

Título: El contrato de locación de cosas inmuebles ante la pandemia. Interpretación del artículo 1203 Cód. Civ. y Com y su relación con otras disposiciones

Autor: Rivera, Julio César

Publicado en:

Cita Online: [AR/DOC/1103/2020](#)

Sumario: I. Planteo del tema. - II. El texto implicado. - III. Su antecedente. - El Código de 1869. - IV. Aplicaciones judiciales del Código Civil de 1871. - V Interpretación del art. 1203.- V.1. Observaciones a la redacción del art. 1203. - V.2. A qué se refiere la ley cuando exige que el caso fortuito afecte a la cosa misma. - V.3. El aislamiento social obligatorio: ¿afecta a la cosa misma? - VI. El DNU 320/2020

I. Planteo del tema [\(1\)](#)

No hace falta insistir en que la pandemia y las medidas que adopta el Gobierno nacional — y cualquier otra autoridad [\(2\)](#)- afectan a los contratos en ejecución [\(3\)](#).

En un trabajo anterior hemos abordado las instituciones más generales: caso fortuito, imprevisión, frustración del fin, suspensión de cumplimiento, tutela anticipada.

E hicimos alguna referencia casi tangencial a algunos contratos en particular, como el de locación de cosas inmuebles. Pero las opiniones sobre como la crisis afecta en particular a este contrato — al cual el Cód. Civ. y Com. dedica una norma especial - no son unánimes y por ello volvemos sobre él.

II. El texto implicado

El art. 1203 Cód. Civ. y Com. dice: Frustración del uso o goce de la cosa . Si por caso fortuito o fuerza mayor, el locatario se ve impedido de usar o gozar de la cosa, o ésta no puede servir para el objeto de la convención, puede pedir la rescisión del contrato, o la cesación del pago del precio por el tiempo que no pueda usar o gozar de la cosa. Si el caso fortuito no afecta a la cosa misma, sus obligaciones continúan como antes".

En los Fundamentos que acompañaron al Anteproyecto no se da ninguna explicación acerca de este precepto.

III. Su antecedente. El Código de 1869

El Código de Vélez abordó esta materia, dedicándole los artículos 1521 y 1522. El primero de ellos disponía: Si durante el contrato la cosa arrendada fuere destruida en su totalidad por caso fortuito, el contrato queda rescindido. Si lo fuere sólo en parte, puede el locatario pedir la disminución del precio, o la rescisión del contrato, según fuese la importancia de la parte destruida. Si la cosa estuviere solamente deteriorada, el contrato subsistirá, pero el locador está obligado a reparar el deterioro, hasta poner la cosa en buen estado.

Y el art. 1.522 expresaba: "Si por un caso fortuito o de fuerza mayor, el locatario es obligado a no usar o gozar de la cosa, o ésta no puede servir para el objeto de la convención, puede pedir la rescisión del contrato, o la cesación del pago del precio, por el tiempo que no pueda usar o gozar de la cosa. Pero si el caso fortuito no afecta a la cosa misma, sus obligaciones continuarán como antes.

Adviértase que los preceptos contemplan la destrucción parcial o total de la cosa, su deterioro (art. 1521) y que el locatario se vea obligado a NO usar la cosa o ésta no pueda servir a su destino.

Y es en la nota al art. 1522 donde Vélez explica la norma diciendo que ella aplica "...cuando en tiempo de guerra el locatario se obligó a dejar su habitación o si en tiempo de peste no puede ocupar la cosa que tenga alquilada porque la policía sanitaria no lo permitiese, el locatario , según las circunstancias, podrá hacer rescindir el contrato u obtener la disminución del precio o la cesación momentánea del pago del alquiler"

IV. Aplicaciones judiciales del Código Civil de 1871

La CNCivil de la Capital Federal declaró que estaba bien rescindido el contrato de locación de un campo sito en la Provincia de Santiago del Estero porque la carencia de caudal de agua en un canal que debía abastecerlo, lo hacía impropio para el desarrollo de las labores productivas propias de su destino [\(4\)](#).

V Interpretación del art. 1203

V.1. Observaciones a la redacción del art. 1203

Se ha observado en la doctrina que la redacción del artículo 1203 es confusa pues su primera parte alude a que el locatario se encuentre impedido de usar o gozar de la cosa — con lo cual se refiere a que el impedimento afecte a la persona del locatario - pero luego agrega — de manera concluyente que el caso fortuito debe recaer sobre la cosa y que de no ser así las obligaciones del locatario continúan como antes [\(5\)](#).

V.2. A qué se refiere la ley cuando exige que el caso fortuito afecte a la cosa misma.

Ya vimos que la última proposición del art. 1203 es que "Si el caso fortuito no afecta a la cosa misma, sus obligaciones (las del locatario) continúan como ante".

Entendemos que el codificador — tanto el histórico como el contemporáneo que ha seguido la huella de aquél — lo que pretende es que la imposibilidad del uso o goce — al recaer sobre la cosa - sea de tal grado de impersonalidad que impida el uso o goce a cualquier contratante común [\(6\)](#).

De modo que excluye el caso fortuito que afecta exclusivamente al locatario.

- Algunos ejemplos pueden contribuir a aclarar estas ideas.

- una persona alquila un departamento en un segundo piso sin ascensor; si se fractura la cadera y no puede subir, ese caso fortuito lo afecta a él y no a la cosa; por lo tanto no puede ampararse en el art. 1203;

- una persona alquila un establecimiento industrial y un rayo destruye la instalación eléctrica; puede ampararse en el art. 1203 porque el caso fortuito afecta a la cosa misma e impide su uso conforme a su destino;

- una persona alquilaba una habitación en el barrio de San Telmo, la epidemia de fiebre amarilla hizo que las autoridades sanitarias ordenaran la evacuación del barrio; la persona estaba impedida de ocupar la cosa; por lo que el caso fortuito — en este caso el hecho del príncipe — afectó a la cosa misma y por ello el inquilino pudo ampararse en el art. 1522 Código Civil;

- una gran inundación obliga a evacuar una ciudad, como ha sucedido en el centro de la provincia de Buenos Aires con Villa Epecuén en 1985; si alguien tenía alquilado un establecimiento para explotar un hotel o una casa de veraneo, pudo rescindir el contrato con fundamento en aquella época en el art. 1522 Código Civil y si sucediera hoy en el art. 1203 Cód. Civ. y Com.;

- una persona alquila una casa y debe ser sometido a un complejo tratamiento para tratar una enfermedad inculpable, por lo que es internado en un hospital durante dos meses; no puede ampararse en el art. 1203 Cód. Civ. y Com., porque el caso fortuito no impide a todos ocupar la casa, sino sólo a él por razón su enfermedad. Sería lo mismo si el locatario es internado porque contrajo COVID 19;

V.3. El aislamiento social obligatorio: ¿afecta a la cosa misma?

Este punto, que es el crucial en este momento, exige hacer distinciones básicas relacionadas fundamentalmente con el destino de la cosa alquilada. Es que el conflicto se va a plantear — y ya se ha planteado — con los alquileres de locales comerciales, oficinas y establecimientos industriales que por no estar incluidos en ninguna de las excepciones del DNU que impuso el aislamiento, no pueden ser usados o lo son mínimamente.

En esos casos: ¿el hecho del príncipe afecta a la cosa misma o no?

La respuesta a la cuestión merece precisiones.

El DNU 297/2020 sobre aislamiento social obligatorio dispone, entre otras medidas, lo siguiente: "...ARTÍCULO 5º.- Durante la vigencia del "aislamiento social, preventivo y obligatorio" no podrán realizarse eventos culturales, recreativos, deportivos, religiosos, ni de ninguna otra índole que impliquen la concurrencia de personas. Se suspende la apertura de locales, centros comerciales, establecimientos mayoristas y minoristas, y cualquier otro lugar que requiera la presencia de personas"

Y luego enumera una serie de excepciones (art. 6).

De acuerdo con ello, si el local o establecimiento arrendado queda comprendido en la "suspensión de apertura", la hipótesis está claramente abarcada por el art. 1203; se trata del supuesto que Vélez exponía en la nota a su artículo 1522: durante la peste la autoridad sanitaria impide el acceso a la cosa.

Graciela Medina — seguramente por su origen mendocino - lo explica comparando las decisiones gubernamentales con un sismo. Ella afirma: "El supuesto contemplado en la norma es claro cuando el caso fortuito es un terremoto y afecta el inmueble; en el caso del sismo la fuerza de la naturaleza afecta a la cosa y por eso no se puede usar y gozar de ella. Cabe preguntarse si también se aplica la disposición, en el supuesto que las normas derivadas de la emergencia sanitaria impidan la utilización del bien alquilado para el uso comercial determinado. Creemos que el artículo 1203 es aplicable al supuesto que por decisión legislativa de política sanitaria no se pueda abrir un local comercial, ya que la disposición afecta la "cosa misma"; en el caso del sismo la puerta de la casa no se puede abrir por el temblor de tierra, en el supuesto del "coronavirus" la puerta del local no se puede abrir por el "hecho del príncipe" ... [\(7\)](#)

O sea que los arrendatarios de locales destinados a fiestas, salones de conferencia, estadios, cines, teatros, establecimientos educativos, salas para la celebración de reuniones políticas, discotecas, etc. pueden rescindir el contrato o pedir la suspensión del pago del alquiler mientras dure la obligación de aislamiento. Ello con

fundamento claro en el art. 1203 Cód. Civ. y Com. pues la suspensión de apertura es una verdadera prohibición de la autoridad pública para el acceso mismo a la cosa y que obviamente afecta su destino.

Pero existen múltiples situaciones más ambiguas. Por ejemplo el alquiler de las oficinas de un contador. Ninguna disposición del gobierno prohíbe o impide ejercer la profesión de contador durante el aislamiento; tampoco está prohibido ingresar al edificio donde está la oficina. Y es muy probable que el contador — como muchos otros profesionales de distintas áreas - puedan trabajar a distancia, aprovechando incluso los sistemas y programas informáticos que estén instalados en un servidor que está en su oficina. Los establecimientos educativos, que no dan clases presenciales — es más, las clases presenciales están claramente comprendidas por la prohibición de reuniones públicas - pero sí virtuales aprovechando la infraestructura informática que está centralizada en el mismo local donde ahora no se dan clases. Un establecimiento industrial es muy probable que tenga que paralizar su actividad porque no pueden asistir los empleados y operarios, pero no se impide el acceso al mismo del personal de seguridad y limpieza. Es más, los restaurantes y bares no pueden funcionar con el local abierto, pero pueden prestar servicios de comidas y bebidas que no se consuman en el local; con lo cual es el público quien no puede acceder al interior del local y permanecer en él, pero sí los cocineros y otro personal que prepara las comidas, las entrega y percibe el precio.

Con lo cual se dan muchos supuestos de utilización reducida, parcial, pero que no caben en la idea del caso fortuito que afecta a la cosa misma, porque no hay un impedimento legal para "ocupar" la cosa ni afecta totalmente a su destino.

Por lo tanto el locatario no está en condiciones de rescindir el contrato o pretender la suspensión del pago del canon, con fundamento en el art. 1203 Cód. Civ. y Com..

Tampoco podría —estimo— invocar el caso fortuito genérico, pues este extingue la obligación por imposibilidad del objeto como lo dice expresamente el art. 955 Cód. Civ. y Com., lo cual no sucede nunca con las obligaciones de dar dinero, como lo es la del locatario.

- Pero de lo que venimos diciendo no podemos deducir como consecuencia que el locatario quede atado absolutamente al contrato; en otras palabras, no es razonable concluir que las obligaciones del inquilino "continúan como antes".

- Y para encontrar un cauce legal a la solución del caso, debemos recurrir a una interpretación razonable del art. 1203 y a las instituciones que el mismo Cód. Civ. y Com. contiene.

En primer lugar, la situación actual con relación a esos contratos de locación que están afectados de una manera diríamos indirecta, porque no está prohibido el acceso a la cosa pero el locatario no puede ir a ella porque debe "quedarse en casa" pero a la vez usa el server que está instalado en la oficina, no es una situación prevista por el art. 1203 Cód. Civ. y Com..

Afirmamos esto porque el 1203 exige que el caso fortuito afecte a la cosa misma y con ello excluye como supuesto a los acontecimientos que afecten solo al inquilino. Por eso dijimos que el supuesto alcanzado por el art. 1203 es aquél en el cual la causa de la no ocupación de la cosa es tan impersonal y objetiva que afecta a cualquier locatario.

En el caso, las medidas del gobierno no afectan a la cosa misma; el edificio permanece abierto, las personas propietarias — y los inquilinos que tienen allí sus viviendas - ocupan sus respectivos departamentos. Pero el contador o la profesora de yoga o el kinesiólogo que alquila el piso 4 para su actividad profesional no puede ir al edificio porque no puede salir de su casa.

Entonces esta es una hipótesis que el 1203 Cód. Civ. y Com. no prevé: el caso fortuito no afecta a la cosa misma, pero el inquilino no puede ocuparla por una razón absolutamente objetiva e impersonal.

De allí que la cuestión deba resolverse por aplicación de las otras instituciones que el Cód. Civ. y Com. legisla.

En primer lugar, puede acaecer es que existan dificultades para cumplir, causadas por circunstancias ajenas a las partes, sobrevinientes al contrato e imprevisibles o inevitables. En otras palabras que el contrato por razones que reúnen esas condiciones, se torne excesivamente oneroso. Ello como todos sabemos es la hipótesis de la imprevisión regulada por el art. 1091 Cód. Civ. y Com..

Circunstancias de calamidad general han permitido la revisión o renegociación de los contratos; el derecho comparado conoce varios casos, pero sin ir más lejos es lo que dispuso la ley 25561 de emergencia económica en el 2002; el art 11 que preveía una serie de medidas para las obligaciones en moneda extranjera, terminaba diciendo que el PEN podía tomar medidas aclaratorias ...sustentadas en la doctrina del art. 1198 CC y el principio del esfuerzo compartido.

De modo que ya tenemos un antecedente vernáculo que ante circunstancias de calamidad general, que alteraron los contratos, la legislación argentina dio por sentado que era aplicable la doctrina de la imprevisión y el esfuerzo compartido.

En las circunstancias actuales no hay duda que la pandemia en sí y las medidas adoptadas por el gobierno constituyen hechos imprevisibles, inevitables, posteriores a la celebración del contrato y ajenos a las partes. Por lo que reúnen todas las condiciones del casus. Ello afectará sustancialmente las previsiones de cualquier locatario de un local comercial, industrial, etc. — y como tal habilita para solicitar la extinción del contrato o la revisión del precio del contrato mientras dure la situación de aislamiento social obligatorio.

Además el Cód. Civ. y Com. contempla ahora expresamente la denominada frustración del fin del contrato (art. 1090), uno de cuyos supuestos explícitos es la imposibilidad de la cosa alquilada de servir para el objeto de la convención como lo dispone el mismo art. 1203. La invocación del art. 1090 como norma general puede servir para acoger aquellos casos en que la cosa sigue siendo apta para su destino — la oficina sigue estando disponible - pero el contador no puede ir a ella porque debe permanecer en su casa como la mayoría de los argentinos.

A mayor abundamiento señalamos que los contratos de locación de inmuebles siempre pueden rescindirse anticipadamente por decisión del locatario, pero ello requiere que se satisfagan las exigencias del art. 1221 Cód. Civ. y Com. (8). Si la pretensión rescisoria del locatario se funda en la existencia de la pandemia y las consecuentes medidas gubernamentales, invocando el art. 1091 o el art. 1090, no será necesario satisfacer las exigencias del art. 1221.

Otro argumento tiene su causa en el mismo Cód. Civ. y Com.. El art. 1011 dispone — para los contratos de larga duración — un deber general de renegociar antes de rescindir. No se me escapa que probablemente en este caso el tiempo no es un factor esencial para satisfacer la finalidad del contrato, pero lo cierto es que en este precepto el Cód. Civ. y Com. consagra un corolario de la buena fe contractual, que es el de la conservación de los contratos para que puedan cumplir o satisfacer su finalidad. (9)

Es cierto que el locador puede sostener que no es socio del locatario, por lo que si este ganara mucho dinero con la explotación del comercio o industria emplazado en el inmueble no cobraría un precio mayor (10); pero a la vez ese locador no puede desconocer los efectos tanto de la pandemia como de las concretas medidas adoptadas por el Gobierno. Por lo que — finalmente - la buena fe contractual que debe regir tanto en la celebración como en la ejecución del contrato (art. 961) (11), impone al locador participar de una renegociación de los términos del contrato.

En definitiva lo que proponemos es que aun cuando el caso fortuito no afecte a la cosa misma, sea por una interpretación extensiva del art. 1203 o por aplicación de las doctrinas más generales de la frustración del fin, de la imprevisión o por reconocer la existencia de un deber genérico de renegociar los contratos "entregados al tiempo", el locatario de un inmueble que hoy no puede ser utilizado por razón del aislamiento social obligatorio está legitimado para proponer una renegociación de los términos del contrato.

Es que esas disposiciones no son otra cosa que el reflejo del principio de buena fe y de un presupuesto que Larenz expresa con toda claridad al decir que el contrato debe ser siempre una regulación dotada de sentido para ambas partes. La circunstancia de que el Cód. Civ. y Com. contemple un supuesto particular de frustración del contrato de locación de cosas en el art. 1203 exigiendo que el caso fortuito afecte a la cosa misma, no impide la aplicación de las doctrinas generales pues no hay una exclusión expresa y como es obvio el contrato de locación es un contrato como todos los demás que al verse afectado por estas circunstancias generales excepcionales debería poder ser revisado de modo que siga teniendo sentido para ambas partes.

VI. El DNU 320/2020

El PEN ha dictado el DNU 320/2020 referido a los contratos de locación, disponiendo el congelamiento del precio del alquiler, la suspensión de desalojos y algunos otros beneficios.

Ello aplica a ciertas locaciones que enumera el art. 9 (12).

Lo que resulta de la lectura del decreto es que parece desconocer la existencia de las disposiciones del Cód. Civ. y Com., pues no habilita la suspensión del pago mientras dure la situación de emergencia, ni la rescisión del contrato.

Una interpretación razonable del decreto sólo puede ser que los locatarios monotributistas de establecimientos destinados a la prestación de servicios, al comercio o a la industria, tienen los beneficios reconocidos en ese DNU además de los previstos en el Cód. Civ. y Com. en el art. 1203 y en las demás reglas generales sobre contratos que en definitiva son más generosas que el propio DNU 320.

(1) Este trabajo se origina en un muy interesante debate que mantuvimos la semana pasada con Ricardo Beller y Fernando Montes de Oca con relación a casos concretos; valga esta mención como reconocimiento a sus relevantes aportes

(2) Uno de los aspectos ms preocupantes de esta crisis es el caos institucional en que está sumida la Argentina. Cualquier funcionario u órgano se cree habilitado para dictar medidas que restringen cuando no suprimen libertades esenciales garantizadas por la CN y los Tratados. Así el Concejo Deliberante de Puerto Iguazú cerró la frontera internacional, el ministro de seguridad de Chubut prohibió el ingreso a la provincia (cuando el gobernador estaba fuera...), el Ministerio de Acción Social dicta resoluciones consciente de que son contrarias a las adoptadas por el presidente de la Nación por DNU y ello se pretende justificar en la crisis (v. Herrera, Marisa, Las relaciones de familia detrás de un vidrio. Coronavirus y aislamiento social familiar, LL 2.4.2020), intendentes cortan las rutas, el Gobernador de Corrientes virtualmente inhabilita a los médicos que viven en la ciudad capital de la provincia a ejercer en Resistencia; la medida cautelar adoptada por un juez federal de Chaco es declarada "inoponible" por el juez federal de Corrientes, etc. Y lo que a mi juicio es más preocupante es el silencio de los poderes legislativos, nacional y provinciales y la virtual paralización de los poderes judiciales, con lo cual nos hemos transformado en un país con un solo poder en funcionamiento, el Ejecutivo.

(3) Y ni que hablar a las tratativas en curso; en estos días tuve la oportunidad de participar en un intenso debate sobre como reflejar en los contratos de adquisición de paquetes accionarios de empresas los riesgos emanados de la crisis, tanto sea en las representaciones que hace el vendedor o en las disposiciones a incluir en las cláusulas MAC. Nunca más presente que ahora la idea de que el contrato es - en definitiva - un acuerdo de distribución de riesgos del negocio.

(4) CNCiv., sala F, 25.4.96, ED 11-10.96, fo. n° 47433; en un trabajo reciente se cita un fallo de la CNCCom., sala C, 27.5.2014, en el que se autorizó a cesar el pago del alquiler de un campo fundado en la emergencia agraria decretada por la Provincia de Entre Ríos a causa de una sequía

(5) Di Chiazza señala esta incongruencia, pero finalmente concluye que para aplicar la solución del art. 1203 el caso fortuito debe afectar a la cosa y no a las personas, afectación que puede darse por destrucción total o parcial de la cosa_ Di Chiazza, Iván, "Contratos — Parte especial", pág. 287.

(6) Arias Cau, Esteban Javier — Nieto, Matías Leonardo, comentario al art. 1203 en Rivera — Medina, Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, t. III, pág. 963; en particular núm. 4 en pág. 964

(7) Medina, Graciela, Del cumplimiento al incumplimiento de los contratos, inédito, a publicarse en LL

(8) ARTICULO 1221.- Resolución anticipada. El contrato de locación puede ser resuelto anticipadamente por el locatario:a) si la cosa locada es un inmueble y han transcurrido seis meses de contrato, debiendo notificar en forma fehaciente su decisión al locador. Si hace uso de la opción resolutoria en el primer año de vigencia de la relación locativa, debe abonar al locador, en concepto de indemnización, la suma equivalente a un mes y medio de alquiler al momento de desocupar el inmueble y la de un mes si la opción se ejercita transcurrido dicho lapso;b) en los casos del artículo 1199, debiendo abonar al locador el equivalente a dos meses de alquiler.

(9) En el comentario al art. 1011 inserto en Rivera — Medina, Código Civil y Comercial Comentado, t. III, págs. 518 y sigs. decimos: Aun cuando el Código Civil y Comercial no alude — por suerte — a la función social del contrato (aunque los Fundamentos tratan de tal "función"), lo cierto es que el contrato moderno no reposa sobre los mismos paradigmas que el contrato del siglo XIX. Ya la reforma de 1968 afectó los pilares esenciales del individualismo del siglo XIX que inspiraban al código de Vélez, lo que permitió decir a Spota y a otros autores que en realidad desde aquella reforma ya no rige el Código de Vélez, sino que "contamos con un nuevo Código Civil". Efectivamente, la incorporación de la doctrina del abuso del derecho que implica el reconocimiento de la relatividad de todos los derechos subjetivos, el principio general de la buena fe que se proyecta sobre la celebración y la ejecución del contrato y sus corolarios: la lesión y la excesiva onerosidad sobreviniente, permiten construir un nuevo modelo de contrato. En ese orden de ideas el insigne jurista brasileño Arnaldo Wald escribió que "en los últimos años dejé de concebir el contrato como representativo de intereses antagónicos, llegando los autores y la propia jurisprudencia a admitir, inicialmente en los contratos de largo plazo, y, en seguida en todos ellos, la existencia de una affectio — la affectiocontractus, con alguna semejanza con otras formas de colaboración, como la affectiosocietatis....En vez de adversarios los contratantes pasaron a ser caracterizados como socios que pretenden tener, uno con el otro, una relación equilibrada e igualitaria, teniendo en vista una mayor fraternidad y justicia" . Y luego de recordar los inicios del solidarismo contractual con los aportes del ilustre René Demogue , el profesor Wald continúa afirmando: "Hay, pues, una evolución en la cual, después de abandonada la concepción del contrato como manifestación ilimitada de la libertad individual, le damos una nueva conceptualización en la que prepondera, o debe preponderar, sobre la

voluntad individual de cada uno de los contratantes, el consenso que entre ellos se formó, sin que sea lícito a cualquiera de ellos obtener una ventaja mayor de lo racionalmente aceptable, en el momento tanto de la celebración como de la ejecución del contrato". De modo pues que el contrato es concebido como un bloque de derechos y obligaciones de ambas partes, que debe mantener su equilibrio inicial...de donde en vez del contrato irrevocable, fijo, cristalizado de ayer, conocemos un contrato dinámico y flexible que las partes quieren y deben adaptar para que pueda sobrevivir...La plasticidad del contrato transforma su propia naturaleza, haciendo que los intereses divergentes del pasado sean ahora convertidos en una verdadera asociación, en la cual todos los esfuerzos son válidos y necesarios para hacer subsistir el vínculo entre los contratantes...Dentro de ese concepto de asociación se admite la anulación del contrato por lesión o su revisión en virtud de la excesiva onerosidad Y cuando ello se vincula con el factor "tiempo", ese nuevo modelo de contrato se evidencia todavía más. Se reconoce entonces al contrato como imponiendo a los operadores (inclusive jueces y árbitros) "una cada vez más afinada labor de cooperación" (Morello), y ello lleva a autorizada doctrina a señalar que "Desde esta óptica el contrato "entregado al tiempo" requiere un enfoque diverso...se extiende la frontera del deber de cooperación, hasta abarcar el deber de cumplir la legítima expectativa de la contraparte, o de evitar todo aquello que pudiera frustrar el fin de la convención o perjudicar indebidamente al cocontratante. En otros términos, al antagonismo característico del contrato de ejecución instantánea lo reemplaza una suerte de affectio contractus que aproxima este modelo a un arquetipo negocial de carácter asociativo" (Tobías — De Lorenzo). En la misma orientación se reconoce que los contratos de duración, aunque sean de cambio, deben ser vistos como contratos similares a los asociativos, transformados por esa relación con el exterior, y caracterizados por tener un fin común y exigir solidaridad, subrayándose que estos contratos exigen cooperación en lugar de competencia... (Nicolau). Entendemos que estas ideas sirven de apoyo a la conclusión a la que arribamos, esto es, que en las circunstancias actuales existe un deber de renegociar los contratos de locación de inmuebles aun cuando el caso fortuito no afecte a la cosa misma como lo exige el art. 1203. En la misma orientación Weingarten, Celia, Una nueva herramienta de solución extrajudicial de conflictos en las relaciones contractuales frente al COVID 19: El principio de negociación, en El dial 6.4.2020

(10) Algunos contratos de locación de inmuebles en los que operan fondos de comercio se prevé como retribución para el locador un porcentaje de los ingresos del fondo de comercio que opera en el inmueble alquilado. En este caso con mayor razón el locador debe participar de la renegociación, pues el contrato tiene un cierto componente asociativo. Y no podría invocarse que la sola baja de las ventas — o su lisa y llana inexistencia — ya opera un reajuste del precio; pues esa baja o inexistencia de ventas afecta a ambas partes de la relación, pero la porción de precio fijo sigue recayendo en el locatario que no puede explotar debidamente el fondo de comercio

(11) Toda la jurisprudencia alemana sobre los efectos de la hiperinflación sobre los contratos, se fundó exclusivamente en el deber de buena fe que imponía el BGB en su redacción original; ¡la doctrina de las bases recién entra al código alemán con la reforma de 2002...!

(12) ARTÍCULO 9°. - CONTRATOS ALCANZADOS: Las medidas dispuestas en el presente decreto se aplicarán respecto de los siguientes contratos de locación: 1. De inmuebles destinados a vivienda única urbana o rural. 2. De habitaciones destinadas a vivienda familiar o personal en pensiones, hoteles u otros alojamientos similares. 3. De inmuebles destinados a actividades culturales o comunitarias. 4. De inmuebles rurales destinados a pequeñas producciones familiares y pequeñas producciones agropecuarias. 5. De inmuebles alquilados por personas adheridas al régimen de Monotributo, destinados a la prestación de servicios, al comercio o a la industria. 17 Decreto 320/2020 6. De inmuebles alquilados por profesionales autónomos para el ejercicio de su profesión. 7. De inmuebles alquilados por Micro, Pequeñas y Medianas Empresas (MiPyMES) conforme lo dispuesto en la Ley N° 24.467 y modificatorias, destinados a la prestación de servicios, al comercio o a la industria. 8. De inmuebles alquilados por Cooperativas de Trabajo o Empresas Recuperadas inscriptas en el Instituto Nacional de Asociativismo y Economía Social (INAES). Artículo 10.- Excepción - Vulnerabilidad del locado

Título: Los contratos frente a la pandemia

Autor: Rivera, Julio César

Publicado en:

Cita Online: [AR/DOC/1102/2020](#)

Sumario: I. Introducción. Metodología de la exposición II. Examinar cada contrato en particular III. Los seguros. - IV. La empresa. Acciones a tomar. - V. Las negociaciones contractuales. - VI. La pandemia como supuesto de caso fortuito bajo el derecho argentino. - VI.1. Texto legal. Interpretación. - VI.2. Condiciones de aplicación. - VI.3. La pandemia y los hechos del príncipe. - VI.4. La imposibilidad de cumplir. - VI.5. Carga de la prueba. - VII. La teoría de la imprevisión. -VII.1. Texto legal. -VII.2. Condiciones de aplicación. - VII.3. Una duda: ¿y la imprevisibilidad? - VII.4. La excesiva onerosidad. - VIII. Hardship IX. - La frustración del fin. - IX.1. Texto legal. - IX.2. Condiciones de aplicación. - IX.3. Relación con la causa final como elemento del contrato. - IX.4. El problema principal: ¿cuándo es común la causa? - IX.5. Un caso particular de frustración del fin: el contrato de locación de cosas. - X. La "suspensión de cumplimiento" y la "tutela preventiva". - XI. Alguna noticia sobre el derecho comparado. - XI.1 La frustración del fin y la fuerza mayor en el derecho inglés. - XI.2. China (18). - XI.3. Francia. - XI.4. Otros países. - XI. 5. Estados Unidos. - XI.6. Convención de Viena. - XII. Interferencias legislativas en los contratos en curso

"...cuando en tiempo de guerra el locatario se obligó a dejar su habitación o si en tiempo de peste no puede ocupar la cosa que tenga alquilada porque la policía sanitaria no lo permitiese, el locatario, según las circunstancias, podrá hacer rescindir el contrato u obtener la disminución del precio o la cesación momentánea del pago del alquiler" (Vélez Sarsfield, nota al art. 1522 del Código Civil).

Como dice Larenz, el requisito es que el acontecimiento exterior constituya un verdadero caso fortuito para quien ha contratado, como sucede con el hecho del príncipe, la guerra, la peste, etc. (Rivera, La Doctrina de las Bases en el Proyecto de Unificación, 1987)

I. Introducción. Metodología de la exposición

En este trabajo vamos a examinar los efectos de la pandemia sobre los contratos paritarios, con lo cual excluimos consideraciones sobre los contratos al consumidor.

Lo haremos en tres partes:

- en la primera describiremos lo que a nuestro juicio deberían ser las conductas a seguir por los abogados llamados a asesorar en este tiempo; y lo mismo respecto de las empresas en sí mismas;
- en la segunda parte repasaremos — bajo el prisma del derecho argentino - algunos conceptos básicos sobre las instituciones jurídicas más comúnmente invocadas como lo son la fuerza mayor, la imprevisión, la frustración del fin, la suspensión de cumplimiento y la tutela preventiva;
- en la tercera daremos alguna noticia de derecho extranjero sobre las mismas materias.

Primera Parte. Las actitudes de los abogados y las empresas con relación a los contratos interferidos por la pandemia

II. Examinar cada contrato en particular

Los abogados recibimos consultas sobre los efectos de la pandemia sobre los contratos que están en curso; en ese caso lo primero que se recomienda enfáticamente es estudiar concienzudamente cada contrato o cada negociación en particular para conocer sus peculiaridades

Ello se funda en la obvia razón de que los contratos suelen contener renunciaciones a la imprevisión, asunciones del caso fortuito o exigir el envío de comunicaciones en plazos breves denunciando la existencia de hechos que pueden constituir supuestos de caso fortuito o de afectación del equilibrio contractual.

Esto implica:

- identificar las disposiciones clave de los contratos relevantes que pueden verse afectados por los eventos recientes (por ejemplo, declaraciones/garantías, convenios, derechos de rescisión, condiciones, cláusulas de fuerza mayor, cláusulas de "cambio en la ley", cláusulas MAC (material adverse change) o MAE (material adverse effect), etc;
- identificar los requisitos de notificación que se han activado o pueden activarse;
- considerar si existen medios alternativos para cumplir con las obligaciones contractuales o medidas proactivas que se puedan tomar anticipando los posibles efectos futuros del brote;
- analizar las posibles consecuencias de un incumplimiento y/o retraso en el cumplimiento;

- gestionar las comunicaciones con las contrapartes, teniendo en cuenta la importancia de la coordinación global de las relaciones locales para garantizar un enfoque consistente; y

- comprender las acciones y restricciones regulatorias locales, incluyendo la revisión de las regulaciones existentes (por ejemplo, sobre salud y seguridad) y monitorear nuevas disposiciones legales — que hoy emanan de múltiples autoridades sin mayor cuidado sobre las competencias de esas mismas autoridades - en tiempo real para determinar si requieren que la compañía tome medidas o decisiones que puedan afectar los compromisos contractuales.

En el derecho argentino estas cláusulas son por regla general plenamente eficaces, en particular en contratos entre sujetos con igual o semejante poder de negociación. Distinto podría ser el caso en contratos al consumidor o en situaciones de un manifiesto desequilibrio de poder de negociación.

III. Los seguros

Una cuestión que debe ponderarse es la existencia de seguros.

Algunas pólizas de seguro brindan cobertura de interrupción de negocios; sin embargo, como prerrequisito para la cobertura, estas pólizas frecuentemente requieren pérdidas físicas directas a la propiedad del asegurado, sus clientes o sus proveedores.

Ciertos productos especializados de seguros, como el seguro de fuerza mayor, el seguro de interrupción del comercio, el seguro de riesgo político pueden resultar de aplicación al caso actual. En todo caso, la cobertura será determinada por los términos y condiciones específicos de una póliza, los cuales deben evaluarse cuidadosamente. Se debe prestar especial atención a las disposiciones de notificación de la póliza aplicable.

IV. La empresa. Acciones a tomar

No es cuestión de simplemente esperar y soportar los efectos del coronavirus. Las compañías pueden y deben tomar acciones en previsión de la continuación de la pandemia y tratar de mitigar sus efectos.

En otras palabras, las empresas, donde sea que estén sus operaciones, deben tomar medidas proactivas para garantizar la continuidad de las operaciones suficientes para cumplir con las obligaciones contractuales existentes y evaluar si sus contrapartes también están tomando medidas para no tener que invocar fuerza mayor.

Ponderar y en su caso tomar esas medidas es especialmente importante dada la capacidad que las empresas tienen actualmente para prever e intentar mitigar cualquier impacto operativo potencial antes de que el brote se extienda a cualquier nueva localidad. Idealmente, las empresas podrán planificar en consecuencia para evitar interrupciones en sus operaciones si el virus continúa propagándose.

- Los ejemplos de pasos que las compañías podrían considerar (y tratar de asegurarse que las contrapartes estén tomando) incluyen:

- asegurar flujos de suministro alternativos en caso de que las operaciones de un proveedor se vean afectadas;

- planear cómo los empleados pueden continuar trabajando de manera remota, o cómo las funciones pueden transferirse a otras ubicaciones, en caso de cuarentenas y cierres de negocios;

- y mitigar el impacto de los viajes restringidos en todo el mundo y dentro de los países .

Incluso si dichos pasos no tienen éxito para evitar la necesidad de declarar una fuerza mayor, el intento de una empresa de mitigar su riesgo por adelantado será muy relevante para la determinación de un tribunal de si se tomaron medidas razonables para continuar cumpliendo con las obligaciones contractuales, y si el desempeño fue realmente imposible. Las medidas afirmativas para ayudar a garantizar que una empresa esté preparada para la posibilidad de interrupción del negocio como resultado de COVID-19 incluyen una revisión cuidadosa de las pólizas de seguro que pueden cubrir dicho evento.

V. Las negociaciones contractuales.

Es posible que se pretenda invocar la pandemia como un acontecimiento que justifica abandonar la negociación.

Volvemos sobre este punto al tratar concretamente el derecho argentino, pero señalamos que en muchas negociaciones los documentos precontractuales (mou, cartas de intención) prevén la posibilidad de abandonar las negociaciones si existen MAC (material adverse change) o MAE (material adverse effect) [\(1\)](#)

IIa. Parte. Repaso — bajo el derecho argentino - de las instituciones involucradas

VI. La pandemia como supuesto de caso fortuito bajo el derecho argentino

VI.1. Texto legal. Interpretación

El art. 1730 Cód. Civ. y Com. dispone: Se considera caso fortuito o fuerza mayor al hecho que no ha podido ser previsto o que habiendo sido previsto no ha podido ser evitado. El caso fortuito o fuerza mayor exime de responsabilidad excepto disposición en contrario.

De modo que el "casus" se configura frente a un hecho que no ha podido ser previsto o que habiendo sido previsto no ha podido ser evitado.

Existiendo caso fortuito o fuerza mayor la obligación se extingue sin responsabilidad salvo disposición en contrario.

VI.2. Condiciones de aplicación

Los siguientes aspectos deben ponderarse en cada caso en particular:

El hecho que se pretende liberador debe ser:

- objetivamente imprevisible e inevitable;
 - ajeno a las partes. El deudor no se libera si debió haber cumplido antes de que ocurriera el evento imprevisible e inevitable;
 - posterior en el tiempo a la relación jurídica que se ve afectada por el mismo;
- y ha de causar la imposibilidad definitiva de cumplir la prestación objeto del contrato; si la imposibilidad de cumplir es temporaria, la obligación queda extinguida sólo cuando el plazo para su cumplimiento era esencial o cuando su duración frustra el interés del acreedor de modo irreversible.

- en otras palabras el casus ha de resultar en un obstáculo insuperable.

VI.3. La pandemia y los hechos del príncipe

Tanto la pandemia en sí, como las medidas adoptadas por el gobierno — hechos del príncipe — son objetivamente hechos imprevisibles, inevitables y ajenos a las partes.

De modo que si la relación jurídica es anterior al brote - y por ende lo será también a las medidas gubernamentales - solo cabría analizar si, además, causa la imposibilidad de cumplir.

Es que lo que realmente libera al deudor es esa imposibilidad de cumplir.

Así surge con toda claridad del art. 955 Cód. Civ. y Com., conforme al cual "La imposibilidad sobrevenida, objetiva, absoluta y definitiva de la prestación, producida por caso fortuito o fuerza mayor, extingue la obligación sin responsabilidad".

Si la imposibilidad no reúne esas condiciones, sino que es transitoria existen otros remedios, como la suspensión de cumplimiento (art. 1031) que examinaremos más adelante; y si no hay imposibilidad sino dificultades para el cumplimiento el remedio puede ser la imprevisión (art. 1091) que autoriza al afectado a requerir la revisión del contrato o su rescisión.

Ahora bien; habida cuenta el efecto extintivo de la obligación sin responsabilidad, debemos examinar con cierto cuidado cuando existe tal imposibilidad de cumplimiento,

VI.4. La imposibilidad de cumplir

La doctrina señala que la imposibilidad puede manifestarse en tres planos:

- material
- legal
- personal

Existe imposibilidad material cuando se produce la desaparición física del objeto de la obligación de dar cosa cierta; el ejemplo típico es la muerte del caballo de carrera. Ha de tratarse obviamente de una cosa cierta no fungible ni cunado la obligación es de género (*genus nunquam perit*);

La imposibilidad es legal cuando el objeto del contrato devino ilícito. Un ejemplo muy sencillo lo da la famosa Ley Seca de los Estados Unidos; el Estado prohibió negociar bebidas alcohólicas, con lo cual quienes estuvieran obligados a fabricarlas y entregarlas quedaron liberados de esas obligaciones; y los que las hubieran comprado quedaron liberados de la obligación de recibirlas y pagar su precio. Si se trata de una restricción que no llega a la prohibición, el obligado deberá acreditar que ella es lo suficientemente importante como para imposibilitar el cumplimiento.

La imposibilidad es personal cuando el casus afecta al obligado mismo. Así, el contrato de trabajo se extingue por muerte del empleado; y en general los contratos *intuitu personae* se extinguen por la muerte del

obligado a la prestación personal.

VI.5. Carga de la prueba

La parte que invoca la fuerza mayor debe acreditar de forma clara y concreta de qué manera la pandemia o las medidas adoptadas por el gobierno con causa en ella, afectan la posibilidad de cumplimiento de las obligaciones causadas en el contrato.

VII. La teoría de la imprevisión

Si los hechos causados por la pandemia o las medidas gubernamentales no impiden el cumplimiento de la obligación pero hacen más onerosa la prestación, no cabe la invocación del caso fortuito sino la excesiva onerosidad sobreviniente que el Cód. y Com. contempla como "imprevisión"⁽²⁾.

VII.1. Texto legal

Art. 1091: 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 álea propia.

VII.2. Condiciones de aplicación

De acuerdo con el texto que se ha transcripto, las condiciones de aplicación son:

- Que se trate de un contrato conmutativo de ejecución diferida o permanente; si se trata de un contrato aleatorio, podría invocarse cuando la excesiva onerosidad proviene de causas extrañas al álea propia del contrato;
- Que la prestación de una de las partes se torne excesivamente onerosa
- Que la excesiva onerosidad se cause por una alteración extraordinaria de las circunstancias existentes al tiempo de su celebración;
- Que esa alteración reúna las condiciones del caso fortuito, esto es: imprevisibilidad, extraneidad, sobreviniencia

VII.3. Una duda: ¿y la imprevisibilidad?

El art. 1198 del Código Civil exigía expresamente que el acontecimiento extraordinario del cual derivara la excesiva onerosidad fuese imprevisible.

Esa exigencia ha desaparecido del texto legal vigente. Sin embargo, debe entenderse que al ser un acontecimiento extraordinario y que no se trate de un riesgo asumido, ha de tratarse de un hecho imprevisto, lo cual no es necesariamente igual a imprevisible. Por lo demás, el acápite del artículo es "imprevisión" lo cual contribuye a interpretar que el recaudo sigue vigente.

Pero lo importante no es lo que acabamos de decir, sino definir con precisión qué quiere decir imprevisible o imprevisto cuando se trata de la doctrina de la excesiva onerosidad.

a) Distinción entre lo imprevisible y lo imprevisto

Cabe distinguir lo "imprevisible" de lo "imprevisto" (o de la imprevisibilidad en abstracto y lo imprevisto en concreto).

Muchos acontecimientos son en abstracto previsibles: la inflación, las alteraciones de un tipo de cambio, el precio de los commodities, la muerte de una persona física, el cambio de una determinada política estatal ⁽³⁾. Pero puede ser "no previsible" que acontezcan en la vida prevista del contrato. Con lo cual el acontecimiento era "previsible" pero su acaecimiento resulta "imprevisto".

En definitiva, la teoría de la imprevisión considera como acontecimiento extraordinario el que no es normal que se verifique, sin que la imprevisibilidad se entienda con sentido absoluto, ya que conforme a la experiencia cualquier acontecer, aunque sea inesperado, puede ser conocido y eventualmente pensado ⁽⁴⁾

Un ejemplo de la vida real puede servir para ilustrar nuestro discurso: en la República Argentina se estableció en algún momento (por 1978 aproximadamente) la denominada por el lenguaje coloquial "tablita cambiaria", una regulación del mercado cambiario que establecía la cotización que tendría el dólar en cada día del futuro. Las partes celebraron contratos en dólares sin decir expresamente que lo hacían ponderando la vigencia de la "tablita" cuyo mantenimiento anunciaba el gobierno a quien quisiera escucharlo. En 1982 se produce un cambio

de gabinete ministerial y el nuevo responsable del área económica pronunció una frase que quedó en la historia: "el que apuesta al dólar, pierde". Pocos días después se derogó la "tablita", se liberó el mercado de cambios, se produjo una pronunciada devaluación de la moneda nacional y por ende los obligados en dólares sufrieron un gran perjuicio. Es claro que los cambios de política económica son "previsibles", lo mismo que las devaluaciones del signo monetario y con mayor razón en Argentina donde periódicamente se sucedían crisis económicas muy profundas. Sin embargo, aunque el abandono de la tablita era en abstracto previsible y lo mismo la consiguiente devaluación, la jurisprudencia consideró aplicable la teoría de la imprevisión. Porque este cambio de política económica y esta devaluación fueron imprevisibles en concreto. O, si se quiere, la vigencia de la tablita constituyó una "presuposición" de las partes o mejor aún, una base objetiva sobre la cual se celebró el contrato y su desaparición justificaría la revisión o extinción del mismo, aunque tal desaparición hubiera sido en abstracto previsible.

Otro caso en que se ve el distingo con claridad es el de la compraventa del vestido de novia que se es afectado por la muerte de uno de los futuros contrayentes. Nada hay más "previsible" que la muerte; sin embargo nadie compra o encarga la confección de un vestido de novia sujeto a la condición suspensiva de la permanencia en vida de los contrayentes o a la resolutoria de la muerte de uno de ellos. Pero lo cierto es que previsible la muerte en abstracto es imprevista si ella alcanza a un futuro cónyuge que era joven y sano. Si corresponde o no extinguir el contrato por "desaparición de la causa" es tema debatible pero el ejemplo muestra claramente que el acontecimiento previsible puede ser imprevisto en el caso concreto.

b) La apreciación subjetiva de lo "imprevisto"

En otro plano se reconoce por la doctrina y la jurisprudencia que hay sujetos que tienen una mayor capacidad de previsión que otros, con lo cual no hay una noción "objetiva" de qué es "imprevisto" o "imprevisible".

También las partes pueden prever en su mismo contrato el efecto de la inflación, del aumento del precio de ciertos insumos, o cualquier otro acontecimiento que de acuerdo a las circunstancias del caso tenga aptitud para modificar la ecuación económica del contrato. Claro es que la capacidad de previsión y expresión en el contrato es limitada; un precio puede subir mucho más de lo que se previó en el contrato y entonces distorsiona el funcionamiento de la cláusula de ajuste; qué efecto tiene eso sobre los derechos y obligaciones de las partes es algo a discutir, pero es innegable que puede suceder.

c) Importancia relativa de la "imprevisibilidad"

En fin, las nociones de imprevisto o imprevisibilidad no solo no son unívocas, sino que además han dejado de ser el núcleo del tema de la revisión del contrato que se ha tornado excesivamente oneroso.

De lo que se trata es que el contrato conserve su conmutatividad. Cuando acontecimientos externos a las partes afectan la equivalencia de las prestaciones el contrato conmutativo deja de ser tal, deja de ser — en palabras de Larenz - una regulación dotada de sentido. Y entonces ya no es el contrato que las partes han querido celebrar y ejecutar.

La doctrina de la presuposición, de la base subjetiva de Oertmann, de la base objetiva y subjetiva de Larenz, la cláusula rebus sic stantibus, la teoría de la imprevisión, la excesiva onerosidad sobreviniente, la frustración del fin, no son sino intentos de construir una explicación diríamos científica a la necesidad de revisar o extinguir los contratos que habiendo sido queridos como conmutativos han dejado de serlo.

Con lo cual el tema no radica en la "prestación" que se torna materialmente imposible — como sucede en el caso fortuito y la fuerza mayor - ni en la previsibilidad en abstracto, sino en la conmutatividad del contrato que se ha perdido por un acontecimiento ajeno a las partes cuyo riesgo no fue asumido pero que pudo perfectamente ser previsible aunque en los hechos y en el caso resultara imprevisto. De allí que parte de la doctrina considera hoy prescindible que el contrato se haya distorsionado por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles [\(5\)](#); y debe entenderse que a ello se debe que la ley omita hoy su mención explícita.

d) Cómo se juzga la imprevisibilidad

La imprevisibilidad se juzga conforme un paquete de informaciones disponibles al momento de contratar y según la capacidad de previsión que tienen las partes en concreto.

Esto es muy importante; es que se advierte que todos tenemos tendencia a suponer que un acontecimiento que sucedió era previsible, es más, era inexorable que se produjera. Un ejemplo es la crisis argentina de 2002: todos los gurúes económicos pero también la generalidad de la población concluyó en que la crisis se veía venir y que era inevitable. Pero lo cierto es que la mayor parte de la población, y entre ellos los mismos gurúes, no habían adoptado conductas que tuvieran en cuenta ese futuro "tan previsible".

Este fenómeno ha sido identificado como el sesgo retrospectivo que significa lo siguiente: "Cuando miramos al pasado, nuestro conocimiento de los acontecimientos posteriores nos engaña y nos hace creer que eran previsibles e inevitables, y estaban nítidamente engarzados por un hilo conductor. Ese sesgo retrospectivo, que difumina la profunda incertidumbre en que vivían los protagonistas del pasado, nos hará ver clamorosas negligencias o incluso siniestras conjuras donde hubo infortunio o mera casualidad"⁽⁶⁾.

El juez debe evitar este sesgo retrospectivo y evaluar la previsibilidad de un acontecimiento situándose en el tiempo y con la información que las partes disponían cuando contrataron. De otro modo cae en aquello que la cultura popular grafica con la expresión "con el diario del lunes todos acertamos los resultados del fútbol"⁽⁷⁾.

VII.4. La excesiva onerosidad

La consecuencia del acontecimiento imprevisible que tiene relevancia jurídica, es la excesiva onerosidad.

El acontecimiento extraordinario debe instaurar una desmesura en esa onerosidad que se mide racionalmente con la otra prestación; se trata de una relación económica en que una cosa se da a cambio de otra similar según las valoraciones del mercado; esas valoraciones han sido distorsionadas. Se trata, pues, de una relación objetiva, no de la propia utilidad. No se debe tomar en cuenta solamente la situación patrimonial del afectado, puesto que se trata de examinar la correlatividad de las prestaciones derivadas del contrato y no una relación patrimonial que no entró en consideración en el programa convencional concreto. En definitiva, lo que cuenta no es la prestación en sí misma, sino en su relación de equivalencia con la prestación a cargo del otro contratante, cuyo desajuste produce una alteración fundamental de la base económica del negocio (Lorenzetti).

Es que, en definitiva, lo que se juzga es la desaparición de la relación de equivalencia entre las prestaciones. Pero siempre que de ello resulte un perjuicio para uno de ellos: de modo que no autoriza a cambiar los términos del contrato el hecho de que una de las partes obtenga una ganancia superior a la inicialmente prevista si de ello no deriva un perjuicio para la otra parte.

a) Prestación tolerable

La tolerabilidad de la prestación (el perjudicado siguió cumpliendo) no excluye la excesiva onerosidad puesto que pueden existir circunstancias en las que alguien haga un gran esfuerzo de cumplimiento, sin perjuicio de que luego se juzgue que era una sobre prestación en el marco de la economía del contrato ⁽⁸⁾.

b) Cláusula de ajuste

La doctrina y jurisprudencia mayoritarias en la Argentina entienden que la existencia de una cláusula de estabilización o de ajuste, no pone un valladar insuperable a la invocación de la teoría de la imprevisión; dicho en otros términos, el hecho de que las partes hayan previsto la depreciación mediante una cláusula indexatoria, no significa per se que no pueda haber imprevisión judicialmente audible.

Y ello supone que el perjudicado puede invocar que el ajuste previsto es insuficiente. Por ejemplo, en contratos entre empresas pueden existir cláusulas de ajuste que tienen un tope establecido en función del precio de un determinado bien (el gas, el acero, el carbón). Si la evolución del precio de ese bien es importante e imprevista, como ha sucedido con el precio del petróleo que ha bajado a mínimos históricos, las partes podrían sostener que la cláusula de ajuste ha dejado de cumplir su función y por ello tratar de revisar el contrato en los términos del art. 1091.

Lo mismo sucede cuando el ajuste lleva la prestación a niveles insoportables para el deudor.

Ello sucedió en los años 80 del siglo pasado con la otrora famosa circular 1050 del Banco Central que era un módulo de ajuste de los créditos que sumado a un sistema de amortización llamado francés, hacía que a medida que el deudor pagaba las cuotas de su crédito el capital seguía subiendo, o sea que cada vez debía más. De allí que los jueces suprimieron la cláusula 1050 y la sustituyeron por otros módulos de ajuste más razonables.

c) Como se aprecia la excesiva onerosidad.

Otro aspecto relevante es que —a los fines de la procedencia de la acción establecida en el art. 1091— sólo resulta necesario demostrar que el contrato concreto ha devenido excesivamente oneroso por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles.

El mero hecho que la parte que invoca la excesiva onerosidad obtenga ganancias en virtud de otras actividades que realiza o de otros contratos no constituye obstáculo alguno para hacer lugar a las acciones previstas en el art. 1091.

En este sentido, se ha resuelto que el perjuicio derivado del hecho extraordinario e imprevisible no requiere un quebranto que equivalga a la ruina del cocontratante afectado ni a su empobrecimiento en consideración a todo su patrimonio...sino un grave menoscabo en el acto jurídico que la ligue con la otra parte ⁽⁹⁾.

VII.5. Acciones de que dispone el legitimado

El efecto de la imprevisión es habilitar al deudor a solicitar la resolución — rectius: rescisión - total o parcial del contrato o su adecuación. Puede hacer la reclamación extrajudicial o por vía judicial.

El texto vigente contiene dos novedades con relación al Código derogado.

La primera es que la rescisión puede ser total o parcial; la autorización legal para demandar la rescisión parcial sería una aplicación del principio de conservación del negocio.

La rescisión del contrato puede plantearse también como excepción frente a una acción de cumplimiento; esto lo sostenía la doctrina tejida alrededor del art. 1198 y ha sido expresamente recogido en el art. 1091 Cód. Civ. y Com..

La segunda novedad es que el perjudicado puede ejercer la acción de revisión, tema que fue largamente debatido durante la vigencia del art. 1198 del Código derogado: incluso la CSN se hubo pronunciado en un antiguo caso por la improcedencia de tal acción de reajuste, aunque la doctrina propiciaba muy mayoritariamente su admisión.

En la medida en que se reconoce legitimación al perjudicado por la excesiva onerosidad para ejercer tal acción, por razón del principio de eventualidad procesal ella puede ejercerse como acción principal o subsidiaria.

VII.6. Derechos del demandado

El demandado por rescisión o reajuste en los términos del art. 1091 puede:

- reconvenir por cumplimiento del contrato;
- frente a una pretensión rescisoria, ofrecer el reajuste;
- frente a una pretensión de reajuste, pretender la extinción del contrato.

En realidad estas opciones del demandado no surgen expresas del art. 1091 Cód. Civ. y Com., pero no hay razón alguna para negarle estas distintas opciones.

VII.7. Cómo se procede al reajuste

La doctrina coincide en que la revisión del contrato no implica reajustar mecánicamente las prestaciones convenidas, verbigracia aplicando derechamente algún índice de precios o la variación de la cotización de una moneda extranjera o de algún producto.

De lo que se trata es de expurgar al contrato de su flagrante injusticia, revisando sus condiciones de modo que el deudor pueda cumplir sin incurrir en un sacrificio extremos, pero no de equilibrar absolutamente las prestaciones. Ni mucho menos se trata de trasladar la pérdida de un lado al otro.

En definitiva, si no se puede lograr que el contrato sea una regulación dotada de sentido para ambas partes, ha de abandonarse la idea del reajuste y proceder a extinguir el contrato.

VIII. Hardship

En los países anglosajones y en muchos documentos internacionales, se utiliza la palabra hardship, desconocida en los códigos civiles y de comercio y en la jurisprudencia de la familia romano germánica.

Con ella se identifica a una cláusula convencional explícita que autoriza la revisión del contrato en ciertas hipótesis; de este modo se diferencia de la regulación legal que existe en el derecho positivo de algunos países.

Así, se afirma que "la cláusula de hardship (infortunio, adversidad, injusticia), o de adaptación del contrato, permite revisarlo cuando sobrevienen circunstancias que afectan a su ecuación económica, esto es, cuando se "trastorna la relación de valor entre las prestaciones [que] forman parte del contenido económico del contrato".

Cláusula rebus sic stantibus perfeccionada, "sus efectos la aproximan a la teoría de la imprevisión, pero se diferencia de ella en dos aspectos: (i) como cláusula explícita proviene de la convención de las partes; (ii) los criterios para su aplicabilidad resultan de lo pactado y, en los hechos, generalmente son más laxos que los que rigen en la teoría de la imprevisión (10).

IX. La frustración del fin

IX.1. Texto legal

El Código Civil y Comercial también contempla la frustración del fin del contrato como causal específica de extinción de los contratos.

El art. 1090 dice: Frustración de la finalidad. La frustración definitiva 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 sólo si se impide el cumplimiento oportuno de una obligación cuyo tiempo de ejecución es esencial."

IX.2. Condiciones de aplicación

Es una regla novedosa sobre la cual no existe mucha experiencia. Opera cuando 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, impide la satisfacción de la finalidad del contrato que hubiese integrado la declaración de voluntad.

IX.3. Relación con la causa final como elemento del contrato

Nuestro Cód. Civ. y Com. asume una posición definitivamente causalista pues considera a la causa final como elemento del acto jurídico y, por consecuencia, del contrato.

Y asume que la causa final es tanto la causa objetiva como la subjetiva.

La causa final objetiva es el fin inmediato autorizado por el ordenamiento jurídico que ha sido determinante de la voluntad (art. 281); es la causa tipificante del negocio, idéntica en todos los negocios de la misma especie y que por ello sirve para identificarlo. En otras palabras, todos los actos jurídicos que persiguen la adquisición de la propiedad de una cosa contra el pago de un precio, son una compraventa y como tal quedan sujetos a las reglas de este contrato, más allá de como lo hayan denominado las partes; y — a la inversa - no es una compraventa si le falta un requisito esencial aun cuando las partes así lo estipulen (art. 1127).

La causa final subjetiva es recogida por el mismo art. 281 diciendo: "También integran la causa los motivos exteriorizados cuando sean lícitos y hayan sido incorporados al acto en forma expresa, o tácitamente si son esenciales para ambas partes".

Los Fundamentos del Anteproyecto (punto 2.2, Libro III, Título I) destacan que la causa fin abarca tres posibilidades: a) fin inmediato determinante de la voluntad; b) motivos exteriorizados e incorporados expresamente; c) motivos esenciales para ambas partes, supuesto en el cual, aunque no sean expresos, pueden ser tácitamente deducidos.

Entonces el instituto que estamos estudiando funciona tanto cuando se frustra la causa final objetiva como cuando se impide la obtención de la causa final subjetiva siempre que ella sea común a las partes.

IX.4. El problema principal: ¿cuándo es común la causa?

Es claro que el fin es común cuando atendemos a la causa en sentido objetivo. Es que si la causa en sentido objetivo es la que es permanente, tipificante, identificatoria del contrato, ha de estar presente siempre en el contrato que las partes han querido celebrar. Verbigracia: en una compraventa la transmisión de la propiedad y la recepción del precio son fines objetivos del contrato; en la locación de cosas el uso y goce de la cosa por el locatario es una finalidad que está siempre presente porque es la que caracteriza al contrato. De modo que si por cualquier razón no se puede transmitir el dominio o el locatario no puede usar la cosa, la finalidad objetiva del contrato está frustrada.

Más difícil es la cuestión cuando lo que se frustran son los motivos individuales que pueden haber llevado a las partes a contratar y que son tantos y tan variados como contratos haya. Puedo haber alquilado una casa en Jujuy porque mi empleador me destinó a una sucursal de esa ciudad; puedo haber alquilado un campo para sembrar arándanos; puedo haber comprado una colección de libros jurídicos para regalarlos a mi sobrino que está por recibirse de abogado; puedo haber alquilado un salón de fiestas con motivo de una boda, puedo haber contratado un suministro de gas para alimentar la red domiciliaria de una ciudad o para hacer funcionar una planta de generación eléctrica, o para ampliar una fábrica de metanol, etc., etc.

En principio la frustración del fin individual no da derecho a resolver el contrato. Así, para el vendedor de una cosa, es indiferente el motivo por el cual el comprador la adquiere o el uso que le piensa dar de modo que si el sobrino no se recibe de abogado o cambia de carrera no da derecho a resolver la compra de la colección.

Además, la frustración de la finalidad, debe ser causada por hechos que no son personales ni están en la esfera de influencia de la parte perjudicada. Por esta razón es irrelevante la ruptura de la promesa de esponsales frente al vendedor o fabricante del vestido de novia; o que se haya prohibido consumir alcohol a quien había comprado una partida de vinos. Por ello fue errada la decisión un tribunal platense que sostuvo que el desistimiento de la boda es una razón que deja sin sentido la contratación de la fiesta de boda y sin causa a la

retención del precio adelantado en su totalidad (11). Es que, además, para el propietario del hotel o del salón de fiestas la finalidad del alquiler le es indiferente (12).

En fin, sólo se puede resolver el contrato cuando la finalidad frustrada es común a ambas partes y su frustración se produce por una causa ajena a las mismas partes.

Pero determinar si ese fin es común o no a ambas partes no siempre es tarea sencilla.

Muchos contratos sofisticados — como suelen serlo los contratos internacionales o entre empresas — suelen contener una serie de presupuestos entre los cuales puede incluirse alguna finalidad individual que aceptada por la otra parte pasa a integrar el contrato como finalidad común.

Pero cuando ello no se hace — que es lo más frecuente - la cuestión se torna mucho más compleja.

IX.5. Un caso particular de frustración del fin: el contrato de locación de cosas

Un ámbito en el cual la frustración del fin encontraba reconocimiento incluso antes de la sanción del Cód. Civ. y Com., tanto sea en la legislación como en la doctrina, es el del contrato de locación de cosas.

Ello se debe a que la finalidad objetiva de la locación de cosas consiste en que — contra el pago de un precio — el locatario pueda usar o gozar de la cosa. De modo que — como decía Vélez en la nota al art. 1717 del Código de 1869 — si la guerra o la peste impiden usar la cosa o gozar de ella, el locatario puede resolver el contrato o pedir una disminución del precio.

Así lo entendió un tribunal que declaró rescindido un contrato de locación de un campo destinado a realizar una actividad pecuaria, si el campo no tenía la provisión de agua necesaria por la insuficiencia de la provisión proveniente un canal (13)

Los ejemplos que da Larenz sobre esta frustración se relacionan también con la locación: así, se frustra la locación de una pared para poner un cartel luminoso si se dispone el oscurecimiento de la ciudad; o el de una estación de servicios si el Estado monopoliza la distribución de combustibles.

El Cód. Civ. y Com. conserva esta hipótesis particular de frustración del fin en el art. 1203 conforme que reza; Frustración del uso o goce de la cosa. Si por caso fortuito o fuerza mayor, el locatario se ve impedido de usar o gozar de la cosa, o ésta no puede servir para el objeto de la convención, puede pedir la rescisión del contrato, o la cesación del pago del precio por el tiempo que no pueda usar o gozar de la cosa. Si el caso fortuito no afecta a la cosa misma, sus obligaciones continúan como antes.

X. La "suspensión de cumplimiento" y la "tutela preventiva"

El Cód. Civ. y Com. contempla también dos remedios que, dependiendo de las particularidades del caso, podrían resultar de aplicación en las circunstancias actuales.

La "suspensión de cumplimiento" (art. 1031) autoriza a las partes a suspender el cumplimiento de la propia prestación hasta que la otra cumpla u ofrezca cumplir. Esta suspensión puede invocarse en el supuesto que una de las partes no pueda cumplir por una razón de fuerza mayor definitiva o transitoria. Ello resulta muy claramente del título de la Sección: "Suspensión del cumplimiento y fuerza mayor".

La "tutela preventiva" (art. 1032) legitima a una parte a suspender su propio cumplimiento si sus derechos sufriesen una grave amenaza de daño porque la otra parte ha sufrido un grave menoscabo significativo en su aptitud para cumplir, o en su solvencia.

Esta "tutela" se inspira en el anticipatory breach of contract y podría operar no sólo frente a la insolvencia de la contraparte sino también de cara a un menoscabo significativo de su capacidad de cumplir, lo cual abarca situaciones de hecho así como también hipótesis de fuerza mayor o caso fortuito que imposibiliten temporalmente la ejecución de la obligación a cargo de la otra parte, permitiendo de esta forma conservar el contrato con vida hasta que dicha imposibilidad desaparezca

Estas dos figuras pueden ser aplicadas fructíferamente en la crisis actual. Partiendo de lo obvio, esto es, que tanto la pandemia en sí misma como las medidas gubernamentales constituyen un "casus", en tanto imprevisible, inevitable, sobreviniente y ajeno a las partes, ambas figuras son una herramienta interesante para los casos de contratos que se ven interferidos por la pandemia y las medidas gubernamentales.

Así, por ejemplo, hay ciertos contratos de locación de obra y de servicios que hoy no pueden cumplirse. Las obras de construcción están paralizadas.

Y hay servicios que no pueden prestarse porque no son esenciales o por otras razones; por ejemplo, un contrato de limpieza o de seguridad de un teatro o cine o de cualquier local comercial que no preste un servicio esencial, no pueden cumplirse porque esos locales están cerrados; entonces el prestador del servicio no puede cumplir con su obligación porque su personal no está autorizado a desplazarse y a su vez el comitente se

encontrará impedido de poner a disposición el local.

- Todo ello transitoriamente.

Para resolver estos casos hay que ponderar las disposiciones que el Cód. Civ. y Com. trae en materia de contrato de obra y servicios.

- Entre ellas merece especial atención para el caso lo previsto en el 1267 que autoriza a rescindir el contrato de obra si no puede cumplirse sin culpa (o sea que incluye el caso fortuito o fuerza mayor).

Ahora bien; si quien puede lo más, puede lo menos, el dueño de la obra o el comitente si es una locación de servicios también puede suspender la ejecución del contrato si la imposibilidad fuera transitoria. Así lo señala la doctrina con relación a la locación de obra, en el cual el efecto de la imposibilidad transitoria es la suspensión del plazo para cumplir con la obra [\(14\)](#); entendemos que la misma ratio legis - que no es otra que facilitar la continuidad del vínculo contractual - debe aplicar a la locación de servicios, permitiendo entonces suspender la vigencia del contrato mientras dure el impedimento.

XI. Alguna noticia sobre el derecho comparado

XI.1 La frustración del fin y la fuerza mayor en el derecho inglés

El derecho inglés no contiene previsiones generales sobre caso fortuito o fuerza mayor, por lo que es muy común que los contratos contengan detalladas previsiones definiendo los eventos que pueden ser considerados como tal, las acciones que deben tomar las partes en caso de que tales eventos se produzcan (comunicaciones, obligaciones de mitigación) y finalmente los efectos de la fuerza mayor que pueden consistir básicamente en la extinción de las obligaciones de las partes o en la suspensión mientras dure el evento. También se puede prever la restitución recíproca de las prestaciones.

En algunos contratos tipo — por ejemplo contratos de construcción — existen cláusulas modelo sobre la materia,

Pero a la vez en ese mismo ámbito se ha desarrollado la doctrina de la frustración del fin del contrato, que en alguna medida inspiró los estudios de Larenz sobre la desaparición de la base del contrato y de allí al Proyecto argentino de Unificación del Código Civil y Comercial de 1987 [\(15\)](#) y finalmente se ha volcado en el ya comentado art. 1090 del Cód. Civ. y Com..

Cabe señalar que si bien la doctrina de la frustración del fin del contrato tiene un obvio origen jurisprudencial, como veremos seguidamente, algunos aspectos — en particular la alocación de riesgos y consecuencias - han sido regulados en la Law Reform (Frustrated Contracts) Act 1943 [\(16\)](#)

En general se considera que el contrato se extingue cuando por circunstancias enteramente más allá de la responsabilidad de las partes, el bien objeto del contrato o los medios de ejecución han sido destruido y por ello su ejecución se vuelva objetivamente imposible, y si el objetivo central del contrato ha sido frustrado o el contrato se ha vuelto radicalmente distinto de lo que fue contemplado por las partes al momento de pactarlo y por lo tanto, física o comercialmente imposible de cumplir. En definitiva se trata de que ese hecho deprives the contract of its commercial purpose.

Los casos más conocidos son:

- Taylor v Caldwell. Este caso de 1863 es sumamente conocido: se trataba del alquiler de un salón para realizar cuatro conciertos, pero el local se incendió. El locatario pretendió una indemnización por incumplimiento del contrato, pero la acción fue rechazada sobre el argumento de que el incendio hizo imposible cumplirlo. Obviamente en los países del civil law el caso se hubiera resuelto por aplicación de las reglas sobre el caso fortuito, suponiendo que el incendio en el caso concreto hubiera sido realmente no imputable al locador.

- Krell v Henry [1903]. Este es uno de los famosísimos casos de la coronación. Se trataba del alquiler de un balcón para ver el desfile de la coronación del Rey Eduardo VII, que finalmente se suspendió por una enfermedad del nuevo monarca. El demandante era el propietario del piso quien pretendió cobrar el precio del alquiler, demanda que fue rechazada porque el contrato quedó privado de su commercial purpose. Como es sabido, en el otro caso de la coronación el resultado fue distinto, pero porque distintas eran las circunstancias.

- Fibrosa Spolka v Fairbairn (1943). Una empresa inglesa que fabricaba maquinaria textil acordó por contrato el 12 de julio de 1939 suministrar algunas máquinas a una empresa polaca. Las máquinas debían entregarse en 3-4 meses. Se pagaron £ 1,600 por adelantado y el saldo de £ 3,200 a pagar en la entrega. La compañía polaca pagó £ 1000 el 18 de julio. El 1 de septiembre, Alemania invadió Polonia y el 3 de septiembre, Gran Bretaña declaró la guerra a Alemania. El 23 de septiembre se declaró a Polonia como territorio enemigo, por lo que devino ilegal para las empresas británicas comerciar con Polonia. El tribunal adujo que cuando la actividad deviene ilegal se produce la frustración del fin del contrato. En los países del derecho romano

diríamos que sobrevino un hecho del príncipe que causó una imposibilidad del objeto al declararlo ilegal.

Pero la realidad muestra que son muy pocos los casos en que esta doctrina ha sido admitida, e incluso ha sido desestimada su aplicación en casos bastante extremos.

Desde nuestro punto de vista, el mejor ejemplo lo brinda la sentencia dictada en el *Tsakiroglou & Co Ltd. contra Noble Thorl GmbH* [1962]. Se trataba de un contrato de transporte marítimo desde Sudán a Europa, trayecto que debía cumplirse navegando por el Canal de Suez, pero he aquí que el Canal se cerró a la navegación por un muy recordado conflicto entre Inglaterra y Egipto que había decidido su nacionalización. De modo que para hacer el viaje el barco hubiera debido bordear toda África pasando por el Cabo de Buena Esperanza, lo que implicaba cuadruplicar la distancia recorrida. Obviamente el transportista adujo que el contrato se había frustrado pero el tribunal resolvió que aun en las nuevas circunstancias era posible cumplir el contrato sin dañar los cacahuetes. Por lo que sentó como doctrina que ¡el hecho de que cumplir fuera más difícil o costoso no es razón suficiente como para considerar frustrado el contrato.

Finalmente, aunque sumamente divulgado, no podemos dejar de mencionar el segundo caso de la coronación, *Herne Bay Steam Boat vs Hutton* [1903]. El demandado alquiló el barco de vapor del demandante. El propósito del contrato era llevar a los pasajeros que pagaban para ver la Revista Naval que era parte de las celebraciones de coronación del Rey Eduardo VII que como ya vimos se resfrió y dio lugar sin dudas al resfrió más trascendente en la historia del derecho privado. El demandado argumentó que el contrato se había frustrado debido a la cancelación de la Revista Naval. En ese caso el tribunal admitió la demanda, pues el crucero se podía realizar de todas maneras y la Revista Naval no era el único propósito comercial del contrato. Diríamos hoy que el móvil del locatario no era un fin causalizado, pues para el propietario del barco era indiferente que se hiciera o no la Revista Naval: él hacía los paseos por el Támesis todos los días; en cambio el alquiler del balcón solo estaba justificado en el desfile finalmente cancelado.

Y confirmando la idea de que la frustración del propósito comercial sigue siendo una causal excepcional de liberación de las obligaciones de las partes, apuntamos que en una decisión reciente, la Corte Suprema de Inglaterra concluyó que Brexit no frustraría un contrato de arrendamiento por 25 años de la Agencia Europea de Medicamentos en Canary Wharf, Londres, a pesar del hecho de que la agencia estaría obligada a relocalizar sus establecimientos a un Estado Miembro de la UE [\(17\)](#)

XI.2. China [\(18\)](#)

La fuerza mayor existe como una doctrina bajo el Artículo 180 de las Reglas Generales de la Republic Popular of China (en adelante RPC) sobre el Derecho Civil y el Artículo 117 de la Ley de Contratos. Se define como evento objetivo o situación que es imprevisible, inevitable e insuperable. Cuando los contratos no tienen una disposición sobre fuerza mayor, la doctrina se aplica automáticamente según la Ley de Contratos de la RPC. Cuando el contrato tiene una disposición específica sobre fuerza mayor, la disposición del contrato se aplicará en la medida en que no entre en conflicto o derogue los principios generales establecidos en la Ley de Contratos RPC.

Debe haber un vínculo causal entre el evento de fuerza mayor y el incumplimiento de la parte afectada (es decir, la parte afectada debe establecer que el evento debe haber causado el incumplimiento).

La parte afectada debe notificar a la contraparte del evento fuerza mayor o de inmediato o de manera oportuna, exponiendo su reclamo de exención de responsabilidad y proporcionando pruebas de la existencia del evento y de su impacto. Sigue habiendo cierta incertidumbre bajo la ley de la RPC sobre si dicha notificación debe darse antes de que el incumplimiento realmente se materialice. En consecuencia, es aconsejable hacer esto cuando sea posible.

En los casos en que no se proporcione dicha notificación inmediata oportuna, la parte afectada puede ser responsable de las pérdidas sufridas por la contraparte que podrían haberse evitado si se hubiera dado dicha notificación.

Como hemos señalado al principio de este trabajo, la parte afectada por el evento, debe haber sido proactiva en los intentos de superación o mitigación. Si no actuó de esa manera, no puede invocar fuerza mayor.

Como en todas las regulaciones de la materia en los países del civil law, el evento debe ser posterior a la celebración del contrato, quien la invoca no ha de estar en mora y finalmente no aplica a las obligaciones de dar dinero

Certificados de "fuerza mayor"

El China Council for the Promotion of International Trade ("CCPIT") anunció el 30 de enero que ofrecerá "certificados de fuerza mayor" para ayudar a las empresas a resolver disputas con socios comerciales extranjeros

que surjan de las medidas de control del gobierno.

El propósito de estos certificados es facilitar la invocación de fuerza mayor cuando el contrato requiere la provisión de dicho certificado emitido por una autoridad gubernamental relevante como requisito previo para la presentación del reclamo.

Un documento emanado del estudio Mayer/Brown indica que en febrero 2020 el gobierno chino emitió más de tres mil certificados que indican que se ha producido fuerza mayor, lo cual no necesariamente significa que ello haya efectivamente ocurrido en los contratos concernidos. Por ello la opinión del estudio es que a menos que el contrato establezca que dicho certificado es concluyente en cuanto a la existencia de fuerza mayor, es probable que el tribunal (o el árbitro o el juez) decida si el evento en cuestión constituye fuerza mayor según las disposiciones del contrato, aunque ese certificado puede tener más peso en un tribunal chino [\(19\)](#).

XI.3. Francia

En los países de derecho romano la regulación de la fuerza mayor no presenta mayores variantes; lo que sí ha dado lugar a soluciones absolutamente antitéticas es la posibilidad de revisar o extinguir los contratos por razón de la excesiva onerosidad sobreviniente [\(20\)](#)

Así, es sabido que Francia siguió conductas absolutamente contradictorias en esta materia, pues mientras la Cour de Cassation negaba toda vigencia a la teoría de la imprevisión en los contratos entre privados [\(21\)](#), el Consejo de Estado la admitía para los contratos administrativos

Finalmente, la teoría de la imprevisión ha entrado al Código Civil a partir de la reforma del año 2016.

El nuevo art. 1195 dispone: Si un cambio imprevisible de circunstancias al final del contrato hace que la ejecución sea excesivamente onerosa para una parte que no ha aceptado correr el riesgo, esa parte puede solicitar una renegociación del contrato a su socio contratante. Continúa cumpliendo con sus obligaciones durante la renegociación. En caso de rechazo o fracaso de la renegociación, las partes pueden acordar la terminación del contrato, en la fecha y bajo las condiciones que determinen, o solicitar al juez de común acuerdo que proceda con su adaptación. Si no se llega a un acuerdo dentro de un plazo razonable, el juez puede, a solicitud de una de las partes, revisar el contrato o ponerle fin a la fecha y en las condiciones que él fije [\(22\)](#).

Una comentarista afirma que el procedimiento de revisión para la imprevisibilidad, desglosado en diferentes fases, es probable que tenga éxito muy raramente. De hecho, la reforma parece alentar a las partes a llegar a un acuerdo sin tener que acudir al juez, ya que el recurso al juez se planifica al final de un procedimiento tan complejo que se vuelve disuasorio.

El informe al presidente sobre la ordenanza de 2016 indica que el nuevo artículo 1195 tendría un valor adicional, que las partes del contrato pueden excluir, extender u organizar de manera diferente (mientras que lo imprevisible en el derecho administrativo tiene un carácter de orden público). De hecho, el artículo menciona como condición de su aplicación que ninguna de las partes haya aceptado asumir el riesgo del cambio de circunstancias.

En consecuencia, la norma podría dejarse de lado mediante una cláusula de gestión de riesgos en el contrato entre las partes.

XI.4. Otros países

La revisión o extinción de los contratos causadas en el cambio de las circunstancias es hoy admitida en casi todos los países de derecho romano. Así, en Europa la tienen incorporada a sus códigos civiles Italia, Holanda, Alemania, la incluyen entre otros los Códigos Civiles de Grecia (1946) y de Portugal (1967).

El caso de Alemania es muy singular. Por efecto de las guerras, los procesos hiperinflacionarios y otras calamidades que distorsionaron profundamente los contratos, su revisión o extinción fue rápidamente aceptada por la jurisprudencia con el solo fundamento del principio de buena fe consagrado en el art. 212 del BGB. Por lo demás la doctrina se ocupó extensamente de la materia, siendo pioneros los trabajos de Winscheid, Lenel, Oertmann y Larenz, entre otros. Finalmente, la doctrina de las bases del contrato, elaborada en su versión más afiatada por Larenz, ingresó al BGB con la reforma del año 2002 [\(23\)](#).

En Latinoamérica la situación es similar: la revisión de los contratos por excesiva onerosidad sobreviniente está consagrada en los Códigos Civiles de Bolivia (1976), Perú (1984), Paraguay (1987) y Brasil (2002), además del Código de Comercio colombiano (1971) [\(24\)](#).

En cambio siguen refractarios a su aceptación Chile y Uruguay.

En Chile la Corte Suprema se pronunció en el caso: Sentencia de fecha 9 de septiembre de 2009 sobre recurso de casación en el fondo,

caratulado South Andes Capital S.A. c/ Empresa Portuaria Valparaíso; rol 2651-08. En ese pronunciamiento la Corte hace suya la doctrina planteada por René Abeliuk, quizá el único autor contemporáneo que rechaza la aplicación de la teoría con los textos legales vigentes, al cual cita textualmente para establecer que el artículo 1545 del Código Civil excluye la posibilidad de acoger dicha teoría en el ordenamiento jurídico trasandino, ya que: "el contrato no puede ser dejado sin efecto, y con menos razón aún modificado, si no es por voluntad de las partes, los jueces en materia civil no tienen otras facultades que las que se les han otorgado, y

nadie les ha dado la de modificar las convenciones".

Siguiendo al mismo autor, la Corte rechaza que la imprevisión contractual pueda fundarse en el artículo 1560 del Código Civil sobre la base de

que el deudor no pudo haber tenido la voluntad de obligarse de manera

que el cumplimiento le fuera excesivamente oneroso (25)

En cambio ha sido aceptada por la jurisprudencia arbitral: Empresa Eléctrica Guacolda S.A. c/ Empresa Minera Mantos Blancos S.A., fallo

arbitral de fecha 25 de abril 2007 y Gas Atacama Generación S.A. c/ Empresa Eléctrica de Antofagasta S.A. y otros, fallo arbitral de fecha 24 de enero de 2008.

En Uruguay, pese a algunos esfuerzos doctrinarios, la jurisprudencia sigue siendo contraria a la aplicación de la doctrina

XI. 5. Estados Unidos

El art. 2.615 del Uniform Commercial Code dispone que la demora en la entrega por parte de un vendedor no constituye un incumplimiento si la prestación ha sido impracticable por la ocurrencia de una contingencia cuya NO ocurrencia fue una suposición básica sobre la cual se hizo el contrato o por el cumplimiento de una regulación u orden de un gobierno nacional o extranjero aplicable, aun cuando después esa orden resulte inválida. (26)

A su vez el 2nd Restatement of Contracts trata en el capítulo 11 de las causales de liberación del deudor de obligaciones de causa contractual, lo que hace previendo tres causales distintas

La primera es que el deudor invoque que alguna circunstancia

ha hecho que su prestación sea impracticable. La regla general que rige la impracticabilidad del desempeño se establece en § 261, y tres

casos específicos de impracticabilidad se tratan en §§ 262,

263 y 264.

La segunda es que el deudor puede alegar que alguna circunstancia

ha destruido tanto el valor de la prestación de la otra parte que está frustrado el propósito del contrato: § 265.

Y la tercera es que el obligado puede afirmar que no recibirá el intercambio acordado por su propia actuación porque alguna circunstancia ha liberado el deber del acreedor de hacer ese intercambio acordado, debido a la impracticabilidad o frustración.

La jurisprudencia americana se ha mostrado bastante liberal en los últimos años en la aplicación de estas reglas (27).

XI.6. Convención de Viena

Argentina forma parte de la Convención de Viena sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (CISG). También lo es Brasil, nuestro principal socio comercial, así como los Estados Unidos y muchos otros países, por lo que numerosos contratos están regidos — salvo exclusión en el contrato — por esa Convención.

El artículo 79 de la CISG permite excusar la ejecución cuando la imposibilidad de cumplimiento se deba a un impedimento imprevisible más allá del control de una parte que la misma no pudo superar.

Asimismo, modernos instrumentos de soft law o legislación modelo, como los Principios UNIDROIT, los Principios Europeos de Derecho de los Contratos (28) y el más reciente Marco Común de Referencia para el Derecho Privado Europeo, contemplan también de manera amplia y expresa la imprevisión contractual

XII. Interferencias legislativas en los contratos en curso

Es obvio que los gobiernos van a dictar medidas que van a interferir en los contratos en curso de ejecución.

Sea con la finalidad de proteger a los consumidores financieros, a los inquilinos o las partes más débiles de las distintas relaciones jurídicas, seguramente asistiremos a una fiebre legiferante como ya hemos vivido en Argentina en muchas oportunidades (29). Sin ir más lejos, durante la crisis económica de 2001/2002 la ley 25561 es un ejemplo palpable de interferencia del Estado en los contratos privados, habiendo sido seguida por infinidad de disposiciones del Banco Central y de otras autoridades más o menos competentes.

Cabe puntualizar que esto no sucede solo en Argentina. Es muy conocido el antecedente de la "Loi Failliot" (Francia, ley de 21 de enero de 1918) aplicable a ciertos contratos celebrados antes de la guerra y que autorizaba a demandar la resolución o la suspensión de los contratos si queda establecido que por razón del estado de guerra, la ejecución de las obligaciones de uno de los contratantes entrañará esfuerzos o le causará un perjuicio cuya importancia supera en mucho las previsiones que pudieron haber sido razonablemente hechas a la época del contrato (30). En España hubo una ley sobre los contratos afectados por la guerra civil y en Alemania se dictaron leyes en ambos períodos de posguerra.

Volviendo a nuestro país señalamos que ya se han dictado decretos y resoluciones que afectan a los contratos de locación, desalojos, contratos bancarios, etc.

La jurisprudencia de la CSN en general ha convalidado la constitucionalidad de estas interferencias.

(1) Papa, Rodolfo G., El flagelo del coronavirus y su impacto en la concertación y ejecución de transacciones mercantiles: aproximaciones preliminares, AR/DOC/764/2020

(2) Art. 1091: 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, sobrevenida 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 álea propia.

(3) Perillo, Joseph, Hardship and its Impact n Contractual Obligations: A Comparative Analysis, Roma, Centro di studi e ricerche di diritto comparato e straniero, 1996, pág. 3

(4) CNCom., sala C, 22.8.77, LL 1978-B-314

(5) Prieto Molinero, Ramiro J., Los "acontecimientos extraordinarios e imprevisibles" del art. 1198 CC: un requisito innecesario", LL 16.6.2010

(6) Conthe, Manuel, La paradoja del bronce, Crítica, Barcelona, 2007, pág. 13. En el capítulo 4, a partir de pág. 106 explica concretamente en qué consiste el sesgo retrospectivo con cita de experimentos que lo demuestran a las claras.

(7) Manuel Conthe usa el siguiente aforismo "A toro pasado, todos somos Manolete"

(8) Lorenzetti, Ricardo, Tratado de los contratos. Parte general. Bs As, ed. Rubinzal, 2004, pág. 523.

(9) CNCiv., sala C, 19.10.78, LL 1978-D-684

(10) En este sentido: Alterini, Atilio Aníbal, en Teoría de la imprevisión y cláusula de Hardship, Roma e America 13/2002, pág. 53 y sigs., n° 6 en pág. 62

(11) C1a. Cc La Plata, sala 3ª, 30.7.87, inédito, citado por Stiglitz, Rubén. Frustración del fin del contrato, JA 17.6.98; v. Rivera, Julio César, La relación entre la frustración del fin y la teoría de la imprevisión, ED 179-60

(12) Como en el segundo caso de la coronación, la finalidad del locatario del salón es indiferente para el propietario locador que alquila su salón cualquiera sea el motivo que guía al locatario, que puede ser festejar una boda o que Gimnasia ganara el campeonato de fútbol de 1995. Que el novio se escape, la novia se arrepienta o Gimnasia pierda el último partido, no dan derecho a no pagar. Y si la novia se muere el contrato se resuelve sin responsabilidad pero por caso fortuito y no por la frustración del fin.

(13) CNCiv., sala F, 25.4.96, ED 11-10.96, fo. n° 47433. La sentencia es relevante porque el Tribunal delineó la figura con precisión; así, afirmó que el fin del contrato es el propósito básico de una de las partes, conocido y aceptado por la otra, de manera tal que se objetiva y se convierte en fin de ambas partes; y su frustración se configura cuando la prestación contractual es aún factible pero la finalidad no puede cumplirse por circunstancias ajenas a las partes

(14) Arias Cau y Nieto en Rivera - Medina, Código Civil Comentado, tomo IV, comentario al art. 1268.

(15) Sobre la regulación propuesta en el Proyecto de Unificación de 1987 v. Rivera, Julio César, La

doctrina de las bases en el Proyecto de Unificación Legislativa, RDCO 1987-867

(16) Disponible en <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/Geo6/6-7/40/contents>. Muy probablemente esta legislación estuvo dirigida a resolver conflictos contractuales causados por la guerra

(17) Caso "Canary Wharf (BP4) T1 Ltd v European Medicines Agency [2019] EWHC 335 (Ch)

(18) Seguimos la exposición que hace Thoms, Anahita, Coronavirus: A Global Guide to Force Majeure and Mitigating Measures on Supply Chains, disponible en <https://www.bakermckenzie.com/en/insight/publications/2020/03/coronavirus-a-global-guide-to-force-majeure>.

(19) Disponible en <https://www.mayerbrown.com/en/perspectives-events/publications/2020/03/coronavirus-covid19-construction-frustration-force-ma>

(20) Antes de ahora hemos examinado soluciones de los países de derecho romano en: "La doctrina de las bases...", citado; y en Rivera — Crovi — Di Chiazza, "Contratos — Parte General", Bs.As., Abeledo Perrot, 2017, capítulo XXIV

(21) El caso paradigmático es el del Canal de Craponne resuelto en 1876. Los hechos del caso son los siguientes: el 22 de junio de 1567 Adam de Craponne se obligó a construir un canal para irrigar las tierras de la comuna de Pélissanne; él debía mantener y asegurar su buen funcionamiento por un precio de 3 soles por cada 190 acres regados; más de trescientos años después se demanda la actualización del precio y si bien la demanda fue admitida en las instancias inferiores fue anulada por la Corte de Casación pues "no corresponde en ningún caso a los tribunales, por equitativo que pudiera parecer, de tomar en consideración el tiempo y las circunstancias para modificar las convenciones de las partes y sustituir por cláusulas nuevas aquellas que han sido libremente aceptadas por los contratantes". La misma Cour confirmó su criterio en una sentencia de 4 de agosto de 1915, en la que decidió que la guerra no constituye por sí misma un caso de fuerza mayor, subrayando que las obligaciones de las partes no pueden ser rescindidas sino en caso de ejecución imposible y no solamente más onerosas [Cass. Civ. 4 août 1915, Maison Agnès/demoiselle Maalderinck, DP 1916, 1, p. 22] Ver Thibierge, Louis, Le contrat face à l'imprevu, Economica, Paris, 2011, n° 298, pág. 183.

(22) Art. 1195 Code Civil; Si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant. Elle continue à exécuter ses obligations durant la renégociation. En cas de refus ou d'échec de la renégociation, les parties peuvent convenir de la résolution du contrat, à la date et aux conditions qu'elles déterminent, ou demander d'un commun accord au juge de procéder à son adaptation. À défaut d'accord dans un délai raisonnable, le juge peut, à la demande d'une partie, réviser le contrat ou y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe

(23) V. Rivera, Julio César, La reforma al Código Civil Alemán, en "Estudios de Derecho Civil en Homenaje al Dr. Jorge Avendaño Valdés", Lima, 2004, tomo II, pág. 989. Concretamente el art. 313 del BGB dice ahora: "Alteración de la base del negocio. 1) Sin con posterioridad a la celebración del contrato se han modificado de modo sustancial las circunstancias que han devenido la base del contrato y, de haber previsto esta modificación, las partes no hubieran celebrado el contrato o lo hubieran celebrado con otro contenido, puede exigirse la adaptación del contrato en la medida en que no pueda exigirse a una parte el mantenimiento del contrato no modificado, teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso concreto, especialmente la distribución legal o contractual del riesgo. 2) Se equipara a una modificación de las circunstancias el hecho que presupuestos esenciales, que han devenido la base del contrato, resultan ser falsos 3) Si no es posible o no es exigible a una parte una adaptación del contrato, la parte perjudicada puede resolver el contrato. Para las relaciones obligatorias continuadas, en lugar del derecho de resolución rige el derecho de denuncia

(24) . Rivera, Julio César, La revisión de los contratos por acontecimientos sobrevinientes en decisiones arbitrales bajo el derecho de países de América Latina, en Estudios de Derecho Civil en Homenaje a Fernando Hinestrosa, Bogotá, 2014, t. III, pág. 395

(25) Momberg Uribe, Rodrigo, Teoría de la imprevisión. Necesidad de su regulación legal en Chile, Revista Chilena de Derecho Privado, 2010, disponible en https://www.researchgate.net/publication/262511202_TEORIA_DE_LA_IMPRESION_LA_NECESIDAD_DE_SU_REGULA

(26) El texto completo es el siguiente: § 2-615. Excuse by Failure of Presupposed Conditions. Except so far as a seller may have assumed a greater obligation and subject to the preceding section on substituted performance: (a) Delay in delivery or non-delivery in whole or in part by a seller who complies with paragraphs (b) and (c) is not a breach of his duty under a contract for sale if performance as agreed has been made impracticable by the occurrence of a contingency the non-occurrence of which was a basic assumption on which the contract was made or by compliance in good faith with any applicable foreign or domestic governmental

regulation or order whether or not it later proves to be invalid.(b) Where the causes mentioned in paragraph (a) affect only a part of the seller's capacity to perform, he must allocate production and deliveries among his customers but may at his option include regular customers not then under contracts well as his own requirements for further manufacture. He may so allocate in any manner which is fair and reasonable.(c) The seller must notify the buyer seasonably that there will be delay or non-delivery and, when allocation is required under paragraph (b), of the estimated quota thus made available for the buyer.

(27) El Second Restatement of Contracts, Chapter 11, contiene numerosas decisiones de distintos tribunales que ilustran sobre la aplicación de estas reglas

(28) Son los Principios elaborados por la Comisión Lando

(29) v. Rivera, Julio César, Introducción histórico comparativa al estudio de la crisis, LL 2003-B-1028

(30) A pesar de que esta ley implicaba aceptar la revisión de los contratos devenidos excesivamente onerosos por causa de la guerra, la Cour de Cassation deseosa de defender las previsiones de las parts, interpretó muy estrictamente la ley limitando su aplicación solo a los contratos comerciales y excluyendo la inexecución culpable: Cass. Req. 30 juin 1919, Hardy/Commune de Clisson, DP 1920, 1, p. 74 et Cass. Civ., 29 juillet 1926, Société d'anthracite et de talc/Commune de La Garde, S. 1926, 1, p. 372 et Cass. Req., 23 décembre 1919, Société anonyme des établissements Mège/Compagnie fuxéenne d'éclairage par le gaz et l'électricité, DP 1920, 1, p. 29.