

**Tipo de documento:** Tesis de maestría

*Maestría en Derecho y Economía*

# Apuntes de análisis económico del Derecho: Un acercamiento a la frustración del fin del contrato

**Autoría:** Lencina, Sebastián

**Año de defensa de la tesis:** 2019

## ¿Cómo citar este trabajo?

*Lencina, S. (2019) "Apuntes de análisis económico del Derecho: Un acercamiento a la frustración del fin del contrato". [Tesis de maestría. Universidad Torcuato Di Tella]. Repositorio Digital Universidad Torcuato Di Tella <https://repositorio.utdt.edu/handle/20.500.13098/11999>*

El presente documento se encuentra alojado en el Repositorio Digital de la Universidad Torcuato Di Tella bajo una licencia Creative Commons Atribución-No Comercial-Compartir Igual 2.5 Argentina (CC BY-NC-SA 2.5 AR)

**Dirección:** <https://repositorio.utdt.edu>



**UNIVERSIDAD  
TORCUATO DI TELLA**

**ESCUELA DE DERECHO**

**MAESTRÍA EN DERECHO Y ECONOMÍA**

**APUNTES DE ANÁLISIS ECONÓMICO DEL  
DERECHO:  
UN ACERCAMIENTO A LA FRUSTRACION DEL FIN DEL  
CONTRATO**

**LENCINA, SEBASTIAN**

**LEGAJO: 15X993**

**TUTOR: EDUARDO STORDEUR**

## INDICE

<b>I. Resumen sobre el trabajo.....</b>	<b>4</b>
<b>II. Introducción.....</b>	<b>6</b>
<b>III. Teoría Económica de los Contratos.....</b>	<b>10</b>
1. Breve Introducción.....	10
2. Importancia del derecho contractual.....	11
3. Elementos generales de los contratos. Obligatoriedad de la promesa y la sanción por incumplimiento.....	12
4. Las reglas supletorias y los costos de transacción en los contratos.....	14
5. La regulación de los contratos.....	18
6. Conclusiones.....	20
<b>IV. La Frustración del Fin del Contrato. Noción. Legislación y Doctrina Argentina.....</b>	<b>22</b>
1. Algunos conceptos acerca del instituto.....	22
2. Terminología: la frustración del contrato y la frustración del fin - o finalidad del contrato. Concepto.....	23
3. Recepción de la figura en la legislación y doctrina Argentina.....	26
4. La frustración del fin del contrato a la luz del art. 1090 del CCyCN.....	31
<b>V. Derecho comparado. La denominada <i>frustration of contract</i> en el <i>common law</i> inglés.....</b>	<b>36</b>
1. El derecho de los contratos.....	36
2. Formación de la doctrina de la <i>frustration of contract</i> .....	37
3. <i>Implied Term Theory, Just and Reasonable Solution, Foundation of Contract y Construction Theory</i> .....	42
4. Efectos de la aplicación de la doctrina de la <i>frustration</i> .....	45
5. Los límites de la jurisprudencia a la aplicación de la <i>frustration</i> .....	46
<b>VI. Jurisprudencia y la frustración del fin del contrato. Casos de derecho local y comparado.....</b>	<b>49</b>
1. Un acercamiento a la jurisprudencia nacional sobre la frustración del fin del contrato. Casos de derecho local y comparado.....	49
2. La jurisprudencia nacional a la luz del art. 1090 del CCyCN.....	52
3. Jurisprudencia comparada.....	55
<b>VII. Cuestiones vinculantes a la frustración del fin del contrato.....</b>	<b>60</b>

1. El conflicto entre el principio <i>pacta sunt servanda</i> y la cláusula <i>rebus sic stantibus</i> .....	60
2. Base del negocio jurídico. Teoría de Karl Larenz.....	63
3. La frustración del fin del contrato y la teoría de la imprevisión.....	67
<b>VIII. Asignación de riesgos contractual y la aplicación excepcional de la frustración del fin del contrato.....</b>	<b>73</b>
1. Asignación eficiente de riesgos en un contrato y la imposibilidad del cumplimiento de la prestación.....	73
2. La frustración del fin del contrato y sus efectos.....	76
3. La frustración del fin y el resarcimiento.....	77
4. La aplicación excepcional de la frustración del fin del contrato según los principios <i>pacta sunt servanda</i> y <i>rebus sic stantibus</i> .....	80
5. El instituto de la frustración como figura excepcional según el art. 1090 del CCyCN.....	81
6. La asignación eficiente de riesgos ex-ante y las lagunas contractuales en la frustración del fin del contrato.....	84
<b>IX. Conclusión.....</b>	<b>89</b>
<b>X. Bibliografía General.....</b>	<b>95</b>

## - CAPITULO I -

### Resumen sobre el trabajo

Los contratos son los instrumentos mediante los que operan los mercados, asignando en sus usos más valiosos bienes y servicios y creando instituciones que permiten a las personas obtener resultados sociales ventajosos. Los mercados están enteramente constituidos por transacciones, reguladas por el derecho contractual.

Ahora bien, entre la celebración de un contrato y su ejecución transcurre un determinado tiempo, y su cumplimiento puede verse afectado por diversas contingencias, como el incremento del costo a cumplir o la imposibilidad derivada de hechos no previsibles. Si el fin de un convenio se torna inútil o se frustra por la ocurrencia de un hecho imprevisible, estamos ante el escenario de lo que en derecho se denomina la frustración del fin del contrato. Mediante el ejercicio de este instituto, el derecho contractual da la posibilidad de resolver un acuerdo, si la finalidad del mismo ha sido frustrada (no obstante el acuerdo se considere válido) y sin obligación de resarcir a la contraparte.

La frustración del fin del contrato tuvo sus orígenes en el *common law* inglés a través de los denominados “*Coronation Cases*”. Desde un principio, este instituto fue cuestionado por parte de la doctrina. La imprevisibilidad y la alteración en la finalidad son dos factores que han ocasionado parte de su cuestionamiento, al punto de llegar a sostener que su mal empleo podría ocasionar no solo daños en las partes contratantes, sino también un fuerte desincentivo en las contrataciones. La principal corriente doctrinaria que aún cuestiona este instituto es aquella que propugna una ciega fidelidad contractual basándose en el principio *pacta sunt servanda*.

La frustración del fin del contrato puede analizarse desde dos puntos de vista: (i) desde la óptica jurídica propiamente y (ii) desde la óptica del análisis económico del derecho. Desde la óptica jurídica se tratará la evolución de esta figura y su paulatina aceptación en nuestro derecho, tanto desde la doctrina como la jurisprudencia, haciendo hincapié en su incorporación a nuestro nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Además, se deberá observar cómo dicha figura es tratada en el derecho comparado, haciendo principal foco en el *common law* inglés que es donde tuvo origen. Ambas visiones son las que permitirán una exacta comprensión de por qué

hoy en día este instituto se encuentra plenamente aceptado en nuestro derecho pese a los cuestionamientos que aún pueda recibir.

Por otra parte, desde un punto de vista de análisis económico del derecho, la frustración del fin del contrato representa un escenario complejo y peligroso para las partes dispuestas a celebrar un contrato, sobre todo por esta posibilidad que tiene de no resarcir a la contraparte en el caso de que invoquen esta figura y resuelvan el contrato. Esta situación podría resultar poco atractiva para las partes e incluso desincentivarlas a contratar.

Una de las tareas del derecho contractual es permitir que las personas que forman parte de un convenio puedan distribuir el riesgo. La distribución de riesgos es una parte fundamental de la contratación. Las partes intentarán o buscarán que dicha distribución sea eficiente, a tal punto que se permita disminuir los costos de transacción a través de ella. Otra función del derecho contractual es reducir los costos de transacción, reproduciendo los términos del contrato perfecto. Este contrato es una herramienta o regla para evaluar el modo en que el derecho debería asignar los costos de las contingencias no previstas, tales como las que podrían alterar la finalidad de un convenio, dando lugar al ejercicio de la frustración del fin del contrato. La doctrina del análisis económico del derecho brinda numerosas maneras para hacer de la contratación una situación no tan costosa, asignando los riesgos propiamente. No obstante, para poder encontrar una solución eficiente a la frustración del fin del contrato en esta doctrina, será previamente necesario comprender cómo la doctrina propone asignar los riesgos según la situación. Partiendo de ese punto, luego se verá qué regla del análisis económico del derecho será la más adecuada y eficiente para asignar el riesgo proveniente de una contingencia imprevisible que podría frustrar la finalidad de un contrato, y qué sucede si dicha regla no puede aplicarse si hubiera otras alternativas.

De manera preliminar, podemos decir que al tener en cuenta que los casos de frustración del fin del contrato suelen depender de la ocurrencia de un hecho imprevisible y con baja posibilidad de ocurrencia, proponer una asignación de pérdidas *ex-post* puede resultar muy costoso para ambas partes en caso de que dicho hecho efectivamente suceda frente a una asignación de riesgos *ex-ante* y sobre quien pueda soportarlos a menores costos.

## - CAPITULO II -

### Introducción

El intercambio constituye el núcleo fundamental de los mercados y de la cooperación entre las personas. La autonomía de la voluntad es la base del sistema de intercambio. Normalmente, quienes toman la decisión de intercambiar son los mejores jueces de sus propias preferencias, y la experiencia ha puesto de manifiesto los enormes problemas que entraña el intento de sustituir a los mercados por procesos centralizados.

Los acuerdos son los instrumentos mediante los cuales operan los mercados que permiten asignar en sus usos más valiosos bienes y servicios, y crear instituciones que permiten a las personas obtener resultados sociales ventajosos. Estos acuerdos o contratos son los que hacen posible la división del trabajo que permite incrementar la productividad social y satisfacer de manera creciente mayores cantidades de necesidades.

Dichos mercados están enteramente constituidos por transacciones y el objeto central de lo que se denomina como derecho de los contratos es regular buena parte de tales transacciones. Es por ello que el derecho contractual tiene una enorme incidencia en la calidad y extensión de los mercados y por lo tanto en el desempeño de la economía. Por lo tanto, podemos decir que un adecuado sistema de derecho contractual debería facilitar más y mejores transacciones, que extiendan los mercados con el consiguiente bienestar.

Ahora bien, el derecho de los contratos tiene sentido económico solo en aquellas sociedades complejas. Dichas sociedades se caracterizan por tener un número importantes de personas haciendo intercambios constantemente. Estos intercambios se basan en asumir el compromiso de una prestación. La infinidad de prestaciones es lo que hace necesario que en dicha sociedad haya reglas o pautas claras sobre validez y formas de cumplimiento de esas prestaciones. Estas reglas para ser eficientes deberían expresar que el costo de no cumplir esas prestaciones sea elevado para las partes objeto del contrato. Si las personas no cuentan con un sistema de sanciones que haga costoso el incumplimiento, las personas tienden a limitar sus intercambios a personas con las cuales las ganancias potenciales de futuras

transacciones son suficientemente importantes como para desalentar el incumplimiento y hacer creíbles las promesas.

En definitiva una función central del derecho de los contratos es que puede hacer más creíble las promesas a término, generando condiciones más favorables para los intercambios. Sin esta función, tendríamos muchas menos transacciones. Convenios socialmente provechosos no se llevarían adelante por temor al incumplimiento contractual y las transacciones se limitarían a casos donde las personas tienen incentivos para cumplir igual sus promesas, sea por reciprocidad y expectativas de ganancias futuras o donde el efecto del renombre pueda incidir creíblemente a las partes a cumplir. De todas maneras, en una sociedad compleja, la reciprocidad, el renombre y otros mecanismos para asegurar el cumplimiento de las transacciones constituyen pobres mecanismos para hacer creíbles las obligaciones futuras.

Otra de las cosas que permite el derecho de los contratos es que las personas que forman parte de un convenio, puedan distribuir el riesgo de manera más conveniente. Entre la celebración de un contrato y su ejecución transcurre tiempo y su cumplimiento puede verse afectado por diversas contingencias, como el incremento del costo de cumplir o la imposibilidad derivada de hechos no previsibles. La distribución de riesgos es una parte fundamental y nada fácil en la contratación. Las personas buscan distribuir los riesgos de manera eficiente con el fin de disminuir los costos de transacción. Un modo descentralizado y especialmente atractivo de transferir riesgos es por medio de los contratos.

En una sociedad compleja es indispensable contar con antecedentes y reglas de contratación que faciliten los convenios a plazo estableciendo responsabilidad para riesgos no previstos. El derecho de los contratos, en este sentido, facilita las transacciones estableciendo reglas uniformes de cumplimiento obligatorio que hacen innecesario a las partes incurrir en enormes costos de transacción. Estas reglas supletorias que regulan la responsabilidad contractual eliminan los altos costos asociados al conflicto en tanto asignan los riesgos de la contratación en casos de incumplimiento o problemas de formación contractual.

Ahora bien, otra de las tareas del derecho de los contratos es regular los convenios celebrados. La regulación contractual se puede resumir en dos tareas fundamentales: (i) analizar y establecer que convenios celebrados son nulos; y (ii) modificar la

validez de ciertas cláusulas contractuales, aun en casos donde se hubiere cumplido con lo determinado por la ley. Esta tarea es sumamente importante ya que mediante la regulación contractual se logra una mayor eficiencia en las contrataciones y por ende en el funcionamiento de los mercados. Dicho de otro modo, la regulación de los contratos permite en una sociedad remover todos aquellos convenios que están viciados o fueron alterados de alguna manera y sacarlos.

La primera tarea de regulación contractual a simple vista resulta más clara. Ninguna persona querrá seguir adelante con un contrato que tiene un vicio. Lo llamativo entonces proviene de la segunda tarea. En estos casos, si bien los contratos son válidos, el derecho contractual da la posibilidad de modificarlos y en algunos casos resolverlos sin ningún tipo de resarcimiento a la otra persona. Este último supuesto, lo podemos ver en lo que en el derecho se conoce como la frustración del fin del contrato.

Esta denominada defensa del cumplimiento, tal como veremos en el presente trabajo ha sido cuestionada en el derecho desde su primera aparición. No obstante ello, a medida que ha transcurrido el tiempo ha ido siendo receptada muy paulatinamente hasta el punto de que hoy nuestro derecho incluye esta figura (a pesar de que siga siendo cuestionada dentro de nuestra doctrina).

La frustración del fin del contrato es una figura que ocurre cuando un hecho imprevisible y ajeno a las parte provoca una alteración en la finalidad del contrato. La imprevisibilidad y la alteración en la finalidad son dos factores que han ocasionado que parte de la doctrina cuestione esta figura. Algunos incluso han llegado a sostener que la norma que incorpora esta figura en nuestro derecho podría generar un peligro si la misma es mal utilizada. Esta parte de la doctrina sostiene que el mal empleo o abuso de esta figura podría no solo ocasionar daños en las partes contratantes sino un fuerte desincentivo en las contrataciones como consecuencia de esos daños.

Por otro lado, la invocación de esta figura permite eximir a las partes del cumplimiento de la prestación, resolver el contrato y no establece ningún tipo de resarcimiento. La posibilidad de invocar y que sea otorgada esta figura no solo podría provocar un desincentivo en la contratación, sino en algún punto chocar dentro del mismo derecho contractual con la función de asignación eficiente de

riesgos que dicho derecho realiza. En otras palabras, la existencia de esta figura podría ser en algún punto contradictoria con la asignación eficiente de los riesgos del derecho contractual.

El propósito del presente trabajo será analizar la figura de la frustración del fin del contrato, desde la óptica del análisis económico del derecho, doctrina y jurisprudencia nacional y derecho comparado, para luego poder tratar cada una de estas cuestiones mencionadas y otras que hacen a dicha figura.

## - CAPITULO III -

### Teoría económica de los contratos

#### 1. Breve introducción.

Previo a adentrarnos en análisis de la figura mencionada, entiendo que sería necesario introducir algunas cuestiones de carácter general de análisis económico del derecho de los contratos. Estos conceptos van a resultar esenciales a la hora de ir entrando en cada uno de los temas que rodean a la frustración del fin del contrato.

Como bien dijimos, el intercambio constituye el núcleo fundamental de los mercados y de la cooperación humana. Mediante dicho intercambio, las personas asignan bienes y riesgos produciendo beneficios para la mayoría de los participantes, haciendo posible el enorme incremento de la producción derivado de la cooperación.

En la amplia doctrina del análisis económico del derecho, encontramos numerosas definiciones sobre que es un contrato. Desde mi punto de vista, una de las más claras y acertadas es la siguiente: *los contratos son los instrumentos centrales mediante los cuales opera el mercado y resulta posible obtener las enormes ventajas de la especialización y la división del trabajo*<sup>1</sup>. De acuerdo a lo manifestado en esta definición, mediante estos instrumentos operan los mercados que permiten asignar en sus usos más valiosos bienes y servicios, y crear instituciones que permiten a las personas obtener resultados sociales ventajosos. A través de ellos, las personas ejercen sus potestades que emanan de sus derechos de propiedad, en su relación con otras personas. Siguiendo la definición introducida, los contratos son los que hacen posible la división de trabajo. Esto a su vez genera o permite incrementar la productividad social y satisfacer mayores cantidades de necesidades de la comunidad.

Desde una perspectiva institucional, los mercados están enteramente constituidos por transacciones y el objeto central de lo que se denomina como derecho de los contratos es regular buena parte de tales transacciones. Es por ello que el derecho

---

<sup>1</sup> Ricardo M. Rojas, Osvaldo Schenone; y Eduardo Stordeur (H); Nociones de Análisis Económico del Derecho Privado, Capítulo IV, "Teoría Económica de los Contratos" pag. 89, Universidad Francisco Marroquín, Año 2013.

contractual tiene una enorme incidencia en la calidad y extensión de los mercados y por lo tanto en el desempeño de la economía.

## 2. Importancia del derecho contractual

Una de las funciones del análisis económico del derecho de los contratos, es examinar la respuesta de las personas a las sanciones que establece el sistema contractual, fundamentalmente para los casos de incumplimiento. La teoría económica supone que los individuos responden de una manera sistemática, y por lo tanto predecible, a los incentivos de la ley.

No siempre todas las sociedades humanas han contado con lo que se denomina como derecho contractual. Por ejemplo, en las sociedades primitivas, nos encontrábamos con un derecho contractual sumamente reducido y sujeto a unas pocas y simples reglas tales como: (i) la no obligatoriedad de las promesas antes de la ejecución del convenio; (ii) la simple restitución como sanción por incumplimiento contractual; y (iii) la responsabilidad del vendedor para cualquier desperfecto del producto. Este tipo de reglas, en una sociedad donde las transacciones son pocas y no a término, son suficientes para llevar adelante el comercio. Algo similar sucede en sociedades donde los intercambios operan en forma simultánea. En ese caso tampoco hay necesidad de un derecho contractual, en tanto un defecto en el producto se soluciona con la simple restitución de las prestaciones.

El derecho contractual es una institución que resulta eficiente en sociedades complejas donde se puedan dar un número creciente de prestaciones a término que hagan necesario introducir ciertas reglas que hagan costoso situaciones como el oportunismo y establezcan pautas generales sobre validez y formas de cumplimiento. Toda sociedad compleja que no dispusiera de un derecho contractual, tendría serios problemas. La falta de un derecho contractual, generaría que las personas tengan mayores incentivos para el oportunismo, que no puedan hacer promesas creíbles, que la cantidad de intercambios mutuamente provechosos se resienta, que las garantías del cumplimiento de las prestaciones sea menor y sin ninguna duda que haya menos transacciones. Esto nos demuestra la importancia que tiene el derecho contractual y lo que genera su ausencia en ciertas ocasiones.

Como bien dijimos anteriormente, a través de los contratos, las personas ejercen las potestades que emanan de sus derechos de propiedad. Tales derechos son los

mecanismos más aptos para lograr una eficiente asignación de los recursos en la medida en que ciertos problemas vinculados a los altos costos de transacción no sugieran soluciones mejores. Muchas veces esos derechos se harán efectivos a través de los contratos. Esto da la pauta de la importancia de un ordenamiento jurídico razonable en esta área. El derecho contractual, sin ninguna duda, facilita la cooperación.

Ahora el problema está en que muchas veces las condiciones no están dadas para que esto suceda. A modo de ejemplo, hay veces que las transacciones más importantes no se realizan de forma instantánea y entonces muchos intercambios beneficiosos no se llevan a cabo por falta de confianza en el cumplimiento de las promesas hechas. En otros casos, nos encontramos frente a transacciones que se realizan en condiciones de altos costos de transacción, donde la operación no sucede en forma automática.

Frente a estos problemas, son muchas las funciones que tiene el derecho contractual para resolverlos. En esencia, el derecho contractual establece incentivos que puedan ayudar a eliminar o mitigar problemas de cooperación entre los individuos, generando un nivel de confianza y cumplimiento adecuado, haciendo posible un mayor grado de cooperación social y sin ninguna duda mercados más robustos y extensos.

### 3. Elementos generales de los contratos. Obligatoriedad de la promesa y la sanción por incumplimiento.

El derecho de los contratos tiene dos funciones generales: (i) establecer cuales promesas deben ser obligatorias, en el sentido de que su incumplimiento conlleve una sanción; y (ii) establecer sanciones para el caso de incumplimiento, sea en forma de pago de daños o bien obligando al cumplimiento específico de la prestación. Ambas funciones generan impacto en la conducta de las partes y las soluciones varían según los sistemas legales. Si alguno de los contratantes no cumple con su obligación, el derecho de los contratos le confiere al otro un derecho personal por el que puede ejecutar el convenio, imponiendo diversas sanciones que tienen impacto

sobre los incentivos de las partes contratantes, tanto antes como después de la celebración del acuerdo<sup>2</sup>.

La primera función mencionada, es tratada por el derecho continental europeo, desde la teoría de la formación del contrato. Dicha teoría establece que una convención es obligatoria para las partes siempre que hayan mediado una oferta y una aceptación<sup>3</sup>. Una vez que hayan mediado estos elementos, hay contrato y la prestación puede ser exigida legalmente. La expresión de voluntad que adopta la forma de la oferta y la aceptación puede ser escrita o verbal, siempre que constituya una inequívoca manifestación de voluntad recíproca sobre el objeto y que la ley le otorgue a las partes una acción legal para exigir el cumplimiento de las promesas hechas. Entonces, la simple manifestación de voluntad entre las partes sería suficiente para que un contrato sea válido y que obligue legalmente a las partes a una prestación que puede consistir en hacer algo, no hacer algo, o dar algo.

El derecho anglosajón a diferencia del derecho continental europeo, exige además un tercer elemento que es la “consideración”. Este elemento supone la existencia de contraprestaciones, es decir que ambas partes tengan algo que ganar en el contrato. Entonces, siguiendo este criterio adoptado originalmente por el derecho anglosajón, los convenios con prestaciones unilaterales no podrían ser ejecutados por la ley. Este criterio con el tiempo fue siendo dejado de lado por la mayoría de los tribunales, quienes se despojando del significado de la palabra al punto de que prácticamente sea lo que los tribunales determinen. La consideración, según la definición hecha por los tribunales al día de hoy, es aquello que hace válidas las promesas, afirmando al mismo tiempo que las promesas solo son válidas cuando media la consideración<sup>4</sup>.

En definitiva, podríamos decir que desde un punto de vista de la teoría económica del derecho, las promesas que deberían ser ejecutadas legalmente son todas aquellas

---

<sup>2</sup> Robert D. Cooter y Thomas S. Ulen; Derecho y Economía, Capítulo VI “Teoría Económica del Contrato”, pags. 230-237, Editorial Fondo de Cultura Económica (Mexico), traducción Eduardo L. Suarez, segunda reimpresión en español, Año 2002.

<sup>3</sup> Atilio Aníbal Alterini, Contratos Civiles y Comerciales de Consumo, Teoría General; Capítulo 1 “Que es un Contrato”, pag. 15, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, Argentina, Año 1998.

<sup>4</sup> Robert D. Cooter y Thomas S. Ulen; Derecho y Economía, Capítulo VI “Teoría Económica del Contrato”, pag. 234, Editorial Fondo de Cultura Económica (Mexico), traducción Eduardo L. Suarez, segunda reimpresión en español, Año 2002

en que las partes efectivamente en el momento de su celebración, quieren que lo sean.

Por otro lado, todo sistema de derecho de los contratos debe también establecer qué tipo de sanción se aplicará en caso de incumplimiento. En los sistemas legales hay diversos tipos de sanciones por incumplimiento contractual. A los fines de decidir qué sistema de sanciones se aplicará en cada caso, es importante considerar lo que muchos economistas llaman la relación costo-beneficio.

A modo de ejemplo, en el derecho anglosajón se utiliza como sistema sancionatorio, la denominada teoría de los “daños en expectativa”. Dicho sistema consiste en que se deberá pagar a la parte damnificada una suma que la deje en igual situación que si el contrato hubiere sido efectivamente cumplido. En el derecho continental europeo, se suele exigir el cumplimiento específico en los casos en que sea posible, o bien la elección por parte del acreedor.

Ambos sistemas tienen sus argumentos a favor y en contra, independientemente de que una gran parte de la doctrina del análisis económico del derecho sostenga que el sistema de daños en expectativa es más eficiente que el sistema sancionatorio continental europeo. Más allá de todo, lo importante a la hora de definir un buen sistema sancionatorio será tener en cuenta que el que se elija genere justamente fuertes incentivos para que las partes no deseen incumplir. Entonces, un sistema sancionatorio eficiente será aquel que genere altos incentivos en la partes para cumplir el contrato y por lo tanto haga costoso su incumplimiento. A su vez, un sistema sancionatorio eficiente, podría ocasionar la siguiente situación:

- (i) Una disminución en los costos de transacción.
- (ii) Induciría a que las partes no incurran ni en demasiada ni en muy poca prevención, sino en aquella que refleja el costo del perjuicio que se pretende evitar.
- (iii) Si la sanción actúa como un precio, podría promover un nivel óptimo de cumplimiento de los contratos, logrando que las partes solo cumplan aquellos contratos donde es eficiente que cumplan.

#### 4. Las reglas supletorias y los costos de transacción en los contratos

Una función esencial del derecho de los contratos es sin duda disminuir los costos de transacción. Si estuviésemos ante una situación donde dichos costos fuesen igual a cero, las partes podrían establecer las contingencias y riesgos asociados a la contratación, en qué condiciones se hacen cargo de los costos de un eventual incumplimiento contractual, establecer con precisión completa el significado y el alcance de cada uno de los términos empleados que dan sentido al contrato. Esto en economía del derecho es lo que conoce como el contrato perfecto.

Yendo a un escenario real, los costos de transacción son positivos y establecer cláusulas que asignen el riesgo constituye una actividad costosa. Por ese motivo aun personas perfectamente racionales dejarían lagunas en sus contratos siempre que la introducción de una cláusula sea más costosa que su ocurrencia probable. Las lagunas son sucesos que no se consideran explícitamente en el contrato y que afectan a las obligaciones creadas por él. Cuando se deja una laguna en el contrato, se requerirá que las partes asignen una pérdida si se materializa. Los riesgos ex ante se refieren al riesgo de las pérdidas futuras que enfrentan las partes cuando negocian un contrato. Las pérdidas ex post se refieren a las pérdidas que efectivamente se generan luego de hacer un contrato. En general, las partes contratantes deben escoger entre la asignación de los riesgos ex ante y la asignación de las pérdidas ex post.

Consideremos la diferencia de los costos de transacción cuando se asignan los riesgos y cuando se asignan las pérdidas. Si las partes negocian términos explícitos para asignar los riesgos, tendrán que asumir los costos de transacción de la certeza. En cambio si dejan una laguna, tendrán que asumir los costos de transacción con una probabilidad positiva. Las partes esperan ahorrar costos de transacción dejando lagunas en los contratos siempre que el costo efectivo de la negociación de términos explícitos supere al costo esperado de llenar una laguna. Por lo general, las partes llegan a un acuerdo sobre la asignación de un riesgo con mayor facilidad que sobre la asignación de una pérdida.

Si suponemos que las partes son racionales y tratan de obtener el máximo excedente de la contratación, distribuirán los riesgos entre quienes pueden hacerse cargo de evitarlos a menores costos. Los eventos que tienen poca probabilidad de ocurrencia, usualmente no son contemplados por las personas en sus negociaciones.

El derecho contractual tiene la importante función de ofrecer reglas supletorias que disminuyen los costos de transacciones, ofreciendo interpretaciones y completando lagunas o vacíos dejados por las partes al momento de la contratación. Estas reglas permiten que las transacciones ocurran a menores costos garantizando y afianzando la seguridad jurídica, y generando incentivos para eliminar disputas en torno al cumplimiento de las prestaciones.

Por otro lado, las reglas que ofrece el derecho contractual permiten resolver disputas en torno a la contratación. La economía otorga una explicación acerca del modo en el cual se deberían resolver las disputas asociadas a una contingencia futura que afecta el valor o impide el cumplimiento de las prestaciones. La idea central es que las reglas supletorias deberían asignar el riesgo de un evento futuro, haciendo responsable a la parte que puede eliminar el riesgo a menores costos, puesto que esa solución es la que conviene a ambas partes y es aquella que sería elegida por personas racionales interesadas en incrementar el excedente o el beneficio conjunto del contrato.

Las partes enfrentan incentivos para modificar reglas o cláusulas ineficientes a favor de aquellas eficientes, puesto que de ese modo incrementan la ganancia conjunta de las transacciones. Por ese motivo, reglas eficientes deberían imputar la pérdida derivada de un riesgo a la parte que puede hacerse cargo de esta a menores costos. Ese resultado normativo es el que resultaría de una negociación contractual perfecta donde las partes maximizan su bienestar.

Hay que tener en cuenta que el contrato perfecto es solo una herramienta analítica empleada por la economía del derecho y no una descripción del modo en el cual las partes en los hechos arreglan sus contratos a término. Este contrato ofrece una regla de perfección para evaluar el modo en el cual el derecho debería asignar los costos de las contingencias no previstas en las disputas contractuales. La idea central es que soluciones normativas eficientes deberían replicar la solución a la que arribarían en las condiciones del contrato perfecto.

Si las reglas supletorias para resolver conflictos son eficientes, es decir que replican las soluciones normativas que idealmente habrían sido elegidas por las partes bajo cero costos de transacción, eliminan sustancialmente la necesidad de que las partes

ingresen en costosas transacciones. Podemos decir entonces que una función del derecho contractual es reproducir los términos hipotéticos del contrato perfecto.

Diversos autores, han destacado algunos procedimientos para resolver de manera eficiente contingencias que afectan el valor de los contratos o impide su cumplimiento. Como primer paso, el tribunal debería identificar si el riesgo está previsto en el contrato. Si las partes han efectivamente previsto quien se hace cargo de la contingencia que afecta el valor, la solución eficiente consiste en aplicar la solución prevista en el convenio, siempre que no hayan existido problemas de racionalidad o casos de fallas de mercado.

El problema es que como bien dijimos, contratar es una tarea costosa y las partes pueden no haber estipulado quien se hacía cargo del riesgo. En esta situación, un buen indicador a los fines de reconstruir el contrato perfecto es examinar el precio. Un precio mayor que el de mercado puede indicar que el vendedor se hacía cargo de mayores riesgos y un precio menor que es el comprador quien asume más riesgos. La eficiencia requiere, en general pedir menor calidad o garantías a un bien que tiene un precio muy inferior al precio del mercado. El precio, en algunos casos constituye un claro indicador de que parte se hace cargo de la mayor fracción de los riesgos y un precio muy bajo indica que es el comprador quien debe haber asumido mayores riesgos en la contratación que la usual.

Ahora hay casos donde el precio no constituye un indicador fiable de la distribución presunta de riesgos. La reconstrucción del contrato perfecto, en estos casos, requiere que el tribunal indague acerca de que parte podría haber evitado el riesgo a menores costos; en otros términos, utilizar la regla del *evitador más barato del riesgo*. Esta regla sugiere que el riesgo debería imputarse a la parte que puede reducirlo al menor costo, en tanto ese hubiese sido el arreglo al que habrían llegado las partes en el contrato perfecto. Dicho esto, la regla determina que la demanda sea procedente solo si el actor no fue la parte que podría haber evitado el riesgo a menores costos. Es decir, en los casos donde la parte actora es el *evitador más barato del riesgo*, la demanda debe ser desestimada ya que las partes habrían acordado en mutuo beneficio que era el actor quien se hacía cargo del riesgo.<sup>5</sup> Cuando es el demandado

---

<sup>5</sup> Hans-Bernd Schafer – Claus Ott, Análisis económico, cit, pags. 265-272 en Eduardo Stordeur (H); Análisis Económico del Derecho. Una Introducción, Capítulo VI, “Economía del Derecho de los Contratos”, pag. 306, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, Argentina, Año 2011.

quien puede controlar el riesgo a menores costos, la eficiencia requiere evaluar el nivel de cuidado que ha empleado la parte demandada a los fines de evitar el daño.

Hay casos donde ninguna de las partes puede razonablemente impedir el hecho o la contingencia que afecta la ejecución o el valor del contrato. El hecho podría ser demasiado improbable, situaciones tales como desastres naturales. No obstante ello, el sistema legal debe asignar de algún modo la pérdida. En estos casos, se prevé utilizar la regla del asegurador más barato del riesgo que manda a asignar la responsabilidad a la parte que hipotéticamente podría obtener una prima más barata frente a ese tipo de riesgos. Esta regla no será de utilidad en casos en los cuales quien contrata la prestación es amante del riesgo, en tanto no introduciría una cláusula de esta naturaleza, sino más bien siempre que el contratante que debe la prestación esté dispuesto a pagar la prima o el comprador sea adverso al riesgo.

De todas formas, en general, la doctrina de análisis económico de los contratos establece que la eficiencia sugiere hacer responsable a quien puede evitar el riesgo a menores costos.

##### 5. La regulación de los contratos.

Una de las finalidades más importantes del derecho contractual, es regular los convenios estableciendo su nulidad o modificando la validez de alguna cláusula explícitamente tenida en cuenta por las partes, aun en casos donde se han cumplido las formalidades de la ley.

En los dos sistemas legales ya mencionados y conocidos, las promesas son ejecutables legalmente cuando estas son producto de una negociación. Sin embargo, en algunas ocasiones excepcionales elaboradas por la jurisprudencia y la doctrina, el derecho ha declarado o permitido declarar la invalidez de convenios o parte de ellos, cuando ocurren determinadas circunstancias atípicas. Además, en el sistema continental europeo, los sistemas legales establecen contenidos sobre los cuales las personas no pueden contratar.

Siguiendo la denominación continental europea, podemos decir que hay tres categorías en la que se pueden agrupar estas situaciones donde un contrato o una parte de él puede ser considerando inválido. Estas categorías son:

- a) Las limitaciones derivadas del orden público: El sistema legal con frecuencia establece principios y reglas de orden público que definen materias sobre las cuales las personas no pueden contratar. Quizás el ejemplo más común es el del fin ilícito. Las personas no pueden contratar estableciendo un fin ilícito o sobre un objeto prohibido por la ley como podría ser la compraventa de ciertas drogas. Ahora el problema en estos casos suele darse a la hora de definir que debe entenderse por orden público. La infinidad de temas que abarca este concepto es justamente lo que hace dificultoso para los juristas poder definirlo con precisión. Una correcta apreciación sería decir que debe entenderse por orden público a un conjunto de valores o principios centrales a la comunidad que inhibe a los particulares de contratar sobre determinados contenidos. Siguiendo esta definición, en definitiva lo que hacen los sistemas legales, es limitar la libertad de las personas para establecer contratos que contengan cláusulas que puedan limitar la libertad de expresión o que establezcan la esclavitud de una persona o que reduzcan de manera excesiva derechos del acreedor, afectando sus derechos básicos.
- b) Defectos de formación: Esto se suele utilizar para alegar que el convenio o una parte de él no tiene validez o es inexistente. Las partes lo utilizan para eximirse del cumplimiento de los contratos argumentando que el contrato no fue legítimamente establecido. La ausencia de preferencias estables y ordenadas constituye un caso muy generalizado de defectos de formación de los contratos. Es el caso de la incapacidad surgida de personas dementes o menores donde se considera que estas personas no pueden ordenar y conocer sus preferencias, determinando la ley cuales son las personas competentes que deben contratar por ellos.

Otro caso de irracionalidad se advierte cuando existe coacción física o moral sobre la libertad de elección. Cuando una persona obtiene una promesa de otra apelando a la fuerza, simplemente no hay convenio, pues no existe el acuerdo de voluntades. Tanto en los casos de incapacidad como en los de fuerza, la parte afectada podría apelar a un argumento fundado en defectos de formación del contrato.

Finalmente, otros ejemplos muy comunes que suelen darse son las situaciones de fraude, extrema necesidad, cuando hay problemas de información o en el caso de lesión subjetiva o conocida en el sistema anglosajón como doctrina de la inconsciencia.

- c) Defensa del cumplimiento: En estos casos se reconoce la existencia del convenio y lo que se cuestiona es el cumplimiento de la promesa alegando que la misma no debería ser exigida. Mediante esta categoría, una de las partes puede exitosamente solicitar la eximición del cumplimiento (aun el contrato sea legalmente válido) sobre la base de contingencias extraordinarias posteriores a la celebración del contrato.

A diferencia de los defectos de formación donde se determina la invalidez del contrato, el tipo de situaciones que da a lugar a defensas de cumplimiento, excusa el cumplimiento sin pago de daños considerando no obstante válido dicho convenio. Entonces, mientras en los casos de defectos de formación se pedirá la nulidad del mismo, en los de defensa del cumplimiento las partes solicitarán que se les exima total o parcialmente de cumplir con las prestaciones.

Hay varios casos que dan a lugar a que las partes puedan solicitar una defensa de cumplimiento. Entre los más comunes, encontramos los casos de frustración del fin del contrato que se dan cuando las circunstancias del caso cambian haciendo el contrato carente de interés o inútil para alguna de las partes. Dicho supuesto será objeto de nuestro estudio durante el presente trabajo. Otro caso se suele dar cuando los contratos presentan causas imprevisibles o de imposible cumplimiento, que se conoce en el derecho como fuerza mayor o la denominada teoría de la imprevisión, teoría sobre la cual volveremos más adelante con mayor profundidad considerando que tiene cierta relevancia para la frustración del fin del contrato.

## 6. Conclusiones

Haciendo un breve resumen de lo expuesto en el presente capítulo, podemos decir en primer lugar que los contratos son la base de la cooperación social y lo que hace que los mercados en particular funcionen. El derecho contractual es aquel que logra que las promesas tengan credibilidad, sancionando o limitando el oportunismo,

permitiendo de ese modo como ya hemos mencionado anteriormente que se realicen más y mejores transacciones.

Las personas son sin ninguna duda los mejores jueces de sus preferencias. No hay nadie que se conozca mejor que ellos. Cuando los contratos son libres y voluntarios, se suelen asignar de manera eficiente recursos que son escasos, lo que permite el incremento de la productividad que se origina de la especialización y división del trabajo. Esto motivos son por los cuales es necesario que en un país haya un amplio sistema de derecho contractual, basado en el respeto de la palabra y la autonomía de la voluntad.

A su vez, el derecho contractual opera asignando precios a los incumplimientos contractuales, aumentando de esa manera la confianza en el cumplimiento y por lo tanto da lugar a un mayor nivel de contratación y previene el oportunismo. Las sanciones por incumplimiento, generan incentivos que las partes tienen en cuenta a la hora de hacer sus elecciones respecto de cuestiones centrales, tales como la decisión de cumplir o no un contrato. Cuan mayor sea el costo por incumplir un contrato, mayores incentivos tendrá la persona en cumplirlo. La sanción más eficiente por incumplimiento es aquella que iguala la indemnización monetaria con el beneficio del acreedor.

Una función del derecho de los contratos es reducir los costos de transacción, reproduciendo los términos hipotéticos del contrato perfecto, entendido como aquel que idealmente hubiesen suscrito las partes en un mundo sin costos de transacción. Una tarea importante de los tribunales y las leyes en general, en materia contractual es estipular la asignación del riesgo en casos determinados. Cuando estas reglas operan en forma supletoria a la voluntad de las partes, tienden a disminuir los costos de transacción.

Finalmente, vimos en términos generales, la función reguladora del sistema del derecho contractual. La ley regula los contratos cuando estos nos llevan a resultados eficientes, bien por defectos de formación o por fallas del mercado. La función reguladora de este sistema lo que en definitiva hace es establecer contenidos no negociables (orden público), declarar la nulidad total o parcial (defectos de formación) o modificar determinados acuerdos que a simple vista o en principio reúnen las características de un contrato (defensas de cumplimiento).

## - CAPITULO IV -

### La frustración del fin del contrato. Noción. Legislación y Doctrina Argentina

#### 1. Algunos conceptos acerca del instituto

Una de las doctrinas más conocidas en materia de regulación de los contratos es sin duda la denominada frustración del fin del contrato. Dicha doctrina constituye una clásica defensa de ejecución que actúa cuando el cambio en las circunstancias hace que el convenio sea carente de interés e inútil para una de las partes.

Esta doctrina sostiene que el contrato se extingue en los casos en los que, aunque la prestación siga siendo posible, se produce la frustración del fin por causas ajenas a las partes; esto es cuando se torna imposible obtener su finalidad propia haciendo el contrato inútil y carente de interés.

Los denominados “casos de coronación” del *common law* inglés son los que en cierta manera dieron origen a esta doctrina. Estos casos, que datan del año 1904 aproximadamente, trataban en su mayoría acerca de la contratación de balcones para presenciar el desfile de coronación del rey de Inglaterra (Eduardo IV) el cual se iba a llevar a cabo en la ciudad de Londres. Finalmente el desfile no ocurrió el día pactado debido a que el rey se había enfermado y hubo que posponer la ceremonia. A raíz de esto, surgieron una serie de conflictos entre los propietarios que querían cobrar el alquiler y los inquilinos que se negaban a pagar considerando que el desfile ese día no había tenido lugar. Las soluciones dadas por los Tribunales a todos estos conflictos fueron en general variadas. Dentro de esos casos, el que llamó particularmente la atención fue “Krell v. Henry”, donde el Tribunal liberó al inquilino de pagar el alquiler, haciendo uso de la doctrina de la frustración del fin. Dicho caso fue el puntapié que dio lugar a que con el correr del tiempo tanto la legislación como los Tribunales fueran adoptando y aplicando en forma creciente esta doctrina. Más adelante en nuestro trabajo volveremos a profundizar un poco más acerca de los inicios de la doctrina.

En nuestro país, la doctrina de la frustración del fin fue por primera vez considerada por el Proyecto de Unificación de las obligaciones del año 1987. Al día de hoy se encuentra receptada en el artículo 1090 de nuestro Código Civil y Comercial de la Nación (“CCyCN”). A su vez, en nuestra jurisprudencia, hay una limitada cantidad

de casos que tratan el tema incluso antes de la recepción de dicha doctrina en nuestro Código, siendo uno de los más conocidos “Alerse SRL v. Carrefour Argentina SA”.

A modo de introducción, la doctrina del análisis económico del derecho sostiene que una posible solución a estos casos consiste en examinar detenidamente la parte que puede hacerse cargo del riesgo a menores costos. Sin embargo, si ponemos énfasis en la naturaleza de seguro que tiene el contrato, quizás la eficiencia sugiera rechazar demandas por frustración del fin del contrato, siempre que se entienda que las partes han asumido el riesgo imprevisto.

En otros casos, la solución puede pasar por examinar quien elimina el riesgo a menores costos. Cooter y Ulen en su obra “Derecho y Economía” sostienen por ejemplo al hablar sobre el caso “Krell v. Henry” que si se asigna el costo a los propietarios, estos podrían resarcirlo simplemente alquilando nuevamente sus balcones en la nueva fecha del desfile de coronación. Entonces, a quienes alquilaron les costaría tener que pagar nuevamente para asistir al desfile<sup>6</sup>.

## 2. Terminología: la frustración del contrato y la frustración del fin – o finalidad – del contrato. Concepto.

### A - Terminología

La palabra frustración puede asociarse, en una concepción amplia, al contrato. Generalmente la denominada “frustración del contrato” abarca diversos supuestos en que, de uno u otro modo, lo convenido entre las partes no puede llevarse a cabo, o dicho de otro modo se frustra.

Ahora, cuando hacemos referencia a la “frustración del fin – o finalidad – del contrato” ingresamos en esta específica causal de extinción, donde la frustración del fin o de la causa – fin pasa a ser un supuesto especial del género “frustración” del contrato. La terminología “frustración del fin” tiene su origen en el derecho inglés y se remonta a su jurisprudencia, señalándose como primer caso “Taylor v. Caldwell” (año 1863). De todas formas, y tal como veremos en mayor profundidad en el próximo capítulo, la frustración del fin ya había sido analizada anteriormente en el caso “Paradine v Jane” (año 1647). En este último caso se había determinado

---

<sup>6</sup> Robert D. Cooter y Thomas S. Ulen, Derecho y Economía, Capítulo VI “Teoría Económica del Contrato” pag. 345, Editorial Fondo de Cultura Económica (Mexico), traducción Eduardo L. Suarez, segunda reimpresión en español, año 2002.

responsabilizar a un inquilino por el pago del alquiler, más allá de que había sido privado de la tenencia del bien (no pudiendo obtener sus frutos) por la invasión por las fuerzas armadas de un enemigo del rey. Se terminó resolviendo que, no estando contractualmente prevista la exoneración por tal hecho, no podía eximirse de cumplir su obligación de pagar el arriendo.

A fin de entender, porque el derecho inglés tuvo que recurrir a la frustración del fin, es necesario recordar el principio básico de su derecho contractual: “la estricta obligación de cumplir el compromiso asumido, sin que pudiera eximirse por cambio de circunstancias, caso fortuito o fuerza mayor”. Este principio es lo que en el derecho se conoce como *pacta sunt servanda*, que será objeto de nuestro análisis más adelante.

Ahora bien, cuando se incorporó la terminología a los institutos extintivos y se analizó la frustración del fin del contrato, se recurrió como antecedentes a los casos de coronación. Dicho en otras palabras, estos casos sirvieron de base para calificar y conceptualizar el instituto que se fue incorporando y aplicando en el derecho de otros países (como en Argentina).

Se considera que fue el derecho continental europeo, el que elaboró el concepto restrictivo “frustración del fin del contrato”<sup>7</sup>, opuesto a la amplia “frustración del contrato”, extendiéndose la antigua concepción genérica anglosajona.

Siendo así, marcando las diferencias de conceptualización, desde el punto de vista de la legislación, doctrina y jurisprudencia argentinas (y de otros países latinoamericanos y europeos) se advirtió sobre casos de frustración del contrato donde no se sustentan en la finalidad sino en otros elementos de ese acto jurídico (particularmente el objeto o la prestación), separándose así de la finalidad, de la causa-fin, ya mayoritariamente aceptada como un elemento diferente al objeto en el ámbito de los contratos. Ahora estos casos, aunque puedan parecerse o asimilarse a una situación de frustración del fin del contrato, generalmente no lo serán.

---

<sup>7</sup> Vicente Espert Sanz, *La Frustración del Fin del Contrato*, Madrid, Editorial Tecnos, 1968; Karl Larenz, *Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos*, pag. 147, traducción Carlos Fernández Rodríguez, *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1956, alude a la imposibilidad de alcanzar el fin del contrato; en José María Gastaldi, *La Frustración del Fin del Contrato y el Nuevo Código*, pag. 82, ([www.colabogados.org.ar/larevista/pdfs/id21/la-frustracion-del-fin-del-contrato.pdf](http://www.colabogados.org.ar/larevista/pdfs/id21/la-frustracion-del-fin-del-contrato.pdf))

Estaremos más bien frente a situaciones de imposibilidad, caso fortuito o fuerza mayor, denominados medios extintivos.

## B – Concepto

La frustración del fin del contrato tiene lugar cuando en un contrato bilateral válido, de ejecución diferida o continuada, la finalidad relevante (razón de ser) y conocida, aceptada expresa o tácitamente por las partes, no puede lograrse o se ve frustrada por razones sobrevinientes ajenas a su voluntad y sin que medie culpa.

Los requisitos o presupuestos de funcionamiento que resultan del presente concepto y que enumera Gastaldi en su publicación “La frustración del fin del contrato” son<sup>8</sup>:

- Contrato valido: si tuviera un vicio seria invalidante, nulo en su génesis, no en su etapa funcional en la que se ubica la frustración.
- Bilateral y oneroso: lo que implica reciprocidad y equilibrio entre las prestaciones y también onerosidad.
- De ejecución diferida o continuada, no de ejecución instantánea, en tanto la alteración de la finalidad debe aparecer en la etapa de cumplimiento o funcional.
- Acontecimiento sobreviniente y ajeno a la voluntad de las partes: el hecho que lo motiva debe aparecer posteriormente a la celebración del contrato y ocurrir fuera de la voluntad de las partes, pues de no ser así la situación se enmarcaría en otros institutos que producirían la extinción pero mediante culpa.
- El acontecimiento de aquellas características que mencionamos deja de ser causal de extinción en el caso de que se trate de un riesgo que se asumió por la parte que pretende ampararse en la causal en análisis.
- Frustración de una finalidad relevante y conocida, aceptada expresa o tácitamente: Aquí aparece claramente la vinculación con la causa (en el sentido de la finalidad). Para determinar la existencia de este requisito será necesario efectuar una investigación no solo del contrato sino de las circunstancias que rodearon el mismo en su génesis y en su funcionamiento. Ello es así por cuanto el fin relevante no siempre aparece con claridad, en forma expresa, sino que resultará incluido

---

<sup>8</sup> José Maria Gastaldi, La Frustración del Fin del Contrato y el Nuevo Código; pag. 84, (www.colabogados.org.ar/larevista/pdfs/id21/la-frustracion-del-fin-del-contrato.pdf)

tácitamente, conforme la actitud de las partes y las circunstancias en que se concretó el acuerdo así como el conjunto de sus disposiciones.

- Se dice también que la frustración debe ser definitiva, porque si es temporaria no cabe incluirla en la resolución.

### 3. Recepción de la figura en la legislación y doctrina Argentina

A continuación haremos un análisis de cada uno de los antecedentes legislativos que hubo en nuestro país donde se trató la frustración del fin del contrato, a modo de analizar cómo fue evolucionando la doctrina entorno a este instituto.

En nuestro país hubo varios intentos de incorporar la frustración del fin del contrato a nuestro derecho:

#### A – Proyecto de Unificación a la Legislación Civil y Comercial del año 1987

En dicho proyecto se propusieron una serie de modificaciones, dentro de las cuales corresponde mencionar las siguientes:

- (i) Se modificó el art. 1197 de nuestro Código Civil, quedando la norma entonces redactada de la siguiente manera: *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 habérselas exteriorizado, subsisten al tiempo de ejecución.* Las notas de dicho proyecto explican que esta nueva redacción no indica que consecuencias tendría la alteración de las circunstancias, aunque es evidente que el acuerdo ya no podría 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.

A su vez, ciertos críticos sostuvieron que el texto dejaba dudas respecto de si se aplica a los dos supuestos que el autor Karl Larenz en su obra “Bases del negocio y cumplimiento de los contratos” diferencia en la base del negocio: 1. La objetiva, formada por el conjunto de circunstancias cuya existencia y permanencia presupone el acuerdo, lo sepan o no los contratantes, ineludibles para preservar la equivalencia

prestacional y alcanzar la finalidad comercial; y 2. La base subjetiva, constituida por las representaciones mentales de las partes existentes al perfeccionar el acuerdo que determinan su voluntad e inducen a celebrar el contrato<sup>9</sup>. Los aspectos sustanciales de la obra de Larenz serán expuestos con mayor profundidad más adelante.

- (ii) Se agregó, al art. 1204, inc. 1, apartado 6 del Código Civil, con el fin de consagrar el instituto específicamente lo siguiente: *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 que no derive de un riesgo que razonablemente tomó está 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.* Parte de la doctrina criticó dicha reforma recalcando el desacierto de haberla incorporado en el art. 1204, el cual está destinado a regular la resolución por incumplimiento y por imposibilidad definitiva o temporaria y aludiendo que hubiera sido mejor tratar dicho tema 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.

A su vez, se recalcó entre otras cosas que dicha reforma no especificaba cual era el ámbito de aplicación de la figura; no establecía que debía entenderse por fin del contrato; y los efectos eran desacertados ya que se reducían a la resolución equivocándose también la forma de ejercitarla al proponer la vía extrajudicial mediante una simple declaración.

---

<sup>9</sup> Karl Larenz, Base del Negocio y Cumplimiento de los Contratos, Traducción de Carlos Fernandez Rodríguez, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1956, p. 21 y ss. en Alejandro E. Freytes, Recepción de la Frustración del fin del Contrato en Precedentes Anteriores y en el Proyecto de Código Civil y Comercial 2012, pags 193-212, Revista de la Facultad, Vol. IV N° 2 Nueva Serie II (Año 2013) ([www.revistas.unc.edu.ar/index.php/refade/article/download/.../11903](http://www.revistas.unc.edu.ar/index.php/refade/article/download/.../11903))

B – XIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Universidad Notarial Argentina, Bs. As.) 1991

En dicha oportunidad se tuvo en cuenta el Proyecto de Unificación de 1987 y se fomentó la recepción legislativa de la frustración del fin del contrato. En dichas Jornadas, se aprobó lo siguiente:

- (i) Noción de frustración del fin: *La frustración del contrato es capítulo inherente a la causa; entendida esta como móvil determinante, razón de ser o fin individual o subjetivo que las partes han tenido en vista al momento formativo del negocio.*

*A esto se agregó que: La teoría de la frustración debe distinguirse de la imprevisión, de la imposibilidad de cumplimiento, o del caso fortuito o fuerza mayor, del error y de la cláusula resolutoria, en razón de tratarse de un instituto autónomo.*

C – Proyecto de la Comisión Federal (Cámara de Diputados de la Nación) de 1993

Este proyecto mantuvo el tratamiento de la frustración del fin del contrato, 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 estas 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 quedaran firmes. La parte que provoca la extinción del acto debe reintegrar a la contraparte los gastos que esta 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.*

Dicha norma, supuso una leve mejora respecto a lo planteado en el Proyecto de Unificación de 1987:

- (i) En primer lugar, mejoró la metodología al regular la figura en el artículo inmediato posterior al que trata la excesiva onerosidad sobreviniente en el Código Civil (art. 1199).
- (ii) Se eliminó 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.
- (iii) Se expresó adecuadamente el 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.
- (iv) Limitó acertadamente la legitimación para petitionar la resolución por frustración a la parte perjudicada.
- (v) Los efectos “resolución retroactiva de alcance limitado” y “el deber del acreedor a reintegrar los gastos” parecían adecuados, pero debió aclararse que los gastos serían solo los indispensables para cumplir la prestación.

Por otro lado, dicho proyecto fue criticado en dos puntos: (i) que no precisaba el concepto de fin del negocio, ni requería que el hecho frustrante tenga carácter imprevisible; e (ii) insistía en el mecanismo resolutorio por vía extrajudicial.

#### D – Proyecto de la Comisión del Poder Ejecutivo Nacional (1993)

El presente proyecto incluyó el instituto 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, sobreviniente, 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, quedaran firmes. No habrá indemnización por daños.*

Metodológicamente fue objeto de crítica, toda vez que aparecía incluida distante de la excesiva onerosidad contemplada en el art. 899 del Proyecto. A su vez, fue criticada (i) la indefinición del ámbito de aplicación; (ii) la utilización de la expresión anormal para aludir al hecho sobrevenido provocante de la frustración

cuando en realidad debió indicarse con toda claridad y contundencia que esos hechos debían ser imprevisibles; (iii) y la falta de precisión respecto del mecanismo resolutorio.

Por otro lado, de este proyecto se destacó: (i) la limitación de la legitimación a la parte perjudicada; (ii) la precisión respecto de los efectos de la resolución; y (iii) la expresa exclusión de la indemnización por daño, aunque debió precisarse que en su lugar el acreedor desinteresado de la prestación debía sufragar los gastos erogados por el deudor de la prestación que devino inútil.

E – Proyecto de Código Civil Unificado de 1998

En dicha ocasión se decidió regular el instituto en el art. 1059 de la siguiente manera: *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 esta comunica su decisión extintiva a la otra. Si la frustración es temporaria, se aplica el inc. b del art. 1057.*

Como primera connotación, este proyecto vinculaba la norma tratada a otros arts. del Código Civil (arts. 259 y 953). Haciendo a un lado dicho comentario, se criticó de este Proyecto la falta de precisión en definir en que consiste la finalidad del contrato y si bien el art. 952 del proyecto expresaba que las disposiciones relativas a la finalidad se referían a la causa, luego en las notas de dicho proyecto se indicaba que el fundamento de esta causal de extinción contractual podía ser hallada en la teoría de las bases del negocio jurídico, contradicción que, al igual que en los precedentes de 1993, sumergía innecesariamente a la novel figura en la inacabada polémica sobre el carácter objetivo o subjetivo de la causa.

Por otro lado, si bien era importante que el art. 259 del Código Civil vinculara a la causa con el interés tenido en miras por las partes, parecía inconveniente que el art. 257 dé relevancia a los motivos personales cuando integraran expresa o implícitamente la declaración de voluntad común, ya que por esta vía podría considerarse relevante cualquier fin de las partes con tal que el mismo haya sido

exteriorizado expresa o implícitamente por más que no integrara el contenido negocial, recaudo de admisibilidad que estimamos inexorable.

Dicho proyecto: (i) omitió consignar la naturaleza imprevisible del hecho frustrante; (ii) muchos opinan que fue desacertado utilizar la expresión rescisión (porque opera solo para el futuro y depende de una circunstancia sobreviniente), considerando que en este caso nos encontraríamos frente a un caso de alteración funcional de las prestaciones que impediría al contrato continuar siendo una regulación de intereses dotada de sentido; (iii) el mecanismo de declaración de ineficacia (vía extrajudicial) seguía siendo inconveniente; y (iv) las consecuencias de la vicisitud no las preveía el artículo que regulaba la figura, sino que resultaban de la remisión que hacía el art. 1062, segundo párrafo al régimen general de ineficacia para los supuestos de extinción por declaración de una de las partes. Dicho art. 1062, segundo párrafo excluía expresamente la indemnización de daños salvo que hubiera sido expresamente pactada. No obstante ello, se volvió a omitir el deber de reintegrar los gastos realizados por el deudor.

Finalmente, en nuestra legislación nos encontramos con el Proyecto de Unificación de Código Civil y Comercial del año 2012, el que incorpora y trata la figura de frustración del fin del contrato en el art. 1090. A partir de dicho proyecto, luego se sancionó en el año 2015 la Ley 26.944 que daría lugar a nuestro CCyCN, incorporando tal como previa el proyecto la figura de la frustración del fin del contrato en art. 1090, hecho que veremos a continuación.

#### 4. La frustración del fin del contrato a la luz del art. 1090 del CCyCN

##### A - Proyecto de Unificación de Código Civil y Comercial del año 2012

Hemos dicho que el proyecto de Unificación del Código Civil y Comercial de la Nación del año 2012, fue el que dio lugar en el año 2015 a la sanción de la ley 26.944, norma mediante la cual se instrumentó el CCyCN. Dicho Código, incorpora la figura de la frustración del fin del contrato más precisamente en el art. 1090.

Previo a adentrarnos en el análisis de dicho artículo, debemos mencionar que el proyecto que dio lugar al CCyCN fue objeto también de una serie de críticas. El texto propuesto como art. 1090 en el proyecto establecía lo siguiente: *Frustración de la Finalidad: la frustración definitiva de la finalidad del contrato autoriza a la*

*parte perjudicada a declarar su rescisión, tiene su causa en una alteración de carácter extraordinario de las circunstancias existentes al tiempo de su celebración, ajena a las partes y que supera el riesgo asumido por la que es afectada. La rescisión es operativa cuando esta parte comunica su declaración extintiva a la otra. Si la frustración de la finalidad es temporaria hay derecho a rescisión solo si se impide el cumplimiento oportuno de una obligación cuyo tiempo de ejecución es esencial.*

Una de las primeras observaciones que se hizo a este texto fue acerca del acierto en su ubicación, ya que se incluye la frustración del fin dentro del capítulo que engloba los modos de extinción, modificación y adecuación del contrato, precediendo a la imprevisión.

A su vez, es positivo que se haya distinguido la posibilidad de una desaparición temporaria o definitiva de ese propósito práctico, básico y elemental que impulsó a las partes a contratar. En el primer supuesto es obvio que el remedio a la afección es la rescisión contractual, mientras que en el segundo, es más apropiada una suspensión provisoria de los efectos, en beneficio de la conservación del acto.

Por otro lado, en cuanto a las críticas que la doctrina ha hecho sobre dicho proyecto, mencionamos las siguientes:

- (i) Se omitió especificar el ámbito de aplicación de la figura, sin precisar que había de tratarse de un contrato valido, bilateral, oneroso y de cambio, ya que la frustración compromete el sinalagma funcional y consecuentemente la función de intercambio del acuerdo.
- (ii) No se exigió en el proyecto que el negocio este dotado de un fin o un resultado empírico que influya en la vida real de los contratantes y permita que aquel (el negocio) cumpla su función vital.
- (iii) Si bien se exigió la producción de una alteración de carácter extraordinario de las circunstancias existentes al tiempo de la celebración, no se precisó el carácter imprevisible de tal mutación, ni la naturaleza de las circunstancias que se alteran o modifican.
- (iv) En atención a los efectos, se admitió una rescisión operativa, viabilizada mediante una simple comunicación de la parte perjudicada que ha visto

desvanecer su interés en el cumplimiento de la prestación ante el malogro del fin perseguido al momento de contratar. La rescisión no podría ser un efecto automático de la pérdida del fin.

- (v) El proyecto tiene una falta de precisión sobre los alcances que tendrían las dos vías superadoras de la frustración operada: revisión por readecuación o rescisión definitiva. La fijación del quantum de la reparación a practicarse acaecida la frustración constituye una laguna insuperada en el proyecto.

#### B – Art. 1090 del CCyCN

El nuevo CCyCN, norma vigente desde el año 2015, incorpora la frustración del fin del contrato en el art. 1090. Dicha norma establece lo siguiente: *la frustración de la finalidad del contrato autoriza a la parte perjudicada a declarar su resolución, si tiene su causa en una alteración de carácter extraordinario de las circunstancias existentes al tiempo de su celebración, ajena a las partes y que supera el riesgo asumido por la que es afectada. La resolución es operativa cuando esta parte comunica su declaración extintiva a la otra. Si la frustración de la finalidad es temporaria, hay derecho a resolución solo si se impide el cumplimiento oportuno de una obligación cuyo tiempo de ejecución es esencial.*

La mayoría de la doctrina entiende que el CCyCN incorpora la frustración de la causa fin del contrato como un supuesto de ineficacia contractual. El instituto, que autoriza la resolución del contrato cuando se ve frustrada la posibilidad de concretar la finalidad considerada por las partes, no se encontraba regulado tanto en el Código Civil como en el Código Comercial, aun cuando había sido acogido por la jurisprudencia.

La causa fin no solo debe existir al tiempo de la formación del contrato, pues se trata de un elemento esencial para su existencia, sino perdurar durante su ejecución, como surge del art. 1013 del CCyCN. Se trata de un instituto que opera sobre el concepto de frustración de la causa fin de los contratos. Se requiere de un contrato que, por ser tal, habrá de tener causa fin, uno de los elementos esenciales de esta categoría de actos jurídicos. Dado que el artículo no establece ninguna restricción al respecto, cabe considerar al instituto aplicable también a los contratos unilaterales, a los gratuitos y a los aleatorios. Si es necesario que se trate de un contrato de

cumplimiento diferido, sea de plazo suspensivo o de tracto sucesivo, porque en los de ejecución instantánea no es lógicamente posible la frustración, pues ella requiere de una variación extraordinaria de circunstancias ocurridas en el tiempo.

La frustración opera sobre la causa fin, tanto en su modalidad típica como en la motivacional, en tanto ella haya sido incorporada por las partes al contrato, en forma expresa o implícita. Si lo afectado fuera el cumplimiento material de la prestación debida, se estaría ante un caso de caso fortuito o fuerza mayor, y no de frustración de la causa.

Nuestra doctrina al analizar dicho artículo, considera que los requisitos para que opere la resolución por frustración de la finalidad son:

- (i) Un contrato valido subsistente al tiempo del planteo
- (ii) La existencia de una causa, típica o motivacional que pueda considerarse objetiva en el contrato
- (iii) la incidencia de un hecho sobreviniente, inesperado, grave, ajeno a las partes, que afecte la posibilidad de concreción de esa causa de modo permanente no meramente temporal y supere el riesgo asumido por la parte afectada
- (iv) inexistencia de mora, de culpa o dolo vinculados con la generación de la frustración de la parte que efectúa el planteo
- (v) planteo de parte

Uno puede observar, que dichos requisitos no son muy diferentes a los enumerados por Gastaldi en su obra, lo que nos hace evidenciar cierta simetría en la interpretación tanto del instituto como del artículo del CCyCN que lo contempla.

El presupuesto de la resolución es que se ha malogrado el proyecto-fin que las partes se habían propuesto desarrollar hasta agotarlo por cumplimiento. El acto jurídico queda privado de causa, al menos para una de las partes; pero como la causa no es elemento de la voluntad subjetiva, como la intención, sino de la estructura del acto, su afectación impide contar con un negocio jurídico estructuralmente idóneo para subsistir. La frustración se diferencia del caso fortuito en que este impide el cumplimiento de la prestación, mientras que en aquella no hay imposibilidad, lo que se ve alterado es la posibilidad de concretar el fin perseguido por medio de ella.

Tal como prevé el artículo, la resolución es operativa desde que la parte comunica la declaración extintiva a la otra, lo que, entendemos, debe tenerse por producido desde la recepción de la comunicación por el destinatario. En caso de tener que tramitarse luego un proceso judicial, la sentencia retrotraerá efectos al momento de esa comunicación. Si no medio tal comunicación extrajudicial y se demandó directamente, los efectos correrán desde la notificación de la demanda.

La norma no distingue los tipos de contratos a los que se aplica, por lo que cabe considerar que puede ser invocada en todo tipo de vínculo en el que se vea frustrada la finalidad considerada.

Finalmente y en lo que concierne a los efectos de la frustración, su admisión conduce a la resolución del vínculo contractual y, dado que el evento frustrante, en tanto técnicamente tal, es ajeno a la conducta de las partes, no da lugar a resarcimiento, aunque si quedaran firmes las prestaciones cumplidas, no así las pendientes; ello, sin perjuicio de los pagos que corresponda hacer con relación a lo devengado y aun no pagado, antes de producirse la frustración. Si se entregó algún adelanto en razón de una prestación que no podrá ya ser cumplida, corresponde su restitución. Las partes pueden acordar la compensación de gastos.

- CAPITULO V -

Derecho comparado. La denominada *frustration of contract* en el *common law* inglés.

1. El derecho de los contratos

En términos generales, el contrato en el *common law* inglés ocupa una posición muy similar o igual a la que ocupa en otros sistemas legales. Es parte del derecho de obligaciones.

Debe destacarse que el derecho contractual inglés carece de un principio general de buena fe (contrario a otros ordenamientos del *common law* como el de USA), especialmente en cuanto se refiere al cumplimiento contractual.

La redacción de los contratos, particularmente los mercantiles, es extensa y llena de detalles. Los tribunales ingleses se rehúsan a imponer un deber general de descubrimiento o revelación de información durante las negociaciones conducentes a la contratación. Si se pone el foco en la formación del contrato, podemos decir que se requiere, entre otros, la oferta y la aceptación y la tan mencionada y utilizada *consideration*, a la cual en el *common law* inglés se le ha dedicado numerosas páginas.

El formalismo de la *consideration* perdura en el *common law* inglés, en el sentido de que nadie puede obligarse sin recibir una contraprestación, a menos que se otorgue un contrato formal. Basta la existencia de la *consideration* para que cualquier pacto sea un contrato, con independencia de su contenido típico o atípico, pues esta diferencia carece en el *common law* inglés del relieve que tiene en el Derecho continental. Ahora bien, el hecho de que la *consideration* o contraprestación pueda ser puramente nominal no impide que se establezca una profunda igualdad entre ambos sistemas jurídicos en lo que se refiere a la necesidad de evitar los contratos de convenio lesivo para una de las partes<sup>10</sup>.

Por otro lado, los cambios de circunstancias, entre la formación y el cumplimiento de los contratos son, en el derecho inglés, en algunos aspectos, más limitados que

---

<sup>10</sup> José Puig Brutau, *Doctrina General del Contrato de los Fundamentos de Derecho Civil*, Tomo II, Vol. 1, pag. 27, Bosch, Barcelona, España, 1954 en Pedro F. Silva Ruiz, *Derecho Ingles y Derecho de Contratos*, pag. 6, ([www.acaderc.org.ar](http://www.acaderc.org.ar)).

en muchos de los sistemas de derecho civil. Así, la doctrina sobre “frustración de contrato” o conocida como *frustration*, conlleva a la conclusión del contrato entre las partes. Si consideramos la cuestión de la revisión del contrato por causa de la alteración de las circunstancias, podemos decir que en otros casos se recurre a especular, no con el consentimiento de los contratantes, sino con los otros requisitos del contrato: objeto y causa. La doctrina llamada desaparición de la base del negocio es la más conocida de las que responden a esta concepción. Una idea bastante afín es la que considera que por tratarse de un caso de prestación imposible o equiparable a la imposible, es procedente reconocer la frustración del contrato<sup>11</sup>.

## 2. Formación de la doctrina de la *frustration of contract*

La característica general del *common law* frente a la imposibilidad sobrevenida de la prestación es, según la interpretación tradicional, el respeto formal y casi absoluto de la obligatoriedad del contrato. Este respeto se ha manifestado comúnmente no solo en relación con el cambio del valor económico de las prestaciones, sino también en relación con la imposibilidad sobrevenida de ejecutarlas. Dicho esto, puede afirmarse que en el *common law* la imposibilidad sobrevenida y la excesiva onerosidad sobrevenida de la prestación tienen el mismo tratamiento doctrinal en lo que hace a la modificación del contrato, ya que los mecanismos de tutela contra el desequilibrio contractual sobrevenido tienen su origen en precedentes jurisprudenciales comunes y, en realidad, el criterio usado parte de una aplicación extensiva de los mecanismos previstos para regular los efectos de la imposibilidad en general.

En el derecho contractual inglés, el cumplimiento es el modo natural u ordinario mediante el cual el deudor se libera de su obligación. El cumplimiento de las prestaciones recíprocas de las partes extingue fisiológicamente el contrato. Cuando se trata de un contrato bilateral, en general el cumplimiento de ambas prestaciones pone fin a la relación contractual, salvo que las partes hayan convenido otra cosa.

Al igual que en nuestro sistema, en el *common law*, para que el cumplimiento tenga eficacia liberatoria debe ser completo y exacto. Ahora bien, luego de que las partes

---

<sup>11</sup> José Puig Brutau, *Doctrina General del Contrato, de los Fundamentos de Derecho Civil*, Tomo II, Vol. 1, pag. 366, Bosch, Barcelona, España, 1954 en Pedro F. Silva Ruiz, *Derecho Inglés y Derecho de Contratos*, pag. 7, ([www.acaderc.org.ar](http://www.acaderc.org.ar)).

han celebrado el acuerdo y se han vinculado contractualmente, ciertamente pueden presentarse eventos imprevistos e irresistibles no imputables al deudor y que hagan ilícito, imposible o inútil el cumplimiento de su prestación dentro del ámbito de las doctrinas del *frustration of contracts*. En este caso, hace un tiempo, tuvo prevalencia el pacífico principio en virtud del cual cada contratante estaba absolutamente vinculado a cumplir la propia obligación, la denominada “sancity del contrato”, sin poder invocar como excusa del incumplimiento ningún tipo de circunstancia sobrevenida, a menos que las partes hubieran explícita y preventivamente acordado las eventuales consecuencias que esta tendría en el programa contractual.

Esto resulta natural en el sistema de *common law*, que prevé como principal medio de tutela la ejecución por equivalente, fijando así un principio mediante el cual una parte que cumple tiene derecho a la tutela incluso cuando el incumplimiento de la contraparte se debe a eventos sobrevenidos no imputables.

Un caso importante dentro del sistema inglés y quizás uno de los primeros donde se aplicó esta doctrina de la “sancity del contrato”, es *Paradine v. Jane* (año 1647)<sup>12</sup>. En dicho caso se estableció que un contratante queda vinculado a sus obligaciones en caso de imposibilidad objetiva, ya que su liberación habría tenido que ser expresamente prevista en el contrato. Es la manifestación de un principio rígido de acuerdo con el cual las partes están en capacidad de prever todos los riesgos que puedan afectar el cumplimiento normal de la prestación, algo que en si es imposible.

Si bien este principio, ha sido justificado por alguna doctrina en el sistema inglés, la realidad es que ha sido objeto de numerosas críticas, ya que existe una limitada posibilidad humana de prever el futuro, por lo cual sería demasiado grave imponer al deudor una responsabilidad acorde con el contenido literal del contrato, especialmente en caso de eventos sobrevenidos no imputables.

No obstante la rigidez del principio, en el año 1809 la decisión en el caso “*Atkinson v. Ritchie*” fijo la primera excepción a la regla, al establecer la liberación del deudor

---

<sup>12</sup> José Félix Chamie, *Frustration of Contract e impossibility of performance en el common law inglés*, pag. 189 ([www.revistas.uextornado.edu.co/index.php/derpri/article/download](http://www.revistas.uextornado.edu.co/index.php/derpri/article/download)): *Jane había sido titular por 21 años de un lease sobre un predio de Paradine, este último demandó por el canon y Jane se defendió alegando el no haber podido usufructuar el predio por más de 2 años en virtud de que el territorio donde estaba ubicado habría sido invadido por las tropas del príncipe Rupert. La sentencia fue favorable al lessor con base en consideraciones de carácter formal según las cuales las partes habrían podido incluir cláusulas para su tratamiento de las consecuencias del riesgo sobrevenido, por lo que, no habiéndolo hecho, debía imputársele al deudor la responsabilidad.*

en un contrato de arrendamiento de nave a causa de la circunstancia sobrevenida de la declaración de guerra entre Inglaterra y uno de los países en cuyo puerto la nave debía ser cargada. La Corte se basó en una interpretación extensiva de la regla complementaria según la cual puede excluirse la responsabilidad del deudor que incumple a causa de la supervención de eventos que no le son imputables, en virtud de la existencia de una cláusula que, si bien no pudo haber sido expresamente pactada, hace parte del contenido implícito del contrato<sup>13</sup>.

En el año 1863, la denominada *Court of Queen's Bench* estableció una decisión en el caso "Taylor v. Caldwell"<sup>14</sup>, que dio el verdadero inicio al proceso de excepciones a la regla de la intangibilidad o "sancity del contrato". En este caso, la Corte partió de un razonamiento análogo al del caso Atkinson, pero en relación con una causa distinta de imposibilidad sobrevenida. Esta causa fue la destrucción física del objeto de la prestación. Taylor demandó el resarcimiento de los daños, pero la sentencia le fue desfavorable. La sentencia tuvo como base la consideración técnica según la cual en los contratos cuyo cumplimiento depende de la existencia permanente de una persona o de una cosa, debe entenderse implícito el pacto de resolución en caso de muerte de la persona o destrucción de la cosa. De esta forma se moderó el rígido principio de la obligatoriedad del contrato y se liberó al deudor por la objetiva imposibilidad sobrevenida de la prestación. La Corte consideró que habiendo las partes contemplado la existencia permanente del teatro como fundación de su acuerdo, la destrucción de dicho teatro liberó al arrendatario de la responsabilidad por incumplimiento.

La interpretación del caso Taylor ha llevado a establecer una distinción entre la *doctrine of impossibility* y la *frustration of consideration*. Las dos doctrinas se encuentran separadas dentro de la *frustration of contract* y tienen en común que las dos acarrearán como consecuencia la *frustration*, ya que en ambas se tiene como imposible el logro de la finalidad que las partes pretendían con el contrato. En la

---

<sup>13</sup> CRISCUOLI, "Il Contratto Nel Diritto Inglese", pag. 390 en José Félix Chamie, *Frustration of Contract e impossibility of performance en el common law inglés*, pag. 190. ([www.revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/download](http://www.revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/download)).

<sup>14</sup> José Félix Chamie, *Frustration of Contract e impossibility of performance en el common law inglés*, pag. 190 ([www.revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/download](http://www.revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/download)): *Caldwell se había obligado a ceder en locación a Taylor por un cierto periodo de tiempo un teatro con jardín para organizar allí cuatro espectáculos musicales, sin embargo, el día anterior a la entrega del local, este se destruyó a causa de un incendio del todo fortuito.*

*impossibility*, la frustración proviene de una presunción absoluta: la imposibilidad de la prestación impide alcanzar la finalidad del contrato, bastando con probar aquella. En cambio, en la *frustration of consideration* debe probarse mediante una operación hermenéutica de reconstrucción del contenido contractual y de la voluntad de las partes, lo que hace difícil su reconocimiento.

Con el tiempo las excepciones se ampliaron y dieron paso a la llamada *doctrine of frustration*. Gracias a dicha doctrina, mientras que por un lado se fijó la regla general por la cual, salvo diversa voluntad de las partes, la relación contractual debe considerarse terminada cuando un evento sobrevenido no imputable al deudor haga ilícito, imposible o inútil el cumplimiento por el otro, se fueron delineando las hipótesis en las que dicho principio encontraba aplicación. En este sentido, la *doctrine of frustration* se entiende como la imposibilidad de realizar la finalidad del contrato a causa de la incidencia de eventos externos, marcando así la diferencia con el incumplimiento que depende de la voluntad o de la culpa de una de las partes o de ambas. La esencia de la *frustration* estaría entonces en su independencia respecto del comportamiento de las partes.

No obstante, la jurisprudencia no ha delimitado claramente las reglas generales para establecer cuando un contrato puede considerarse *frustrated*, y por ello resoluble. Ha sido la doctrina la que se ha dedicado a identificar las posibles fuentes de *frustration*, clasificándolas unas veces en razón de su naturaleza y otras veces en relación con los contratos específicos de cada caso. De esta manera, la doctrina ha intentado establecer una categoría general de excepciones a la regla de los *absolute contracts* (aquellos que se le aplica la teoría de la intangibilidad). La excepción a la regla se justifica en la *impossibility of performance* que se convierte así en causa de *frustration*, aunque no se haga distinción entre la *impossibility* y los otros eventos de frustración.

Dentro de las causas de frustración, podemos mencionar: (i) la ilicitud (la cual debe afectar la raíz económica del contrato); (ii) la destrucción material del objeto que comprende también el deterioro o daño grave que cambie o entorpezca radicalmente la destinación originaria de la cosa, o (iii) la destrucción, imposibilidad de uso e indisponibilidad objetiva del medio considerado como necesario para el cumplimiento de la prestación.

Una causa posterior de resolución del contrato por *frustration* se observa en el *leading case* del año 1903 (*Krell v Henry*)<sup>15</sup>. Dicho caso se encuentra dentro del grupo de los denominados *Coronation Cases* que ya hemos mencionado anteriormente. En este caso, la demanda del arrendador (Krell) no prosperó debido a que se consideró que el desfile de coronación había sido el motivo del contrato, y por lo tanto desaparecido lo que en el sistema inglés se denomina como *particular state of things*, debiendo por ende resolverse el contrato. A dicha solución se habría llegado, distinguiendo el objeto del contrato del motivo que llevo a las partes a celebrarlo. En ese caso se admitió que la desaparición de los presupuestos o los fines para los cuales había sido concluido el contrato, daba lugar a su resolución.

Ahora bien, en otro de los denominados *Coronation Cases* se sostuvo que: *la eficacia del contrato no se afectaba por el hecho de no celebrarse la coronación*<sup>16</sup>; así la eficacia resolutoria de la no concreción de la presuposición puede excluirse cuando esta última no sea común a las partes, o siéndolo, no tenga el carácter de *conditio sine qua non* para la vida y la economía de la relación contractual.

En la jurisprudencia se ha reconocido la *frustration* exclusivamente en aquellos casos en los que, luego de la suspensión, las condiciones dentro de las cuales puede ejecutarse la prestación han cambiado notablemente respecto de aquellas en las que debían haber sido ejecutadas sin dicha suspensión. Esto hace necesario que cualquier valoración respecto del periodo de suspensión deba hacerse con base en la información disponible al momento de ocurrir el evento.

La mayoría de los casos muestra que la *frustration* está caracterizada por una aplicación dilatada de la teoría de la *impossibility*, y raramente los jueces han reconocido casos de *frustration of purpose* en sentido estricto. De este reducido

---

<sup>15</sup> José Félix Chamie, *Frustration of Contract e impossibility of performance en el common law inglés*, pags. 193-194 ([www.revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/download](http://www.revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/download)): *Krell había arrendado a Henry una habitación cuya ventana tenía vista a la avenida Pall Mall, por donde pasaría el desfile de coronación de Eduardo VII, lo que le permitiría a Henry observar al personaje. Ambos contratantes estaban de acuerdo en que ese representaba el motivo de la locación o motivo determinante del consentimiento, pero tal intención común no fue plasmada en el contrato. En cuanto al precio, un parte fue pagada al momento de la celebración del contrato y la parte restante se pagaría después de la ceremonia. Posteriormente, el desfile fue aplazado debido a una enfermedad del soberano, y Henry se negó a pagar el precio, por lo que el arrendador demandó a Henry.*

<sup>16</sup> “*Herne Bay Steamboat v. Hutton*” en José Félix Chamie, *Frustration of Contract e impossibility of performance en el common law inglés*, pag. 195 ([www.revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/download](http://www.revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/download))

número de casos, la doctrina ha tratado de extraer los principios para fundamentar la *doctrine of frustration of consideration*. Sin embargo existe todavía un contraste de opiniones en relación con cuál debe ser el modo adecuado para que el juez decida en estos casos: (i) si mediante la interpretación del contrato (*implied term theory*); o (ii) tomando la decisión que le parezca más equitativa (*just and reasonable solution*); o (iii) en atención a la *foundation of contract* o al *radical change in the obligation*.

### 3. *Implied Term Theory, Just and Reasonable Solution, Foundation of Contract y Construction Theory*

- Implied Term Theory: Esta teoría se remonta al caso “Taylor v. Caldwell”. Esta construcción es una aplicación extensiva de la teoría de la *impossibility*, en la que la causa de la *frustration* se relaciona con el evento sobrevenido que debe hacer desaparecer algunos de los denominados *implied terms* presentes en el contrato y de cuya subsistencia las partes han hecho depender la suerte de la relación. Habría entonces *frustration* cuando mediante la interpretación del contrato se ha podido identificar una voluntad implícita de las partes en el sentido de que si tuviesen lugar ciertos eventos sobrevenidos, el contrato se daría por terminado.

La teoría ha sido objeto de una doble interpretación en la jurisprudencia. Inicialmente los jueces atribuyeron un carácter subjetivo a la existencia de los *implied terms*, para justificar así la presencia de un poder dirigido a darle al contrato los efectos que las partes habrían querido de haber previsto la circunstancia sobrevenida. En este sentido, es representativo el caso “Hiriji Mulji v. Cheong Yue Steamship Co. Ltd.”

Por su parte, a la otra interpretación de la teoría de los *implied terms* se le ha dado un carácter objetivo; no sería necesario ya realizar la difícil y oscura operación de interpretar la voluntad de las partes en sentido subjetivo, sino interpretar lo que las partes, habrían establecido en el contrato de haber previsto los eventos que sucesivamente serian causa de *frustration*. El *leading case* que refleja esta postura fue “Davids Contractors Ltd. v. Fareham”

Con esta interpretación no se busca entonces la voluntad de las partes mediante una operación exegética, sino la reconstrucción de aquello que ellas habrían establecido si hubieran podido prever el futuro, pero con una tendencia a la objetivación de

criterios por parte del juez, lo que comporta el riesgo de pasar por alto la voluntad real de las partes.

- Just and Reasonable Solution Theory: En numerosas decisiones las cortes inglesas han rechazado los *implied terms*, llegando a concebir la aplicación de la *doctrine of frustration* como medio que otorga al juez la facultad de intervenir dando al contrato los efectos que, conforme a la equidad, lo llevan a una justa y razonable solución que la nueva situación exige, superando así el solo ámbito de la voluntad de las partes. Esto ocasionó la mirada crítica de la doctrina que indicó como la búsqueda de los *implied terms* constituía un medio para justificar la injerencia del juez en la suerte del contrato y mitigar así, donde fuera necesario, los efectos de la *doctrine of absolute contracts (sancity)*, conciliando esta con sus respectivas excepciones, acorde, como se dijo, con la naturaleza del *common law* avocada a los remedios.

Esta teoría se atribuye a Lord Wright en el caso “Denny, Mott & Dickson Ltd. v. Fraser & Co. Ltd.”, e igualmente representativa fue la postura de Lord Denning en el caso “Ocean Tramp Tankers Corp. v. V/O Soufracht”.

En especial Lord Denning manifestó que era equivocado pensar que la *doctrine of frustration* era aplicable solo en los casos en que se comprobara un cambio imprevisto en las circunstancias de hecho que gobernaban la relación, pues también un fuerte incremento en los costos del contrato debía considerarse suficiente para la resolución del vínculo. Según dicha teoría, el único límite para el juez está en demostrar que mantener el contrato resulta injusto.

- Foundation of Contract Theory: Los conceptos brevemente enunciados fueron madurando en la jurisprudencia, la cual no tardó en adelantarse a su propia elaboración e imponer límites a la discrecionalidad del juez, quien no podría dejar de considerar del todo la voluntad de las partes. Así, se estableció entonces que para aplicar la *doctrine of the foundation of the contract*, era necesario comprobar la denominada *disapperance of the foundation of the contract*, esto es, que la intensidad de los eventos sobrevenidos fueran de magnitud suficiente para causar la desaparición del denominado *foundation* del contrato. Así se confirmaba la relevancia de la reconstrucción del fundamento del contrato, relevancia que en este caso es preclusiva respecto de la decisión de resolución del vínculo y depende ciertamente de la reconstrucción razonable de aquello que las partes establecieron

en el contrato. El principal inconveniente radica en determinar en concreto que es la *foundation* del contrato, ya que no puede ser el objeto de este pues su desaparición o destrucción conduciría al ámbito de la *impossibility*, en la medida que no podría cumplirse objetivamente la prestación.

Esto generó mayor agudeza en la interpretación de la jurisprudencia y para superar la dificultad se elaboró un planteamiento posterior en virtud del cual debía considerarse *frustrated* el contrato siempre que se presentara un cambio radical en la obligación. No obstante, las diferentes modalidades de aplicación de la *frustration* son bien cercanas entre ellas ya que en todas se trata de reconstruir el contenido del contrato en concordancia, con la voluntad efectiva o hipotética de las partes. Con esta concepción, en el fondo, persiste siempre el dilema entre lo originariamente querido por las partes y lo actualmente exigible dado el cambio de las circunstancias, la nueva teoría tampoco aporta entonces un nuevo elemento interpretativo.

- Construction Theory: Esta teoría, recoge mayor crédito en la actualidad que el resto de las ya mencionadas. En este caso, la *House of Lords* estableció que para determinar el *radical change in the obligation*, el juez debe reconstruir el contrato a la luz de su naturaleza y de las circunstancias presentes al momento de su celebración, en aplicación de una “verdadera construcción del contrato”.

Esta teoría se basa en el respeto del valor objetivo de la relación contractual, que a su vez resulta de la interpretación global de ésta y de su función económica: *una vez reconstruido el contenido negocial, determinada la naturaleza y las circunstancias del acuerdo al igual que su función (es decir la verdadera construcción), se pasa a establecer si los eventos sobrevenidos causaron un cambio radical en la función de la obligación, en cuyo caso procede la frustration.*

En esta teoría, la onerosidad de la prestación no es en sí misma causa suficiente para hablar de *frustration*, es decir, el hecho de que el suceso sobrevenido incida exclusivamente sobre el método de performance del contrato no es suficiente para su resolución. Es por ello, que un mero aumento de los costos no es aceptado como causa de *frustration*, lo que limita aún más el ámbito de aplicación de la teoría.

Parte de la doctrina sostiene que esta teoría carga el riesgo del *non-performance* sobre la parte obligada siempre que el suceso sobrevenido presente un carácter de normalidad respecto de la naturaleza del contrato, o bien deba considerarse

incorporada en el precio pactado como contraprestación. Ahora bien, si en la jurisprudencia las cortes pueden aplicar la *frustration* solo cuando los eventos sobrevenidos alteren la naturaleza fundamental del contrato, la doctrina ha precisado entonces que las nuevas circunstancias deben tener como consecuencia que el cumplimiento sea radical o fundamentalmente diferente en un sentido comercial respecto de lo inicialmente acordado; no obstante, ello no contribuye a resolver todos los problemas interpretativos de la doctrina.

#### 4. Efectos de la aplicación de la doctrina de la *frustration*

La *frustration* es una causa objetiva de extinción de la obligación, cuya aplicación en el *common law* tiene por consecuencia la resolución del contrato, la cual surte sus efectos desde el momento en que acontece el evento sobrevenido que causa la imposibilidad, ilicitud o inutilidad de la ejecución de la prestación. En otras palabras, opera *ipso iure* o en forma automática y sus efectos son *ex nunc*, lo que produce, obviamente, la liberación del deudor. Esto genera que surja un lógico cuestionamiento en la doctrina. Dicho cuestionamiento es el siguiente: si todavía es posible ejecutar la prestación, es decir, no se trata de una *frustration of impossibility*, ¿por qué considerar frustrado el contrato? Si bien parece una pregunta obvia, el tema sería que el esquema de la *frustration* considera únicamente los extremos o el cumplimiento o la resolución.

De la eficacia de la *frustration* se deriva el carácter declarativo de la sentencia, cuyo efecto resolutorio no puede ser modificado por las partes. La sentencia declarativa de la *frustration* tiene efectos a partir del momento del evento que ocasiona dicha frustración, así permanecen inmutables los efectos del contrato que hasta ese momento se hayan producido y se libera a los contratantes de las obligaciones que no hayan sido todavía cumplidas en aplicación de la máxima “el daño lo soporta el contratante que lo padece”. Esta solución fue mal recibida por la jurisprudencia y sucesivamente por el Parlamento, por lo que fue objeto de una inusual intervención legislativa que se dio en el año 1943 mediante la *Law Reform Frustrated Contracts Act*.

Esta reforma buscó una distribución más equitativa de los daños producidos como consecuencia de la resolución del contrato a causa de eventos sobrevenidos no imputables a las partes. La ratio de la *Law Reform* fue la de prevenir el

enriquecimiento injustificado de una parte a expensas de la otra. La sección 2(2) del *Act* establece que si una parte ha cumplido ya la obligación de naturaleza pecuniaria, la otra está obligada a restituir lo recibido, sin embargo, el juez conserva amplios poderes para conceder la retención de una suma razonable dirigida a cubrir los gastos ya realizados en ejecución del contrato. La sección 1 (3) establece, en cambio, que si una de las partes antes de la *frustration* ha cumplido incluso parcialmente su prestación de entregar un bien, tiene derecho a recibir una indemnización equitativa que no puede exceder el valor de la ventaja y cuyo monto será fijado en equidad por la Corte. Parte de la doctrina interpreta extensivamente la norma, en el sentido de que ella daría también al juez el poder de conceder el reembolso de los gastos incluso si la contraparte no reporta ningún beneficio.

La Corte puede reconocer al afectado tanto el reembolso por los gastos realizados, cuanto la compensación por la ventaja obtenida por la contraparte, el monto total será establecido por el juez mediante una equitativa valoración en conjunto de los hechos, dentro de su poder discrecional y empleando un criterio de proporcionalidad.

Ya que la *frustration* es una causa objetiva de extinción de las obligaciones, cualquiera de las partes puede solicitarla en juicio. En cuanto a su aplicación, el *Act* puede ser excluido mediante la voluntad contraria de las partes, quienes pueden estipular que lo eventualmente pagado en ejecución del contrato no sea reembolsable.

Por otro lado, el *Act* no se aplica a los contratos de transporte marítimo de mercancías, al arrendamiento de naves, los contratos de venta de bienes no fungibles y los contratos de seguro por su carácter aleatorio. La excepción con respecto al derecho marítimo fue establecida por respeto a las viejas costumbres del mismo, las que establecen que en caso de pérdida de la carga por *frustration* no permiten el reembolso cuando ha habido pago anticipado. A su vez, dichas costumbres establecen que siempre que el canon de arriendo deba ser pagado al finalizar el viaje en un puerto específico, el armador no tiene derecho a la remuneración si eventos sobrevenidos impiden que la nave llegue al destino estipulado.

##### 5. Los límites de la jurisprudencia a la aplicación de la *frustration*

Hemos visto que la *frustration* se dio en medio de fuertes contrastes y limitaciones impuestas por la jurisprudencia. En definitiva, ésta previó restricciones de carácter general a su aplicación en sectores en los que continúa prevaleciendo la vieja regla de los *absolute contracts*, que se considera todavía vigente en específicos ámbitos contractuales en los que se entiende como parte fundamental de la disciplina. En este sentido, se excluye la aplicación de la doctrina en los casos en los que el evento ha debido ser previsto por las partes en cuanto consecuencia previsible de un estado de cosas presente al momento de celebrar el contrato, así como también en los casos de frustración auto inducida.

Una primera tanda de límites se encuentra directamente relacionada con las previsiones contractuales de las partes con miras a la asunción del riesgo sobrevenido. Esto es que una parte haya asumido todos los riesgos, comprometiéndose a cumplir en todo caso su obligación sin importar la causa de una eventual *frustration* y asumiendo así la responsabilidad por su incumplimiento.

En relación también con la voluntad de las partes, se excluye la aplicación de la doctrina siempre que los contratantes hayan incluido cláusulas con la previsión de los efectos en caso de un evento específico que entorpeciere la funcionalidad del contrato.

En lo que tiene que ver con la naturaleza del contrato, resulta igualmente inaplicable la doctrina siempre que se trate de un riesgo inherente al negocio y esté presente al momento de su celebración. Se excluye también la aplicación de la doctrina cuando una de las partes o ambas hayan provocado o facilitado las consecuencias del evento sobrevenido, alterando con su responsabilidad la funcionalidad del contrato.

En torno a los casos de culpa del deudor, es importante tomar nota de que no siempre la doctrina es inaplicable. En estos casos, siempre dependerá del tipo de culpa que este en la base del incumplimiento, gravando así sobre la contraparte la carga de probar la imputabilidad del incumplimiento. La jurisprudencia estableció un principio de prueba que asume una gran importancia práctica. El *leading case* en torno a esto fue “Joseph Constantine SS Line Ltd. v. Imperial Smelting Corpn Ltd.” (año 1942)<sup>17</sup>. La *Court of Appeal* rechazó la excepción, dado que si bien no había

---

<sup>17</sup> José Felix Chamie, *Frustration of Contract e impossibility of performance en el common law inglés*, pag. 210 ([www.revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/download](http://www.revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/download)): *Se trata de*

prueba de la responsabilidad de la demandada, los propietarios no habían probado la ausencia de culpa en el evento, que debía pues entenderse como auto inducido. La *House of Lords* decidió lo opuesto, esto es que la carga de la prueba de la culpa era sobre la parte que negaba la *frustration*, y, puesto que en el caso la sociedad demandante no había probado la culpa a cargo de los propietarios de la nave, el contrato debía entenderse *frustrated*.

El rechazo de la jurisprudencia a la aplicación incondicional de la doctrina de la *frustration* parece estar ligado a dos consideraciones (además del deseo de imponer fuertes límites en su ámbito de aplicación): (i) a eventos realmente imprevisibles; y (ii) la tendencia a considerar la mayor parte de los eventos sobrevenidos como previsibles y por ende aceptados. Existe el convencimiento que la asignación del riesgo que representa la descarga total no sería la solución más adecuada para la distribución del riesgo cuando el evento no es imputable a una de las partes.

Las cortes inglesas en términos generales, han reconocido no tener el poder para reformar el contrato, más allá de que en ocasiones la jurisprudencia ha optado por soluciones compromisorias. Por ello, cuando la distribución del riesgo no ha sido prevista en el contrato, los jueces, frente a la elección entre reconocer en el evento sobrevenido una causa de total descarga o afirmar la fuerza del contrato, han optado por la segunda solución.

---

*un contrato de transporte marítimo. La nave Kingswood debía transportar la mercancía desde Port Pirie (Australia) hasta Europa, esta atraca en el puerto de carga, pero el día anterior a la operación, una explosión en la sala de máquinas le impide emprender el viaje, por lo que la sociedad actora demanda por incumplimiento el resarcimiento de los daños, los propietarios excepcionan la extinción por frustration a causa de un evento sobrevenido del que no eran responsables.*

- CAPITULO VI -

Jurisprudencia y la frustración del fin del contrato. Casos de derecho local y comparado

1. Un acercamiento a la jurisprudencia nacional sobre la frustración del fin del contrato

Hasta ahora hemos analizado y profundizado acerca de todo concepto teórico y doctrinario en torno a la frustración del fin del contrato tanto en el ámbito local como en el *common law* inglés. Ahora bien, no obstante el marco legislativo es sumamente importante para comprender dicho instituto, no es suficiente. Aún resta ver la óptica jurisprudencial acerca del mismo. En otras palabras, para poder entender acabadamente se necesita analizar la evolución y actualidad jurisprudencial sobre dicho instituto.

Ya sea que se analice la frustración del fin del contrato en el derecho continental europeo o en el *common law* inglés, es imprescindible hacer referencia al desarrollo jurisprudencial del mismo. A través de la casuística uno puede ver y comprender: (i) en el caso del sistema de derecho continental europeo, la interpretación y aplicación en la práctica del instituto; y (ii) en el caso del *common law* inglés, como la práctica fue desarrollando la doctrina en torno al mismo. Entonces de una manera u otra, la jurisprudencia es sumamente importante y es por ello que consideramos fundamental incluirla en el presente trabajo.

Nuestra jurisprudencia no registra gran cantidad de casos donde se haya aplicado o rechazado la frustración del fin del contrato, aunque a lo largo de los años, a partir de que el tema comenzó a difundirse a través de la doctrina y, particularmente, en encuentros en que se incorporó en su análisis, se comenzó a plantear en demandas de diverso tipo la posibilidad de su aplicación, generando sentencias y hasta doctrinas contradictorias.

Dicho de otro modo, hasta la sanción de la ley 26.994 (nuestro CCyCN), nuestro derecho solo contaba con cierta recepción jurisprudencial y diversas teoría doctrinarias. En lo que concierne a nuestra jurisprudencia, el primer fallo que considero oportuno mencionar y que dio cierto puntapié a la aparición del instituto bajo análisis fue “Alerces SRL c. Carrefour Argentina SA” (año 1997) de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil.

Alerces S.R.L organizó un shopping donde tenía previsto incorporar diversos comercios, en particular, algunos que impulsaban a los visitantes a permanecer en el sitio, porque proporcionaban entretenimientos, salas de cine y restaurants. La permanencia en el shopping, de alguna manera promovía el consumo, pues el visitante concurriría a disfrutar del esparcimiento a veces por comodidad y otras veces por tentación terminaba haciendo compras en los otros comercios del shopping. Carrefour Argentina esperando recibir las ventajas que proporcionaba el emprendimiento alquiló un gran local dentro del shopping. Sin embargo, Alerces no logró interesar a empresarios del rubro de entretenimientos y gastronómicos de modo que el shopping estaba organizado y funcionando pero la gente concurría solo a efectuar una adquisición determinada y concluida la compra se retiraba.<sup>18</sup>

Así las cosas, Carrefour concluyó que lo que recibía no era lo que satisfacía la causa fin del contrato de locación del inmueble, por lo que entró en un conflicto con su arrendador que luego desembocó en el juicio. Allí claramente se malogró la finalidad económica perseguida, que no solo era conocida y aceptada, sino que además promovida por el organizador del centro de compras (arrendador del local). En conclusión la Cámara de Apelaciones resolvió el contrato invocando la doctrina de la frustración de la causa fin del contrato.

A pesar de que el fallo Alerces, fue el primero donde se trató el instituto en nuestro derecho, previo a ello hubo algún que otro caso en donde ya se comenzaba a introducir esta cuestión. Un claro ejemplo es “Dominella c/Panadería y Confitería Argentina (año 1987) de la Sala Tercera de la Cámara Primera en lo Civil y Comercial de la Plata. Este caso se origina con un contrato de prestación de servicios de lunch para un casamiento, en el cual y con varios meses de anticipación, el padre de la novia contrató, pagando la totalidad del precio. Con posterioridad a dicho suceso, los novios decidieron no casarse con antelación a la fecha programada, situación que fue el principal motivo de confrontación en el juicio que se inició. Quien había pedido el servicio inició juicio para que le fuera restituido lo pagado, mientras que el dueño del negocio cuestionó el reclamo y reconvino por daños y perjuicios por el desistimiento unilateral de la contraparte.

---

<sup>18</sup> Luis F. P Leiva Fernandez; La Frustración del Fin del Contrato, pag. 5, La Ley Online, publicado el 24/02/2014:

En primera instancia, el contrato fue tipificado como locación de obra que si bien no se concretó, se consideró que hubo voluntad resolutoria de ambas partes y basándose en el art. 1638 (Código Civil), se admitió la demanda. Posteriormente, en segunda instancia se confirmó el fallo pero con un argumento diferente, ya que se consideró que la verdadera causa de la resolución no había sido la libre voluntad de quien contrató el servicio, sino más bien el desistimiento de los novios (15 días de antelación), que implicaba un hecho ajeno a aquel. Se consideró que tal situación privo de sentido, razón de ser y utilidad al contrato, y de causa a la retención del precio. La base objetiva del negocio era festejar las nupcias, lo cual sabía el locador, y se frustró por el desistimiento de terceros<sup>19</sup>.

Otro ejemplo es el fallo “Carrefour Argentina C/ Kids and Co.” (año 1995) de la Cámara Nacional en lo Civil, Sala H. Dicho fallo gira en torno a un contrato de locación de un local en un shopping center. El locatario, al fracasar el emprendimiento y frente al pedido de desalojo por falta de pago, invocó la frustración del fin, con base en que la empresa no cumplió la obligación de coordinar los recursos para el buen funcionamiento del shopping, entrando de ese modo en un conflicto con el locador que luego desembocó en el juicio. Diversos factores sobrevinientes, ajenos a las partes (ubicación del predio, apertura de otro centro comercial cercano, la economía en crisis y la disminución del público consumidor y por ello también las ventas), llevaron a la frustración del fin del contrato celebrado, al no poder cumplirse con la finalidad y función del negocio previstas que, incluso, llevaron al cierre definitivo. Aunque ello no estaba incluido expresamente en el contrato (teniendo en cuenta que la actividad del locatario dependía de modo relevante del funcionamiento de todo el emprendimiento), se aceptó la defensa por frustración del fin.

Adentrándonos un poco más adelante en el tiempo, nos podemos encontrar con una serie de fallos en donde los jueces en muchos casos invocaron dicho instituto y en otros lo rechazaron. A saber, el fallo “Jose Morandeira S.A c/ Nobleza Piccardo S.A. s/Ordinario” (año 2001) de la Sala D de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, donde se sostuvo que: *la frustración del fin del contrato es admisible en*

---

<sup>19</sup> José Maria Gastaldi, La Frustración del Fin del Contrato y el Nuevo Código, pag. 87 (www.colabogados.org.ar/larevista/pdfs/id21/la-frustracion-del-fin-del-contrato.pdf)

*nuestro derecho como causa de rescisión de un contrato cuyo cumplimiento o cuya continuación de cumplimiento ha perdido sentido y razón de ser, por haber sobrevenido hechos de ciertas características que generan una nueva situación distinta a la existente al tiempo de la celebración del contrato; o el fallo “London Supply SACIFI c/ Alimar S.A. y otros s/ Ordinario” (año 2008) de la Sale E de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, en donde se determinó que: la frustración del fin del contrato se configura cuando, por circunstancias sobrevinientes y sin culpa de ninguna de las partes, se produce un cambio en la naturaleza de sus obligaciones, transformándose en algo fundamentalmente distinto a lo que se tuvo en miras al contratar, es decir, que se convierte el contrato en algo diferente a lo convenido.*

Además, este último fallo sostuvo que esta teoría se vincula con el concepto de la causa fin del contrato (su finalidad), de modo que si esta última no puede ser alcanzada por razones externas, sobrevinientes y ajenas a la voluntad de las partes, el contrato se extingue sin derecho a la reclamación de las prestaciones pendientes o indemnización de daños y perjuicios. Esencialmente, esas circunstancias deben haber hecho fracasar el propósito que había conducido a las partes a formular la convención<sup>20</sup>.

Todos estos casos dan cuenta de que en términos generales, previo a la sanción de la ley 26.994, el instituto no fue aplicado debidamente o se aplicó indebidamente. Dicho en otras palabras, la frustración del fin del contrato no estaba consolidada aun en nuestro derecho y su mala o incorrecta aplicación en algunos de los casos mencionados da cuenta de ello.

## 2. La jurisprudencia nacional a la luz del art. 1090 del CCyCN

La recepción del instituto de la frustración del fin del contrato en el artículo 1090 de nuestro CCyCN, dio lugar a algunos movimientos en nuestra jurisprudencia. A

---

<sup>20</sup> Matias Padin Marchioli, La Frustración de la Finalidad del Fin del Contrato en el Código Civil y Comercial, Capítulo 1 “Origen y Recepción Jurisprudencial” pags. 1 y 2, IJ Editores, Argentina, Año 2015  
([www.scba.gov.ar/leyorganica/ccyc30/pdfley/Padin\\_Marchioli\\_La\\_frustracion\\_de\\_la\\_finalidad\\_de\\_l\\_contrato.pdf](http://www.scba.gov.ar/leyorganica/ccyc30/pdfley/Padin_Marchioli_La_frustracion_de_la_finalidad_de_l_contrato.pdf))

modo de ejemplo, encontramos el caso “D.G.J.M y otro vs. Madero Tango S.A. s. Ordinario” (año 2018):

*Juan Manuel Di Giacomo y Mónica Andrea Rodríguez promovieron demanda contra Madero Tango S.A. por violación a la ley de defensa del consumidor, incumplimiento del contrato y daños y perjuicios, solicitando se la condene a abonar un monto determinado más intereses y costas.*

*El hecho que originó dicha demanda es la firma de un contrato de locación (con fecha 5 de junio de 2015) para la celebración de la fiesta de bodas de los actores a realizarse en el salón Dique Uno y Palco Vip de Madero Tango el día 22 de noviembre de 2015. Los actores alegaron que eligieron hacer su casamiento en esa fecha, ya que al día siguiente (23 de noviembre de 2015) era feriado nacional, conforme el decreto 1584/10 y abonaron el monto de \$ 84.290,40.*

*Con posterioridad a este suceso, el 29 de octubre de 2015 (mediante decreto 2226/2015) se dispuso trasladar, con carácter excepcional y solo por ese año, el feriado para el día 27 de noviembre con el fin de facilitar la concurrencia a los comicios correspondientes a la segunda vuelta de la elección presidencial.*

*Los actores alegaron entre otras cosas que esa modificación desnaturalizó la finalidad del contrato (cfr. art. 1090 del CCyCN). A su vez, los actores explicaron que previo a iniciar acciones, hicieron numerosos reclamos a la demandada sin ninguna respuesta.*

*Por otro lado, la demandada contestó la demanda alegando que los actores reclamaron de forma maliciosa la modificación de la fecha del evento a solo 72 hs del mismo y que la realización de la segunda vuelta electoral el 22/11/2015 no puede considerarse sorpresiva. Añadió que: (i) el negocio que desarrolla sería inviable si los contratantes pudieran cambiar la fecha del evento intempestivamente; (ii) que ya había realizado pagos a fin de prestar los servicios accesorios como Disk Jockey, fotografía, iluminación y mobiliario.*

La sentencia dictada en primera instancia, admitió parcialmente la demanda, ordenando la devolución del 50% de lo abonado (\$ 42.150), en atención a la escasa anticipación con que se anotició a la contraria, la voluntad de modificar la fecha del evento. Además, reconoció la suma de \$ 20.000 por cada uno de los actores en

concepto de daño moral, rechazando los restantes rubros indemnizatorios. Es definitiva, la jueza de primera instancia consideró que se encontraba acreditada la frustración de la causa fin del contrato, con la consecuente resolución y restitución de las prestaciones, detrayendo los gastos efectuados.

La demandada decidió apelar la sentencia, alegando entre otras cosas, la incorrecta aplicación del instituto consagrado en el art. 1090 del CCyCN. La Cámara hizo el siguiente análisis antes de dictar veredicto sobre el caso: (i) hubo un contrato celebrado entre las partes con fecha 5 de junio 2015; (ii) en dicho contrato se acordó la prestación por parte de la demandada del servicio de recepción, cena formal y baile en festejo de boda a realizarse en salón Dique Uno y Palco Vip de su propiedad con fecha 22 de noviembre de 2015; (iii) que al momento de la celebración del contrato, el día 23/11/2015 era feriado nacional y que ese día inhábil se trasladó posteriormente al 27 del mismo mes; y (iv) los actores sostuvieron que ese cambio constituyó un hecho externo e imprevisible, mientras que la demandada alegó que el hecho era previsible y que el evento no se realizó por exclusiva voluntad de los actores.

Lo que produjo la alteración de las condiciones previstas no fue la celebración de la segunda vuelta electoral (circunstancia perfectamente previsible), sino la posterior modificación del feriado que no fue prevista ni siquiera por las autoridades nacionales, que bien podrían haber efectuado la modificación al establecer el calendario electoral para el año 2015 y no lo hicieron. Ahora bien, es cierto que los actores comunicaron con poca antelación el cambio de fecha, pero a su vez del contrato mismo surge que Madero Tango no se comprometió simplemente a poner a disposición un local para la fiesta de bodas, como se desprende de los argumentos esbozados en el juicio, sino más bien a realizar un compleja estructura de servicios que involucra la coordinación del evento y era razonablemente esperable que hubiera advertido a los actores la posibilidad de que el 23/11 deje de ser feriado.

Por otro lado, la Cámara sostuvo que en el caso se produjo la imposibilidad (derivada del hecho de un tercero) de usar el espacio locado y esto generó que se frustrara de forma definitiva los intereses de la parte con la consiguiente imposibilidad de cumplimiento del objeto del contrato, lo que justifica instar su extinción. La celebración del festejo de bodas de los accionantes fue la causa

perseguida al contratar, elemento que, surge implícitamente del contrato celebrado. Conforme el art 1013 del CCyCN, la causa debe existir en la formación del contrato, durante su celebración y subsistir al tiempo de su ejecución. Su ausencia, ocasiona la nulidad, adecuación o extinción del contrato.

La Cámara hizo referencia al art. 1090 del CCyCN, norma que como ya dijimos recepta el instituto de la frustración del fin del contrato. Sostuvo que en el caso bajo análisis, hay un hecho imprevisible e inevitable (la modificación del feriado) lo que al surgir de la autoridad estatal lo hace ajeno a las partes. En este sentido no era jurídicamente exigible al organizador modificar la fecha del evento, a satisfacción de los actores ni su negativa puede ser reputada de maliciosa, ante la carencia probatoria arriba apuntada. Pero tampoco es válido que pretenda retener el precio percibido ante la imposibilidad de cumplir con una prestación provechosa para la contraria.

El cumplimiento de la prestación por parte de Madero Tango era posible en iguales condiciones que las pactadas originalmente, pero esta prestación perdió la virtualidad para satisfacer el objeto del contrato, haciendo operativo el precepto enunciado.

Entonces, la admisión de la frustración del fin del contrato da lugar a la resolución del vínculo, y dado que el evento frustrante, en tanto técnicamente tal, es ajeno a la conducta de las partes, no da lugar a resarcimiento. Si se entregó algún adelanto en razón de una prestación que no podrá ya ser cumplida, corresponde su restitución. Por ende, la demandada debería restituir la totalidad de lo abonado por los actores en virtud del contrato, con intereses.

### 3. Jurisprudencia comparada

Las reglas que rigen al instituto de la frustración del fin del contrato y la fijación de sus caracteres han sido inferidas de fallos judiciales en lo que se han planteado el problema de la pérdida del sentido original del negocio como consecuencia de acontecimientos sobrevinientes ajenos a las partes. Veamos algunos casos relevantes en el derecho comparado donde se ha tratado o mencionado este instituto.

#### a. Derecho Alemán

El Tribunal Supremo del Reich admitió la desaparición de la finalidad última común del contrato en un caso en que el demandante había tomado en arrendamientos los locales de un restaurant y al mismo tiempo había comprado los objetos inventariados que integraban los locales alquilados. Se había entregado un anticipo del precio cuya devolución se reclamó en el juicio en virtud de que, contra lo que podía esperarse, no se le había concedido el permiso para explotar el restaurante. El tribunal declaró que los contratos de arrendamiento y de venta de los objetos inventariados constituían un todo unitario y que se celebraron contando con que el demandante obtendría la concesión.

b. Derecho francés

La doctrina de la frustración del fin del contrato ha tenido escasa repercusión en la doctrina y jurisprudencia francesa. Hay un caso muy importante del año 1843 de Rouen. Una empresa de Paris y otra de Rouen habían celebrado un contrato por un periodo de dos años para la explotación de un servicio de diligencia que debía hacer el recorrido entre las dos ciudades cubriendo el trayecto en tres días. Al año siguiente, en forma imprevista, se inauguró el ferrocarril entre Paris y Rouen, que realizaba el viaje en solo medio día. La firma de Paris pidió la resolución del contrato, carente ya de finalidad. Los tribunales hicieron lugar a la demanda considerándolo un caso de fuerza mayor, aun cuando las prestaciones resultaban imposibles, solo que el cumplimiento carecía de sentido.

c. Derecho anglosajón

En el capítulo anterior, al analizar el instituto según el *common law*, hicimos hincapié en cómo surgió y fue desarrollándose el mismo en el derecho inglés. En dicho análisis, mencionamos una serie de fallos, considerando que dicho instituto se desarrolló en el *common law* a través de la casuística, iniciada por los ya mencionados *Coronation Cases*.

Ahora bien, para dar por acabada la profundización del instituto en el *common law* inglés, es importante determinar en qué casos no se aplica el mismo. La frustración del fin del contrato no es aplicable cuando el contrato ha sido frustrado voluntariamente por una de las partes; cuando no ha sido frustrado el fin común de ambos contratantes y cuando en el contrato se establece una relación o derecho referente a inmuebles.

#### d. Derecho Español

El caso importante en materia de frustración en el derecho español, es el de “Mas v. Carsi”. La demandante celebró un contrato con la contraria por el que esta última se obligaba a vender a la primera un terreno a fin de que el inmueble de propiedad de esta, que ya tenía frente a una calle pública, pudiera también tener salida a otra calle cuando se hicieran determinados trabajos públicos. En consecuencia del referido contrato de promesa de venta. Mas acciona para obtener la escrituración, no obstante haber vendido el inmueble de su propiedad. Carsi contesta la demanda diciendo que el contrato cuya ejecución se pide tenía como fin abrir un nuevo frente a la propiedad de Mas y que en razón de la venta efectuada por esta a terceros ese fin no puede cumplirse. En primera instancia la demanda fue rechazada por no haberse cumplido las condiciones pactadas en el contrato. La Audiencia Territorial de Barcelona, en cambio, condenó a Carsi a escriturar. Este interpuso recurso de casación y el Tribunal Supremo, en virtud de estimar que a causa de dicha enajenación había dejado de existir la condición motriz de la voluntad contractual determinante del derecho de las actoras por desaparición de la base en que se asentaba que era la tenencia en poder de aquellas de los terrenos por agregación de los que se adquirieran, formarían una unidad predial con las características pretendidas, determinó que Mas no podía exigir a Carsi el otorgamiento de la escritura de venta. Este caso tiene la particularidad de que la finalidad común propuesta aparecía en principio establecida en favor de la parte compradora, que sostuvo la posición de que se cumpliera el contrato siendo que la finalidad no podía ya obtenerse por un hecho personal de la misma.

#### e. Costa Rica

El tema de la frustración del fin del contrato no ha sido ajeno a los tribunales costarricenses. Específicamente, la sentencia emitida por la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia respecto de la causa “Corporación Stovsky S.A. c/Scott Paper Company de Costa Rica S.A. s/ordinario” (año 2005)<sup>21</sup>.

---

<sup>21</sup> Arnoldo Esteban Acuña Alvarado, La Teoría de la Frustración del Fin del Contrato y su Aplicabilidad en Costa Rica, pags 57-58, San José, Costa Rica, Año 2008 ([www.ijj.ucr.ac.cr/wp-content/uploads/bsk-pdf-manager/2017/07/La-teoria-de-la-frustraci%C3%B3n-del-fin-el-contrato.pdf](http://www.ijj.ucr.ac.cr/wp-content/uploads/bsk-pdf-manager/2017/07/La-teoria-de-la-frustraci%C3%B3n-del-fin-el-contrato.pdf)): “A fin de exponer brevemente los hechos, la parte actora (compañía propietaria de un hotel en la provincia de Guanacaste) vendió a la demandada 2.558.000 acciones de su propiedad. A

El Tribunal de segunda instancia fundamentó su fallo en la teoría de la frustración del fin del contrato. En primer lugar sostuvo que la parte actora tal como se había mencionado anteriormente es una empresa dedicada a la explotación turística de hotelería, por lo que suscribió con el Instituto Costarricense de Turismo (ICT) un contrato turístico que le daba acceso a gozar de ciertos beneficios que la normativa ofrecía a quienes se dedicaran a dicha actividad. Luego la parte actora solicitó al ICT un incremento en el contrato para construir habitaciones en el hotel, en el que se pedía la autorización para la venta de acciones, para lo cual iba a realizar un aumento en el capital social. Se solicitaba que se autorizara a las empresas compradoras de las acciones a deducir del impuesto sobre la renta el precio de las acciones compradas. El monto de la deducción no interesa efectos de esta investigación. El incremento en el contrato fue autorizado, pero la deducción tenía que ser aprobada por el ICT cuando se diera la compra. El aumento de capital se realizó y las acciones fueron adquiridas por Scott Paper, la cual solicitó al ICT la aprobación de la compra de acciones, para efectos de deducirlo del impuesto sobre la renta. El ICT acordó rechazar dicha petición.

Las dos compañías conocían la posibilidad de que la compradora obtuviera el beneficio de la deducción del precio de la compra, pero esta expectativa de derecho no formaba parte integral del contrato, ya que la única negociación que se dio entre ambas fue en lo que respecta a la simple y concreta adquisición de acciones. Para haber tenido la demandada como fin objetivo la deducción del impuesto sobre la renta, pudo condicionar la eficacia del contrato de suscripción de acciones a la aprobación del ICT, o por lo menos haberlo expuesto de manera expresa a la parte actora.

---

los efectos de dicha operación, se hizo un adelanto del precio y el saldo restante se garantizó con tres letras de cambio, las cuales nunca se cancelaron. El negocio anterior se concretó mediante un contrato de suscripción de acciones (el cual se hizo de manera verbal). La parte actora entonces demandó a Scott Paper el pago del saldo restante por dichas acciones que no había sido cancelado o la restitución de las mismas más el pago de daños y perjuicios. El juez de primera instancia resolvió a favor de la parte actora y ordenó a Scott Paper el pago de las acciones. La demandada apeló y el Tribunal de segunda instancia revocó la sentencia, declarando resuelto el contrato de suscripción de acciones y ordenando a la parte actora la restitución de lo pagado hasta el momento y a Scott Paper la devolución de las acciones objeto del contrato ”

La Sala Primera estableció que la solución del conflicto dependía de la definición que se tuviera de la causa como elemento del contrato. La causa podía ser subjetiva u objetiva. La Sala enumeró los presupuestos de la frustración del fin: (i) contrato válidamente celebrado; (ii) que se trate de un contrato bilateral, lo que implica onerosidad; (iii) es necesario que el contrato tenga prolongación en el tiempo, de ejecución diferida, de tracto o ejecución continuada; (iv) el acontecimiento que origina la frustración debe ser sobreviniente, se trata de circunstancias posteriores a la celebración del contrato, ajenas a la voluntad de las partes; (v) la prestación contractual es aun factible, el evento no ocasiona la imposibilidad total y definitiva de ella; (vi) insubsistencia de la utilidad o resultado de la prestación esperado por el acreedor de ella, inicialmente considerada como razón o motivo para contratar.

Observó la Sala, que la frustración del contrato es un instituto autónomo porque afecta la supervivencia del contrato por haberse quedado sin causa, por lo que el efecto sería la ineficacia sobrevenida del contrato, presupuesto para la acción resolutoria.

Por otro lado, la Sala analizó cual es la teoría sobre la causa que sigue el Código Civil costarricense, para ver si es factible aplicar la frustración del fin del contrato. Según el art. 627 del Código Civil, para la validez de las obligaciones se exige la existencia de una causa justa, entendiéndose justa como licita, o no opuesta a la ley o a las buenas costumbres, por lo que para esta calificación se atiende a la buena conducta de cada una de las partes, a su accionar de buena fe, por lo que en dicho numeral, habrá que tenerse en cuenta el propósito de las partes, como algo que da matiz a la causa, con lo que de él se hace depender la validez y eficacia del negocio. El ordenamiento jurídico costarricense sigue una posición dualista (subjetiva y objetiva).

Finalmente, la Sala sostuvo que si fuera a su criterio factible la aplicación de la frustración del fin del contrato en Costa Rica, en el caso específico no procedería, ya que el evento sobrevenido, o sea, el rechazo del ICT a la deducción de la inversión en acciones del impuesto sobre la renta hecho por *Scott Paper*, era previsible. Además, no había prueba para determinar que la parte actora conocía que el fin o motivo del contrato para *Scott Paper* era generar un escudo fiscal.

## - CAPITULO VII -

### Cuestiones vinculantes a la frustración del fin del contrato

Luego de haber hecho un recorrido por la doctrina de frustración del fin del contrato y como dicho instituto es tratado por la doctrina y jurisprudencia a nivel local e internacional y previo a adentrarnos en el capítulo de este trabajo donde daremos nuestra visión acerca de dicho instituto desde una óptica con matices jurídicos y de análisis económico del derecho, entendemos adecuado primero hacer algunos comentarios acerca de algunas cuestiones que rodean a este instituto.

#### 1. El conflicto entre el principio *pacta sunt servanda* y la cláusula *rebus sic stantibus*

Uno de los temas más importantes en relación a la aplicación de la teoría de la frustración del fin del contrato es el conflicto que surge entre los juristas debido a la supuesta controversia que surge de la confrontación entre los principios *pacta sunt servanda* o de fuerza obligatoria de los contratos, y la cláusula *rebus sic stantibus*, la que significa que en todos los contratos de tracto sucesivo o que dependan de un hecho futuro existe una clausula implícita según la cual el contrato obliga mientras las cosas permanezcan así o en el mismo estado<sup>22</sup>.

Ya desde el principio, filósofos y juristas se preocupaban 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 solo deben moderarse. Se ensayaron diferentes propuestas, pero siempre ha sido posible encolumnar a todas ellas detrás de los dos principios: (i) *pacta sunt servanda* y (ii) *rebus sic stantibus*.

El principio de *pacta sunt servanda* propugna una ciega fidelidad contractual en miras de la seguridad jurídica (que se suele violentar con la inestabilidad negocial) y de la moral, que sustenta el precepto general del respeto a la palabra empeñada. Este principio entiende que quienes establecen entre si un convenio, quieren que lo acordado subsista poniéndose a resguardo de eventuales modificaciones

---

<sup>22</sup> Mario Gianfelici, La Frustración del Fin del Contrato, pag. 40. Arnoldo Esteban Acuña Alvarado, La Teoría de la Frustración del Fin del Contrato y su Aplicabilidad en Costa Rica, pag. 70, Año 2008 ([www.ijj.ucr.ac.cr/wp-content/uploads/bsk-pdf-manager/2017/07/La-teoria-de-la-frustraci%C3%B3n-del-fin-el-contrato.pdf](http://www.ijj.ucr.ac.cr/wp-content/uploads/bsk-pdf-manager/2017/07/La-teoria-de-la-frustraci%C3%B3n-del-fin-el-contrato.pdf))

circunstanciales, es decir, contratan esperanzados en que el acuerdo no será conmovido por los flujos y reflujos de las circunstancias. La idea central es comprometer al contrario de antemano, vincularlo no obstante las eventuales vicisitudes que puedan acaecer en el futuro.

Ahora bien, este principio que se mantuvo durante siglos se mostró excesivamente rígido y duro en situaciones de excepción. Tales supuestos se dieron 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 principio de obligatoriedad no servía para justificar una prestación excesiva, diferente a la inicialmente pactada o carente de sentido. Aparecieron entonces diversos argumentos para relativizar o poner en entredicho la fidelidad absoluta de dicho principio, lo que dio lugar al segundo tipo de posturas.

Esto fue lo que dio lugar a la cláusula *rebus sic stantibus*, denominada así por la doctrina, ya que su fórmula originalmente era *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). Este principio 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. 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 tacita, 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 factico supuesto<sup>23</sup>.

Si bien se reconoce que los contratos nacen para ser cumplidos, manteniéndose vigente el principio de fuerza obligatoria de los contratos (*pacta sunt servanda*), la

---

<sup>23</sup> Alejandro E. Freytes, *La Frustración del Fin del Contrato*, pag. 26, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Año 2010 ([www.acaderc.org.ar](http://www.acaderc.org.ar))

evolución propia del Derecho como ciencia social ha obligado a los diferentes actores del sistema jurídico a considerar su relajación, en virtud de la profunda y siempre presente búsqueda de la justicia, la cual se vislumbra en otros principios de la misma especie y materia, como los de buena fe y de equidad. Ahora, cabe preguntarse ¿para que nacen los contratos sino para ser cumplidos?

Entendemos que la respuesta a esta cuestión, no surge en la perfección, sino en la patología del contrato como negocio. Es difícil hablar del contrato perfecto, ya que en la inmensidad pueden surgir igual número de problemas o divergencias entre los contratantes. El derecho impone reglas generales que se aplican a los institutos, como, en este caso, el contrato. Este es su esencia.

Es importante establecer que el principio *pacta sunt servanda* no entra en conflicto con la antigua clausula *rebus sic stantibus*, aunque si se ve limitado por ella. Se tiene por cierto que los contratos denominados “perfectos”, o que no generen ningún malestar o menoscabo patrimonial a las partes, han de cumplirse, resultando de este modo las partes victoriosas, pero sucede lo contrario cuando el contrato se ve afectado por otras situaciones, externas a él, como la imposibilidad de cumplimiento o la fuerza mayor. Lo mismo sucede cuando el contrato se ve afectado por un evento imprevisible sobrevenido. Sea que se destruyó la equivalencia de las prestaciones o se hizo imposible el alcance del fin para una de las partes, el contrato no puede continuar su curso normal. Mantener la relación contractual en un caso de estos puede configurar el antivalor injusticia<sup>24</sup>.

Cuando se da una transformación en las circunstancias previstas por las partes, como consecuencia del acontecimiento de un evento sobrevenido e imprevisible y, por lo tanto, se frustra el fin, el cual debe ser conocido y aceptado por las partes del contrato, en virtud de los principios de equidad y de buena fe, es deber del juez aplicar la cláusula *rebus sic stantibus* en su carácter implícito para resolver el contrato y volverlo ineficaz, total o parcialmente, dependiendo de la etapa de cumplimiento en que se encuentre el caso específico. Es una necesidad basada en la realidad social, de la cual el contrato, es solo un reflejo tutelado por el ordenamiento.

---

<sup>24</sup> Arnoldo Esteban Acuña Alvarado, La Teoría de la Frustración del Fin del Contrato y su Aplicabilidad en Costa Rica, pag. 90, Año 2008 ([www.ijj.ucr.ac.cr/wp-content/uploads/bsk-pdf-manager/2017/07/La-teoria-de-la-frustraci%C3%B3n-del-fin-el-contrato.pdf](http://www.ijj.ucr.ac.cr/wp-content/uploads/bsk-pdf-manager/2017/07/La-teoria-de-la-frustraci%C3%B3n-del-fin-el-contrato.pdf))

La frustración del fin del contrato es real e ignorarla solo puede causar injusticias e inseguridad jurídica por lo que es necesario que dentro del mismo ordenamiento se mantenga el principio *pacta sunt servanda* y se le haga un espacio a la cláusula *rebus sic stantibus*, esta última como una primera instancia en el proceso de análisis del *iter* contractual, con el fin de no quebrantar de manera injustificada el citado principio.

## 2. Base del negocio jurídico. Teoría de Karl Larenz

La obra del jurista alemán Karl Larenz es, posiblemente la más relevante en la actualidad respecto a la teoría de la frustración del fin del contrato. Este jurista comienza su obra explicando que su estudio se basará en la comparación de dos casos donde, por modificaciones imprevisibles de las situaciones sociales y económicas, los contratos drásticamente cambian. Argumenta, que de esta manera encontrará los supuestos que se pueden considerar reiterativos y típicos, dotándolos de soluciones basadas en principios jurídicos preestablecidos, con lo que lograra burlar el peligro que supone el dejar la solución del problema al arbitrio de los jueces<sup>25</sup>.

El autor comenta acerca de la peligrosidad que es no establecer principios y normas generales para la solución del problema que implica la desaparición de la base del negocio jurídico por eventos imprevisibles. Esto es necesario no solo por seguridad jurídica, sino también para establecer normas claras aplicables cuando sucede dicho fenómeno, conocido en el derecho como la frustración del fin del contrato.

La obra de Larenz refiere entre otras cosas, a *La Base del Negocio Jurídico* del autor Oertmann (obra que fue utilizada por los Tribunales de Alemania para aplicar la resolución o terminación del contrato por motivo de la desaparición de la base del negocio). 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 parte, o la común representación de las diversas

---

<sup>25</sup> Arnoldo Esteban Acuña Alvarado, *La Teoría de la Frustración del Fin del Contrato y su Aplicabilidad en Costa Rica*, pag. 40, Año 2008 ([www.ijj.ucr.ac.cr/wp-content/uploads/bsk-pdf-manager/2017/07/La-teoria-de-la-frustraci%C3%B3n-del-fin-el-contrato.pdf](http://www.ijj.ucr.ac.cr/wp-content/uploads/bsk-pdf-manager/2017/07/La-teoria-de-la-frustraci%C3%B3n-del-fin-el-contrato.pdf))

partes sobre la existencia o aparición de ciertas circunstancias, en las que se basa la voluntad negocial<sup>26</sup>.

Siguiendo con Larenz, este atribuye a la expresión base jurídica del contrato dos acepciones: a) desde el punto de vista subjetivo de la determinación de la voluntad de una o ambas partes, como una representación mental existente al concluir el negocio que ha influido grandemente en la formación de los motivos, y b) desde el punto de vista objetivo como el conjunto de circunstancias cuya existencia o persistencia presupone debidamente el contrato ya que de no ser así, no se lograría el fin del contrato, el propósito de las partes contratantes y la subsistencia del contrato no tendría sentido, fin u objeto<sup>27</sup>.

La base subjetiva del negocio tiene que estudiarse dentro de la teoría del error en los motivos o los vicios de la voluntad, mientras que es en la desaparición de la base objetiva del negocio donde se encuentra la posibilidad de que los contratantes no alcancen el fin del contrato o se destruya la relación de equivalencia.

Larenz define a la base del negocio subjetiva *como aquella común representación mental de los contratantes por la que ambos se han dejado de guiar al fijar el contenido del contrato*. La representación tiene que haber inducido a concluir el contrato no a una sino a ambas partes. Si la representación no se realiza, cada una de las partes ha incurrido en un “error en los motivos”, que se refiere a una situación de hecho por ambas admitida, o sea, a una presuposición común a ambas. Esto no interesa, ya que la frustración del fin del contrato se da cuando por un evento imprevisible, un contrato valido pierde su eficacia, debido a la consecuente pérdida del interés o la utilidad del acreedor, mientras que cuando Larenz define la base del negocio jurídico desde el punto de vista subjetivo, hace el enfoque desde la teoría del error en los motivos, que es la presuposición de una situación actual que, no existe, lo cual deviene en un contrato invalido, sin influir en su eficacia la existencia de un evento imprevisible. En otras palabras, la frustración implica una expectativa

---

<sup>26</sup> Arnoldo Esteban Acuña Alvarado, La Teoría de la Frustración del Fin del Contrato y su Aplicabilidad en Costa Rica, pag. 41, Año 2008 ([www.ijj.ucr.ac.cr/wp-content/uploads/bsk-pdf-manager/2017/07/La-teoria-de-la-frustraci%C3%B3n-del-fin-el-contrato.pdf](http://www.ijj.ucr.ac.cr/wp-content/uploads/bsk-pdf-manager/2017/07/La-teoria-de-la-frustraci%C3%B3n-del-fin-el-contrato.pdf))

<sup>27</sup> Arnoldo Esteban Acuña Alvarado, La Teoría de la Frustración del Fin del Contrato y su Aplicabilidad en Costa Rica, pag. 43, año 2008 ([www.ijj.ucr.ac.cr/wp-content/uploads/bsk-pdf-manager/2017/07/La-teoria-de-la-frustraci%C3%B3n-del-fin-el-contrato.pdf](http://www.ijj.ucr.ac.cr/wp-content/uploads/bsk-pdf-manager/2017/07/La-teoria-de-la-frustraci%C3%B3n-del-fin-el-contrato.pdf))

fracasada, por consecuencia de un hecho futuro y no por error en los motivos o falsa representación de la realidad a la hora de contratar.

En lo que se refiere a la base objetiva del negocio jurídico, según el autor, cada contrato crea o regula determinadas relaciones entre las partes, relaciones que, a su vez son, en mayor o menor medida, una manifestación de las circunstancias sociales existentes y, hasta cierto grado, las presuponen. La interpretación de un contrato no depende exclusivamente de las palabras usadas y de su significado inteligible para las partes, sino también de las circunstancias en las que fue concluido y a las que aquellas se acomodaron<sup>28</sup>.

Al ser la interpretación del contrato más amplia que la simple lectura de este, interpretando más allá de su sentido literal, tomando en cuenta las circunstancias sobre las que se pactó, un deudor puede ser liberado de realizar su prestación por motivo de una variable imprevista, que sea de tal magnitud que el contrato ya no tenga sentido para él. Larenz continua su análisis estableciendo que no es deber de la jurisprudencia establecer cuando es que ese deudor puede ser liberado de realizar su prestación por motivo de un evento imprevisto que varía las circunstancias sobre las cuales se constituyó el contrato. Solamente hay dos en los que con seguridad, se puede facultar al deudor para no cumplir con el contrato: (i) el caso de la sobrevenida inequivalencia de las prestaciones, donde la contraprestación de la que una parte es acreedor ya no tiene absolutamente ningún sentido económico, aunque es todavía posible realizarla, por haberse destruido de manera severa la equivalencia normal del valor que debe haber entre las contraprestaciones, por lo que ya no se le puede llamar un contrato sinalagmático de cambio u oneroso para ambas partes; y (ii) el caso de la frustración del fin del contrato, donde la prestación es todavía posible, pero no puede realizarse el resultado que según el contrato se esperaba de la prestación, lo que tiene como consecuencia que esta ya no tenga fin ni objeto<sup>29</sup>.

A fin de evitar el peligro que supone la jurisprudencia basada en el criterio “sentimental” de la equidad, la inexigibilidad que se da como consecuencia de la

---

<sup>28</sup> Arnoldo Esteban Acuña Alvarado, La Teoría de la Frustración del Fin del Contrato y su Aplicabilidad en Costa Rica, pag. 46, Año 2008 ([www.ijj.ucr.ac.cr/wp-content/uploads/bsk-pdf-manager/2017/07/La-teoria-de-la-frustraci%C3%B3n-del-fin-el-contrato.pdf](http://www.ijj.ucr.ac.cr/wp-content/uploads/bsk-pdf-manager/2017/07/La-teoria-de-la-frustraci%C3%B3n-del-fin-el-contrato.pdf))

<sup>29</sup> Arnoldo Esteban Acuña Alvarado, La Teoría de la Frustración del Fin del Contrato y su Aplicabilidad en Costa Rica, pag. 47, Año 2008 ([www.ijj.ucr.ac.cr/wp-content/uploads/bsk-pdf-manager/2017/07/La-teoria-de-la-frustraci%C3%B3n-del-fin-el-contrato.pdf](http://www.ijj.ucr.ac.cr/wp-content/uploads/bsk-pdf-manager/2017/07/La-teoria-de-la-frustraci%C3%B3n-del-fin-el-contrato.pdf))

inequivalencia sobrevenida de las prestaciones o de la frustración del fin del contrato únicamente puede deducirse de la interpretación del contrato mismo, la cual, no debe basarse únicamente en la letra del documento, sino en las circunstancias en las que se constituyó y que posteriormente fueron modificadas por un acontecimiento imprevisible, reconociendo de esta manera la existencia y la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*.

A continuación, el autor menciona que para que se dé la frustración del fin del contrato es necesario que la modificación ocurra a la base del contrato común, o sea, a la intención conocida y aceptada por las dos partes de un contrato bilateral. En los casos de frustración del fin del contrato, el motivo que llevo a contratar tiene que haberse vuelto de realización imposible no solo para una parte, sino para ambas.

Entre los requisitos para que se dé la frustración del fin del contrato, señala el autor que es necesario que la finalidad se deduzca del contrato y que el contrato no este íntegramente cumplido por ambas partes, siempre y cuando la parte a la que se le ha frustrado el fin no se encuentre en estado de mora.

Uno de los puntos más interesantes de la doctrina de Larenz es que al ubicar la frustración del fin dentro del esquema objetivo de la base jurídica, la inexigibilidad puede ser alegada por ambas partes, ya que este fin es común a ambas. Aquí, encontramos un problema pues si bien una de las partes conoce el fin de la otra, no es viable que solicite ante un juez la aplicación de la figura de la frustración si no es el suyo el que se ha frustrado, ya que no le perjudica que la otra parte no alcance su propio fin.

Resulta también evidente que nadie puede alegar la frustración del fin del contrato si el acontecimiento que generó la modificación de la base jurídica se dio por culpa propia, o por negligencia y en contra del principio de buena fe y no haya tratado de evitarlo o una vez ocurrido volver las cosas al estado anterior.

Sobre este último punto es importante señalar que es evidente que solo puede admitirse una imposibilidad de alcanzar el fin que libere al comitente, cuando no se

base en motivos personales o incluidos en la esfera de influencia del mismo y de los que este sea responsable, aunque no exista estrictamente culpa<sup>30</sup>.

### 3. La frustración del fin del contrato y la teoría de la imprevisión

Por último y en razón de ser importante en el estudio de la doctrina de la frustración del fin del contrato, es pertinente comentar un poco acerca de la denominada teoría de la imprevisión y su diferencia con el instituto frustración del fin.

#### A – Conceptos introductorios

Históricamente, quizás el derecho francés ha sido el más restrictivo en admitir algún efecto a las circunstancias sobrevenidas. El Código de Napoleón consagró la inmutabilidad de los contratos en su art. 1134, al disponer que *las convenciones 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 autorizase*<sup>31</sup>. 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.

No obstante ello, habían supuestos de excepción a esta regla tan dura. A saber, encontramos en el art. 1889 el cual permite al dador del comodato recuperar la cosa prestada antes del término acordado, si tuviere una necesidad sobrevenida.

Con la sanción del Código francés, la doctrina y la jurisprudencia francesa frente al problema de la transformación de las circunstancias, mantuvo rígidamente el principio señalado, según el cual el contrato tiene fuerza de ley para las partes y el deudor solo se libera por imposibilidad en casos específicamente determinados.

Con el comienzo de la Primera Guerra Mundial, hubo un leve cambio ya que la tendencia del más elevado tribunal francés fue abandonada por la jurisprudencia administrativa del Consejo de Estado. Dicho órgano, en su función de máximo

---

<sup>30</sup> Arnoldo Esteban Acuña Alvarado, La Teoría de la Frustración del Fin del Contrato y su Aplicabilidad en Costa Rica, pag. 53, Año 2008 ([www.ijj.ucr.ac.cr/wp-content/uploads/bsk-pdf-manager/2017/07/La-teoria-de-la-frustraci%C3%B3n-del-fin-el-contrato.pdf](http://www.ijj.ucr.ac.cr/wp-content/uploads/bsk-pdf-manager/2017/07/La-teoria-de-la-frustraci%C3%B3n-del-fin-el-contrato.pdf))

<sup>31</sup> Alejandro E. Freytes, La Frustración del Fin del Contrato, pags. 31-32, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Año 2010 ([www.acaderc.org.ar](http://www.acaderc.org.ar))

tribunal administrativo, desarrollo 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.

La doctrina de la imprevisión hizo dos grandes contribuciones al problema de la alteración de circunstancias: (i) puso en evidencia, por primera vez en la escena jurídica, que no todos los sucesos pueden preverse y (ii) 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. Básicamente se sostiene, que las partes contratan considerando circunstancias existentes en ese momento o probables para el futuro; y que si luego advienen otras imprevisibles al momento de contratar, se verían vinculadas por reglas jurídicas diferentes a las oportunamente queridas.

La teoría de la imprevisión se basa en la del riesgo imprevisible, 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.

En nuestro derecho, la teoría de la imprevisión se encuentra contemplada en el art. 1091 de nuestro CCyCN. Dicho artículo establece que: *Si en un contrato conmutativo de ejecución diferida o permanente, la prestación a cargo de una de las partes se torna excesivamente onerosa, por una alteración extraordinaria de las circunstancias existentes al tiempo de su celebración, sobrevinida por causas ajenas a las partes y al riesgo asumido por la que es afectada, ésta tiene derecho a plantear extrajudicialmente, o pedir ante un juez, por acción o como excepción, la resolución total o parcial del contrato, o su adecuación. Igual regla se aplica al tercero a quien le han sido conferidos derechos, o asignadas obligaciones, resultantes del contrato; y al contrato aleatorio si la prestación se torna excesivamente onerosa por causas extrañas a su alea propia.*

#### B – Diferencia con la frustración del fin del contrato

Por otro lado, en lo que implica las diferencias entre dicha teoría y la frustración del fin del contrato, un sector de la doctrina parece confundirlas. Esta tendencia se puso de manifiesto en el Proyecto de Unificación de 1987 ya comentado con anterioridad.

Como primer punto podemos decir que la frustración es el género comprensivo de todos los supuestos de pérdida de sentido y razón de ser del negocio, tengan una base subjetiva u objetiva, mientras que la teoría de la imprevisión particulariza una situación objetiva, la del desequilibrio sobreviniente entre las prestaciones, debido a hechos extraordinarios e imprevisibles.

El derecho nacional, había acogido a partir de la reforma de 1968 (ley 17.711) la teoría de la imprevisión como hipótesis única de frustración. El proyecto de 1987 proponía ampliar los supuestos, dando cabida al cambio sobreviniente de las circunstancias. A continuación menciono algunas diferencias:

- (i) La teoría de la imprevisión pone el acento en el desequilibrio sobreviniente, en una cuestión que puede calificarse como objetiva. La frustración tiene dos caras: objetiva y subjetiva. El art. 1197 del Proyecto Unificación de 1987 enfatizaba la cara subjetiva.
- (ii) El acontecimiento que aprehende la teoría de la imprevisión tiene un carácter de generalidad y esta desvinculado, por ende, de factores relativos a las personas de los celebrantes; se habla de alteraciones graves que han transformado la economía general de un país, de circunstancias semejantes a las que configuran la fuerza mayor, de las condiciones ambientales que autorizaban una cierta creencia común, de las que cualquiera de los contratantes en análogas circunstancias y relativamente al mismo contrato habrían presupuesto de eventos de índole general o común a muchos sujetos que afectan a toda una categoría de deudores, que no sean personales y estén en la esfera de influencia de la parte perjudicada<sup>32</sup>. En cambio los acontecimientos que aprehende la frustración son personales o particulares de los contratantes, o bien aquellas que suceden en una región o en un país.
- (iii) Los acontecimientos de la imprevisión deben ser, siempre, extraordinarios e imprevisibles; los que conducen a la frustración, que

---

<sup>32</sup> Jorge Mosset Iturraspe, Contratos- Parte General, “La Frustración del Contrato: Noción. Semejanzas y Diferencias”, pag. 5, Tomo: 2016, Revista de Derecho Privado y Comunitario, Editorial Online Rubinzal Culzoni, Año 2017.

como vimos, es el género comprensivo de la especie pueden tener o no estos caracteres.

- (iv) En la imprevisión el cambio de los hechos conlleva al desequilibrio entre las prestaciones, puede lograrse el fin perseguido pero a otro precio. En la frustración se contemplan, además, la pérdida de sentido o razón de ser del contrato, la imposibilidad de lograr el resultado práctico o empírico que en orden a los propios y peculiares intereses se pretende alcanzar.

La teoría de la imprevisión es vital para el sustento conceptual y procesal de la teoría de la frustración del fin del contrato. Establece que el juez debe restablecer el equilibrio de un contrato cuyas condiciones de ejecución ha sido gravemente modificada en detrimento de una parte, debido a acontecimientos razonablemente imprevisibles en el momento de la formación del contrato.

Esta teoría descansa, al igual que la frustración del fin del contrato, sobre la cláusula *rebus sic stantibus*, y se apunta en la tesis del relativo carácter vinculante del contrato, la cual surge, a partir de la observación de que la regla *pacta sunt servanda* se volvía injusta en épocas de graves trastornos, como guerras, calamidades y crisis económicas.

Parte de la doctrina ha sido duramente criticada por cometer el error de ver en la frustración del fin una aplicación de la teoría de la imprevisión, partiendo del argumento de que ambas exigen la alteración de la base objetiva del negocio por circunstancias sobrevinientes ajenas a las partes y también consideraba como extraordinarias e imprevisibles.

En el caso de imprevisión se mantiene la posibilidad de cumplir, aunque el incumplimiento resultare más gravoso. De allí que se identifica esta teoría de la imprevisión con la expresión excesiva onerosidad sobreviniente.

Por el contrario, cuando el contrato celebrado ve frustrada su finalidad ella no puede ser cumplida y de tal modo el acreedor no tiene ya interés en el negocio, al desaparecer su finalidad.

Desde otra perspectiva, la imprevisión altera el equilibrio económico del negocio, la frustración del fin hace perder interés al acreedor. Si volvemos al caso ya

analizado “Krell v Henry”, podemos decir que no se trataba de agravar la prestación, no se solucionaba la situación con un reajuste, ni aun con un mayor o menor precio; el incumplimiento no podía ser compensado de esa manera, nada evitaría la frustración originada en la enfermedad del rey, que implicaba el cumplimiento de la finalidad esperada.

Es importante también diferenciar ambas situaciones desde otro aspecto, como por ejemplo en que caso hay acción o no para pedir la readecuación del contrato. En el caso de la imprevisión se admite el reajuste; no ocurre así en la frustración. En este supuesto no consideramos posible la readecuación o reajuste por cuanto, en definitiva, ello implicaría el cambio del fin, pues este resultó frustrado.

Las circunstancias que frustran el fin del contrato no pueden ser repuestas pues no se trata de buscar equilibrio en las prestaciones, en tanto lo que se afecta es la finalidad prevista que se vuelve imposible de cumplir.

La teoría de la frustración del fin no prevé ni autoriza la acción de readecuación del contrato, pues el fin previsto es de tal relevancia que no cabe su reemplazo. Desaparece así el elemento esencial causa, con lo cual corresponde la extinción del acto por no cumplirse el fin perseguido, ingresando en la causal de resolución que se ejerce mediante la acción resolutoria.

Distinto son los efectos de la aplicación de la teoría de la imprevisión. En este caso, la prestación podría cumplirse, pero de forma tal que se hace muy gravosa para una de las partes, desequilibrando el contrato y alterando sus bases económicas.

Pero en este caso se da un recurso, que lo distancia del supuesto de frustración, consistente en la posibilidad de ofrecer un reajuste ante el pedido de resolución del perjudicado o aun en otra interpretación solicitando la parte que sufre el agravamiento de tal reajuste directamente en la demanda que la ley le permite plantear.

La imprevisión admite la posibilidad de la readecuación del contrato que, por lo demás, será definida por la justicia, la que tiene facultades, de acuerdo a las circunstancias, de salvar el acto mediante la modificación de la ecuación económica, restableciendo el equilibrio de las prestaciones. Dicha readecuación esta prevista en el art. 1091 referido a la imprevisión.

Sin ninguna duda y teniendo en cuenta lo dicho, una ardua tarea que tienen los jueces en su labor interpretativa, es procurar derivar del contrato el fin que las partes se propusieron al contratar. Una vez que lo tenga por establecido y aceptado, en razón de este tiene que, en el caso de la imprevisión, equilibrar las prestaciones, y en el caso de la frustración del fin del contrato, resolverlo o ajustarlo a la nueva realidad para que ambas partes alcance el fin.

Asignación de riesgos contractual y la aplicación excepcional de la frustración del fin del contrato

1. Asignación eficiente de riesgos en un contrato y la imposibilidad del cumplimiento de la prestación.

A lo largo del presente trabajo hemos intentado analizar y profundizar la figura de la frustración del fin del contrato. Para ello, hemos hecho primero que nada un repaso de algunos conceptos de análisis económico del derecho de los contratos, para luego ya adentrarnos en el instituto mismo y sus enfoques desde una óptica de análisis económico del derecho y desde la doctrina y la jurisprudencia nacional y comparada.

El contrato es la base de la cooperación social y lo que en definitiva hace que los mercados funcionen. Una función del derecho de los contratos es reducir los costos de transacción, reproduciendo los términos hipotéticos del contrato perfecto, entendido como aquel que idealmente hubiesen suscrito las partes en un mundo sin costos de transacción.

Ahora el contrato perfecto es solo una herramienta analítica empleada por la economía del derecho. Ofrece una regla de perfección para evaluar el modo en el cual el derecho debería asignar los costos de las contingencias no previstas en las disputas contractuales. Si las reglas supletorias para resolver conflictos son eficientes, es decir que replican las soluciones normativas que idealmente habrían sido elegidas por las partes bajo cero costos de transacción, eliminan sustancialmente la necesidad de que las partes ingresen en costosas transacciones.

El problema es que como bien dijimos, contratar es una tarea costosa y las partes pueden no haber estipulado quien se hacía cargo del riesgo. Hay diversas maneras que la doctrina del análisis económico del derecho brinda para hacer de la contratación una situación no tan costosa, asignando propiamente los riesgos. Una tarea importante de los tribunales y las leyes en general, en materia contractual es estipular la asignación del riesgo en casos determinados. Entre los ejemplos vistos, tenemos al precio como un indicador a seguir al momento de contratar o la regla del evitador más barato del riesgo.

Sin embargo, estos métodos muchas veces no son los indicados cuando ninguna de las partes puede razonablemente impedir el hecho o la contingencia que afecta la ejecución o el valor del contrato. Yendo al extremo esto puede darse cuando nos encontramos frente a desastres naturales o simplemente circunstancias que al momento de la contratación eran difíciles de predecir su ocurrencia y que luego de celebrado ocurren ocasionando entre otras cosas, que el instrumento de cooperación social se desnaturalice o pierda su finalidad. Esto último sería un caso de frustración del fin del contrato.

En estos casos, la doctrina del análisis económico del derecho sostiene que el sistema legal debe asignar de algún modo el riesgo. Una manera de hacerlo es, tal como hemos establecido en el capítulo I de nuestro trabajo, utilizar “la regla del evitador mas barato del riesgo” donde se asigna el riesgo a la parte que pueda evitarlo a menor costo o “la regla del asegurador más barato del riesgo” que manda a asignar la responsabilidad a la parte que hipotéticamente podría obtener una prima más barata frente a ese tipo de riesgos.

Ahora si bien se pudo haber contratado aplicando esta regla y haciendo no tan costosa la transacción, el problema en ese caso sería ver qué pasa en los casos de frustración del fin del contrato. Dicho de otro modo, que pasa cuando en un transacción (donde se aplicó la regla con el fin de asignar de manera eficiente los riesgos), ocurren posteriormente circunstancias imprevisibles que hacen del contrato inútil o carente de interés para quien en teoría es el evitador o el asegurador más barato del riesgo en esa transacción y por lo tanto generan que esa persona no quiera cumplir con su prestación? Habrá sido útil haber aplicado la regla de asignación eficiente de los riesgos, cuando el evitador o asegurador más barato del riesgo es aquel que luego no quiere cumplir con la prestación por haberse frustrado la finalidad del contrato?

Como primer punto, y tal como hemos visto en los capítulos I y II, el análisis económico del derecho reconoce a la figura de la frustración del fin del contrato categorizándola como una defensa del cumplimiento. La defensa del cumplimiento es un elemento que tienen las partes en un contrato para solicitar la eximición del cumplimiento, aun cuando el contrato sea legalmente valido. El justificativo que avala la invocación de esta opción es el advenimiento de contingencias

extraordinarias con ocurrencia posterior a la celebración del contrato. Según la doctrina de análisis económico del derecho, invocar dicha opción avala no solo solicitar la eximición del cumplimiento, sino que además no establece ningún tipo de indemnización o resarcimiento a favor de la parte que se ve perjudicada aun habiendo reconocido el contrato como válido.

Tal como manifestamos en nuestro trabajo, una de las defensas de cumplimiento es la frustración del fin del contrato. Podemos decir entonces, que lo manifestado en el párrafo anterior también rige para los casos de frustración del fin del contrato. Es decir, si en un contrato con posterioridad a su celebración ocurren circunstancias ajenas a las partes que alteran la finalidad del convenio, haciéndolo inútil para una de las partes, dicha parte puede invocar este instituto, eximirse de cumplir con la prestación, resolver el contrato y no tener obligación resarcitoria alguna frente a la otra parte.

Parte de la doctrina del análisis económico del derecho sostiene que para que este tipo de defensas del cumplimiento, puedan ser invocadas:

- (i) no deben haber sido generadas por quien las invoca. A nuestro entender esto es evidente, ya que sino el nivel de transacciones celebradas disminuiría significativamente ya que a nadie le interesaría celebrar un contrato sabiendo que en cualquier momento cualquiera de las partes puede generar algún hecho que le permite pedir la eximición del cumplimiento, resolver el contrato y no tener obligación de resarcir a la otra parte.
- (ii) no deben haber sido evitables a un costo razonable. Esto también resulta claro, ya que si no podría configurarse situaciones de abuso de la defensa donde las partes elegirían a su conveniencia si es más redituable afrontar la situación a un costo razonable o invocar la defensa y resolver el contrato perjudicando al otro. Esto efectivamente también generaría una disminución significativa de las contrataciones.
- (iii) Que las partes no hayan explícita o implícitamente contemplado el riesgo. En mi opinión, este requisito podría ser al menos cuestionable. Veamos, en una contratación pueden haber diferentes tipos de riesgos. Están aquellos que son del todo previsibles por las partes y aquellos que

son imprevisibles y ajenos a las partes. Una de las tareas al celebrar un contrato, será tratar de asignar los riesgos de ese convenio de la manera más eficiente lo que ocasionalmente generaría que dicha transacción no sea tan costosa. El hecho de que un suceso sea imprevisible genera que las partes en ese caso especulen al asignar los riesgos ya que resulta muy difícil poder saber todas las cosas que se pueden llegar a dar. Dicho esto, desde mi opinión entiendo que la defensa del cumplimiento debería ser aceptada ante circunstancias imprevisibles aun cuando los riesgos producto de esa imprevisibilidad hayan sido asignados al celebrarse el contrato. Es decir, si las partes al celebrar el contrato, especularon y asignaron un riesgo que podría darse por la ocurrencia de un hecho imprevisible y finalmente este suceso se da, la defensa del cumplimiento debería ser aceptada.

## 2. La frustración del fin del contrato y sus efectos.

Haciendo un breve repaso, la frustración del fin del contrato es una clásica defensa de ejecución que opera cuando el cambio en las circunstancias hace que el convenio sea carente de interés e inútil para una de las partes. A su vez, nuestra doctrina sostiene que la frustración del fin del contrato genera una serie de efectos entre los cuales cabe destacar los siguientes:

- (i) Resolución del contrato: Constituye la única reacción posible. Es lo que diferencia este instituto de la imprevisión, en la que el reajuste de las prestaciones es la consecuencia primigenia, por aquello del principio de conservación de los actos jurídicos. En la frustración del fin del contrato, se llega a la ineficacia por supresión de la utilidad buscada por ambas partes o por una y aceptada por la otra<sup>33</sup>.
- (ii) Ausencia de resarcimiento: La resolución por frustración de la causa fin del contrato obsta a la pretensión de resarcimiento. Esta consecuencia se sigue de la ajenidad del evento frustrante. Aunque no consiste en una mera causal de exoneración del incumplimiento produce el mismo efecto que el caso fortuito. No habrá resarcimiento.

---

<sup>33</sup> Rubén S. Stiglitz, Frustración del Fin del Contrato, JA, 1998-II-937

- (iii) Suerte de las prestaciones cumplidas: En estos casos las prestaciones ya cumplidas quedaran firmes.
- (iv) Suerte de las prestaciones pendientes: Las prestaciones pendientes no deberán cumplirse ni pueden reclamarse. Me refiero a las prestaciones equilibradas, es decir a aquellas que cuentan con contraprestación. Entonces si alguna prestación fue cumplida antes del quiebre de la base objetiva del contrato por frustración de su causa fin, y su contraprestación no se encuentra cumplida, puede repetirse y deber devolverse.

De la misma manera, si alguna de las partes efectuó algún gasto en cumplimiento del contrato que no podrá cumplirse, deberá restituirse lo gastado.

Finalmente, si se entregó algún adelanto a cuenta de una prestación, su dador puede repetirla y quien lo haya recibido deberá restituirlo.

- (v) Interpretación restrictiva: En nuestro derecho, a los contratos se le aplica el principio de conservación de los actos jurídicos por lo que cualquier incidencia tendiente a privarles de efecto, también debe ser de interpretación restrictiva. La frustración del fin del contrato, es una medida -restrictiva, que como tal corresponde aplicar a la parte débil del contrato.<sup>34</sup>

### 3. La frustración del fin y el resarcimiento

Retomando las dudas planteadas al inicio de este capítulo, veamos lo siguiente. Si dos partes tienen la intención de celebrar un contrato, es porque ambas quieren o pretenden obtener un beneficio de esa transacción. Si esto es así, entonces ambas intentarían entre otras cosas, asignar los riesgos de la manera más eficiente posible para hacer de la contratación lo menos costosa posible.

Dicho de otro modo, ambas partes buscarían aplicar la regla que mejor les resulte para asignar riesgos y reducir los costos de transacción de ese convenio. Para ello, deberán tratar de considerar todos aquellos riesgos que pueda tener dicha

---

<sup>34</sup> Corte Suprema de Justicia, “*Longobardi vs. Instituto de Educación Integral Superior San Patricio*”, LA LEY, 2008-B, 43

contratación (previsibles e imprevisibles) e intentar asignarlos a la parte en el convenio que pueda soportarlos a menor costo. Todo esto, considerando que una gran parte de los riesgos (los de carácter imprevisible) serán asignados por las partes sobre la base de la especulación, ya que no podrán saber a ciencia cierta si ocurrirán o no.

Ahora, dentro de la infinidad de sucesos imprevisibles que pueden darse con posterioridad a la celebración de dicho contrato, están aquellas circunstancias ajenas a las partes y que superan el riesgo asumido por la parte afectada. Estas circunstancias son las que provocan que el convenio se vuelva carente de interés e inútil para las partes. En otras palabras, alteran la base objetiva o fin del contrato, produciendo que dicho convenio deje de ser atractivo para alguna de las partes.

Al ocurrir esto, la parte afectada es que la tiene la potestad de invocar la figura de la frustración del fin del contrato, solicitar eximirse de cumplir el mismo, y resolverlo sin tener la obligación de resarcir a la otra parte.

Si la parte afectada en este caso fuera el evitador o asegurador más barato del riesgo pareciera entonces que fue inútil haber asignado riesgos con miras a reducir los costos de transacción, ya que luego, las circunstancias ocurridas superaron el riesgo asumido por dicha parte. Entonces, ya esa parte no solo dejará de ser el evitador o asegurador más barato del riesgo, sino que además (producto de lo ocurrido) elegirá desvincularse del contrato ya que dejó de resultarle útil dicho convenio, eximiéndose por lo tanto de cumplir su parte y dejando a la otra parte (aquella que debe soportar el riesgo probablemente a un gran costo) sin compensación económica que pueda resarcir el daño ocasionado por esta desvinculación.

Desde mi punto de vista, entiendo que la asignación eficiente de riesgos, es una tarea que las partes nunca deberían dejar de aplicar al momento de celebrar un contrato. Esta asignación es lo que justamente genera un incentivo que hace que la contratación sea algo atractivo para las partes. El no utilizarlo por una potencial situación de frustración del fin del contrato, lo único que generaría es que las personas dejen ver como atractivas las contrataciones.

Por otro lado, es cierto que el suceso que lleva a la frustración del fin del contrato, es algo de carácter extraordinario, imprevisible y ajeno a las partes. Esto hace justamente que no se pueda culpar a la parte que invoca dicha figura, porque en

definitiva es algo no previsto y que más allá de que las partes lo hubiesen tratado de asignar como riesgo en el contrato, ocurrió y además superó el riesgo asumido. No obstante ello, entendemos que la falta de resarcimiento que la invocación de dicha figura permite es un elemento abusivo que lo único que genera es no solo un daño sino un desincentivo. La parte que resulta privada de una compensación económica que podría aminorar el daño que le ha producido la eximición del cumplimiento invocada por la otra parte en ese convenio, ya pierde cierto interés en querer seguir contratando. Esto se magnifica (no solo en la gravedad del daño sino en el posterior desincentivo de la parte perjudicada) cuando la parte que invocó la frustración del fin, era el evitador o el asegurador más barato del riesgo.

Los mercados no pueden darse el lujo de que el nivel de contratación baje, porque eso inmediatamente ocasionaría que empiecen a funcionar en forma deficiente. La contratación genera intercambios. El intercambio constituye el núcleo fundamental de los mercados y de la cooperación humana. Mediante dicho intercambio, las personas asignan bienes y riesgos produciendo beneficios para la mayoría de los participantes en los mercados, haciendo posible el enorme incremento de la producción derivado de la cooperación.

Tener en el sistema, situaciones que puedan incidir aunque sea potencialmente en una disminución en la contratación, es algo muy peligroso y que no debería permitirse. Es por ello una posible solución para erradicar este potencial desincentivo en la contratación producto de la frustración del fin del contrato, podría ser que las partes establezcan en el convenio un resarcimiento económico a favor de la parte que resulta perjudicada de la invocación de la figura mencionada. Dicha compensación debería ser de un monto que no solo sea suficiente para la parte perjudicada, sino que al mismo tiempo no genere un perjuicio para la parte que invoca la figura de la frustración del fin. No hay que olvidarse que quien invoca esta defensa es por una circunstancia imprevisible y ajena a ella, por lo tanto imponer una compensación que la perjudique pretendiendo responsabilizarla por lo ocurrido, podría generar también el mismo desincentivo en la contratación en la parte que invoca la figura.

En resumen, la inclusión de una compensación económica justa y equitativa para ambas partes ante un caso de frustración del fin del contrato, podría ser una

alternativa tendiente a erradicar cualquier potencial desincentivo en las contrataciones, ya sea al momento de asignar los riesgos de un convenio o con posterioridad a la invocación de la figura.

4. La aplicación excepcional de la frustración del fin del contrato según los principios *pacta sunt servanda* y *rebus sic stantibus*.

A continuación, se expondrán algunas cuestiones que giran en torno a la validez de la frustración del fin del contrato en nuestro derecho. Tal como hemos visto a lo largo del presente trabajo, la frustración del fin del contrato ha sido desde el principio puesta en tela de juicio. Tanto es así, que al día de hoy aún hay cierta parte de la doctrina que: (i) sigue insistiendo con que dicha figura no debería ser aplicable, basándose en el principio de *pacta sunt servanda* sosteniendo la inviolabilidad de la relación contractual sea cual sea la situación; o (ii) que dicha figura debería aplicarse de manera restrictiva o limitada a ciertos casos puntuales.

El principio *pacta sunt servanda* entiende que toda relación contractual de por sí es inquebrantable y que la misma debe subsistir ante cualquier circunstancia sobreviniente. Tal como dijimos en el capítulo anterior, aquellos que se basan en este principio para rechazar la validez de la frustración del fin del contrato, tienen como principal argumento la seguridad jurídica que debe brindar el contrato celebrado. Esto es lo que ha permitido que durante mucho tiempo, este principio prevalezca.

Ahora bien, hemos visto que con el tiempo, parte de la doctrina se ha empezado a cuestionar este principio, alegando en que no siempre los convenios pueden permanecer inquebrantables ante cualquier circunstancia. Cuando la modificación de las circunstancias tenidas en cuenta por las partes, produce una profunda alteración del equilibrio originario existente entre las prestaciones asumidas por las partes, resulta difícil poder justificar la obligatoriedad de los contratos. En estos casos, el principio de obligatoriedad ya no sirve para justificar una prestación excesiva, diferente a la inicialmente pactada o carente de sentido. Esto generó que se buscara una alternativa, algo que complementara este principio cuando se presentaran estas situaciones extremas. Aquí, es donde nace lo que hemos visto como cláusula *rebus sic stantibus*. Este principio admite la posibilidad de rescindir los contratos ante una posterior modificación del estado de hecho imperante en el

momento en que fueron concluidos. La introducción de este principio de alguna manera dio una respuesta a estas situaciones de excepción, ya que ahora el contrato obliga mientras las cosas permanezcan en el mismo estado en que se hallaban cuando se perfeccionó el negocio, suavizando de esa manera la rigidez del principio de obligatoriedad de los contratos que venía gobernando durante los últimos tiempos.

Dicho esto, entonces podríamos pensar que la frustración de la finalidad del contrato, más que una figura que no debería existir, constituye un instituto cuya aplicación debería ser excepcional. Solo en los casos donde las circunstancias sobrevinientes modifiquen el estado de las cosas que hubieren sido pactadas al celebrar el contrato alterando la finalidad del mismo, se debería poder invocar esta figura.

#### 5. El instituto de la frustración como figura excepcional según el art. 1090 del CCyCN

Veamos ahora si el art. 1090 de nuestro CCyCN, el cual consagra la aplicación la finalidad de la frustración del fin del contrato, lo toma como un instituto de excepción. De acuerdo, con el texto literal ya citado en el capítulo III, para que el derecho a resolver por frustración de la finalidad económica pueda prosperar será necesario cumplir con cuatro requisitos esenciales: (i) debe producir un daño; (ii) Ese daño debe ser consecuencia de la alteración extraordinaria de las circunstancias existentes al tiempo de las circunstancias existentes al tiempo de la celebración del contrato; (iii) que esa alteración de las circunstancias sea ajena a la voluntad de las partes y (iv) que la alteración de la finalidad económica supere el riesgo propio asumido por el contratante damnificado.

Si consideramos el entorno de estabilidad macroeconómica, política y social que la Argentina ha experimentado prácticamente desde siempre, es normal creer que esta norma puede ser sumamente nociva. Un gran grupo de personas en su afán de sacar cierta ventaja, pueden emplear esta norma con el objetivo de dejar de cumplir contratos que a su criterio no los benefician o cuyo incumplimiento podría traerle un mayor beneficio que el seguir vinculado al mismo. Dicho de otro modo, muchas personas podrían ver en este art. como un mecanismo de salida sencillo de un vínculo contractual al que ya no les resulta atractivo. Un claro ejemplo, podría ser

el caso de un negocio que comencare a arrojar pérdidas, donde fundado en razones extraordinarias, el empresario intente desactivar el vínculo contractual. Esta idea, tomar mayor fuerza incluso si se tiene en cuenta lo manifestado al principio de este capítulo, cuando recalcamos que mediante esta figura, se podía demandar directamente la resolución del vínculo, sin un previo ajuste.

No obstante lo alarmante que pueda sonar esta postura acerca de instituto consagrado en el art. 1090, es importante tener en cuenta los siguientes aspectos a los fines de entender porque esta figura tiene una aplicación excepcional que genera que su existencia en el CCyCN no deba ser tomada con tanta preocupación. Primero que la norma exige que para poder resolver el contrato, la frustración de la finalidad tenga su causa en cambios extraordinarios del contexto dentro del cual se celebró el contrato; pero no solo eso, sino que, además, ese cambio de contexto sea ajeno al riesgo normal y habitual asumido por la parte para celebrar el contrato. Esta tarea no será sencilla ya que la parte tiene que realmente demostrar que lo ocurrido supera el riesgo previsto. Este punto ya nos da la pauta de que la norma tiene un carácter excepcional, ya que su aplicación depende de la ocurrencia de una circunstancia excepcional, que la misma haya causado un cambio de contexto al riesgo normal y habitual asumido y que dicho cambio sea probado.

En segundo lugar, la norma impone que para que prospere la salida del contrato por frustración del fin económico, esta debe ser definitiva. La duda que se plantea aquí, es cuál debe ser el alcance o magnitud de aquella frustración para ser considerada definitiva. De acuerdo a lo visto y analizado hasta el momento, entendemos que la finalidad de un contrato se ve frustrada en forma definitiva cuando el continuar su cumplimiento podría perjudicar a alguna de las partes. Entonces, un empresario dejara de cumplir con su prestación contractual cuando el monto de las pérdidas exceda lo razonable en la medida del riesgo asumido. Esta exigencia de que la frustración tiene que ser definitiva, constituye otro motivo que afianza la idea de que la norma, debe ser aplicada en casos excepcionales.

Dentro del alea de un negocio, se encuentra explícito el riesgo de pérdida, incluso el riesgo de insolvencia y hasta el riesgo de quiebra; riesgo que asume por ejemplo no solo un empresario sino además todos sus proveedores. Es precisamente la solución de falencia la que ofrece la salida consensuada entre el deudor y acreedores

para renovar el crédito y comenzar de nuevo frente a un negocio arruinado; incluso por ruptura de la ecuación económica e incluso, por causa ajena al empresario<sup>35</sup>.

Dejar sin efecto un negocio invocando la frustración del fin económico no será tarea fácil para los jueces pues estos deberán analizar aspectos económicos y financieros de los negocios para los que no están debidamente preparados, ni obligados a intervenir. A partir de la teoría de la frustración del fin económico del contrato, los jueces deberán analizar si las circunstancias extraordinarias habilitan dejar sin efecto un negocio contractual, velando por que las partes no hagan abuso de dicha norma y se desvinculen con facilidad de los contratos asumidos.

En resumen, resulta evidente que el instituto consagrado en el art. 1090, es una figura de carácter excepcional. Conforme los fundamentos que hemos dado, esto nos lleva a comprender que esta excepcionalidad rige tanto en su aplicación o invocación por las partes como en su interpretación por los jueces. El principal argumento sobre el cual rige esta excepcionalidad es: (i) la imprevisibilidad de la circunstancia sobrevenida y ajena a las partes que causa la alteración del convenio lo que nos da la pauta de que nos encontramos frente a algo que no ocurre con frecuencia, que es excepcional; (ii) la necesidad de comprobar que esa alteración es definitiva, que hay algo del contrato que fue modificado y que esa modificación ha ocasionado un cambio en el estado de las cosas de tal magnitud, al punto tal que continuarlo podría resultar nocivo para alguna parte. Esto da la sensación de que solo podrá invocarse la frustración del fin si realmente la alteración es algo irreversible y no frente a cualquier cambio. Tiene que ser un cambio excepcional.

El art. 1090 del CCyCN no establece un instituto de carácter nocivo que atenta contra el derecho contractual, sino más bien otorga una herramienta de carácter excepcional que brinda cierta defensa a las partes en un contrato, permitiéndoles poder resolverlo cuando el fin por el cual celebraron esa transacción ha dejado de existir por circunstancias ajenas a su voluntad y que no pudieron prever y asignar el riesgo al momento de la celebración de la transacción.

---

<sup>35</sup>Pablo Van Thienen, Resolución del Contrato por Frustración Definitiva de Su Finalidad Económica. El artículo 1090 y una norma absurda, CEDEF, Año 2017 ([www.cedeflaw.org/pdfs/201754134721-165.pdf](http://www.cedeflaw.org/pdfs/201754134721-165.pdf))

6. La asignación eficiente de riesgos ex – ante y las lagunas contractuales en la frustración del fin del contrato.

Para recapitular parte de lo tratado en el presente capítulo, hemos mencionado que una de las tareas del derecho contractual es reducir los costos de transacción al intentar reproducir los términos del contrato perfecto o, mejor dicho, utilizar la premisa del contrato perfecto para evaluar el modo en el que el derecho debería asignar los costos de las contingencias no previstas. Para ello, la teoría económica de los contratos brinda herramientas para hacer de la contratación una situación no tan costosa al asignar adecuadamente los riesgos, tales como la regla del evitador más barato del riesgo (que no sería de utilidad si ninguna de las partes puede impedir el hecho o la contingencia que afecta a la ejecución o valor del contrato razonablemente) o la regla del asegurador más barato del riesgo (que sería efectiva siempre y cuando el contratante que debe la prestación esté dispuesto a pagar la prima o el comprador sea adverso al riesgo). La economía tiene una teoría de la asunción eficiente del riesgo. La eficiencia requiere que el riesgo se asigne a quien pueda asumirlo a un costo menor.

A su vez, mencionamos que la frustración del fin del contrato es una opción que, en caso de ser utilizada por la ocurrencia de una circunstancia imprevisible que frustra o hace inútil el fin del contrato, debería ser aceptada considerando que las partes ya han celebrado un contrato donde se entiende que, previo a su celebración, han intentado asignar los riesgos de esa contratación de la forma más eficiente que encontraron, previendo en la medida de lo posible, riesgos no imprevisibles. Asimismo, a fin de no desincentivar las contrataciones para aquellas partes que podrían resultar perjudicadas por el ejercicio de la frustración del fin del contrato, hemos propuesto como potencial solución incluir en dicho contrato una compensación justa. Al ser justa, debería justamente velar por la salvaguardia de la parte que podría resultar perjudicada por el ejercicio de la frustración del fin (poniendo como ejemplo que quien ejerció dicho derecho era el asegurador más barato de riesgo) y, al mismo tiempo, no dañar significativamente a la parte que lo ejerce. Teniendo en cuenta que la frustración del fin del contrato no otorga ningún tipo de indemnización, el potencial propósito de esta solución sería equilibrar el posible perjuicio que podría sufrir la parte afectada por la terminación del vínculo contractual cuando ella no sea el asegurador más barato del riesgo.

El simple hecho de que en una negociación contractual las partes prevean o pacten una compensación económica por la potencial ocurrencia de hechos imprevisibles que puedan afectar o hacer inútil el fin del contrato (y por ende lleven a una resolución del mismo por el ejercicio de una de las partes de este derecho) no parece a simple vista ser una solución atractiva ni efectiva, e incluso podría llevar a que las partes no celebren ese contrato o, mejor dicho, que no tengan los incentivos suficientes para realizar una negociación. En definitiva, en una contratación las partes siempre buscan que los costos sean bajos y que el beneficio de ambos como producto de ese contrato sea el mayor posible. Incluir una compensación a un contrato sería introducir un ítem más a la negociación, lo que podría entorpecerla e incrementar los costos, corriendo el riesgo de que el convenio no se celebre.

Dicho esto, consideremos los siguientes conceptos:

Los contratos perfectos contienen términos que asignan explícitamente todos los riesgos. La asignación explícita del riesgo requiere una negociación costosa, y es por ello que, en definitiva, lo que suele ocurrir es que se terminan asignando algunos de estos riesgos explícitamente en los contratos dejando lagunas. El costo de la negociación deberá equilibrarse con el beneficio obtenible de la asignación explícita del riesgo. En general, el costo de la negociación de riesgos remotos (como podría ser una circunstancia imprevisible que frustre el fin del convenio) puede superar al beneficio. Por ende, los contratos eficientes suelen tener lagunas en lo relativo a los riesgos remotos.

Los contratos reales tienen muchas lagunas. Si el contrato no dice nada acerca de un riesgo, tendrá una laguna. Las lagunas pueden ser inadvertidas o deliberadas. Es posible que las partes dejen lagunas deliberadas en los contratos porque consideran que la ocurrencia de ciertos riesgos es muy imprevisible. Además consideran que los riesgos imprevisibles no justifican el costo de negociar y redactar los términos de su asignación.

Cuando se deje una laguna en el contrato, se requerirá que las partes asignen una pérdida si se materializa. En primer lugar deberíamos hacer una distinción entre los conceptos de riesgos *ex-ante* y pérdidas *ex-post*. El primero hace referencia al riesgo de las pérdidas futuras que enfrentan las partes cuando negocian un contrato, mientras que el segundo se refiere a las pérdidas generadas luego de hacer un

contrato. En general, las partes contratantes deben escoger entre la asignación de riesgos *ex-ante* y la asignación de pérdidas *ex-post*. Para ello, debemos considerar la diferencia de los costos de transacción cuando se asignan los riesgos y cuando se asignan las pérdidas. Si las partes negocian términos explícitos para asignar los riesgos, tendrán que asumir los costos de transacción de la certeza. En cambio si dejan una laguna, tendrán que asumir los costos de transacción con una probabilidad positiva. El costo de transacción esperado de una laguna en el contrato es igual a la probabilidad de que la pérdida ocurra, multiplicada por el costo de su asignación. Las partes esperan ahorrar costos de transacción dejando lagunas en los contratos siempre que el costo efectivo de la negociación de términos explícitos supere el costo esperado de llenar la laguna.

Si bien puede ser menos costoso dejar una laguna en el contrato, habría que tener en cuenta qué tan eficiente puede ser al tratarse de riesgos imprevisibles. Las partes pueden tener desacuerdos y dificultades para asignar las pérdidas causadas por la ocurrencia de ese riesgo, sobre todo si quien ejerce la frustración del fin y resuelve el contrato es quien podía evitar el riesgo a menores costos. Por ende, será menos costoso para las partes asignar los riesgos imprevisibles que dejar lagunas en los contratos.

La capacidad de una persona para reducir o dispersar el riesgo determina su costo de asumir el riesgo. Tal como ya hemos dicho y repetido, la eficiencia requiere la asignación del riesgo a la persona que pueda asumirlo a un menor costo.

Volviendo a lo dicho al principio de este capítulo, varios factores determinan quién puede asumir el riesgo al costo menor: (i) las partes pueden tomar medidas para reducir la probabilidad de una imposibilidad del cumplimiento o para disminuir las pérdidas derivadas del incumplimiento; y/o (ii) aunque nadie pueda tomar precauciones para reducir el riesgo, por lo general puede esparcirlo. Asumir el riesgo es más barato cuando el riesgo se diversifica en lugar de concentrarse. En este caso, el riesgo debería asignarse a la parte que pueda dispersarlo al costo menor, mediante el aseguramiento u otros medios.

Habiendo volcado estos últimos conceptos, consideremos ahora el caso de la frustración del fin del contrato. Reiteramos que la frustración del fin del contrato procede cuando habiendo celebrado un contrato ocurre un hecho imprevisto que

frustra o hace inútil el fin de dicho convenio. Ante este suceso, se puede ejercer este derecho, lo que implica la resolución del contrato sin ningún tipo de indemnización a favor de la otra parte.

En palabras de Cooter y Ulen en su obra “Derecho y Economía”, la frustración del fin del contrato prevé una “regla de omisión para asignar las pérdidas causadas por contingencias que vuelven inútil el cumplimiento”<sup>36</sup>. Considerando que la eficiencia requiere que se asigne el riesgo a la parte que pueda asumirlo al costo menor, entonces todo caso de frustración del fin debería considerarse bajo la siguiente premisa: si una contingencia vuelve inútil el cumplimiento, se asigna la responsabilidad a la parte que pueda asumir el riesgo al costo menor. Por lo general, las partes llegan a un acuerdo sobre la asignación de un riesgo con mayor facilidad que sobre la asignación de una pérdida. Los casos de frustración no son la excepción a esto.

No obstante, creemos que el orden a considerar en estos casos sería el siguiente: partiendo de la premisa de la asignación eficiente del riesgo que sostiene la teoría económica del contrato, si consideramos la potencial ocurrencia de un hecho imprevisible que podría causar la frustración del fin de un contrato, las partes deberían asignar los riesgos *ex-ante* y no asignar pérdidas *ex-post*. Los costos de transacción en este caso serían sumamente menores considerando la imprevisibilidad de la ocurrencia del hecho.

En este potencial escenario, según nuestra opinión la premisa debería ser que las partes asignen los riesgos que puedan causar la frustración del fin del contrato a quien pueda evitarlos a menores costos. Sin embargo, si por el tipo de contrato las partes especulan riesgos imprevisibles que ninguno podría evitar a menores costos, entonces esos riesgos deberán asignar a quien pueda soportarlos de mejor manera.

Supongamos que el fin del contrato se frustra y quien ejerce la opción de resolverlo por frustración del fin es quien podía evitar el riesgo a menor costo. Como ya mencionamos, esto puede generar perjuicios gravísimos a la parte perjudicada por la resolución del convenio si no se previó de antemano quién se haría cargo de dicho

---

<sup>36</sup> Robert D. Cooter y Thomas S. Ulen; Derecho y Economía, Capítulo VI “Teoría Económica del Contrato”, pag. 345, Editorial Fondo de Cultura Económica (Mexico), traducción Eduardo L. Suarez, segunda reimpresión en español, Año 2002

riesgo que, en principio, era imprevisible. Por ende, entendemos que a fin de evitar este escenario de desequilibrio entre las partes, lo más eficiente sería que las partes asignen de antemano este riesgo a quien pueda evitarlo a menores costos. El costo que debe asumir quien evita el riesgo será mucho menor que el costo que debería soportar la persona que resultó perjudicada por la resolución de un convenio en el que dicho riesgo no fue asignado previamente.

Si ninguna de las partes puede evitar el riesgo a menores costos, entonces deberá asignarse el riesgo a quien pueda soportar los costos. Volviendo al ejemplo del párrafo anterior, si ninguna de las partes puede evitar el riesgo imprevisible, siempre será menos costoso para ambas partes que se asigne a quien pueda soportarlo mejor o hacerse responsable.

## - CAPITULO IX -

### Conclusión

El intercambio constituye el núcleo fundamental de los mercados y de la cooperación humana. Mediante dicho intercambio, las personas asignan bienes y riesgos produciendo beneficios para la mayoría de los participantes en los mercados, haciendo posible el enorme incremento de la producción derivado de la cooperación. Los mercados están enteramente constituidos por transacciones y el objeto central de lo que se denomina como derecho de los contratos es regular buena parte de tales transacciones. Es por ello que el derecho contractual tiene una enorme incidencia en la calidad y extensión de los mercados y por lo tanto en el desempeño de la economía. Un adecuado sistema de derecho contractual debería facilitar más y mejores transacciones, que amplíen los mercados con el consiguiente bienestar.

Una función esencial del derecho de los contratos es sin duda disminuir los costos de transacción. El derecho contractual tiene la importante función de ofrecer reglas supletorias que disminuyen los costos de transacciones, ofreciendo interpretaciones y completando lagunas o vacíos dejados por las partes al momento de la contratación. Estas reglas permiten que las transacciones ocurran a menores costos garantizando y afianzando la seguridad jurídica, y generando incentivos para eliminar disputas en torno al cumplimiento de las prestaciones.

El contrato perfecto es una herramienta analítica empleada por la economía del derecho que ofrece una regla de perfección para evaluar el modo en el cual el derecho debería asignar los costos de las contingencias no previstas en las disputas contractuales. La idea central es que soluciones normativas eficientes deberían replicar la solución a la que se arribaría en el supuesto de un contrato perfecto. Como bien hemos mencionado en el presente trabajo, una función del derecho contractual es reproducir los términos hipotéticos del contrato perfecto.

El problema es que como bien dijimos, contratar es una tarea costosa y las partes pueden no haber estipulado quien se haría cargo del riesgo. Hay casos donde ninguna de las partes puede razonablemente impedir el hecho o la contingencia que afecta la ejecución o el valor del contrato. El hecho podría ser demasiado improbable, no obstante ello el sistema legal debe asignar de algún modo la pérdida.

Como bien hemos comentado, algunas reglas que suelen utilizarse son la del evitador más barato del riesgo o la del asegurador más barato del riesgo.

Por otro lado, una de las finalidades más importantes del derecho contractual, es regular los convenios estableciendo su nulidad o modificando la validez de alguna cláusula explícitamente tenida en cuenta por las partes, aun en casos donde se han cumplido las formalidades de la ley. En los dos sistemas legales ya mencionados y conocidos, las promesas son ejecutables legalmente cuando estas son producto de una negociación. Sin embargo, en algunas ocasiones excepcionales elaboradas por la jurisprudencia y la doctrina, el derecho ha declarado o permitido declarar la invalidez de convenios o parte de ellos, cuando ocurren determinadas circunstancias. Siguiendo la denominación continental europea, podemos decir que hay tres categorías en la que se pueden agrupar estas situaciones donde un contrato o una parte de él puede ser considerado inválido:

- (i) Las limitaciones derivadas del orden público
- (ii) Defectos de formación: Esto se suele utilizar para alegar que el convenio o una parte de él no tiene validez o es inexistente.
- (iii) Defensa del cumplimiento: En estos casos se reconoce la existencia del convenio y lo que se cuestiona es el cumplimiento de la promesa alegando que la misma no debería ser exigida. Mediante esta categoría, una de las partes puede exitosamente solicitar la eximición del cumplimiento (aun el contrato sea legalmente valido) sobre la base de contingencias extraordinarias posteriores a la celebración del contrato.

Hay varios casos que dan a lugar a que las partes puedan solicitar esta defensa de cumplimiento. Entre los más comunes, encontramos los casos de frustración del fin del contrato que se dan cuando las circunstancias del caso cambian haciendo el contrato carente de interés o inútil para alguna de las partes. La doctrina de la frustración del fin del contrato sostiene que el contrato se extingue en los casos en los que, aunque la prestación siga siendo posible, se produce la frustración del fin por causas ajenas a las partes; esto es, cuando se torna imposible obtener su finalidad propia, haciendo el contrato inútil y carente de interés.

En un contrato donde los riesgos son asignados de una manera eficiente, que exista la posibilidad de que las partes puedan invocar esta defensa por la ocurrencia de hechos posteriores a la celebración del convenio de carácter extraordinario y ajeno a las partes que alteren la finalidad de dicho convenio haciéndolo carente de interés, supone cierto condicionamiento. Este condicionamiento proviene por el simple hecho de que dicha defensa permite eximirse de cumplir el contrato, resolverlo y no tener que resarcir a la otra parte por ello. Entonces las partes, al contemplar esta situación de carácter imprevisible, ya no tendrán tanto interés en negociar un posible convenio, o hacer esfuerzos para asignar riesgos de manera eficiente para disminuir costos, si luego de la celebración hay una mínima e imprevisible posibilidad de que se pueda invocar esta defensa. Las personas no querrán exponerse a un riesgo posterior que les pueda causar un daño de gran magnitud, sobre todo si la parte que se ve perjudicada por la invocación de la defensa es aquella que podía soportar el riesgo a grandes costos.

Es por ello que, una potencial solución a esta situación, podría ser que las partes acordaran una compensación económica ante la ocurrencia de un hecho imprevisible que pueda frustrar la finalidad del contrato. Esta compensación debería ser con el fin de proteger a la parte que resultaría perjudicada por la invocación de la frustración del fin del contrato y podría ser acordada por las partes tanto *ex – ante* como *ex – post*. Esta suma debería ser de un monto tal que pueda cubrir el posible daño de la parte perjudicada y al mismo tiempo no signifique una pérdida muy grande para quien invoca dicha defensa ya que hay que considerar que por un lado los casos de frustración del fin del contrato son situaciones que se pueden dar por la ocurrencia de circunstancias extraordinarias y ajenas a las partes. Es decir, que no es responsabilidad de ninguna de las partes que estas circunstancias ocurran, no son provocadas por ellas por ende no puede imponerse a quien la invoca una compensación económica como si fuera responsable por lo ocurrido.

Si la compensación económica fuera de una suma que perjudicara a quien invocó la frustración del fin del contrato, generaría el mismo desincentivo en la contratación que para la parte perjudicada por la invocación de la defensa. Es por ello que tal solución no sería la más adecuada para intentar equilibrar la balanza entre las partes ante un caso de frustración del fin. La inclusión de una compensación económica ante la potencial ocurrencia de un hecho imprevisible podría generar el riesgo de

que las partes no tengan los incentivos suficientes para celebrar un contrato. La simple idea de incluir este punto en la negociación contractual no resulta atractivo y atenta contra el propósito de ambas partes de buscar obtener de un contrato el mayor beneficio posible o mejor dicho que su beneficio sea mayor que su costo. Todo ello, sumado a lo increíblemente costoso que podría resultar en intentar fijar un valor de un hecho imprevisible, ya sea que esta estimación sea realizada *ex-ante* o *ex-post*.

Por otro lado, hemos dicho que hay cierta parte de la doctrina sigue insistiendo que la frustración del fin del contrato no debería ser aplicable, basándose en el principio de *pacta sunt servanda* sosteniendo la inviolabilidad de la relación contractual sea cual sea la situación; y otra parte que dicha figura debería aplicarse de manera restrictiva o limitada a ciertos casos puntuales.

Quienes se apoyan en la inviolabilidad de la relación contractual, han visto como dicha regla no puede ser inquebrantable en los casos donde la modificación de las circunstancias tenidas en cuenta por las partes, produce una alteración del estado de las cosas que fueron objeto de la contratación, alterando de ese modo su finalidad. En estos casos, resulta difícil poder justificar la obligatoriedad de los contratos. Esto fue lo que en su momento dio a lugar la aparición del principio *rebus sic stantibus* donde se admite la posibilidad de rescindir los contratos ante una posterior modificación del estado del hecho imperante en el momento en que fueron concluidos, que haya generado que el fin del convenio se frustre. La aplicación de este principio, es la respuesta a la inquebrantabilidad de la regla de inviolabilidad de los contratos, ya que con este principio se puede decir que el contrato obliga mientras las cosas permanezcan en el mismo estado en que se hallaban cuando se perfeccionó el negocio

Finalmente, el art. 1090 de nuestro CCyCN consagra el instituto de la frustración de la finalidad del fin del contrato. Algunos autores consideran que la incorporación de esta norma a nuestra legislación puede ser una bomba de tiempo. Varias personas en su afán de sacar cierta ventaja, pueden emplear esta norma con el objetivo de dejar de cumplir contratos que a su criterio no los beneficia o cuyo incumplimiento podría traerle un mayor beneficio que el seguir vinculado al mismo.

No obstante ello, la mirada alarmante de estos autores no debería ser tomada en cuenta, considerando que el legislador a incluir este artículo lo ha hecho en miras a que sea de aplicación excepcional. Esta excepcionalidad proviene principalmente de que para poder ser utilizado, deberán ocurrir circunstancias excepcionales, ajenas a las partes. Es decir que, la frustración de la finalidad tenga su causa en cambios extraordinarios del contexto dentro del cual se celebró el contrato; pero no solo eso, sino que, además, ese cambio de contexto sea ajeno al riesgo normal y habitual asumido por la parte para celebrar el contrato. Además, la norma impone que para que prospere la salida del contrato por frustración del fin económico, esta debe ser definitiva. La finalidad de un contrato se ve frustrada en forma definitiva cuando el continuar su cumplimiento podría perjudicar a alguna de las partes.

Dicho esto, la norma consagrada en el art. 1090 del CCyCN nunca podría ser tomado como un perjuicio, considerando que su carácter excepcional es lo que hace que justamente sea solo una herramienta con la que cuentan las partes en casos excepcionales para evitar que sufran algún perjuicio o daño innecesario por la frustración de la finalidad del convenio celebrado.

La frustración del fin del contrato en mi opinión es una herramienta que brinda el derecho mediante la cual las partes pueden desligarse de un vínculo contractual existente, ante la ocurrencia de circunstancias excepcionales que alteren la finalidad de dicho vínculo. El ejercicio de esta herramienta, permite en definitiva a la parte que la ejerce eximirse del cumplimiento y resolver el contrato sin derecho a ningún tipo de compensación. Como toda herramienta dada por el derecho, es una opción que las partes tienen pero que no deben hacer abuso de la misma, porque si no lo que termina sucediendo es que no solo se desnaturaliza la figura, sino que además su abuso podría llevar a las personas a perder interés en celebrar un convenio. La posibilidad de que en algún momento una de las partes simplemente haga uso de esta herramienta para su propio beneficio, se desligue del convenio y termine perjudicando a la contraparte, es lo que podría generar si esto se vuelve algo cotidiano, la pérdida de interés en continuar celebrando acuerdos. A su vez, esta potencial disminución en la cantidad de acuerdos celebrados impactaría directamente en los mercados, ya que coincidimos en que estos instrumentos son la razón por la cual los mercados operan eficientemente. Entonces, su disminución podría repercutir directamente en el funcionamiento de los mercados.

Es por eso que entendemos que para evitar este potencial caos, será necesario que se haga un análisis exhaustivo y preciso cada vez que se hace uso de esta herramienta, a fin de proteger a las partes de un posible abuso que acabe en un daño. El prevenir una pérdida de interés en las contrataciones dependerá en definitiva de cuan eficiente sea este análisis para evitar posibles abusos de la herramienta.

Por último y habiendo hecho un profundo análisis sobre el instituto a lo largo del presente trabajo, en nuestra opinión la premisa ante la potencial ocurrencia de un hecho imprevisible que podría tornar inútil un contrato o carente de interés por frustración de su finalidad, debería ser la asignación eficiente de riesgos *ex – ante*. Es cierto que las partes tienen mayor facilidad para asignar riesgos *ex – ante* que pérdida *ex – post*, y el caso bajo estudio no es un excepción a ello. Esto se debe a que las partes podrían tener mayores dificultades para asignar un pérdida causada por un hecho imprevisible ya ocurrido que asignar un riesgo a quien pueda soportarlo a menores costo *ex – ante*. Estas dificultades son las que hace que sea menos costoso la asignación de riesgos *ex – ante*.

Finalmente, a los fines de que pueda considerarse una asignación eficiente, las partes de una negociación contractual deberán asignar el riesgo a quien pueda evitarlo a menores costos. Si esto no fuera posible, entonces quien debería asumir el riesgo debería ser la parte que pueda soportarlo mejor.

- CAPITULO X -

Bibliografía General

A- Libros y Textos

- Eduardo Stordeur (H) (2011), Análisis económico del Derecho. Una introducción, Capítulo VI “Economía del Derecho de los Contratos“, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, Argentina, Año 2011
- Ricardo M. Rojas, Osvaldo Schenone, Eduardo Stordeur (H), Nociones de Análisis Económico del Derecho Privado, Capítulo IV, “Teoría Económica de los Contratos“, Universidad Francisco Marroquín, Año 2013.
- Robert D. Cooter y Thomas S. Ulen; Derecho y Economía, Capítulo VI “Teoría Económica del Contrato”, Editorial Fondo de Cultura Económica (México), Traducción Eduardo L. Suarez, segunda reimpresión en español, Año 2002.
- Atilio Aníbal Alterini; Contratos Civiles y Comerciales de Consumo, Teoría General; Capítulo 1 “Que es un contrato”, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, Argentina, Año 1998.
- José María Gastaldi, La Frustración del Fin del Contrato y el Nuevo Código; ([www.colabogados.org.ar/larevista/pdfs/id21/la-frustracion-del-fin-del-contrato.pdf](http://www.colabogados.org.ar/larevista/pdfs/id21/la-frustracion-del-fin-del-contrato.pdf)).
- Alejandro E. Freytes, “Recepción de la Frustración del fin del contrato en precedentes anteriores y en el proyecto de código civil y comercial 2012”, Revista de la Facultad, Vol. IV N° 2 Nueva Serie II (Año 2013): ([www.revistas.unc.edu.ar/index.php/refade/article/download/.../11903](http://www.revistas.unc.edu.ar/index.php/refade/article/download/.../11903))
- Alejandro E. Freytes, La Frustración del Fin del Contrato, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Año 2010 ([www.acaderc.org.ar](http://www.acaderc.org.ar)).
- Pedro F. Silva Ruiza, Derecho Inglés y Derecho de Contratos ([www.acaderc.org.ar](http://www.acaderc.org.ar)).
- José Félix Chamie, *Frustration of Contract and impossibility of performance en el common law inglés* ([www.revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/download](http://www.revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/download)).

- Luis F. P, Leiva Fernandez; La Frustración del Fin del Contrato, La Ley Online, publicado el 24/02/2014.
- Matias Padin Marchioli, La Frustración de la Finalidad del Fin del Contrato en el Código Civil y Comercial, Capitulo 1 “Origen y recepción jurisprudencial”, II Editores, Argentina, Año 2015 ([www.scba.gov.ar/leyorganica/ccyc30/pdfley/Padin\\_Marchioli\\_La\\_frustracion\\_de\\_la\\_finalidad\\_del\\_contrato.pdf](http://www.scba.gov.ar/leyorganica/ccyc30/pdfley/Padin_Marchioli_La_frustracion_de_la_finalidad_del_contrato.pdf))
- Arnoldo Esteban, Acuña Alvarado, La Teoría de la Frustración del Fin del Contrato y su Aplicabilidad en Costa Rica, San José, Costa Rica, Año 2008. ([www.ijj.ucr.ac.cr/wp-content/uploads/bsk-pdf-manager/2017/07/La-teoria-de-la-frustraci%C3%B3n-del-fin-el-contrato.pdf](http://www.ijj.ucr.ac.cr/wp-content/uploads/bsk-pdf-manager/2017/07/La-teoria-de-la-frustraci%C3%B3n-del-fin-el-contrato.pdf))
- Jorge Mosset Iturraspe, Contratos- Parte general, “La Frustración del Contrato: Noción. Semejanzas y Diferencias”, Tomo 2016, Revista de Derecho Privado y Comunitario, Editorial Online Rubinzal Culzoni, Año 2017.
- Rubén S. Stiglitz, Frustración del fin del Contrato, JA, 1998-II-937
- Pablo Van Thienen, Resolución del Contrato por Frustración Definitiva de su Finalidad Económica. El Artículo 1090 y una norma absurda, CEDEF, año 2017 ([www.cedeflaw.org/pdfs/201754134721-165.pdf](http://www.cedeflaw.org/pdfs/201754134721-165.pdf))
- German E Grebaudo, La Frustración del Fin del Contrato en el Código Civil y Comercial de la Nación (Parte II), Diario Comercial, Económico y Empresarial Online, Nro. 190- Año 2018 ([www.dpicuantico.com/sitio/wp-content/uploads/2018/12/Gerbaudo-Comercial-5.12-Parte-I.pdf](http://www.dpicuantico.com/sitio/wp-content/uploads/2018/12/Gerbaudo-Comercial-5.12-Parte-I.pdf)).
- Maria Soledad Manin – Carlos Adrián Garaventa, Krell v. Henry, “Audiencia ante la Court of Appeal of England and Wales, Civil Division, 11 de Agosto de 1903”, pags 301-313, Lecciones y Ensayos, Nro. 90, Año 2012 ([www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/manin-garaventa](http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/manin-garaventa))
- Marisa Herrera, Gustavo Caramelo, Sebastian Picasso, Código Civil y Comercial Comentado, Tomo III, Libro Tercero, Arts. 724 a 1250, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Presidencia de la Nación ([www.saij.gob.ar/docs-f/codigo-comentado/CCyC\\_TOMO\\_3\\_FINAL\\_completo\\_digital.pdf](http://www.saij.gob.ar/docs-f/codigo-comentado/CCyC_TOMO_3_FINAL_completo_digital.pdf))

B - Jurisprudencia:

- Corte Suprema de Justicia, “*Longobardi vs. Instituto de Educación Integral Superior San Patricio*”, LA LEY, 2008-B, 43.

- Cámara Nacional en lo Comercial, Sala B, “*D.G, J.M y otro vs. Madero Tango S.A. s. Ordinario*”, Editorial Rubinzal Culzoni Online, 37062/2015 RC J 1297/19, Publicado el 04/12/2018.

- Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería, Sala I, Provincia de Neuquen, “*Adorno, Micaela vs. Lager, Maria Daisy s. Accion de Nulidad*”, Editorial Rubinzal Culzoni Online, 501790/2014 RC J 3627/18, Publicado el 13/03/2018.