

# LA PANDEMIA COMO ELEMENTO DE LA FRUSTRACIÓN DEL FIN DEL CONTRATO

FULVIO SANTARELLI

Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, Argentina

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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