.L., 111-1000.
- INSTITUTO INTERNACIONAL PARA LA UNIFICACIÓN DEL DERECHO PRIVADO, *Principios sobre los contratos comerciales internacionales*, Roma, Unidroit, 1995.
- JORDANO BAREA, Juan, “Causa, motivo y fin del negocio (sentencia del TS 30 de junio de 1948)”, Anuario de Derecho Civil, 1949, t. 2, fascículo 2.
- JORDANO FRAGA, Francisco, *La responsabilidad contractual*, Madrid, Civitas, 1987.
- JOSSERAND, Louis, *Los móviles en los actos jurídicos de derecho privado. Teleología jurídica*, traducción de E. Sánchez Larios y J. M. Cajica, México, Cajica, 1946.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, “Emergencia y seguridad jurídica”, Revista de Derecho Privado y Comunitario, 2002-1, Emergencia y pesificación, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2002.
- LAFAILLE, Héctor, *Derecho civil. Contratos*, Buenos Aires, Ediar, 1953, vol. 1.

- *Derecho civil. Tratado de las obligaciones*, Buenos Aires Ediar, 1947, t. I.
- LAMARCA MARQUES, Albert, “Entra en vigor la ley de modernización del derecho alemán de obligaciones”, InDret, enero 2002, www.indret.com.
- “La modernización del derecho alemán de obligaciones: la reforma del B.G.B.”, InDret, abril 2001, www.indret.com.
- LARENZ, Karl, *Derecho civil. Parte general*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1978.
- *Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos*, trad. de Carlos Fernández Rodríguez, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1956.
- LARROCA, Gregorio, “La determinación de las deudas hipotecarias conforme la ley 26.167 según el fallo Rinaldi”, Suplemento Especial La Ley, Pesificación de créditos hipotecarios, 2007.
- LARROZA, Ricardo O., “Imprevisión contractual”, en STIGLITZ, Rubén (Dir) *Contratos. Teoría general*, Buenos Aires, Depalma, 1993, vol. II.
- LEHMANN, Heinrich, *Tratado del derecho civil. Parte general*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1956.
- LEIVA FERNÁNDEZ, Luis, “Frustración, nulidad e inoponibilidad de los actos jurídicos”, L.L., 1987-D-1154.
- LENEL, Otto, *La cláusula rebus sic stantibus*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1923.
- LEÓN, Pedro, “La presuposición en los actos jurídicos”, en *Estudios de Derecho Civil. Homenaje a Dalmacio Vélez Sársfield*, Córdoba, Imprenta de la Universidad Nacional de Córdoba, 1935.
- LLAMBÍAS, Jorge J., *Tratado de derecho civil. Obligaciones*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1989.
- LLAMBÍAS, Jorge J. - ALTERINI, Atilio A., *Código Civil anotado*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1982.
- LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando, *Teoría de los contratos. Parte Especial (2) y (3)*, Buenos Aires, Zavallía, 1985, t. 4.

- LÓPEZ MESA, Marcelo J., “Derecho y distorsiones macroeconómicas (La utilización de la cláusula ‘rebus sic stantibus’ por la jurisprudencia argentina y española)”, J.A., 1998-III-905.
- LORENZETTI, Ricardo L., *La emergencia económica y los contratos*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2002.
- “La excesiva onerosidad sobreviniente en supuestos de emergencia”, *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, 2002-1, Emergencia y pesificación, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2002.
- LUCARELLI, Francesco, *Lesione di interesse e annullamento del contratto*, Milano, Giuffrè, 1964.
- MACARIO, Francesco, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Nápoles, Jovene Editore, 1996.
- “Rischio contrattuale e rapporti di durata nel nuevo diritto dei contratti: dalla presupposizione all’obbligo di rinegoziare”, *Rivista di Diritto Civile*, año XLVIII, 2002-I-66.
- MAC GREGOR, Harvey, *Contract Code*, proyecto redactado por encargo de la Law Commission inglesa, traducción y notas de José María de la Cuesta Saenz y Carlos Vattier Fuenzalida, Barcelona, José María Bosch, 1997.
- MC DONNELL, Julián, “Tendencia en EE.UU. a la codificación. Revisión del Código de Comercio Uniforme”, L.L., 1999-F-916.
- MARTÍNEZ CARRANZA, Eduardo, “El cambio de circunstancias y el acto jurídico”, *Boletín del Instituto de Derecho Civil*, N^{ros} 1-4, Córdoba, Universidad Nacional de Córdoba, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, 1943.
- MARTORANO, Federico, “Presupposizione ed errore sui motivi nei contratti”, *Rivista di Diritto Civile*, Padova, Cedam, 1958, t. I.
- MASNATTA, Héctor, “El cambio de circunstancias y el contrato”, J.A., 1959-IV-10, Sección Doctrina.
- MENEZES CORDEIRO, Antonio, “Da alteração das circunstâncias”, *Estudos em Memória do Professor Doutor Paulo Cunha*, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.
- MESTRE, Jacques, “Une bonne foi franchement conquérante... au service d’une certain pouvoir judiciaire de révision du contrat!”, *Revue Trimestrielle du Droit Civile*, 1993.

- MOISSET DE ESPANÉS, Luis, “La lesión y el nuevo artículo 954”, Córdoba, Dirección General de Publicaciones de la Universidad Nacional de Córdoba, 1976.
- MOLINA SANDOVAL, Carlos, “Contrato de distribución comercial: la cuestión indemnizatoria por ruptura intempestiva”, Revista de Responsabilidad Civil y de Seguros, Buenos Aires, La Ley, 2001, t. II.
- MORALES MORENO, Antonio M., “El ‘propósito práctico’ y la idea de negocio jurídico en Federico de Castro”, Anuario de Derecho Civil, Madrid, 1983, t. XXXVI, fascículo 4.
- MORELLO, Augusto M., *Ineficacia y frustración del contrato*, 1ª ed., La Plata, Platense - Abeledo-Perrot, 1975.
- *Ineficacia y frustración del contrato*, 2ª ed., con la colaboración de Pedro Rafael de la Colina, Buenos Aires, LexisNexis - Abeledo-Perrot, 2006.
- MORELLO, Augusto M., “Los contratos de larga duración y la necesidad de una renegociación permanente”, L.L., 1989-C-1227.
- “La reconstrucción equitativa del contrato (crítica a la posición de la Corte Suprema que niega la procedencia de la acción de revisión)”, J.A., 1993-II-974.
 - “Los contratos: respuestas sustanciales y procesales a plurales cambios y emergencias”, L.L., 1998-D-1354.
 - “Inexistencia y nulidad del contrato. Perspectivas”, L.L., 1995-E-785.
- MORELLO, Augusto M. - TROCCOLI, Antonio A., *La revisión del contrato: onerosidad sobreviniente, intereses, indexación*, La Plata, Platense, 1977.
- MOSSET ITURRASPE, Jorge, *La frustración del contrato*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1991.
- “Las circunstancias del contrato (Primera parte. La reforma del Proyecto de Unificación al art. 1197 del C. Civil)”, E.D., 128-833 y ss.
 - “Las circunstancias del contrato (Segunda parte. Su vinculación con la causa fin)”, E.D., 128-839 y ss.
 - *Contratos*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1997.

- FALCÓN, Enrique - PIEDECASAS Miguel A., *La frustración del contrato y la pesificación*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2002.
- MOSSET ITURRASPE, Jorge - LORENZETTI, Ricardo L., “El embargo y la frustración del fin del contrato”, en ALEGRÍA, Héctor, MOSSET ITURRASPE, Jorge (Dir), *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, N° 3, Contratos Modernos, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1993.
- *Defensa del consumidor*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1994.
- MOUSSERON, Jean M., “La gestion des risques par le contrat”, *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, N° 87, 1988-2.
- NICOLAU, Noemí, “La frustración del fin del contrato (un modo de realizar la cooperación debida en el contrato)”, L.L., 1993-A-882.
- “La revisión y renegociación del contrato como instrumentos útiles para su adecuación a las circunstancias sobrevenidas”, J.A., 2002-IV-1058.
- “Consideraciones acerca de la ‘parte contractual’ plurisubjetiva”, L.L., Litoral, 1997-863.
- NICOLUSSI, Andrea, “Presupposizione e risoluzione”, en *Europa e Diritto Privato*, 2001-4.
- OERTMANN, Paul, *Introducción al derecho civil*, traducción de Luis Sancho Seral, Barcelona, Labor, 1933.
- *Die Geschäftsgrundlage*, Leizig, Deichert, 1921.
- ORGAZ, Alfredo, “El contrato y la teoría de la imprevisión”, L.L., 60-691.
- “Los límites de la autonomía de la voluntad”, *Nuevos estudios de derecho civil*, Buenos Aires, Bibliográfica Argentina, 1954.
- *El daño resarcible*, 2ª ed., Buenos Aires, Omeba, 1960.
- OSILIA, Elio, “Sul fondamento della risolubilità del contratto per sopravvenuta eccessiva onerosità della prestazione”, *Rivista del Diritto Commerciale*, 1949-I.
- OSTI, Giuseppe, “La così detta clausola rebus sic stantibus nel suo sviluppo storico”, *Rivista di Diritto Civile*, 1912.

- “Appunti per una teoría de la sopravvenienza”, *Rivista di Diritto Civile*, 1913.
- PALMIERI, Jorge, “La subjetividad de los jueces y la teoría de la imprevisión”, *E.D.*, 150-133.
- PAOLINI, Elena, “La causa del contratto”, en GALGANO, Francesco (Dir), *I grande orientamenti della giurisprudenza civile e commerciale*, Padova, Cedam, 1999.
- PLANIOL, Marcel - RIPERT, Georges, *Traité pratique de droit civil français*, París, L.G.D.J., 1932.
- *Tratado práctico de derecho civil francés*, La Habana, Cultural, 1940.
- PETTIS, Cristian - CAUSSE, Federico, “¿La cosa juzgada en emergencia?”, *Suplemento Especial La Ley*, Pesificación de créditos hipotecarios, 2007.
- PINO, Augusto, *La eccessiva onerosità della prestazione*, Padova, Cedam, 1952.
- PIZARRO, Ramón Daniel, *Causalidad adecuada y factores extraños. Derecho de daños*, Buenos Aires, La Rocca, 1989.
- VALLESPINOS, Carlos G., *Instituciones de derecho privado. Obligaciones*, Buenos Aires, Hammurabi, 1999, t. I.
- POLO, Antonio, “Comentario a la Sentencia del TS del 17 de mayo de 1941”, *Revista de Derecho Privado*, 1941.
- POTHIER, Robert, *Traité des obligations. Oeuvres de Pothier Contenant les traités de droit français*, 9ª éd., París, Pichon - Bechet, 1827.
- PUIG BRUTAU, José, *Fundamentos de derecho civil*, Barcelona, Bosch, 1978, t. II, vol. I.
- RAMELLA, Anteo, *La resolución por incumplimiento*, Buenos Aires, Astrea, 1979.
- RAY, José D., *Frustración del contrato*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1996.
- “La frustración del contrato”, comunicación a la Academia Nacional de Derecho de Buenos Aires, sesión del 27 de septiembre de 1984, Academia Nacional de Derecho de Buenos Aires, *Anales XXIX*, N° 22.

- RAY, José D. - VIDELA ESCALADA, Federico, *La frustración del contrato y la teoría de la causa*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1985.
- REY, María Rosa, “Teoría de la frustración del fin del contrato”, en *Prudentia Juris*, U.C.A., t. 37.
- REZZÓNICO, Luis M., *La fuerza obligatoria del contrato y la teoría de la imprevisión*, Buenos Aires, Perrot, 1954.
- RIPERT, Georges, *La règle morale dans les obligations civiles*, 3^a ed., París, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 1937.
- BOULONGER, J., *Tratado de derecho civil, según el Tratado de Planiol*, traducción de Delia García Daireaux, Buenos Aires La Ley, 1987, t. V.
- RINESSI, Antonio, “La frustración del fin en los contratos de contenido predispuesto”, L.L., 1993-B-853 y ss.
- RIVERA, Julio C., “La doctrina de las bases en el Proyecto de Unificación Legislativa”, *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones*, año XX, N° 115-120.
- “La relación entre la frustración del fin y la teoría de la imprevisión”, E.D., 179-61.
 - “El derecho privado en los grandes espacios económicos (Unión Europea, MERCOSUR, Área de Libre Comercio de las Américas)”, *Revista Latinoamericana de Derecho de Integración (MERCOSUR, TLC, ALCA, año II)*, N° 3, enero-julio de 2005, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2005.
- ROCA SASTRE, Ramón M., “El problema de la alteración de las circunstancias”, en *Estudios de Derecho Privado*, Madrid Revista de Derecho Privado, 1948, t. 1.
- ROPPO, Enzo, *Il Contratto*, Bologna, Il Mulino, 1977.
- “Impossibilità sopravvenuta, eccessiva onerosità della prestazione e ‘frustration of contract’”, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1973-I.
 - *Orientamenti tradizionali e tendenze recenti in tema de presupposizione*, *Giurisprudenza Italiana*, 1972, Cap. I, 1, c. 211 y ss.

- ROPPO, Vincenzo, *Il contratto*, Milano, Giuffrè, 2001.
- SACCO, Rodolfo - DE NOVA, Giorgio, *Il Contratto*, 3ª ed., Torino, Casa Editrice Utet, 2004, t. 1.
- SALAS, Acdeel E., “La cláusula oro y la teoría de la presuposición”, J.A., 1943-II-43.
- SALVAT, Raymundo M. - ROMERO DEL PRADO, Víctor M., *Tratado de derecho civil argentino. Parte general*, Buenos Aires, TEA, 1954, t. III.
- SÁNCHEZ GONZÁLEZ, María Paz, *Algunas notas para la elaboración de la doctrina jurisprudencial sobre la cláusula rebus sic stantibus*, Madrid, A.C., 1990-2.
- *Las tendencias unificadoras del derecho contractual europeo*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 2002.
- SAN MIGUEL PRADERA, Lis P., “La excesiva onerosidad sobrevenida: una propuesta de regulación europea”, Anuario de Derecho Civil, 2002, t. LV, fascículo III.
- SANTORO PASSARELLI, Francesco, *Dottrine Generali del Diritto Civile*, Napoli, Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1962.
- SCOGNAMIGLIO, Claudio, “Presupposizione e comune intenzioni delle parti”, Rivista del Diritto Commerciale, Milano, Casa Editrice Dottore Francesco Vallardi, 1985, t.II.
- “Interpretazione del contratto e interessi dei contraenti”, Collana Saggi e Documenti di Diritto Civile, N° 7, Padova, Cedam, 1992.
- SCOGNAMIGLIO, Renato, *Contratti in generale*, 3ª ed., Milano, Dott. Vallardi, 1977.
- SILVESTRE, Norma O. - KING, Juan C., “La frustración del fin del contrato”, J.A., 1991-III-848.
- “Una interesante aplicación de la teoría de la frustración del fin del contrato”, L.L., 1992-E-118.
- SOSA, Toribio, “Pesificación y reajuste equitativo”, Suplemento Especial La Ley, Pesificación de créditos hipotecarios, 2007.
- SOTO COAGUILA, Carlos A. “*El pacta sunt servanda* y la revisión del contrato”, en Revista de Derecho Privado y Co-

- munitario, 2007-1, Desequilibrio Contractual, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2007.
- SPOTA, Alberto G., *Instituciones de derecho civil. Contratos*, Buenos Aires, Depalma, 1983, t. III.
- “La teoría de la imprevisión contractual y el abuso de los derechos”, J.A., 1953-IV-30.
- STIGLITZ, Gabriel A., “Interpretación del contrato por adhesión entre empresas (El espíritu del derecho del consumidor está ligado a la defensa de las personas físicas)”, L.L., 1995-C-18.
- STIGLITZ, Gabriel A. - STIGLITZ, Rubén S., *Derechos y defensa del consumidor*, Buenos Aires, La Rocca, 1994.
- STIGLITZ, Rubén S., *Objeto, causa y frustración del contrato*, Buenos Aires, Astrea, 1997.
- “La frustración del fin del contrato”, J.A., 1998-II-937.
 - *Contratos. Teoría general*, Buenos Aires, Depalma, 1993, ts. I y II.
 - CORNET, Manuel, “Frustración del fin del contrato - Aplicación práctica”, en VALLESPINOS, Carlos G. (Dir) *Contratos. Presupuestos*, Córdoba, Advocatus, 1998.
- TARTAGLIA, Paolo, “Onerosità sopravvenuta”, *Enciclopedia del Diritto*, Milano, Giuffrè, 1980, t. XXX.
- TELLO, Roberto, “La teoría de la imprevisión en los contratos de derecho público”, J.A., 1946-IV-33, Sección Doctrina.
- TUNC, André, “L’unification du droit des contrats en Europe, avec ou sans loi?”, *Revue Internationale de Droit Comparé*, 1993.
- VALLESPINOS, Carlos, “La libertad en la contratación contemporánea”, L.L., 1984-A-886.
- *El contrato por adhesión a condiciones generales*, Buenos Aires, Universidad, 1984.
- VATTIER FUENZALIDA, Carlos, “La interpretación integradora del contrato en el Código Civil”, *Anuario de Derecho Civil*, abril-junio de 1987, t. XL, fascículo II.
- VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto, “Cambio de circunstancias y distribución del riesgo contractual”, L.L., 2002-E-1166.

- VELASCO, Ángel, “La prestación agobiante en las obligaciones de carácter mercantil”, *Revista de Derecho Mercantil*, 1948-I.
- VENINI, Juan C., “La frustración del fin del contrato”, *J.A.*, 1991-III-764.
- VERGARA, Leandro, “La teoría de la imprevisión aplicada a los mutuos con garantía hipotecaria sobre una vivienda familiar y única. La aplicación del parámetro de mayor onerosidad subjetiva”, *Suplemento Especial La Ley, Pesificación de créditos hipotecarios*, 2007.
- VIDELA ESCALADA, Federico, “La frustración del fin del contrato”, en *Revista del Notariado*, año XCIII, enero-marzo de 1991, Editorial del Colegio de Escribanos de la Capital Federal.
- *La causa final en el derecho civil*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1968.
 - *La teoría de la causa*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1985.
- VOLKMAR, M., “Revisión de los contratos por el Juez en Alemania”, *L.L.*, 12-11, Sección Doctrina.
- VON IHERING, Rudolf, *El espíritu del derecho romano*, traducción de Enrique Príncipe y Satorres, Madrid, Bailly-Bailliere, 1898.
- WINDSCHEID, Bernard, *Diritto delle Pandectte*, trad. del alemán al italiano y notas de Carlo Fadda y Paolo Emilio Bensa, Torino, Unione Trip. Edit. Torinese, 1925.
- URBANO SALERNO, Marcelo, “La imprevisible alteración del contrato a causa del fenómeno monetario”, *L.L.*, 2002-A-1317.
- ZANNONI, Eduardo, “La prueba del daño en razón de la frustración del contrato”, en *Revista de Derecho de Daños*, La prueba del daño II, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1999.
- *Ineficacia y nulidad de los actos jurídicos*, Buenos Aires, Astrea, 1986.
 - “El desequilibrio contractual y la renegociación del contrato”, *Desequilibrio Contractual*, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, 2007-1, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2007.

ZIMMERMANN, Reinhard, *Estudios de Derecho Privado Europeo*,
traducción de Antoni Vaquer Aloy, Madrid, Civitas, 2000.

ÍNDICE

Capítulo I

Introducción

1. Ubicación del tema	15
-----------------------------	----

Capítulo II

Antecedentes - Fundamentación

1. Doctrinarios y jurisprudenciales	21
1.1. Extranjeros	21
1.1.1. Derecho continental.....	21
1.1.1.1. El cambio de circunstancias y el contrato: la cláusula “ <i>rebus sic stantibus</i> ”	21
1.1.1.2. Teoría de la imprevisión	31
1.1.1.3. Teoría de la excesiva onerosidad de la prestación.....	41
1.1.1.4. Teoría de la presuposición: Windscheid	48
1.1.1.5. Teoría de la presuposición bilateral: Oertmann	55
1.1.1.6. Teorías objetivas: Kaufmann-Krückmann ..	62
1.1.1.7. Teorías mixtas: Locher-Lehmann-Larenz ..	64
1.1.1.8. Influencia de las teorías de la presuposición y base del negocio en el derecho continental	79
1.1.2. Derecho anglosajón	111
1.2. Nacionales	131
1.2.1. Recepción del instituto en la doctrina nacional ...	131

1.2.2. IV Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Comercial y Procesal	133
1.2.3. XIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil	134
1.2.4. Recepción de la figura en nuestra jurisprudencia: análisis crítico	136
2. Legislativos	181
2.1. Extranjeros	182
2.1.1. Prusia	182
2.1.2. Austria	184
2.1.3. Gran Bretaña	185
2.1.3.1. Law Reform (frustrated Contracts) Act....	185
2.1.3.2. Contract Code: Proyecto de la Law Commission	187
2.1.4. Portugal	189
2.1.5. EE.UU.	191
2.1.6. Principios de UNIDROIT	194
2.1.7. Principios del Derecho Europeo de los Contratos (PECL)	199
2.1.8. Anteproyecto de Código Europeo de los Contratos	201
2.1.9. Alemania	204
2.2. Nacionales	209
2.2.1. El derecho positivo argentino frente a la frustración del fin del contrato	209
2.2.2. Proyectos de reforma a nuestra legislación	212
2.2.2.1. Proyecto de Unificación a la Legislación Civil y Comercial de 1987	212
2.2.2.2. Proyecto de la Comisión Federal (Cámara de Diputados de la Nación) de 1993	218
2.2.2.3. Proyecto de la Comisión del Poder Ejecutivo Nacional de 1993	220
2.2.2.4. Proyecto de Código Civil unificado de 1998	221

Capítulo III

Integración y proyección en nuestro sistema jurídico

1. Nociones básicas	227
1.1. Etimología y terminología	227
1.2. Sentido amplio y estricto de la noción de frustración del fin del contrato	229
1.3. Nuestra definición	232
1.4. Comparación con otras figuras afines	233
1.4.1. Frustración del fin e imposibilidad del pago ..	233
1.4.2. Frustración del fin y excesiva onerosidad sobreviniente	236
1.4.3. Frustración del fin y error	240
1.4.4. Frustración del fin y causa	247
1.4.5. Frustración del fin y obtención del fin por otros medios	255
1.4.6. Frustración del fin y caso fortuito	258
1.4.7. Frustración del fin y condición	259
2. Fundamentos de admisibilidad	260
2.1. La fuerza obligatoria del contrato y los límites a la autonomía privada	260
2.2. El interés del acreedor	267
2.3. La exteriorización del propósito contractual	273
2.4. El verdadero fundamento: la buena fe	275
2.5. Requisitos de procedencia	282
2.5.1. El negocio afectado	283
2.5.2. Prestación pendiente de ejecución	288
2.5.3. Presencia de un fin contractual	289
2.5.4. Prestación aún posible	292
2.5.5. Desvanecimiento del interés del acreedor	292
2.5.6. Advenimiento de circunstancias imprevisibles	294
2.5.7. Inimputabilidad de las partes	299
2.6. Ámbito de aplicación	301

2.6.1. Reglas generales	301
2.6.2. Contratos de contenido predispuesto, de consumo y mercantiles	303
2.7. Efectos jurídicos	309
2.7.1. El riesgo contractual	309
2.7.2. Clase de sanción	313
2.7.3. Legitimación	317
2.7.4. Consecuencias de la ineficacia	318
2.7.4.1. Posibilidad de revisión	318
2.7.4.2. La vía extintiva	324
2.7.4.3. Reembolso de gastos	327
2.8. Conveniencia de legislar específicamente sobre la frustración del fin del contrato	331
2.8.1. Conveniencia de ampliar la legislación vigente	331
2.8.2. Ubicación de las normas reguladoras	333
2.8.3. Nuestra propuesta. El contenido de las normas reguladoras	334
 Capítulo IV	
Conclusiones	337
 Bibliografía	341

Se terminó de imprimir en
Editorial Advocatus, Arturo M. Bas 236,
en el mes de junio de 2011

