

GUILLERMO EDUARDO BARRERA BUTELER

Director

---

# EL DERECHO ARGENTINO FRENTE A LA PANDEMIA Y POST-PANDEMIA COVID-19

## TOMO I

*Colección de Estudios Críticos  
de la Facultad de Derecho  
de la Universidad Nacional de Córdoba*

**COORDINADORES:**  
MAXIMILIANO RAIJMAN  
RICARDO DANIEL EREZIÁN

Córdoba  
2020

## COVID- 19 Y CONTRATO

JUAN MANUEL APARICIO<sup>1</sup>

**Sumario:** I. Emergencia: 1. La legislación de emergencia. 2. La extensión de la crisis. II. Los remedios de nuestro ordenamiento jurídico: A) El caso fortuito y la imposibilidad de incumplimiento: 3. Los requisitos del caso fortuito. 4. La imposibilidad de cumplimiento. 5. Efectos de la imposibilidad. 6. La imposibilidad temporal. 7. La asunción convencional del caso fortuito. 8. La prueba del caso fortuito. B) La imprevisión: 9. La fuerza obligatoria del contrato y el cambio de circunstancias. B.1.) Requisitos de la imprevisión: 10. Ámbito de aplicación. 11. La excesiva onerosidad. 12. Alteración extraordinaria e imprevisible de las circunstancias: 12.1. La imprevisibilidad. 12.2. La depreciación monetaria. 12.3. El cambio de circunstancias debe ser sobrevenido. 12.4. Diferencia con el caso fortuito. 13. Nexo causal entre el cambio de circunstancias y el desequilibrio: 14. La ajenezidad del desequilibrio con respecto al riesgo asumido por la parte afectada. B.2.) Efectos: 15. La resolución o la adecuación del contrato. Opción de la parte perjudicada. Situación de la contraparte. 16. Alcance de la resolución y de la adecuación. 17. La evolución en cuanto al ejercicio de ambas pretensiones. 18. Complementación de las pretensiones. 19. Quid de la imprevisión como excepción. 20. Quid de la legitimación del tercero. B.3.) Remedios convencionales. Cláusula de renuncia. 21. La cláusula “hardship”. 22. La cláusula de renuncia. 23. Límites de la autonomía. C) La frustración del contrato: C.1.) Antecedentes de la figura: 24. La presuposición. 25. La base del negocio o la presuposición bilateral. 26. La base subjetiva del negocio. 27. La base objetiva del negocio. C.2.) Supuestos de la frustración del fin: 28. Los casos de la coronación. 29. La “impossibilité de jouissance”. 30. La jurisprudencia nacional. 31. El caso especial de la locación en nuestro derecho. C.3.) El Código Civil y Comercial: 32. La asociación con la causa. C.3.1.) Requisitos: 33. Alteración

---

<sup>1</sup> Doctor en Derecho y Ciencias Sociales. Profesor Emérito de la Universidad Nacional de Córdoba. Director del Instituto de Derecho Civil de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Miembro de Número y Secretario de la misma.

extraordinaria de las circunstancias. 34. La finalidad del contrato. 35. Ajenidad de la frustración con el riesgo asumido por el afectado. 36. Ámbito de la figura. C.3.2.) Efectos: 37. La resolución. Su carácter operativo. 38. La adecuación. 39. La frustración temporaria. C.3.3.) Diferencias con la imprevisión: 40. Enunciación de las diferencias. D) La tutela preventiva: 41. La excepción de incumplimiento. 42. La tutela preventiva. E) La buena fe: 43. La construcción de la reglamentación contractual. 44. La integración judicial. 45. La buena fe. Antecedentes. 46. Caracterización de la buena fe. 47. Cometido de los jueces. 48. El papel que ha cumplido y que puede desempeñar la buena fe. 49. Límites. 50. Conclusión.

## 1. La legislación de emergencia

El 11 de marzo de 2020 la Organización Mundial de la Salud (OMS) declaró el brote de corona virus como una pandemia. Se creó una situación de profunda incertidumbre científica, sanitaria y económica que se extendió por el mundo entero. Diversas medidas excepcionales debieron ser puestas en práctica para afrontar la emergencia, tales como el confinamiento de las personas -entre nosotros el “aislamiento social preventivo y obligatorio”, el cierre de comercios, de industrias, y el cese de actividades económicas de diversa índole. Este estado de cosas repercute en el ámbito negocial, desde que el normal cumplimiento de los contratos se ve seriamente comprometido por el marasmo económico que las citadas medidas de excepción provoca.

Se debe continuar con la gestión de la emergencia en que los mecanismos de la democracia participativa se ven invertidos<sup>2</sup>. Decretos de necesidad urgencia, que deben contar con la aprobación del Congreso de la Nación, reemplazan a la ley. Y seguramente delegaciones de la autoridad Legislativa permitirán que la autoridad ejecutiva cuente con facultades suficientes para continuar con dicha gestión.

**2. La extensión de la crisis.** Inclusive, es probable que se continúe con el dictado de medidas que interfieran en los contratos que se encuentren en

---

<sup>2</sup> La expresión es de Mekki, Mustapha, “De La urgence a l’imprevu du Covid 19: quelle boite a outils contractuels?”, p. 164, en AJ Contrat, N°4, Abril 2020, Dalloz.

curso de ejecución, en una suerte de fiebre legisferante con varios antecedentes en nuestro país<sup>3</sup>.

No es posible predecir el momento en que esta situación de crisis sanitaria llegará a su fin. Sí es dable advertir la crisis económica que ella está ocasionando y, asimismo, colegir la profundidad y la dimensión de la crisis que sobrevendrá cuando el virus sea neutralizado.

De todas maneras, debe señalarse que el ordenamiento jurídico prevé remedios para los desequilibrios que situaciones de excepción pueden provocar en la ejecución de un contrato. A ellos se habrá de hacer referencia.

## II- LOS REMEDIOS DE NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO

### A) El caso fortuito y la imposibilidad de incumplimiento

**3. Los requisitos del caso fortuito.** La pandemia constituye un acontecimiento extraordinario e imprevisible. Tiene las notas distintivas propias del caso fortuito: la imprevisibilidad y la inevitabilidad. Constituye un hecho que no pudo ser previsto; y que, para mayor abundamiento, de haberlo sido, no pudo ser evitado (art. 1730 del CCCN).

**4. La imposibilidad de cumplimiento.** Uno de los efectos del caso fortuito es que constituye una causa de extinción de una obligación por imposibilidad de cumplimiento (Arts. 955 y 956 del CCCN). Dicha imposibilidad deber ser sobrevenida y reunir los caracteres de ser absoluta, objetiva y definitiva. Sobrevenida, porque si fuese genética, la obligación no habría llegado a existir. Absoluta, porque el impedimento es de tal naturaleza que no puede ser superado ni es subsanable. Objetiva, porque debe ser inherente a la prestación en sí misma considerada y no depender de las condiciones particulares del obligado referidas a su persona o a la esfera interna de su economía individual. Definitiva, porque el impedimento a la ejecución de la prestación no debe ser temporáneo o pasajero. Finalmente, la imposibilidad no debe tener una causa imputable a una de las partes del contrato. Si así lo fuere, la obligación de dicha parte no se extingue, se

---

<sup>3</sup> RIVERA, Julio César, “Los contratos frente a la pandemia”, en La Ley, 22 de abril de 2020, p. 14.

reputa incumplida, y se convierte en la de pagar una indemnización de los daños causados. (art. 955 del CCC.).

**5. Efectos de la imposibilidad.** Cuando se dan esas condiciones, la obligación se extingue, y el deudor queda eximido de la responsabilidad por incumplimiento (art. 1730 del CCCN). En los contratos bilaterales, dado el nexo de interdependencia que existe entre las obligaciones recíprocas de las partes, la extinción de una de ellas por imposibilidad de incumplimiento no imputable al deudor, determina que quede desprovista de sustento la obligación correlativa. Ello acarrea la extinción del contrato como consecuencia de la irremediable frustración del sinalagma funcional. El Código Civil y Comercial no ha previsto expresamente ese supuesto como lo hacía el Código de Vélez en el art. 895. No obstante la solución no puede ser otra, porque la quiebra irreversible del nexo de interdependencia de las prestaciones, frustra la función que sirve de razón justificativa del contrato y se configura la falta de subsistencia de la causa prevista en el art. 1013 del CCCN que provoca la extinción del contrato.

**6. La imposibilidad temporal.** Cuando la imposibilidad sobrevenida objetiva y absoluta es temporaria, por vía de regla, la obligación no se extingue, aunque el deudor se libera de las consecuencias de la mora (art. art. 888 del CCCN). Únicamente se produce la extinción de la obligación cuando el plazo es esencial o cuando la duración del impedimento frustra el interés del acreedor de modo irreversible (art. 888 del CCCN). Huelga reiterar que la extinción de la obligación de una de las partes en tales hipótesis de excepción, desencadena la extinción del contrato bilateral.

La legislación de emergencia que puede afectar el cumplimiento de contratos en vías de ejecución, tiene, en principio, un alcance temporal. Por lo tanto, los impedimentos que pueden provocar para el cumplimiento de las obligaciones nacidas de ese contrato, correlativamente, tendrán, de ordinario, ese alcance y son susceptibles de encuadrar en el supuesto del art. 888 del CCCN.

**7. La asunción convencional del caso fortuito.** Entre los supuestos en que la imposibilidad o el caso fortuito no obstan a que el deudor sea responsable por el incumplimiento, el inc. a del art. 1733 del CCCN, menciona los casos en que lo haya tomado convencionalmente a su cargo. Una cláusula de este tipo sólo se concibe en los contratos paritarios. En los

contratos en que existe una diferencia en el poder de negociación entre las partes, como ocurre en los contratos por adhesión a condiciones generales o en los contratos de consumo, una estipulación de esta índole configura una cláusula abusiva. Así como son abusivas las cláusulas de eximición de responsabilidad de la parte con un poder de negociación dominante, con igual o mayor razón deben serlo éstas que cargan a la parte débil con una responsabilidad excepcional.

En los contratos en que se incluye una cláusula de este tipo, se suele delimitar el hecho que constituye el caso fortuito y los alcances de la imposibilidad. La interpretación debe ser restrictiva y ceñirse a los límites estrictos que es dable asignarle a la asunción.

**8. La prueba del caso fortuito:** El deudor que lo alega, carga con la prueba del caso fortuito; así lo prescribe el art. 1736 del CCCN,

## **B) La imprevisión**

**9. La fuerza obligatoria del contrato y el cambio de circunstancias.** Los que contratan lo hacen en el ámbito de ciertas circunstancias de hecho económicas jurídicas y de otra índole, existentes en el momento de la celebración del acuerdo, que configuran el contexto dentro del cual deciden manifestar el consentimiento para celebrar el contrato. Ahora bien, frecuentemente se celebran contratos que no agotan sus efectos en el momento de su perfeccionamiento, sino que generan una relación destinada a prolongarse en el tiempo. En tales casos cabe plantear el interrogante si cuando se produce un cambio de las circunstancias originarias, pendiente la actuación del programa negocial, puede una de las partes desligarse del contrato. La respuesta, por vía de regla, es negativa. El contrato, por antonomasia, un acto de previsión; cuando se ha decidido que su ejecución dure o se difiera en el tiempo, lo que las partes persiguen es que lo convenido subsista a pesar del cambio ulterior de las circunstancias de hecho.

Pero esa regla que se deriva del principio básico *pacta sunt servanda* no puede ser absoluta; cuando el cambio de circunstancias destruye la relación de equivalencia entre las prestaciones y el contrato pierde su sentido originario, su inflexible aplicación puede conducir a soluciones reñidas con los más elementales postulados de justicia. El instituto de la imprevisión persigue establecer un equilibrio entre el valor justicia y el valor seguridad, que no son valores antitéticos sino que se complementan.

### *B1 Requisitos de la imprevisión*

**10. Ámbito de aplicación.** El art. 1091 del CCCN regula la imprevisión. El ámbito de aplicación de la figura comprende los contratos conmutativos de ejecución diferida o continuada. El supuesto de la imprevisión presupone alteraciones de las circunstancias que se producen durante la existencia de un contrato cuya vida se prolonga en el tiempo. Tal ocurre cuando se prevé que su ejecución se difiere a un plazo (contratos de ejecución diferida); o que la ejecución debe continuarse en el tiempo (contratos de duración); o que la ejecución requiere necesariamente del tiempo como sucede en la categoría intermedia de contratos de ejecución prolongada a la que pertenece principalmente el contrato de obra.

El CCCN emplea la expresión, no muy apropiada, de “contratos de ejecución diferida o permanente” para identificar a estos contratos. Los contratos conmutativos son una variedad de los contratos onerosos en que la efectiva entidad de las prestaciones de las partes son susceptibles de una apreciación inmediata y cierta en el momento en que se celebra el contrato; Con respecto a los contratos aleatorios, otra variedad de los contratos onerosos, en que la relación entre ventajas y pérdidas depende de un acontecimiento incierto, debido a que las partes asumen riesgos contrapuestos y equivalentes, sólo cabe incluirlos cuando la excesiva onerosidad de una de las prestaciones de las de partes obedezca a causas extrañas al riesgo propio del contrato. Finalmente, están excluidos los contratos a título gratuito.

**11. La excesiva onerosidad.** El primer requisito de la figura de la imprevisión consiste en que la prestación de una de las partes se torne excesivamente onerosa en el contrato: es necesario que se altere profundamente la relación de equilibrio originaria que existía entre las prestaciones de los contratantes. No se enuncia un límite cuantitativo rígido para medir el desequilibrio y la excesiva onerosidad; se trata, por ende, de una cuestión de hecho que debe evaluada en cada caso concreto por el juez. Tal apreciación debe hacerse sobre la base de un criterio objetivo: la prestación debe haberse tornado excesivamente onerosa en sí misma considerada, con prescindencia de las particulares condiciones económicas del obligado y de la repercusión singular que un acontecimiento pueda producir en su patrimonio. La excesiva onerosidad resulta de confrontar equilibrio inicial de las prestaciones con el desequilibrio sobrevenido y se produce cuando en tal comparación se incrementa excesivamente la onerosidad de la de la prestación de la parte afectada o se degrada considerablemente el valor

retributivo de su contraprestación. En la valoración de la excesiva onerosidad se prescinde de la situación económica del perjudicado, desde que dicha estimación se verifica mediante el referido cotejo entre prestación y contraprestación.

**12. Alteración extraordinaria e imprevisible de las circunstancias.** El segundo requisito de la imprevisión estriba en que la excesiva onerosidad de la prestación de una de las partes debe ser causada por una alteración extraordinaria de las circunstancias existentes al tiempo de la celebración. Tal alteración de las circunstancias, presupone la existencia de acontecimientos cuya superveniencia tiene los caracteres suficientes para generarla. Se trata de acontecimientos fuera de lo común, insólitos que no es normal que se verifiquen y que le confieren al cambio de circunstancias su carácter de extraordinario. Ahora bien, lo extraordinario está entrelazado de manera inseparable con la imprevisibilidad, porque el criterio de diferenciación de lo ordinario con lo extraordinario radica, fundamentalmente, en el grado de probabilidad con que es dable prever la verificación de un suceso; consecuentemente, se le adjudica al cambio de circunstancias, el carácter de imprevisible.

**12.1. La imprevisibilidad.** El acontecimiento perturbador puede ser natural, humano, político, económico, normativo o una pandemia, como en este caso excepcional. Determinar cuándo es imprevisible es una cuestión de hecho que debe resolverse teniendo en cuenta el grado concreto de especificidad con el cual resulta posible preverlo. Desde un punto de vista genérico, es posible prever la existencia de un conflicto bélico en una zona conflictiva, de granizos de acentuado poder destructor, de avances tecnológicos de trascendencia, pero no se puede anticipar cuando se producirán esos fenómenos o la intensidad, repercusión y duración de ellos. El acaecimiento de tales sucesos constituye una anomalía que le asigna el carácter de imprevisibilidad requerido por la figura. La pandemia del coronavirus reúne de modo paradigmático los rasgos que cabe atribuirle a la imprevisibilidad.

**12.2. La depreciación monetaria.** Un párrafo especial merece la depreciación monetaria. En la convulsionada historia económica de nuestro país, la inflación ha estado enquistada en su desenvolvimiento, de modo que los operadores en el mercado han debido frecuentar con ella un trato cotidiano, salvo escasas excepciones. La inflación, por ende no ha reunido los requisitos para constituir un acontecimiento imprevisible o extraordinario. Empero, tal ha ocurrido con respecto a la inflación que puede calificarse de

estructural, dentro de los límites de lo acostumbrado. No sucedió lo mismo en oportunidades en que la inflación tuvo un salto súbito e inesperado por medidas gubernamentales que causaron un profundo impacto desequilibrador en el campo de los negocios. Tuvo su origen en varios acontecimientos, tales como el que recibió el apelativo de la tablita con el que se pretendió anticipar el porcentaje de la devaluación; o el denominado “rodrigazo”, con un ajuste que, a la duplicación de precios, le sumó una fuerte devaluación; o la crisis del año 1989 que desencadenó una hiperinflación. En todas estas situaciones la inflación que era un ingrediente infaltable que acompañaba el desenvolvimiento económico, se transformó en un suceso extraordinario e imprevisible por su desmesura y el carácter subitáneo de su impacto.

**12.3. El cambio de circunstancias debe ser sobrevenido.** El cambio de las circunstancias y el acontecimiento que lo genera, deben verificarse después de la celebración del contrato; si ya existían en ese momento, aunque eran desconocidos por las partes, las consecuencias de la inexacta representación de la realidad por los contratantes, sólo pueden ser subsanadas con las disposiciones relativas a los vicios de la voluntad.

**12.4. Diferencia con el caso fortuito.** El acontecimiento extraordinario e imprevisible que produce el cambio de circunstancias, reviste la misma naturaleza que el caso fortuito. La diferencia fundamental estriba en los efectos que tiene suceso en el cumplimiento de la obligación: mientras el caso fortuito provoca la imposibilidad de cumplir la obligación, en la imprevisión, el cumplimiento es posible, aunque la prestación del afectado se torna excesivamente onerosa porque se subvierte la relación de equivalencia originaria entre las prestaciones.

**13. Nexo causal entre el cambio de circunstancias y el desequilibrio.** El tercer requisito de la imprevisión es que la alteración de las circunstancias sobrevenga por causas ajenas a las partes. Se excluyen las situaciones en las cuales en el nexo causal entre el extraordinario cambio de circunstancias y el desequilibrio que provoca, interfieren hechos imputables al perjudicado. Tal ocurre cuando éste se encuentra en mora al tiempo de producirse la alteración de las circunstancias., siempre que dicha mora sea la causa del agravamiento de su situación.

**14. La ajenidad del desequilibrio con respecto al riesgo asumido por la parte afectada** El cuarto requisito de la imprevisión, es que el desequilibrio provocado por la alteración de las circunstancias debe ser ajeno

al riesgo asumido por la parte afectada. La excesiva onerosidad de la prestación de la parte perjudicada no debe estar comprendida en el álea normal del contrato en cuestión. En la tarea concreta de determinar el alcance de este requisito cabe tener en consideración al tipo contractual, a las coyunturas del mercado y a todo otro dato complementario, para determinar el concreto régimen de reparto de riesgos en la singular relación contractual de que se trate. Para ilustrar esta idea cabe pensar que si el contrato opera en un mercado donde son habituales marcadas oscilaciones de precio –por ejemplo los negocios de bolsa- entren en el riesgo normal del contrato desequilibrios de entidad mayor que los admisibles en otros tipos de transacciones.

## *B2. Efectos*

**15. La resolución o la adecuación del contrato. Opción de la parte perjudicada. Situación de la contraparte.** Cuando se dan los requisitos del supuesto de la imprevisión mencionados, el art. 1091 del CCCN confiere a la parte perjudicada el derecho de solicitar judicialmente la resolución total o parcial del contrato o su adecuación. Representa un avance con respecto a la legislación precedente, que el CCCN expresamente reconozca el derecho del perjudicado a solicitar la adecuación del contrato. Con ello se supera una polémica que se había generado durante la vigencia del Código Civil. Empero, inexplicablemente, no se ha seguido el mismo temperamento con respecto al reconocimiento expreso del derecho del damnificado para solicitar la adecuación o bien, en su caso, la resolución. Pese a esa omisión, la opinión prevaleciente en la doctrina se inclina por admitir la legitimación de la contraparte del perjudicado para el ejercicio de tales pretensiones<sup>4</sup>.

---

<sup>4</sup> En los Fundamentos del Anteproyecto del Código Civil y Comercial de la Nación se señala que en capítulo concerniente a la extinción, modificación y adecuación del contrato “se siguen las pautas del Proyecto de 1998”, con algunas adaptaciones “.Corresponde observar que en lo relativo a la legitimación para al ejercicio de los remedios previstos, lamentablemente, existió un apartamiento inmotivado y carente de justificación del antecedente que se menciona como fuente. En efecto, el art. 1091 del CCCN se ha limitado a reproducir, con algunas ligeras variantes, el art. 1060 del Proyecto de 1998. Empero, ha prescindido de prestar atención al art. 1061 de dicho Proyecto que integra y define los alcances de régimen previsto en materia del “funcionamiento” de la legitimación en el instituto de la imprevisión. El mencionado 1061 del Proyecto de 1998, clave en la cuestión, prescribe: “Si una parte pretende la rescisión del contrato, la otra parte puede impedirla ofreciendo la

**16. Alcance de la resolución y de la adecuación.** La resolución entraña la disolución del vínculo contractual; tiene, en principio, efecto retroactivo y puede ser total o parcial.

La adecuación permite la subsistencia del vínculo contractual; tan sólo consiste en reajustar el contenido del contrato de modo que desaparezca la excesiva onerosidad de la prestación del perjudicado, bien sea disminuyendo su monto o aumentando la entidad retributiva de la contraprestación. Tal revisión el contrato debe ser hecha equitativamente, cuestión que debe ser resuelta en cada caso concreto. Como criterio de orientación es dable considerar que no supone necesariamente en el restablecimiento perfecto del equilibrio que existía en el momento de la celebración el contrato. Todo contrato a término está sujeto a un riesgo normal que impide pronosticar con seguridad cuáles serán las ventajas que en definitiva su cumplimiento puede proporcionar a las partes, según los posibles cambios de las condiciones económicas existentes en su celebración. La adecuación del contrato sólo persigue eliminar el exceso de onerosidad, sin que deba procurarle toda la utilidad que el perjudicado aspiraba a obtener de su prestación en la situación de hecho originaria. El objetivo de la revisión del contrato consiste en expurgar del mismo la injusticia que ha venido a producirle el cambio extraordinario de circunstancias. Se trata de eliminar el gravamen que puede reputarse desmesurado o exorbitante para el perjudicado, el que, según las circunstancias, debe hacerse cargo del álea normal del contrato.

El efecto de la imprevisión es el de conferir estas dos pretensiones: la de resolución o la de adecuación.

**17. La evolución en cuanto al ejercicio de ambas pretensiones** El Código Civil italiano que fue un código precursor en la reglamentación de la figura y fuente de su incorporación al Código Civil por la reforma de su artículo 1198 que llevó a cabo ley 177111, se inspiró en el criterio que la consecuencia normal de la *sopravvenienza* era la resolución, en cuanto satisfacía plenamente el interés del afectado al permitirle desvincularse de un negocio cuya economía se había subvertido profundamente por causa del evento perturbador sobrevenido, Por ello, a la parte cuya prestación había tornado excesivamente onerosa le confería exclusivamente el derecho de demandar la resolución del contrato que operaba su extinción. Empero, tal

---

adecuación de las prestaciones. Si una de las partes pide la adecuación del contrato, la otra puede requerir la rescisión”. Véase sobre el tema, APARICIO, Juan Manuel, *Contratos Parte General*, 2ª. Ed. 1301 y 1392, p. 273.

resolución no constituía un efecto automático y forzoso de esa pretensión cuando se da el supuesto sobre el que se fundaba, sino se admitía que la contraparte del perjudicado podía evitarla ofreciendo mejorar equitativamente las condiciones del contrato.

El art. 1198 del Código Civil reprodujo esa solución. El paso del tiempo demostró que no era la más aconsejable y se invirtió el enfoque. Prevalece en la actualidad el criterio que en contratos en crisis, debe priorizarse la renegociación entre las partes con miras a adecuarlo a las nuevas circunstancias y, de este modo, conservarlo evitando su extinción<sup>5</sup>.

En la doctrina italiana, pese a que se ha impuesto una interpretación rígida, apegada al texto de art. 1467 del Código Civil italiano, con respecto a la legitimación para el ejercicio pretensión de revisión del contrato, ha llegado a propugnar que en contratos gravemente afectados por el cambio de circunstancias existe una obligación de renegociar, de fuente legal, que se inserta en el reglamento contractual por vía de integración y cuya fuente es el principio de buena fe<sup>6</sup>.

---

<sup>5</sup> En esta orientación cabe incluir a los Principios de los Contratos Comerciales Internacionales del UNIDROIT (art. 6.2.3); los Principios del Derecho Europeo de Contratos (art.6.111) el Proyecto de Parte General de del Derecho Europeo de Contratos de Pavia (art. 157)

<sup>6</sup> Véase ROPPO; *Il contratto*, 2001, p.1046. Los ejemplos se refieren a contratos de obra que importan una operación compleja de notable trascendencia económica, que una vez iniciadas, su continuación se torna irreversible: piénsese, así en la construcción de un importante puente, una plataforma petrolífera, una usina nuclear o un contrato de eliminación de residuos tóxicos. Asimismo, se ha sostenido que no solamente la excesiva onerosidad de la prestación, sino también nuevos criterios de oportunidad puede convertir en pésimo un contrato que fue equitativo. Se da como ejemplo el contrato de obra, cuando los materiales que según el contrato deben emplearse para su ejecución, se vuelven vetustos y el progreso técnico brinda la oportunidad de adquirir otros de menor precio y mejor calidad. Agrega como ejemplo la modificación de un curso de agua que obliga a modificar el proyecto de construcción de un puente. En tales casos, se afirma, la equidad exige dar un paso adelante para entender que el contrato contiene sobreentendida la cláusula de renegociar, en virtud de la cual un dato que se transforma en obsoleto, puede ser sustituido por el dato actualizado y oportuno (SACCO-DE NOVA, *Il contratto*, 3ª. Ed. 2004, t. II, p. 722) Los autores citados engloban a estos supuestos bajo la denominación de *soppravvenienza atípica*.

Por su parte, en el derecho francés, si bien la jurisprudencia administrativa admitió la imprevisión a partir del caso de la Compañía General de Burdeos resuelto por el Consejo de estado el 30 de marzo de 1916, la jurisprudencia de la Corte de Casación le fue adversa a partir de la célebre sentencia del 6 de marzo de 1876, en el caso de canal de Crappone, La reforma que introdujo al régimen de los contratos del Código Civil la Ordonnance n° 2016-131, incorporó la figura en el art. 1195 de dicho Código

**18. Complementación de las pretensiones.** En la opción entre las pretensión de resolución o de adecuación del contrato, si bien en la actualidad se piensa que debe promoverse el ejercicio de la segunda, en cuanto conduce a su conservación y, a su vez, fomenta su renegociación entre los interesados, no puede perderse de vista que en los casos concretos ambas pretensiones, en definitiva, se complementan. Cuando la adecuación, según las circunstancias, no resulta factible, no queda otra alternativa al juez que ordenar la resolución.

**19. *Quid de la imprevisión como excepción.*** Como se ha señalado, la consecuencia del supuesto de hecho de la imprevisión consiste que el art. 1091 del CCN confiere a la parte perjudicada la posibilidad de optar entre pretensiones; la de resolución o la de adecuación. Para neutralizar este reclamo, a su vez, la contraparte del perjudicado puede oponerse y proponer, aunque sea de manera subsidiaria, el remedio opuesto al escogido por el afectado. El juez que resuelva ese conflicto debe decidir cuál de esas pretensiones es procedente. Ahora bien, el art. 1091 al referirse a la opción del perjudicado, expresa que puede plantear esas pretensiones por vía de acción o de excepción. Constituye un contrasentido técnico pensar en que una pretensión pueda articularse por vía de una excepción. Sólo es dable ejercerla mediante demanda o una reconvencción. Piénsese en la dificultad insoluble de determinar el eventual alcance y contenido que podría tener un pronunciamiento judicial que acogiera una atípica excepción del género. Estos casos requieren un tratamiento lineal, sin artificiosos recovecos ni innecesarias dilaciones.

Por consiguiente, el único recurso para superar el mencionado contrasentido, estriba en entender que el art. 1091 utiliza el término excepción en un sentido impropio, como equivalente a medio de defensa, cuando se le exige al perjudicado el cumplimiento de la prestación que se ha tornado excesivamente onerosa. Puede en tal caso valerse de alguna de esas preten-

---

terminando con el aislamiento, cada vez más solitario derecho francés con el resto de los derechos de los países europeos. El citado artículo 1195 sigue los lineamientos de los Principios del Derecho Europeo del Contrato y del UNIDROIT. Los trabajos que abordan en Francia sobre la herramientas legales cuya aplicación puede ser de utilidad para regular los efectos de la pandemia asignan un importante papel a la imprevisión. Véase el trabajo citado de MEKKI, Mustapha, ps. 172 a 174; ZIADÉ, Roland; “L’impact du Covid- 19 sur les contrats commerciaux”, en *AJ Contrat*, abril 2020, Dalloz, ps. 180/181.

siones pero, desde el punto de vista procesal, deberá articularlas por vía de una demanda reconvenzional.

**20. *Quid de la legitimación del tercero.*** El párrafo final del art. 1091 establece que igual regla se aplica respecto de los terceros a quienes les han sido conferidos derechos o asignadas obligaciones, resultantes del contrato. Dicho párrafo tiene como antecedente el art. 1060 del Proyecto de 1998; en fundamentos se indica como fuente, al art. 6.258.1 del Código Civil de los Países Bajos. Es desaconsejable el trasplante fragmentario de textos de un código vigente, cuando no se cuenta con un conocimiento cabal de su sistema normativo, máxime cuando el acceso a dicho conocimiento se ve obstaculizado por la frontera que representa el idioma. De todos modos, pensar que terceros cesonarios de créditos o de deudas derivadas de un contrato pueden ser legitimados para pedir la resolución del que no son partes, es una incoherencia que destruiría en su misma esencia y razón de ser el principio del efecto relativo del contrato. Los derechos a pedir la resolución del contrato o su adecuación, pertenecen a la categoría de los denominados potestativos y, por lo tanto, sólo las partes del contrato están legitimados para ejercerlos o los cesonarios de la posición contractual de cada una de ellas. Si examina el texto del citado art. 6.258.1 del Código de los Países Bajos en la traducción inglesa que es la que circula, se advierte que su apartado 3° -que es parecido pero no igual al texto del art. 1091 del CCCN- no se hace referencia a un tercero sino a una persona a quien se le trasmite un derecho u obligación y también agrega que esa persona queda equiparada a la parte original del contrato, lo que traduce la idea de un reemplazo y sustitución de ella. No puede darse otra interpretación a este párrafo analizado del art. 1091 del CCCN. Corresponde sustituir la conjunción disyuntiva “o” por la conjunción copulativa “y”, para así entender que el único tercero al que el precepto puede haberse referido, es aquel al que se le transmiten en bloque los derechos y obligaciones de uno de los contratantes, esto es, la posición contractual. De este modo deja ser tercero, para convertirse en parte, y quedar legitimado para ejercer los derechos potestativos que a ésta le corresponden<sup>7</sup>.

---

<sup>7</sup> La idea expuesta está corroborada en un trabajo escrito por Pelletier, Mirella E.M.G., en el cual la autora propone una serie de casos para ilustrar el supuesto previsto por el art. 6.258 del Código de los Países Bajos. Uno de ellos es la idealización de célebre caso del Canal Crappone resuelto en Francia. Al dar respuesta a la pregunta si los herederos del contratante que pactó originariamente el pago del canon por el uso del canal, responde que por apli-

### B.3. Remedios convencionales: Cláusula de renuncia

**21. Las cláusulas “hardship”** Además de este remedio de los desequilibrios contractuales que la ley prevé de modo genérico, en virtud del principio de autonomía queda un ámbito librado a la voluntad de las partes para que ellas puedan estipular cláusulas que permitan adaptarlo a un cambio de circunstancias. Merecen especial atención a este respecto las cláusulas denominadas *hardship*, difundidas en la práctica del comercio internacional. Con ese nombre se entiende designar a las estipulaciones que autorizan la revisión del contrato en supuestos de cambios sobrevenidos de las circunstancias existentes al tiempo de su celebración, que alteran sustancialmente el equilibrio originario de las obligaciones de las partes. Existen contratos que tienen por objeto la proyección de grandes obras que exigen ingentes inversiones y que requieren de un prolongado período de tiempo para su ejecución. Tales contratos crean una suerte de connubio entre las partes en el que el divorcio es costoso y destructivo. Por tal motivo las partes prevén cláusulas que las obligan, a renegociar cuando se produce la situación de *hardship* y a colmar lagunas cuando medie un desacuerdo entre las partes.

**22. La cláusula de renuncia.** Se discute el carácter que cabe asignarles a las normas que prevén la imprevisión y a la posibilidad que se convengan cláusulas en que una de las partes de un contrato renuncie a la aplicación de la figura y se haga cargo de las consecuencias del cambio de circunstancias sobrevenido. Una tesis afirma que la reglamentación de la imprevisión, interesa al orden público y, por ende, no es dable que se excluya su aplicación por un acuerdo de partes. La otra tesis se inclina por admitir la posibilidad de tales convenios y la vigencia de la autonomía en la materia. Su fundamento resulta inobjetable. El CCCN autoriza expresamente la validez del convenio de partes en el que deudor se obliga al cumplimiento aunque ocurra un caso fortuito o una imposibilidad (art. 1733, inc. a). Como los hechos constitutivos del caso fortuito son de la misma naturaleza de los acontecimientos que provocan el cambio extraordinario de circunstancias en la imprevisión, en cuanto ambos participan de los caracteres de imprevisibilidad e inevitabilidad, cabe colegir que no existe

---

cación del 6.258 el Código Civil Holandés expresa que sí podían hacerlo, puesto que han adquirido los derechos de la parte primitiva del contrato lo que equivale a indicar que se han convertido en parte. PELLETIER; MIRELLA E.M.G., en “Duch Report” de la “Research Office, Supreme Court of de Neeherlands, The Hague”, Puede verse en: [www.Unexpectec-circumstances.org/Duch%2020no.%2006.doc](http://www.Unexpectec-circumstances.org/Duch%2020no.%2006.doc)

ningún obstáculo para que una de las partes en un contrato pueda asumir a su exclusivo cargo las consecuencia del extraordinario cambio de circunstancias que genera el desequilibrio originario de las prestaciones.

**23. Límites de la autonomía.** Empero, ambas concesiones a la autonomía tienen sus límites. En los contratos en que existe un desequilibrio del poder de negociación de las partes, una cláusula de este jaez, en la medida en que afecte la posición de la parte débil, puede constituir la expresión paradigmática de una cláusula abusiva. Reviste ese carácter en los contratos de consumo en cuanto afecte al consumidor, También puede ser considerada una cláusula abusiva en los contratos por adhesión a cláusulas generales cuando compromete la situación del adherente, sin ninguna contrapartida que puede servirle de justificación.

Este tipo de renunciaciones debe manifestarse en términos expresos e inequívocos.

## C La frustración del fin del contrato

### *C.1 Antecedentes de la figura*

**24. La presuposición.** Otro remedio para los desequilibrios contractuales que el CCCN reglamenta, es la frustración del fin del contrato. Los antecedentes de la figura se encuentran en el derecho alemán. En las postrimerías del siglo XIX, la escuela pandectista se planteó como tema de investigación el análisis psicológico del contenido de la voluntad y de las representaciones mentales de las partes contratantes. Se trataba de analizar la influencia que puede tener en la vida del negocio el cambio de los presupuestos con los que las partes contaron o bien se representaron al celebrar el acto. El punto de arranque de estas inquietudes fue la teoría de la presuposición de Windscheid, concebida como una expectativa o creencia sin la cual el que emite una declaración de voluntad no la habría emitido. Se trata de una condición no desenvuelta y al igual que la condición constituye una autolimitación de la voluntad. Cuando esa presuposición se pone de manifiesto de modo cognoscible, si se comprueba la ausencia de ella, los efectos jurídicos del negocio carecen de fundamento.

**25. La base del negocio o la presuposición bilateral.** Oertmann que se sumó a las críticas que provocaron su rechazo en la elaboración del Có-

digo Civil alemán, objetaba que la doctrina de Windscheid por su enfoque unilateral, sólo tenía en cuenta la manifestación de voluntad del declarante, prescindiendo de la aprobación del destinatario, único modo en que podía convertirse en elemento del negocio. Elaboró así la doctrina de la presuposición bilateral, denominada de la base del negocio. Oertmann perseguía darle solución de aquellos contratos en los cuales por el cambio de circunstancias acaecido a raíz de la guerra, se había producido la pérdida de la relación de equivalencia entre las prestaciones. A semejanza de lo que preconizaba la doctrina tradicional de la cláusula *rebus sic stantibus*, si se pretendía remediar esa situación mediante la aplicación de la doctrina de la presuposición bilateral, debería admitirse que las partes al contratar habían tenido como presupuesto la permanencia de las circunstancias económicas existentes al tiempo de la celebración. Mereció las críticas que, como, en realidad, las partes no pudieron prever y ni siquiera a ellas se les pasó por la mente la posibilidad de esa alteración, mal podía pensarse que pudieran haber basado su voluntad sobre el presupuesto que esa alteración no se produjera<sup>8</sup>.

**26. La base subjetiva del negocio.** Para superar estas objeciones se terminó por entender que la denominada base del negocio debía desdoblarse

---

<sup>8</sup> El autor ha tratado tema en *Contratos. Parte General*, 2ª. Edición, Hammurabi, t. 2, Buenos Aires, 2016, a cuya bibliografía se remite. No obstante cabe mencionar: Windscheid Bernard, *Diritto delle pandette*, trad. y notas de C. Fadda y P. E. Bensa, t. I, Utet, Torino, 1930.332, p. 97; Fadda y Bensa, *Note de traduttori*, en el tomo IV de la obra citada, ps. 560 y ss; OERTMANN, Paul, *Introducción al Derecho Civil*, Labor, Barcelona, 1833, ps.238 y 332; LARENZ, Karl, “Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos”. *Revista de Derecho Privado*, Madrid 1956; idem, “Parte General”, *Revista de Derecho Privado*, Madrid 1978, p.535 y ss.; LEHMANN, Heinrich, *Tratado de Derecho Civil, Parte General*, Derecho Privado, Madrid 1956, p. 417 y ss; MARTORANO, Federico, “Presupposizione ed errore sui motivi nei contratti”, en *Rivista di Diritto Civile*, 1958, p.169 y ss.; SCOGNAMIGLIO, “Presupposizione e comune intenzione delle parti”, en *Rivista di Diritto Commerciale*, 185-II, p, 130 y ss; LEÓN, Pedro, “La presuposición en los actos jurídicos”, en *Estudios en homenaje a Vélez Sársfield*, Universidad Nacional de Córdoba, 1936, p. 225 y ss.; ORGAZ, Alfredo, “El contrato y la doctrina de la imprevisión”, en *Nuevos estudios de Derecho Civil*, Bibliográfica Argentina, Bs. As. 1954, p.25 y ss.; ROPPO, Vincenzo, *Il contratto*, Giuffrè, Milano 2001, p. 1038, FLUME, Werner, *El negocio jurídico*, Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 1998, p.282 y ss.; PAOLINI, Elena, “La causa del contratto”, en *I grandi orientamenti della giurisprudenza civile e commerciale*, Francesco Galgano (dir), Cedam, Padova, 1999; ESPERT SANZ, Vicente, *La frustración del fin del Contrato*, Tecnos, Madrid 1968; FREYTES, Alejandro E., *La frustración del fin del contrato*, Segunda edición. Grupo Editorial Ibáñez. Bogotá, Colombia, 2016.

se en dos categorías: La base del negocio subjetiva y la base del negocio objetiva, las que debían recibir un tratamiento diferente.

La base subjetiva del negocio es la común representación mental por la que los contratantes se han guiado para fijar el contenido del contrato. Cuando esa representación no concuerda con la realidad, la base del negocio desaparece y ambas partes incurren en un error en los motivos, error compartido, que es un vicio de la voluntad y provoca la nulidad del contrato. Ese supuesto, en nuestro derecho, está previsto en el art. 267, inc. d del CCCN. Si se trata de un error de cálculo, en principio, sólo da lugar a la rectificación, salvo que sea determinante del consentimiento (art. 268 del CCCN).

**27. La base objetiva del negocio.** La base objetiva del negocio, a su vez, es el conjunto de circunstancias y el estado general de cosas 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. La base del negocio desaparece cuando esas circunstancias alteran o modifican en dos hipótesis: a) Cuando la relación de equivalencia entre las prestaciones se destruye de modo que ya, propiamente, no cabe hablar de contraprestación. Son los supuestos que en nuestro derecho se comprenden dentro de la figura de la imprevisión. b) Cuando la común finalidad objetiva del contrato, expresada en su contenido, haya resultado definitivamente inalcanzable, aun cuando la prestación del deudor sea todavía posible.

En la reforma que experimentó el BGB relativa al derecho de obligaciones, con vigencia a partir del año 2002, el § 313 incorporó este instituto de la base del negocio, en el que la frustración del fin del contrato constituye una especie del género que es la base objetiva del negocio y que se integra con otra especie que en nuestro derecho es la figura de la imprevisión.

### *C2. Supuestos de frustración del fin*

**28. Los casos de la coronación.** Entre los ejemplos de la frustración del fin, se suele mencionar repetidamente, en primer lugar, los casos de la coronación, que se plantearon en el derecho inglés. Los diferendos se originaron en el arriendo de una habitación (“*Chandler v. Webster*”) o de una ventana (“*Krell v. Henry*”) con el propósito de ver el desfile de la coronación de Eduardo VII los días 26 y 27 de junio de 1902, desfile que

debió cancelarse con motivo de la enfermedad del soberano, Los locatarios solicitaron la devolución de las sumas que habían anticipado como pago de los referidos arrendamientos; los pronunciamientos fueron contradictorios.

**29. La “*impossibilité de jouissance*”.** En materia de arrendamiento otros casos se dieron en el derecho francés en los que se había alquilado un inmueble para la explotación de una industria, de una estación de venta de combustibles o de un negocio de diversión nocturna; asimismo, el uso de una pared para la colocación de un cartel luminoso. Empero, el uso con tales destinos de tales bienes fue prohibido con posterioridad a la celebración de esos contratos, al estallar la primera guerra mundial. En el derecho francés esos casos fueron considerados como manifestaciones de la imposibilidad: “*impossibilité de jouissance*”.

**30. La jurisprudencia nacional.** Vigente el Código Civil también la jurisprudencia nacional resolvió algunos casos en los que por aplicación del principio de buena fe se entendió que se había producido la frustración del fin del contrato. Tales fueron el arrendamiento de un local en una galería o *shopping center*, desde que se había producido el fracaso de ese emprendimiento<sup>9</sup>; o un contrato de aparcería para realizar una explotación pecuaria que no podía llevarse a cabo por la falta de agua suficiente para el riego<sup>10</sup>.

**31. El caso especial de la locación en nuestro derecho.** Cabe destacar que el art. 1522 del Código Civil prescribía que si por caso fortuito o de fuerza mayor el locatario se ve impedido de usar la cosa o ésta no puede servir para el objeto de la convención, es decir, para el uso a que está destinada, tiene derecho a pedir la escisión del contrato o la cesación del pago del precio por el tiempo que no pueda usar o gozar de la cosa. Esta norma ha sido reproducida por el art. 1203 del CCCN. La aplicación de este precepto, interpretado en su recto alcance, hubiese permitido resolver las hipótesis a las que se ha hecho referencia, en cuanto la norma constituye una expresión de lo que cabalmente es dable pensar constituye a del fin del contrato. El caso fortuito o de fuerza mayor que no afecta materialmente

---

<sup>9</sup> CNCiv., Sala M, “Alerse S.R.L. c/Carrefour Argentina S.A.” en LL 1998-E-565; CNCiv. Sala H, “Carrefour S.A. c/ Kids and Co. S.R.L.”, LL 1995-C-19.

<sup>10</sup> CNCiv, Sala F, “Turay S,R,L, c. Nahuel S.A.”, en LL 1997-D.341

a la cosa dada en locación, pero frustra el fin para el cual ha sido dada en arrendamiento, esto es, el uso a que está destinada, autoriza al locatario ya sea a rescindir el contrato o a suspender el pago del precio mientras se mantenga el impedimento.

Un ejemplo dado por el Codificador en la nota al art. 1522 tiene hoy actualidad. Es el caso de una epidemia en que razones sanitarias impidan el uso a que esté destinada la cosa. Piénsese, pues en las posibilidades de aplicación de la norma reproducida por el art. 1203 del CCCN, en las actuales circunstancias.

### *C.3. El Código Civil y Comercial*

**32. La asociación con la causa.** El Código Civil y Comercial, de modo expreso y diferenciado de la imprevisión, ha incorporado la figura de la frustración. En verdad ella está emparentada con la presuposición. Esta doctrina se nutre de una intuición certera y fecunda en lo concerniente al contenido del contrato. Para determinar dicho contenido, no solamente debe considerarse lo que las partes ponen en él, sino que no puede dejarse de reparar en lo que han presupuesto, pese a haber omitido consignarlo, por ese mismo hecho de presuponerlo. Existen casos en los que lo presupuestado no está fuera de su voluntad, sino, por el contrario, en el fondo y raíz de ella. Prescindir de tales presupuestos, puede conducir, por ende, a mutilar el contrato en la misma base sobre la que reposa la voluntad.

Cabe anticipar que en el CCCN la frustración del fin del contrato aparece asociada con noción de causa del contrato. Se trata de fines que se causalizan, como se verá, y su frustración configura una alteración funcional de la causa que desvirtúa y priva de justificación al intercambio.

#### **C.3.1 Requisitos**

**33. Alteración extraordinaria de las circunstancias.** El primer requisito de la figura guarda similitud con el previsto en materia de imprevisión: Se requiere una alteración extraordinaria de las circunstancias existentes al tiempo de la celebración del contrato que sea ajena a las partes.

**34. La finalidad del contrato.** El elemento central de la figura es que esa alteración de las circunstancias, con las modalidades indicadas, ocasiona “*la frustración definitiva de la finalidad del contrato*”. La cuestión

fundamental en esta figura radica en qué debe entenderse por finalidad del contrato. De ordinario, el fin con trascendencia jurídica es “*el inmediato autorizado por el ordenamiento jurídico que ha sido determinante de la voluntad*” y le da su fisonomía al acto jurídico, como lo expresa el art. 281 del CCCN, al definir la causa. Los móviles, los fines mediatos que impelen a las partes a celebrar el contrato, por vía de regla, carecen de gravitación. Empero, cuando los motivos exteriorizados sean lícitos y hayan sido incorporados al acto en forma expresa o tácitamente si son esenciales para ambas partes” pasan a integrar la causa. El tema que se ventila con el instituto de la frustración del fin del contrato, se relaciona concretamente con esos motivos que, por constituir un presupuesto del contrato, pasan a formar parte de su contenido. Se traducen en circunstancias o situaciones cuya existencia se han representado los interesados con una eficacia determinante para la celebración y subsistencia del contrato, por lo que han pasado a constituir la base del negocio. En este hacer suyo, compartir una de las partes el motivo del otro, de modo que influya en la determinación contractual hasta el punto de integrar el contenido del contrato, reside el *quid* fundamental de la figura. De esa manera se configura la esencialidad mentada en el art. 281 del CCCN., aunque el motivo pueda atañer directamente al interés de una de las partes que se ve directamente afectada por la frustración.

**35. Ajenidad de la frustración con el riesgo asumido por el afectado.** Un importante requisito de la figura, es que la variación de las circunstancias no debe estar comprendida dentro del riesgo asumido en el contrato por la parte que la alega. Es frecuente en el tráfico que el vendedor, el contratista de una obra o el locador, conozcan el destino que el comprador, el comitente o el locatario piensan darle a la cosa comprada o a la obra convenida o a la cosa arrendada. Empero, ello no significa que deba asumir el riesgo de tal destino, si no se lo ha elevado expresamente al rango de condición. Un caso clásico es cuando se encarga a un modista la confección de un vestido para la novia y el casamiento se frustra<sup>11</sup>. Celebrado el con-

---

<sup>11</sup> Lenel para criticar la doctrina de la presuposición formulada por Windscheid, daba como ejemplo el padre que compra el ajuar para su hija con la esperanza o presuposición que contraiga matrimonio. En el caso del contrato en que se encarga la confección del vestido de la novia, se le ha agregado como ingrediente que ésta fallezca en un accidente de aviación antes de casarse. Si el modista se entera, se arguye, debe abstenerse de iniciar dicha confección o de terminarla, si esa noticia del fallecimiento la recibe apenas iniciada la tarea. De allí se infiere que ese destino

trato sólo queda al comitente el recurso de desistirlo con las consecuencia a esa rescisión unilateral del contrato (art. 1261 del CCCN). Durante la vigencia del Código Civil, se resolvió un caso relacionado con un contrato de obra en que se había convenido la contratación de un *servicio de luncn* por el actor con motivo de la boda de su hija. Por motivos personales los novios desistieron de celebrar la boda. El comitente reclamó al contratista la devolución de la suma había entregado a cuenta del precio servicio. El tribunal resolvió erróneamente que se había producido la frustración del fin del contrato y el pago efectuado carecía de causa por lo cual procedía su restitución<sup>12</sup>. El contratista no se hace cargo del riesgo que puede entrañar el destino de la prestación prometida que asume el comitente en cuando queda librado a las eventualidades que atienen a su propia esfera de influencia, ajena y desconectada con la de la otra parte.

**36. Ámbito de la figura.** Aunque el art. 1090 no hace referencia al ámbito contractual de la figura, cabe pensar que concierne a los contratos bilaterales que son, por antonomasia, contratos onerosos y de cambio, en cuanto la frustración afecta al sinalagma funcional.

### C.3.2.Efectos

**37. La resolución. Su carácter operativo.** En lo relativo a los efectos de la figura, la frustración del fin del contrato autoriza a la parte perjudicada, esto es, a aquella cuyo interés se ve afectado a “*declarar la resolución*”. Prescribe, asimismo, que dicha declaración “*es operativa*” y se produce cuando la parte perjudicada comunica su declaración extintiva a la otra. Si

---

peculiar del vestido que debe confeccionarse, conocido por la otra parte, ha adquirido un cierto objetivismo y bilateralidad, con las consecuencias que la ley atribuye a este modo de extinción del contrato (ESPERT SANZ; Vicente, *La frustración del fin del contrato*, Tecnos, Madrid, 1968, p. 187). Cabe objetar que si el modista no ha podido enterarse y confecciona el vestido, no existen dudas que tiene derecho a exigir el pago del precio convenido. El conocimiento que pueda tener el modista de la muerte de la novia cuando no ha empezado la confección o cuando recién se ha comenzado, sólo le impone deberes que nacen del principio de buena fe, para evitar que un eventual desistimiento del comitente puede provocarle innecesariamente consecuencias más perjudiciales. Pero lo cierto es que el riesgo del destino de la obra encomendada es del comitente y no lo asume el contratista, salvo la existencia de una condición.

<sup>12</sup> Cám. 1ª Apel. Civ. y Com. de La Plata, “Dominella, Aníbal c. Panadería y Confitería La Argentina y otros s/Reintegro de gastos cit. Por STIGLITZ Rubén S., *Objeto, causa y frustración del contrato*, Depalma, Buenos Aires, 1992, p. 22, nota 51.

bien este efecto puede encontrar justificación cuando en la declaración de las partes consta el presupuesto, no ocurre lo mismo en las manifestaciones más importantes de la figura, cuando está incorporado al acto de manera tácita o implícita. La compleja situación que debe resolverse en tal caso, convierte a esta resolución operativa en un medio inidóneo para despojar a la sentencia del carácter constitutivo que debe revestir.

**38. La adecuación.** Finalmente, La estrecha vinculación de la figura con la buena fe, conduce a pensar que no debe descartarse la procedencia de la adecuación como remedio de las situaciones que pueden plantearse.

**39. La frustración temporaria.** El art. 1090 del CCCN establece que si la frustración de la finalidad es temporaria, hay derecho a la resolución sólo si impide el cumplimiento de la obligación cuyo tiempo de ejecución no es esencial. Este párrafo del artículo 1090, en el fondo, emparenta forzosamente a la frustración de la finalidad con la imposibilidad de cumplimiento. En el supuesto de la frustración de la finalidad lo que puede revestir el carácter de temporario o definitivo es la sobrevenida alteración de las circunstancias que modifica la situación presupuesta por los interesados al celebrar el contrato y determina que una de las partes pierda el interés en el cumplimiento de un obligación derivada del contrato, cumplimiento que, por otra parte no ha devenido imposible. Se genera una situación compleja en que la esencialidad del plazo no desempeña un papel trascendente para su solución.

### **C.3.3. Diferencia con la imprevisión.**

**40. Enunciación de las diferencias.** Debe distinguirse a la frustración de la finalidad del contrato de la imprevisión, desde que han sido concebidas en el derecho alemán como dos especies de un mismo género.

La vinculación de las dos figuras reside en que, en ambas, es una extraordinaria alteración de las circunstancias la que origina la perturbación contractual.

En la imprevisión el evento perturbador tiene una proyección general susceptible de afectar categorías semejantes de contratos, perjudicando la situación de uno de los contratantes. En la frustración de la finalidad, la alteración sobrevenida de la circunstancias ajena a las partes modifica una situación presupuesta por los interesados, al celebrar ese singular contrato, distorsionando la función concreta que éste debía cumplir según la

intención común de los interesados, lo que determina que una de las partes pierda el interés en el cumplimiento de lo acordado. La imprevisión tiene un carácter marcadamente objetivo mientras que en la frustración de la finalidad cobran trascendencia los motivos. La frustración de la finalidad, si bien afecta el sinalagma funcional puede no entrañar un desequilibrio de las prestaciones. En la imprevisión, habida cuenta el desequilibrio que se origina entre las prestaciones, cede la fuerza del principio de la fuerza obligatoria del contrato para evitar una injusticia. En la frustración de la finalidad, cumplir el contrato en el marco de las circunstancias sobrevenidas significa desvirtuar lo realmente convenido, porque el contrato no puede desempeñar la función concreta que le asignaron las partes.

#### *D. La tutela preventiva*

**41. La excepción de incumplimiento.** Uno de los remedios del incumplimiento es la excepción del incumplimiento, que tiene un efecto meramente dilatorio. Cuando la parte que no cumple su obligación reclama a la otra el cumplimiento de la suya, esta última puede oponer esta excepción a fin de suspender temporalmente el cumplimiento, conservando el contrato y paralizando el reclamo de la otra hasta que ella cumpla. El art. 1031 del CCCN, bajo la denominación de suspensión de cumplimiento caracteriza la excepción. Lo hace de modo insuficiente pues la circunscribe a los supuestos de contratos bilaterales en los que las partes deben cumplir sus obligaciones simultáneamente. Omite los supuestos en que las obligaciones del contrato bilateral deben cumplirse de modo sucesivo. En tales casos la parte que debe cumplir después, puede suspender su cumplimiento hasta que la parte que debe cumplir antes lo haga primero como lo establece el apartado segundo del art. 7.1.3 de los Principios del UNIDROIT que, al parecer, ha servido de fuente art. 1031 el CCCN aunque la norma lo haya mutilado.

**42. La tutela preventiva.** En los supuestos en que las obligaciones de un contrato bilateral deben ser cumplidas de modo sucesivo, el que debe cumplir primero debe hacerlo sin que obviamente pueda valerse de esta excepción, porque la obligación de la otra parte no se ha tornado exigible, salvo que se den los supuestos de caducidad del plazo.

Sin embargo, en situaciones como las que se vive, puede ocurrir que medien razones para pensar que si el contratante efectúa dicho cumpli-

miento, existe un riesgo concreto y evidente que su contraparte no podrá cumplir su prestación cuando le corresponda hacerlo. La ley en estos casos le brinda al contratante que tiene el riesgo de perder la contraprestación una tutela preventiva que desempeña una función de carácter cautelar. Es un remedio para precaverse del peligro verosímil que la otra parte no cumpla.

El art. 1032 del Código Civil prescribe: Una parte puede suspender su propio cumplimiento si sus derechos han sufrido una grave amenaza de daño porque la otra parte ha sufrido un menoscabo significativo en su aptitud de cumplir o en su solvencia, La suspensión queda sin efecto cuando la otra parte cumple o da seguridades suficientes que el cumplimiento será realizado.

En estos momentos de crisis el menoscabo significativo en la aptitud de cumplir se extiende y se contagia en un tráfico que se encuentra paralizado y envuelto en la incertidumbre.

### *E. La buena fe*

**43. La construcción de la reglamentación contractual.** El contrato, como expresión de la autonomía, tiene un contenido preceptivo, en cuanto importa una regulación de una relación jurídica patrimonial que vincula a las partes. En la construcción de una reglamentación contractual, la primera tarea es la de interpretar el sentido de las declaraciones o comportamientos con los que las partes han exteriorizan su voluntad. Ello permite calificar el contrato para determinar si pertenece o uno de los tipos reglamentados y conocer el tratamiento que la ley puede asignarle. Finalmente, después de la calificación, se accede a la última etapa de la determinación del régimen contractual que es la integración. La integración consiste en la intervención de fuentes heterónomas, es decir, distintas de la voluntad de los contratantes, en la construcción de la reglamentación contractual. Dicha integración puede ser legal o judicial. La primera, a su vez, se distingue en coactiva o supletoria. La integración coactiva tiene por fuente las normas imperativas y principios que marcan límites a la autonomía. Su efecto es que si el contenido del contrato es disconforme con tales normas o principios o los vulnera, debe ser considerado ilícito y, por lo tanto, es inválido. La integración coactiva es la antagonista de la autonomía privada, La integración supletoria, por el contrario, apoya y auxilia a dicha autonomía, en cuanto persigue que pueda desenvolverse sin trabas, Las normas que prevé son dispositivas y tratan de salvar las lagunas en que hayan incurrido las

partes. Asimismo es respetuosa de esa autonomía, pues sus normas pueden ser remplazadas por una estipulación contraria de los interesados.

**44. La integración judicial.** En la referida integración legal, sus fuentes son normas, prácticas o costumbres preestablecidas. En la integración judicial la regla que se suma a la reglamentación que se han dado las partes, es determinada “ex post” por el juez, sobre la base de una autorización que le confiere la ley en una cláusula general de contenido elástico, dentro de la cual puede moverse la apreciación judicial para precisar su contenido. La buena fe es la fuente más importante de la integración judicial.

**45. La buena fe. Antecedentes.** Para comprender el papel que cumple la buena fe como fuente de integración contractual, cabe recordar que según los dos postulados básicos de estirpe positivista, los jueces no pueden crear derecho ni tampoco negarse a fallar. Ello condujo, como corolario, a admitir que el orden jurídico carece de lagunas y constituye un todo completo, hermético y plenario, sin poros ni lagunas. Tales principios que fueron concebidos de manera rígida al iniciarse el período de la codificación, con el influjo del racionalismo, suscitaron la confianza ingenua de la posibilidad de dictar leyes perfectas y acabadas que, de una vez y para siempre, pudieran gobernar algo tan cambiante como la vida social. La misión del intérprete debía ser meramente cognoscitiva, rindiendo culto a la ley sin poder añadirle nada para complementarla a través de una valoración propia. El paso del tiempo evidenció que el intérprete de la ley no podía ser equiparado a un autómatas. La significación de la ley no puede quedar cristalizada e inmovilizada para siempre desde el momento de su elaboración, Fue la fuerza incontrolable de los hechos la que puso en jaque los postulados extremos a que se hizo referencia, los que se fueron flexibilizando y buscando puntos de conciliación dentro de posiciones contrapuestas.

**46. Caracterización de la buena fe.** Este proceso permitió advertir que no se puede predicar de la ley que sea omnisciente. Ella sólo puede prever las situaciones más frecuentes de la vida de relación, pero por más analítica que sea, no es dable asignarle la virtualidad de poder abarcar la inagotable trama de casos que pueden generarse en la vida social. Por ello son inevitables las lagunas o vacíos que deben ser resueltos con los recursos que el derecho arbitra a tal fin. Lo importante es destacar que el propio ordenamiento jurídico admite la posibilidad de tales la-

gunas cuando establece las denominadas cláusulas generales como la contenida en el art. 961 del CCCN: los contratos deben ser celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe.

Este mandato de la buena fe no constituye un mero supuesto de hecho normativo sino que configura una regla completa que adquiere el rango de un principio general de derecho: todos los participantes del tráfico negocial deben comportarse en forma correcta, proba y leal en sus recíprocas relaciones, tanto en la génesis y formación del contrato, como en su ejecución; asimismo la buena fe es un parámetro a que debe ajustarse su interpretación. La buena fe se presenta, pues, como un criterio de valoración de comportamientos sobre la base de un estándar de índole ética, el cual constituye una directriz orientadora que debe corporizarse en la solución de los casos concretos. En el tratamiento de ellos, los jueces no sólo deben limitarse aplicar la reglamentación legal estructurada a tal fin, sino que deben adicionar un contralor para que la solución final se concilie con esas directivas que entraña el principio de buena fe. Así entendido, la remisión a la buena fe también comporta que la ley no considera exhaustiva la previsión de los abusos que deben ser evitados, de los desequilibrios que corresponde remediar, de los derechos y obligaciones que se derivan de un contrato. Queda, pues un margen para que se pongan coto a otros abusos, se corrijan otros desequilibrios o se individualice la existencia de otros derechos y obligaciones a fin que la decisión final del juez se armonice con los cánones que nutren a la buena fe. Cabe concluir, por ende, que el principio de buena fe enuncia los criterios que permiten colmar los vacíos del sistema legal susceptibles de plantearse en la resolución de los casos que plantea la vida económica social.

**47. Cometido de los jueces.** La buena fe permite, por ende, que los jueces resuelvan conforme con la precisión de ciertas reglas derivadas de esa cláusula general, en ejercicio de la habilitación que les permite la consagración del principio. Lo que se ha discutido es si tales reglas configuran la creación de un nuevo derecho de origen judicial, más allá de enriquecer el derecho legislado; incluso, se ha llegado a pensar que pueden configurar un medio de ruptura ético- jurídica del derecho legal que les permite decidir *contra legem*. Ahora bien, hablar de un derecho creado por los jueces que puede ser *contra legem* es atribuirles a éstos una potestad que contraviene la repartición de funciones entre el órgano legislativo y el judicial que tiene jerarquía constitucional. En este orden de ideas, puede expresarse, con mayor propiedad, que si bien el principio de buena fe da lugar a que

un desarrollo judicial del derecho rebase las previsiones específicas, dicho desarrollo debe llevarse a cabo *intra ius*, dentro del marco del orden jurídico total preestablecido y conforme con los principios básicos sobre los que se asienta<sup>13</sup>.

**48. El papel que ha cumplido y puede desempeñar la buena fe la buena fe.** Lo cierto es que el principio de buena fe ha dotado al derecho contractual de una beneficiosa movilidad. Numerosos institutos se han gestado como fruto de su aplicación, tales como la responsabilidad precontractual, la base del negocio, y la nulidad de las cláusulas abusivas; al fin y al cabo, el ejercicio abusivo del derecho, en el ámbito contractual, es un ejercicio contrario a la buena fe.

**49. Límites.** Resulta innegable el amplio e indefinido espacio que un principio de esta índole abre a la apreciación judicial. Tal amplitud plantea el problema de delimitar los cauces en que debe desenvolverse este desarrollo judicial del derecho. Cabe indicar al respecto, que las directivas de índole ético- jurídica a las cuales la ley remite, no importan una venia en blanco para que el juez pueda valerse de su individual y arbitrario sentido de lo que es dable entender por probidad, corrección y lealtad. La justicia deja de ser tal, cuando la solución de un litigio queda librada al caprichoso azar de lo que pueda parecerle más apropiado a la conciencia individual, imprevisible e incontrolable de quien está llamado a juzgar. Es menester dotar de unidad y homogeneidad a ese desarrollo judicial del derecho. Una

---

<sup>13</sup> Puede verse entre otros: WIEACKER, Franz, *El principio general de buena fe*; Civitas, Madrid 1977; DÍEZ –PICAZO, Luis, prólogo a la obra citada y *La doctrina de los propios actos*, Bosch, Barcelona 1963; DE LOS MOZOS, José L., *El principio de la buena fe. Sus aplicaciones prácticas en el derecho civil español*, Bosch, Barcelona 1965; BETTI, Emilio, *Teoría general de las obligaciones*, t. I, Revista de Derecho Privado, Madrid 1969, p. 69 y ss.; ORDOQUI CASTILLA, Gustavo, *Buena fe contractual*, Del Foro, Universidad Católica, Montevideo 2005; CAPOBIANCO, Ernesto, La determinazione del regolamento, en *Trattato del contratto*, Vincenzo Roppo (dir.) a cura di Giuseppe Vettori, t.II, Giuffrè, Milano, 2006, p. 413 y ss.; LARENZ, Karl, *Derecho de las obligaciones*, t.I, trad. por Jaime Santos Briz, Revista de Derecho Privado, Madrid 1958, p. 17; ídem, *Metodología de la ciencia del derecho*, Ariel, Barcelona 1994, p. 359 y ss.; VON TUHR, Andreas, *Derecho Civil. Teoría general del derecho civil alemán*, trad. de Tito Ravá, vol. II-2, Depalma, Buenos Aires 1947, p. 228, nos. 545 a 547; ROPPO, *Il contratto* cit., p. 436; RODOTTÁ, Stefano, *Le fonti di integrazione del contratto*, Giuffrè, Milano, 1870, p.112 y ss.; GALGANO, Francesco, *Trattato di diritto civile*, T.II, Cedam, Padova, 2009, p. 557 n.120 a 122.

exigencia de la justicia es que casos semejantes deben ser tratados igualmente. El juez al hacer uso de la autorización que el derecho le acuerda de valorar comportamiento según las directrices que la buena fe entraña, no puede perder de vista los precedentes jurisprudenciales. Cobra en este punto importancia la labor de la doctrina dirigida, en forma permanente, al ordenamiento y clasificación, de las soluciones jurisprudenciales. Esa tarea permite servir de guía tanto a los interesados como a la propia actividad jurisdiccional. Finalmente, si bien las leyes no pueden ser perfectas y necesitan ser completadas y así lo reconoce el ordenamiento jurídico cuando consagra el principio cardinal de la buena fe, no es menos cierto que los jueces tampoco son perfectos y necesitan ser controlados, Para evitar los desbordes de la facultad que la ley les confiere, dicho contralor puede ser ejercido mediante el análisis del deber que les incumbe de fundar sus sentencias, el que sólo se cumple con ponderaciones razonables y justificadas. De este modo la sentencia tiene que representar la derivación razonada del derecho vigente y no el mero parecer personal de quien la dicta.

**50. Conclusión.** Los pronósticos sobre las consecuencias que tendrá la pandemia en la estructura económica a nivel universal, no dejan de ser pesimistas. Se piensa que generará una crisis económica de proyección mundial como no se tiene conocimiento desde el año 1929. El papel que deberá cumplir el derecho contractual para afrontarla, es tender al equilibrio entre las exigencias de previsibilidad, seguridad y justicia. El principio de buena fe, en tiempo de crisis, puede contribuir con su aporte a logro de esos objetivos.