

“La renegociación y la revisión contractual frente a la pandemia COVID-19”

por Germán E. Gerbaudo¹

I. Introducción.

La crisis extrema que atravesamos ha provocado una alteración extraordinaria de las circunstancias tenidas en mira por las partes contratantes al momento de celebrar el contrato. Las partes tienen en cuenta una serie de circunstancias fácticas, económicas y jurídicas que constituyen el contexto o marco del contrato. La pandemia COVID-19 como acontecimiento extraordinario, imprevisto e inevitable ha alterado esas circunstancias.

El mundo ha cambiado e impera la incertidumbre dado que no sabemos cuándo se superará la crisis. Atravesamos una crisis diferente a las anteriores porque esta se manifiesta de manera global y no solo es una crisis económica, sino también sanitaria.

Acertadamente se indica que “nada ha escapado a la pandemia provocada por el COVID-19. Ni siquiera el Derecho de los contratos”². Los contratos en curso de ejecución se han visto sensiblemente afectados. Maximiliano Calderón sostiene que “es indudable que el coronavirus y las medidas gubernamentales dictadas para paliarlo inciden severamente sobre los contratos en curso de ejecución. Pero no lo hacen, en todos ellos, de la misma manera: (i) en algunos casos, impiden el cumplimiento o postergan el interés del acreedor de manera temporaria; (ii) en otros, obstan de manera

¹ Abogado (UNR). Doctor en Derecho (UNR). Magíster en Derecho Privado (UNR). Especialista en Derecho de Daños (UCA). Profesor Titular Ordinario –por concurso- de Derecho de la Insolvencia, Facultad de Derecho (UNR). Secretario del Área Académica y de Aprendizaje (Facultad de Derecho, UNR).

² GREGORACI FERNÁNDEZ, Beatriz, *El impacto del Covid-19 en el Derecho de los contratos español*, en “Anuario de Derecho Civil”, Madrid, Ministerio de Justicia de España y Boletín Oficial del Estado Español, Vol 73, Nro. 2, 2020, p. 455.

definitiva al cumplimiento o aniquilan el interés del acreedor; (iii) también puede ocurrir que alteren la ecuación económica del contrato”³.

La consecuencia es desbastadora para las relaciones contractuales; al romperse por la fuerza mayor el equilibrio contractual, coloca frente a la imposibilidad de cumplimiento. A partir de allí surge la necesidad de recomponer el equilibrio contractual, conservando el contrato y evitar así su extinción.

Diversas son las herramientas que nos brinda el derecho privado para enfrentar los conflictos jurídicos que se presentan en el ámbito de los contratos frente a la pandemia Covid-19.

Debemos partir del aforismo romano “pacta sunt servanda rebus sin stantibus” que significa que los pactos deben cumplirse mientras las cosas sigan así, es decir, deben cumplirse los contratos mientras las circunstancias existentes al momento de la celebración no cambien⁴.

En este trabajo analizamos la revisión y renegociación contractual como herramienta que procura conservar el contrato. Haremos previamente una referencia a la fuerza mayor y a la imposibilidad de cumplimiento como modo extintivo de las obligaciones. Luego analizaremos las alternativas de revisión y renegociación contractual. Abordaremos así institutos como la frustración de la finalidad, la teoría de la imprevisión y el deber de renegociación previsto en los contratos de duración.

DECONOMI

II. La pandemia COVID-19 y las medidas de aislamiento como fuerza mayor.

La pandemia COVID-19 y las medidas dictadas por los gobiernos para evitar la propagación del virus constituyen una situación de fuerza mayor.

³ CALDERÓN, Maximiliano R., *Suspensión, revisión y extinción del contrato*, en “Desafíos del coronavirus al derecho. Mirada del derecho argentino con aportes del derecho comparado”, 13/04/2020, cita IJ-CMXV-458, https://ar.lejister.com/index.php#indice_2

⁴ Roberto Brebbia refiriéndose al “Rebus sic stantibus” expresa que “este brocardo constituye tal vez el intento de explicación más antiguo de la razón por la cual el cambio de las circunstancias imperantes en el momento de la celebración del contrato puede decidir su revisión o terminación” (BREBBIA, Roberto A., *La frustración del fin del contrato*, en L.L. 1991-B, p. 876)

El caso fortuito y la fuerza mayor son “fenómenos dañosos irresistibles”, a los que el sistema jurídico argentino les brinda idéntico tratamiento⁵. Se trata de “eventos de distinto origen pero con los mismos efectos”⁶.

El caso fortuito se refiere a hechos de la naturaleza y la fuerza mayor se vincula a actos humanos⁷.

El art. 1730 del Código Civil y Comercial asimila la noción y los efectos del caso fortuito y la fuerza mayor, asumiendo que “tienen en común las características de ser imprevisibles e inevitables”⁸. El precepto dispone que “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. Este Código emplea los términos ‘caso fortuito’ y fuerza mayor’ como sinónimos”.



⁵ En el Código Civil derogado el art. 514 definía al “caso fortuito como “el que no ha podido preverse, o que previsto, no ha podido evitarse”. No definía a la fuerza mayor pero en la nota al precepto Vélez siguiendo a Troplong acepta la distinción entre el caso fortuito y la fuerza mayor atendiendo a la causa generadora de lo imprevisible e inevitable.

Del recorrido del articulado del Código Civil derogado se advierte que algunas normas referían al caso fortuito, otras a la fuerza mayor y otras mencionaban indistintamente a uno como a otro. Se referían al “caso fortuito” los arts. 287, inc. 3o, 789, 892, 1517, 1521, 1557, 1630, 1854, 2118, 2143, 2294, 2295, 3175, 3803, 3426 del Código Civil derogado; en cambio, aludían exclusivamente a la “fuerza mayor” los arts. 1526 y 1529. Por su parte, mencionaban al “caso fortuito o fuerza mayor” los arts. 513, 604, 889, 1522, 1568, 1570, 1914, 1915, 3059 y 3837 del Código Civil derogado.

Sin perjuicio de esta distinción la doctrina y la jurisprudencia equiparaban en sus efectos al caso fortuito y la fuerza mayor.

El Código Civil y Comercial de 2014 suministra un tratamiento unitario al caso fortuito y a la fuerza mayor.

⁶ RIVERA, Julio César, CROVI, Luis D. y DI CHIAZZA, Iván, *Contratos. Parte General*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2017, p. 506; MEDINA, Graciela, *Del cumplimiento al incumplimiento de los contratos ante el COVID-19. Imposibilidad de cumplimiento. Teoría de la imprevisión, frustración del contrato. Locación. Estudio de derecho comparado*, en L.L. 22/04/2020, p. 2.

⁷ MOLINA SANDOVAL, Carlos A., *La relación de causalidad*, en “Responsabilidad Civil y Seguros”, Buenos Aires, Thomson Reuters, 2019-II, p. 15.

Otro sector de la doctrina con un criterio romanista sostiene que la distinción reside en que el caso fortuito acontece inesperadamente –imprevisible- y la fuerza mayor alude a lo irresistible –inevitable- (Véase: BUSTAMANTE ALSINA, Jorge *Teoría general de la responsabilidad civil*, 9º ed., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2004, p. 315). No obstante, se señala que esta distinción tenía un valor meramente teórico por cuanto los acontecimientos que no se podían prever, como aquellos que previstos no podían ser evitados, liberaban al deudor del vínculo obligacional (Véase: ARGUELLO, Luis R., *Manual de Derecho Romano*, 3º ed., Buenos Aires, Astrea, 2019, p. 369).

⁸ ALFERILLO, Pascual, *Comentario al art. 1710 del Código Civil y Comercial* en “Código Civil y Comercial”, Garrido Cordobera, Lidia, Borda, Alejandro y Alferillo, Pascual –Directores-, Krieger, Walter –Coord.-, Buenos Aires, Astrea, t. II, 2015, p. 1053.

El concepto del caso fortuito se remonta al derecho romano⁹. En este derecho se distinguía el caso fortuito y la fuerza mayor, distinción que pasó a los antiguos derechos español y francés. A partir del Código de Napoleón se asimilaron sus consecuencias prácticas, al asignarle un único y mismo efecto. El Código Civil y Comercial de la Nación –como indicamos– asimila ambos conceptos¹⁰.

El caso fortuito y la fuerza mayor se producen por una amplitud de supuestos que incluyen actos bélicos, huelgas, epidemias, enfermedades, catástrofes naturales (incendios, terremotos, inundaciones, etc.) o incluso actos de autoridad pública (emergencias, limitaciones, etc.)¹¹.

Se trata de “acontecimientos extraordinarios, imprevisibles o inevitables, no imputables al deudor, que impiden el cumplimiento de la obligación”¹². De esta manera implicará que exime de responsabilidad al deudor cuando se conecta en una relación de causa efecto con el incumplimiento¹³.

Para que se configure el caso fortuito o la fuerza mayor se deben reunir una serie de elementos básicos, a saber:

- el acontecimiento o el suceso: se trata del elemento objetivo.
- el acontecimiento o suceso debe ser "imprevisible": ello significa que "no ha podido ser previsto". Así se expresa que “debe ser imposible de pronosticar, de saber que ocurrirá porque es un hecho sumamente extraño”¹⁴.
- el acontecimiento debe ser “inevitable”: debe ser irresistible. Se trata de un elemento central o clave en la configuración de esta noción¹⁵.

⁹ LÓPEZ MESA, Marcelo, *Caso fortuito y fuerza mayor en el Código Civil y Comercial*, en L.L. 2015-B, p. 1108; CALVO COSTA, Carlos A., *Imposibilidad de cumplimiento, caso fortuito y fuerza mayor. Importancia y aplicación en situaciones de emergencia*, en L.L. 28/04/2020, p. 1.

¹⁰ HERRERA, Enrique y GUIBADO, Héctor C., *Extinción de la relación de trabajo*, 2º ed., Buenos Aires, Astrea, 2015, p. 530.

¹¹ MOLINA SANDOVAL, C., op. cit., p. 15.

¹² COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén H., *Manual de obligaciones*, 1º ed., Buenos Aires, Astrea, 1997, p. 192.

¹³ VENEGAS, Patricia P., *Derecho de daños en el Código Civil y Comercial*, Buenos Aires, Astrea, 2018, p. 52.

¹⁴ LÓPEZ HERRERA, Edgardo, *comentario al art. 1730 del Código Civil y Comercial en “Código Civil y Comercial de la Nación comentado”*, Rivera, Julio César y Medina, Graciela –Directores–, Esper, Mariano –Coord.–, Buenos Aires, La Ley, t. IV, 2014, p. 1046.

¹⁵ En la doctrina se expresa que en materia de caso fortuito era relevante que este fuera imprevisible. Sin embargo, se indica que hoy lo que es clave es que sea inevitable. La irresistibilidad constituye el verdadero fundamento (Véase: VENEGAS, Patricia P., op. cit., p. 51).

Al respecto se expresa que “resulta sustancial que el deudor, aun cuando haya sido precavido, no haya podido contrarrestar el evento, creando así la imposibilidad de cumplir con la obligación comprometida”¹⁶. Debe tratarse de un “acontecimiento que el hombre no puede resistir”¹⁷. Agregando que “esta imposibilidad debe darse con un cierto criterio generalizador, es decir, para todos aquellos que se puedan encontrar en circunstancias similares”¹⁸.

En el caso de la pandemia COVID-19 aun cuando podría pensarse que se podía prever porque ya venía ocurriendo en otros países –en otras partes del mundo- resulta inevitable e irresistible.

- el acontecimiento debe ser “actual”: se indica que ello significa que “se trate de un hecho que se presenta al momento del incumplimiento, no bastando su inminencia ni la simple amenaza de su ocurrencia”¹⁹. En otros términos, se sostiene que “ha de ocurrir al tiempo en que correspondía cumplirse la obligación, no bastando la sola amenaza”²⁰. Asimismo, se dice que significa que “el hecho debe ocurrir contemporáneamente al momento del cumplimiento, y es menester que se trate de un hecho presente y no de una simple amenaza o de una imposibilidad eventual”²¹.

De igual manera, se indica que “no sería posible alegar un hecho futuro, o que pueda ocurrir como una mera amenaza, o pasado que carezca de incidencia en el presente”²².

- debe ser “extraño” o “inimputable” al deudor.

- debe ser “sobreviniente”: se expresa que “el hecho se haya configurado con posterioridad al nacimiento de la obligación, y debe provocar un obstáculo absoluto e insuperable para su cumplimiento”²³.

¹⁶ LANUSSE, Francisco, *El caso fortuito y fuerza mayor en la legislación y jurisprudencia argentina*, en SJA 26/12/2018, JA 2018-IV.

¹⁷ COMPAGNUCCI DE CASO, R., *Manual...*, op. cit., p. 194.

¹⁸ Id., p. 194.

¹⁹ LANUSSE, F., *El caso fortuito...*, op. cit.

²⁰ LÓPEZ MEZA, Marcelo, *Requisitos, efectos y prueba del caso fortuito en el nuevo Código*, en L.L. 2015-C, p. 933.

²¹ NEGRI, Nicolás, *Responsabilidad civil contractual*, Buenos Aires, Astrea, t. I, 2017, p. 468.

²² COMPAGNUCCI DE CASO, R., *Manual...*, op. cit., p. 194.

²³ LANUSSE, F., *El caso fortuito...*, op. cit.

- debe ser “extraordinario”: entendido ello como que excede el orden natural. Se indica “que sale del orden común, se trata de un suceso eventual que altera el orden natural de las cosas”²⁴. En tal sentido se expresa que “la ley ha querido comprender a aquellos sucesos que escapan a toda ponderación, o por lo menos a toda ponderación acertada o razonable, y que por ocurrir y manifestarse con posterioridad al tiempo de concertación del negocio, nunca podrían ser considerados, ni aun bajo la forma de condición para su cumplimiento”²⁵.

El deudor que alega el caso fortuito o la fuerza mayor carga con su prueba (conf. art. 1736 del Código Civil y Comercial)²⁶.

La pandemia COVID-19 como las medias dictadas por el gobierno “son objetivamente hechos imprevisibles, inevitables y ajenos a las partes”²⁷.

En síntesis, atravesamos una crisis extrema, imprevisible e inevitable, que obliga a una renegociación contractual derivada del principio de buena fe.

III. La imposibilidad de cumplimiento como modo extintivo de las obligaciones.

El Código Civil y Comercial de la Nación regula a la imposibilidad de cumplimiento como un modo extintivo de las obligaciones²⁸.

En la concepción moderna la obligación es entendida como “la relación jurídica en virtud de la cual alguien denominado deudor debe satisfacer una prestación a favor de otro llamado acreedor”²⁹.

El Código Civil y Comercial de la Nación innova con respecto al Código Civil de 1869 en cuanto contiene en su articulado una definición de la

²⁴ GHERSI, Carlos A., *Teoría general de la reparación de daños*, 3º ed., Buenos Aires, Astrea, 2003, p. 108.

²⁵ LÓPEZ MEZA, M., *Requisitos...*, op. cit., p. 933.

²⁶ El art. 1736 del Código Civil y Comercial en su parte final expresa que “La carga de la prueba de la causa ajena, o de la imposibilidad de cumplimiento, recae sobre quien la invoca”.

²⁷ RIVERA, Julio César, *Los contratos frente a la pandemia*, en L.L. 22/04/2020, p. 8.

²⁸ Abordamos este tópico en un trabajo anterior, véase: GERBAUDO, Germán E., *La imposibilidad de cumplimiento como modo extintivo de las obligaciones*, en Diario Comercial, Económico y Empresarial, DPI Cuántico, Derecho para Innovar, Nro. 268, 18/08/2020.

²⁹ LLAMBÍAS, Jorge J., RAFFO BENEGAS, Patricio y SASSOT, Rafael A., *Manual de Derecho Civil. Obligaciones*, 9º ed., Buenos Aires, Perrot, 1991, p. 9.

obligación. En efecto, el art. 495 del Código Civil derogado sólo nombraba los distintos tipos de obligaciones e indicaba que eran de dar, hacer y no hacer. Asimismo, Vélez en la nota al mismo art. 495 señalaba que no la define porque siguiendo a Augusto Texeira de Freitas considera que las definiciones son impropias de un código de leyes.

El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación se aparta de ello y en el art. 724 trae una definición en los siguientes términos: “la obligación es una relación jurídica en virtud de la cual el acreedor tiene el derecho a exigir del deudor una prestación destinada a satisfacer un interés lícito, y ante el incumplimiento, a obtener forzosamente la satisfacción de dicho interés”.

Rubén Compacnucci de Caso nos dice que la fuente del mismo no es precisa, pero indica que es corriente que en muchos códigos y textos de doctrina se brinden una definición similar a la que enuncia el art. 724³⁰.

La imposibilidad de cumplimiento es un modo extintivo de las obligaciones, que libera al deudor sin responsabilidad, siempre que aquella sea sobrevenida, objetiva y absoluta.

El art. 955 del Código Civil y Comercial dispone en su primera parte que “La imposibilidad sobrevenida, objetiva, absoluta de la prestación, producida por caso fortuito o fuerza mayor, extingue la obligación, sin responsabilidad”. Por su parte, el art. 956 del Código Civil y Comercial refiere a la imposibilidad temporaria indicando que “La imposibilidad sobrevenida, objetiva, absoluta y temporaria de la prestación tiene efecto extintivo cuando el plazo es esencial, o cuando su duración frustra el interés del acreedor de modo irreversible”.

El primero de los casos la imposibilidad sobrevenida de la prestación con carácter definitivo extingue la obligación sin responsabilidad. Por lo tanto, no se va a cumplir con los contratos cuando sobreviene una causa de imposibilidad. El incumplimiento es una causa generadora de responsabilidad. Sin embargo, se excepciona la responsabilidad del deudor si la prestación se vuelve imposible sin su culpa y sin que este haya asumido el riesgo de la imposibilidad. En doctrina

³⁰ COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén H., *comentario al art. 724* en “Código Civil y Comercial de la Nación comentado”, Directores Julio César Rivera y Graciela Medina; Coord. Mariano Esper, Buenos Aires, Thomson Reuters La Ley, 2014, t. III, p. 8.

se da el ejemplo de medidas dictadas por el gobierno como consecuencia del COVID-19 que tornan imposible el cumplimiento de la prestación, lo que ocurriría con la entrega de elementos para ambientar una fiesta cuando su transporte está prohibido. Lo mismo en el caso que a una fábrica de respiradores se le prohíbe su exportación, en ese caso no puede cumplir con la prestación de los contratos acordados, sin responsabilidad. En estos casos, ante una imposibilidad sobrevenida, absoluta y definitiva de la prestación, que extingue la obligación sin responsabilidad³¹.

La imposibilidad de cumplir es la que libera –sin responsabilidad- al deudor.

Ahora bien, para que la imposibilidad de cumplimiento extinga la obligación deben darse las siguientes condiciones:

- a) Debe ser sobrevenida;
- b) Debe ser objetiva en razón de un impedimento inherente a la prestación, sin que ello se relacione con las condiciones personales o patrimoniales del deudor;
- c) Debe ser absoluta, viéndose impedida de cumplimiento en su totalidad y no en términos relativos;
- d) Debe ser definitiva, por cuanto si refiriese a un impedimento transitorio no habría imposibilidad;
- e) No debe ser imputable al deudor, pues si la imposibilidad se relaciona con la culpa propiamente dicha del obligado, este deberá responder por su incumplimiento, siendo que la imposibilidad debe apreciarse teniendo en cuenta las exigencias de la buena fe y la prohibición del ejercicio abusivo de los derechos, tal como surge de la norma (conf. art. 1732 *in fine*, del Cód. Civ. y Com. de la Nación)³².

El deudor que pretenda librarse de la prestación sin responsabilidad deberá alegar la fuerza mayor, y especialmente, acreditar que la pandemia o las medidas del gobierno dictadas en su consecuencia afectan la posibilidad de

³¹ MEDINA, G., op. cit., p. 2.

³² GARCÍA FUENTES, Mateo, *Soluciones contractuales en situaciones excepcionales*, en L.L. 22/04/2020, p. 23.

cumplimiento de las obligaciones causadas en el contrato. En definitiva, habrá que analizar en cada caso concreto, teniendo en cuenta las circunstancias que rodean al caso, si la causa de imposibilidad sobrevenida es suficiente y, a su vez, si es acreditada para extinguir la obligación.

Acertadamente, la doctrina sostiene que deben vincularse las normas de la imposibilidad de cumplimiento con el instituto de enriquecimiento sin causa. Así se expresa que “cabe señalar que una interpretación coherente y armónica de los arts. 955 y 956 con los arts. 1794 a 1796 que regulen el enriquecimiento sin causa el pago indebido lleva a señalar lo obvio: la extinción por imposibilidad no genera el deber de reparar daños, pero sí el de restituir lo percibido de la otra parte, pues de lo contrario habría un enriquecimiento sin causa”³³.

Atravesamos una crisis extrema que ha alterado profundamente todas las relaciones jurídicas preexistentes.

Sin dudas que las normas que analizamos se tornan frente a la crisis del COVID-19 más actuales que nunca.

IV. La frustración de la finalidad.

1. Introducción.

La terminación de un contrato puede suceder por dos tipos de causas: (i) causas normales, por ejemplo, por vencimiento de un plazo; (ii) causas anormales, por ejemplo, por la frustración de la finalidad³⁴.

Este supuesto de terminación anormal del contrato por una causa sobrevenida es la que analizamos en el presente acápite.

La figura de la frustración del fin del contrato es receptada por el art. 1090 del Código Civil y Comercial bajo la designación de “frustración de la finalidad” y constituye una excepción a la regla del art. 959 del Código Civil y Comercial de que los contratos deben cumplirse. En tal sentido, el art. 1090 del

³³ KRIEGER, Walter F., *El Derecho del Consumidor en la pandemia: aportes para la crisis y para el después*, en L.L. 17/04/2020, p. 8.

³⁴ TORRILLO, María Paula, *Rescisión unilateral de contratos de larga duración*, en “Revista Argentina de Derecho Comercial y de los Negocios”, Buenos Aires, N° 15, mayo 2016, 16/05/2016, cita IJ-XCVIII-286.

Código Civil y Comercial dispone que "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"³⁵.

La norma que analizamos se inserta en el capítulo correspondiente a la "Extinción, modificación y adecuación del contrato".

Se sostiene que la recepción normativa de la figura es positiva. Así se señala que se trata de "una consagración legal positiva con vasto campo de aplicación"³⁶.

Sin dudas que el instituto que estudiamos es aplicable en el ámbito de los contratos frente a la pandemia COVID-19. Se presenta un acontecimiento sobreviniente, anormal y ajeno a la voluntad de las partes que es la pandemia covid-19 y que da lugar a la aplicación de esta figura.

2. Noción.

Alejandro Freytes dice que "es un supuesto específico de ineficacia producido a consecuencia de la variación de las circunstancias objetivas presupuestas por las partes al celebrar un contrato válido, que impide la realización del propósito práctico, básico o elemental que el acreedor aplicará a la prestación prometida por el deudor, si ese propósito es también aceptado o presupuesto por éste, provocando que aquél pierda interés en el cumplimiento del contrato al quedar desprovisto de su sentido originario"³⁷.

³⁵ En un trabajos anteriores analizamos la frustración del fin del contrato, véase: GERBAUDO, Germán E., *La frustración del fin del contrato en el Código Civil y Comercial de la Nación, Parte I*, en DPI, Derecho para Innovar, Diario Comercial, Económico y Empresarial, N° 189, 5/12/2019, GERBAUDO, Germán E., *La frustración del fin del contrato en el Código Civil y Comercial de la Nación, Parte I*, en DPI, Derecho para Innovar, Diario Comercial, Económico y Empresarial, N° 190, 12/12/2019,

³⁶ GREGORINI CLUESELLAS, Eduardo L., *La frustración de la causa fin del contrato*, en "Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones", Buenos Aires, Abeledo Perrot, 272, p. 763.

³⁷ FREYTES, Alejandro, *Frustración del fin, condición y resolución por incumplimiento. Una acertada diferenciación jurisprudencial*, en L.L. 2016-E, p. 155.

Por su parte, José María Gastaldi señala que la frustración del fin del contrato en un modo descriptivo acontece “cuando en un contrato bilateral válido, de ejecución diferida o continuada (en alguna de las modalidades de esta clasificación), la finalidad relevante –razón de ser– y conocida, aceptada expresa o tácitamente por las partes, no puede lograrse –se ve frustrada– por razones sobrevinientes ajenas –externas– a su voluntad y sin que medie culpa”³⁸.

Julio César Rivera, Luis D. Crovi e Iván Di Chiazza sostienen “es una causal específica de extinción de los contratos, que 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”³⁹.

Alfredo Rovira expresa que “es un modo de resolver los desajustes que se producen en una relación jurídica por afectarse a la causa fin y puede constituirse así en un modo no previsto originalmente de terminación de la relación contractual”⁴⁰.

Carlos Gherzi dice que “hablar de frustración del fin conduce a la idea de una pérdida de utilidad de la prestación, por lo menos, para el interés del acreedor; esto supone hablar de un contrato válido, con sus elementos esenciales, pero cuya ejecución deviene económicamente estéril por una alteración en las circunstancias que constituirían las bases del negocio”⁴¹.

En definitiva, en los casos en que se aplica el instituto que analizamos nos encontramos con que la prestación resulta materialmente posible; sin embargo, ha desaparecido –al menos para una de las partes– el interés por el cual se contrató. Es decir, se frustra la finalidad del contrato debido a que con el

³⁸ GASTALDI, José María, *La frustración del fin del contrato*, en “Estudios del Derecho privado: comentarios al nuevo código civil y comercial de la Nación”, Buenos Aires, Asociación de Docentes, Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Buenos Aires, www.derecho.uba.ar/docentes/asociacion_docentes_publicaciones.php.

³⁹ RIVERA, J., CROVI, L. y DI CHIAZZA, I., op. cit., p. 537.

La misma definición encontramos en el siguiente trabajo: RIVERA, Julio César, *La relación entre la frustración del fin y la teoría de la imprevisión. Nota a fallo*, en E.D. 29/10/1998, t. 179, p. 60.

⁴⁰ ROVIRA, Alfredo, *La causa, los considerandos y la fuerza vinculante de los contratos*, en “Revista del Notariado”, N° 933, 1/09/2018, cita: IJ-DCCXL-596, legister, <https://ar.lejister.com/index.php>

⁴¹ GHERSI, Carlos A., *Obligaciones civiles y comerciales*, 2° ed., Buenos Aires, Astrea, 2005, p. 310.

cambio imprevisto y extraordinario de las circunstancias una o las dos partes ya no tienen interés en el cumplimiento del contrato.

Se trata de un instituto que se asienta sobre la teoría de la causa fin del contrato⁴². Así se expresa que “la causa del fin del contrato es la voluntad motora que llevó a cada parte a celebrar el contrato, el fin último por el cual la parte asumió determinadas obligaciones en busca de satisfacer su voluntad motriz”⁴³.

3. Antecedentes.

El instituto que analizamos tiene su origen jurisprudencial, siendo posteriormente admitido en la doctrina y estando presente en diversos proyectos de reforma de nuestro derecho privado⁴⁴.

La figura aparece en la jurisprudencia inglesa. Si bien en materia contractual se sigue una orientación romanista la figura que analizamos tiene su origen en la jurisprudencia inglesa de principios del siglo XX con los conocidos casos de la coronación. En ellos se presentó la locación de balcones y ventanas para presenciar la coronación del Rey Eduardo VII en 1902⁴⁵. Sin embargo, el Rey se enfermó y se postergó la coronación y con ello algunas locaciones lograron acomodarse y otras no⁴⁶.

⁴² MASSA, Héctor, *La revisión del contrato en tiempos de pandemia*, en “Desafíos del coronavirus al derecho. Mirada del derecho argentino con aportes del derecho comparado”, 14/04/2020, en Legister, cita IJ-CMXV-468.

⁴³ MASSA, H., *La revisión...*, op. cit.

⁴⁴ GREGORINI CLUESELLAS, E., op. cit., p. 763; LEIVA FERNÁNDEZ, Luis, *comentario al art. 1090 del Código Civil y Comercial*, en “Código Civil y Comercial de la Nación comentado”, Rivera, Julio C.-Medina, Graciela –Directores-, Esper, Mariano –Coord.-, Buenos Aires, Thomson Reuters, t. III, 2014, E-Book; LEIVA FERNÁNDEZ, Luis, *La frustración de la causa fin del contrato en el Código Civil y Comercial de la Nación*, en L.L. Suplemento Especial “Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Contratos”, 2015 (febrero), p. 283; RIVERA, J., CROVI, L. y DI CHIAZZA, I., op. cit., p. 539; PADÍN MARCHIOLI, Matías A., *La frustración de la finalidad del contrato en el Código Civil y Comercial de la Nación*, en IJ Editores, 30/04/2015, cita IJ-LXXVI-489; ROVIRA, Alfredo, *La causa, los considerandos y la fuerza vinculante de los contratos*, en “Revista del Notariado”, N° 933, 1/09/2018, cita: IJ-DCCXL-596, legister, <https://ar.lejister.com/index.php>; MEDINA, G., op. cit., p. 2.

⁴⁵ Había un gran interés en presenciar la Coronación dado que hacía 64 años que no se producía una ceremonia de coronación.

⁴⁶ BREBBIA, Roberto H., *La frustración del fin del contrato*, en L.L. 1991-B, p. 876; LEIVA FERNANDEZ, L., *La locación en el Proyecto de Código*, en L.L. 2013-A, p. 751; LEIVA FERNÁNDEZ, Luis, *Las modificaciones al contrato de locación en el Código Civil y Comercial*, en L.L. Supl. “Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Contratos en particular”, 2015 (abril), p. 71; GREGORINI CLUESELLAS, E., op. cit., p. 763.

En el derecho comparado la doctrina de la frustración del fin del contrato tuvo una importante elaboración en doctrinaria en el derecho alemán, primeramente con los estudios Windscheid, con su teoría de la presuposición y, posteriormente con los trabajos de Oertman y Lenel, entre otros, los que abrieron paso a la elaboración más perfecta de la doctrina por parte de Larenz, en su ya clásica obra sobre la base del negocio jurídico⁴⁷.

En nuestro país, antes de su recepción normativa en el actual art. 1090 del Código Civil y Comercial, la figura era invocada y aplicada por la doctrina en base a la teoría de la causa fin contenida en los arts. 500 a 502 del Código Civil y en el ámbito de los contratos de locación a través de los arts. 1522 y 1604 del Código Civil⁴⁸.

Asimismo, fue propiciada su incorporación legislativa por las XIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil de 1991⁴⁹.

En la jurisprudencia se presentó la aplicación de este instituto en un caso de la Sala F de la Cámara Nacional en lo Civil en la cual se consideró frustrada la finalidad en un contrato de locación de un campo para la realización de actividad pecuaria, al no tener el campo provisión de agua necesaria por la insuficiencia de la provisión proveniente de un canal⁵⁰.

Por ello, en la doctrina existía consenso en la necesidad de su recepción normativa y así se afirmó que constituye una singular innovación respecto de la visión imperante bajo el actual Código Civil⁵¹.

4. Vinculación la con imprevisión.

La frustración de la finalidad se vincula con la imprevisión en que ambas figuras encuentran el mismo fundamento. En la doctrina, se expresa que “ambos institutos se inspiran, en última instancia, en la idea de que el contrato

⁴⁷ BREBBIA, R., *La frustración...*, op. cit., p. 876.

⁴⁸ LEIVA FERNÁNDEZ, L., *comentario al art. 1090 del Código Civil y Comercial...*, t. III; RIVERA, J., CROVI, L. y DI CHIAZZA, I., op. cit., p. 539; RIVERA, Julio César, *La relación entre la frustración del fin y la teoría de la imprevisión. Nota a fallo*, en E.D. 29/10/1998, t. 179, p. 60.

⁴⁹ BORDA, Alejandro, *La frustración del fin del contrato*, en L.L. 1991-E, p. 1450.

⁵⁰ CNCiv., sala F, 25.4.96, en E.D., t. 169, p. 345, fallo citado por RIVERA, J., *La relación...*, op. cit., p. 60.

⁵¹ ROVIRA, A., op. cit., p. 323.

obliga rebus sic stantibus. Suponen entonces que el contrato tiene ciertas circunstancias que lo rodean en la etapa genética, cuya modificación o desaparición en la etapa funcional, pueden causar su extinción o revisión”⁵².

5. Regulación del art. 1090 del Código Civil y Comercial.

En este acápite analizamos que requisitos deben concurrir para que resulte aplicable la teoría de la frustración de la finalidad y el funcionamiento del instituto en la letra del art. que analizamos.

a) Requisitos.

(i) *Los contratos a los que se va a aplicar deben ser bilaterales, onerosos y conmutativos.*

Ello debido a que este instituto –al igual que el de la excesiva onerosidad sobreviniente- afrontan el desequilibrio o el quiebre de la base objetiva del contrato.

El ámbito contractual de mayor aplicación de este instituto es el del contrato de locación de cosas⁵³.

(ii) *Frustración de la finalidad común.*

La finalidad que se frustra debe ser común a ambas partes. La determinación de que la finalidad que se frustró es común no resulta una tarea sencilla.

⁵² RIVERA, J., *La relación...*, op. cit., p. 60.

⁵³ Id., p. 60.

La doctrina señala que en la jurisprudencia alemana se registran diversos casos de aplicación del instituto a los contratos de locación de cosas, como así también en la locación de obras o de servicios. Así se expresa que “la jurisprudencia alemana tuvo oportunidad de pronunciarse en varios casos en los cuales la finalidad del arriendo venía a quedar perturbada por las circunstancias de la guerra; por ejemplo: arriendo de un local comercial en una playa, habiéndose prohibido el uso de la playa; la locación de una estación de expendio de combustibles, afectada por la monopolización por el Estado de la distribución de combustibles; el arriendo de la pared de una casa para instalar un anuncio luminoso frustrado por las medidas de oscurecimiento; la locación de un club nocturno habiéndose establecido el toque de queda. También se aplicó a algunos casos de locación de obras o de servicios, como la construcción de una puerta para una iglesia que resultó destruida por los bombardeos, o los marcos de madera para aparatos usados por el ejército que desapareció después de la rendición” (RIVERA, J., *La relación...*, op. cit., p. 60).

Debe tratarse de la finalidad relevante del acuerdo, “entendiéndose por tal el propósito básico de la parte cumplidora, conocido y aceptado por la otra”⁵⁴.

(iii) *Alteración extraordinaria e imprevisible de las circunstancias.*

El hecho que da lugar a la resolución del contrato debe ser sobreviniente e imprevisible. Estas circunstancias deben haber podido afectar a cualquier persona que se hubiere encontrado en la misma situación de las partes del negocio⁵⁵.

Sin embargo, se señala que “no es necesario que genere imposibilidad definitiva de la prestación como se exige en los supuestos de caso fortuito o fuerza mayor”⁵⁶. En tal sentido, se indica que “en el caso fortuito o fuerza mayor se verifica una imposibilidad de cumplimiento y en la frustración del fin el cumplimiento es posible pero inútil para el acreedor, por desaparición del interés previsto en el contrato”⁵⁷. Asimismo, se señala que “lo que se frustra es la finalidad no la posibilidad de cumplir con la prestación pactada (de allí la diferencia con el *casus*)”⁵⁸. También se indica que “la finalidad común debe resultar inalcanzable, aun cuando la prestación sea posible”⁵⁹.

Atento a que se trata de alteraciones extraordinarias e imprevisibles campea una interpretación restrictiva.

(iv) *Alteración ajena a las partes.*

Esto significa que no ha sido producida por ellas. Asimismo, implica que no está comprendida en el riesgo asumido por el afectado.

Debe tratarse de circunstancias no conocidas –ni conocibles- como tampoco provocadas por la parte que invoca la resolución del contrato.

b) Invocación por parte interesada.

⁵⁴ MUGUILLO, Roberto A., *Contratos civiles y comerciales. Parte General*, Buenos Aires, Astrea, 2016, p. 177.

⁵⁵ ILLANES, Carlos L., *Interpretación evolutiva de los contratos*, en L.L.B.A. 2012 (abril), p. 246.

⁵⁶ MUGUILLO, R., op. cit., p. 178.

⁵⁷ GREGORINI CLUESELLAS, E., op. cit., p. 763.

⁵⁸ ILLANES, C., op. cit., p. 246.

⁵⁹ BREBBIA, R., *La frustración...*, op. cit., p. 876.

Opera el instituto siempre que sea invocada por la parte afectada. En tal sentido, al afectado le bastará con comunicar la resolución a la otra parte. En tanto que esta última si pretende resistir la resolución deberá promover una acción por cumplimiento del contrato.

Alguna doctrina critica ello. Así comentando el art. 1090 se expresa que “deja la extinción del contrato al exclusivo arbitrio y apreciación de la parte que se considere perjudicada, lo cual supondrá confusión e inseguridad en los contratantes y, en consecuencia, mayor litigiosidad”⁶⁰.

c) Resolución del contrato.

Esta nota marca la diferencia con la excesiva onerosidad sobreviniente. En este último caso el principio de conservación de los actos jurídicos conlleva a que la reacción sea el reajuste de las prestaciones. En cambio en el instituto que analizamos la consecuencia es la resolución del contrato⁶¹.

d) Ausencia de resarcimiento.

La frustración de la finalidad no trae consigo un resarcimiento. Se señala que “esta consecuencia se sigue a la ajenidad del evento frustrante”⁶². Asimismo, se sostiene que “ello es consecuencia del carácter objetivo y ajeno a las partes del hecho determinante. Hay semejanza en este aspecto con el caso fortuito”⁶³.

V. La necesidad de revisión y renegociación contractual

⁶⁰ BARBÓN LACAMBRA, José Antonio, *La imposibilidad teórica de la “frustración del fin” en los contratos*, en J.A. 2014-III, p. 10.

⁶¹ En la doctrina durante mucho tiempo se debatió si la frustración del fin del contrato es un supuesto de resolución –doctrina mayoritaria- o de rescisión –criterio minoritario-.

En las XIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil se consideró que la frustración de la finalidad del contrato, en tanto importa la desaparición de la causa, sirve de presupuesto para el ejercicio de la acción resolutoria. Este el criterio que adopta el Código Civil y Comercial de la Nación al señalar que “la frustración definitiva de la finalidad del contrato autoriza a la parte perjudicada a declarar su resolución”.

⁶² LEIVA FERNÁNDEZ, L., *comentario al art. 1090 del Código Civil y Comercial...*, op. cit.

⁶³ GREGORINI CLUESELLAS, E, op. cit., p. 763.

Frente a la crisis y ante la ruptura del equilibrio contractual deben pensarse alternativas para evitar la imposibilidad de cumplimiento de las obligaciones y conservar el contrato. La clave pasa por la revisión y renegociación contractual.

La revisión del contrato cuando sobrevienen circunstancias excepcionales consiste “en someterlo a nuevo examen para corregirlo, enmendarlo o repararlo, atendiendo a esas nuevas circunstancias”⁶⁴. En otros términos, “procura desgravar la posición del deudor; recomponer el contenido de la relación contractual; la vuelta al relativo equilibrio originario”⁶⁵. Es en definitiva un “volver a ver”⁶⁶.

El Código Civil y Comercial no refiere expresamente a la revisión o a la renegociación contractual, sino que en el Capítulo 13 del Título II referido a la “contratos en general” alude a la “Extinción, modificación y adecuación del contrato” –arts. 1076 a 1091-.

La adecuación del contrato significa adecuarlo a las nuevas circunstancias y lleva implícita la idea de revisión.

La readecuación de los contratos para recomponer el equilibrio contractual puede tener su fuente en un proceso de renegociación acordado por las partes o puede ser dispuesta por una ley que imponga la modificación coactiva de los términos del contrato o finalmente puede ser ordenada por un juez a pedido de parte⁶⁷.

En relación a las fuentes de la revisión contractual se expresa que “cualquiera de las cuales se basa en el mantenimiento de las precitadas bases del negocio jurídico, por lo que la alteración de las circunstancias ha de ser sustancial o relevante, debiendo tener un impacto decisivo en la economía del contrato que afecte el interés de una o ambas partes contratantes”⁶⁸.

⁶⁴ NICOLAU, Noemí L., *La revisión y renegociación del contrato como instrumentos útiles para su adecuación a las circunstancias sobrevenidas*, en J.A. cita on line 0003/009167

⁶⁵ MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Sobre una supuesta “herejía” jurídica en torno a la acción por revisión del artículo 1198 (el Derecho como Religión, como Ciencia y como Arte)*, en L.L. 1983-D, p. 805.

⁶⁶ MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Contratos*, 1º ed., Buenos Aires, Ediar, 1992, p. 311.

⁶⁷ VERGARA, Leandro, *La readecuación contractual*, en L.L. 10/08/2020, p. 1.

⁶⁸ QUAGLIA, Marcelo C. y RASCHETTI, Franco, *Herramientas jurídicas para la pandemia y pospandemia: la renegociación del contrato*, en L.L. 6/07/2020, p. 8.

En la concepción clásica del contrato no había demasiado margen para la revisión o renegociación contractual. El derecho decimonónico exhibía el imperio de la regla “pacta sunt servanda”. En el derecho clásico se pensaba al contrato como inmodificable⁶⁹.

Esta tesis empieza a cambiar a principios del siglo XX y empieza a pensarse en el “rebus sic stantibus”.

Frente a la crisis extrema que atravesamos, imprevista e inevitable, surge la necesidad de adecuación contractual para evitar la extinción. Existe en definitiva un deber legal de adecuación contractual para evitar un daño crediticio. Se debe buscar “el salvataje del negocio jurídico, expulsando su extinción”⁷⁰.

No debe perderse de vista el principio de conservación del contrato, el que debe primar por sobre la extinción del negocio contractual⁷¹.

Acertadamente se expresa que “el principio de conservación del contrato es mucho más que un mero criterio de interpretación: es, básicamente, el respeto a lo querido por los celebrantes al contratar; busca llegar a resultados negociales positivos y evitar las frustraciones que acarrear los fracasos negociales”⁷².

VI. El deber de renegociación como derivación del principio de la buena fe.

DECONOMI

⁶⁹ En el derecho clásico la apertura a la revisión contractual estaba en el instituto de la conversión del acto nulo. Este es un supuesto de revisión, cuando el juez decide la conversión de un acto nulo en otro válido realiza un revisión. Está implícita la revisión.

Roberto Brebbia expresa que “la conversión constituye un recurso técnico que trata de remediar los efectos negativos absolutos que produciría la declaración de nulidad, obligando a realizar al juez, mediante un proceso de interpretación y calificación del negocio, la determinación de una eventual existencia de otro acto, con todos los caracteres del tipo, reconociendo eficacia a este último” (BREBBIA, Roberto H., *Hechos y actos jurídicos*, Buenos Aires, Astrea, t. II, 1995, p. 676).

La revisión contractual en el Código de Vélez estaba acotada a supuestos específicos (arts. 2174, 2056, 953, Cód. Civil), y la ley 17.771 amplió el catálogo de casos: lesión objetiva-subjetiva (art. 954), imprevisión contractual (art. 1198), morigeración de cláusulas penales abusivas (art. 656) (GALDÓS, Jorge M., *El deber legal de renegociar y la prevención del daño negocial*, en L.L. 10/08/2020, p. 1).

⁷⁰ GALDÓS, J., op. cit., p. 1.

⁷¹ Se expresa que “en la contratación moderna se tiende a la conservación del contrato” (ALTERINI, Atilio A. y LÓPEZ CABANA, Roberto M., *La rescindibilidad unilateral en los contratos de colaboración empresarial*, en L.L. 1991-D, p. 815).

⁷² MOSSET ITURRASPE, Jorge, *La excesiva onerosidad sobreviniente y la acción autónoma de revisión*, en L.L. 2006-A, p. 647.

El deber de renegociación se deriva del principio de buena fe.

La buena fe está llamada a jugar un papel relevante en el contexto de la pandemia COVID-19⁷³.

Raúl A. Etcheverry señala que “la buena fe es un *standard* para el derecho privado y de ella puede decirse que es uno de los ejes éticos del ordenamiento tomado en conjunto; en tanto éste regula los deberes jurídicos de la parte o partes intervinientes en la relación, utiliza el modelo de conducta leal que la sociedad espera de cada individuo”⁷⁴. En las Undécimas Jornadas Nacionales de Derecho Civil celebradas en 1987 se caracterizó a la buena fe expresando que “constituye un elemento informador de la juridicidad erigiéndose como un principio general”⁷⁵. Se indica que se trata de “la honestidad llevada al terreno jurídico”⁷⁶, que “como principio rector del Derecho obliga a una honesta actuación”⁷⁷ o que constituye “un punto de conexión entre lo ético y lo jurídico”⁷⁸ y que es una directriz en la que “están interesados no sólo partes, sino también la comunidad”⁷⁹. La incorporación por parte de la ley 17.711 de la buena fe como criterio orientador procura “mitigar la filosofía individualista que trasuntaba el Código de Vélez, acorde a la época en que fue redactado”⁸⁰.

El deber de renegociar los contratos como derivación del principio de la buena fe procura sujetar al negocio a una renegociación permanente, que

⁷³ GREGORACI FERNÁNDEZ, B., op. cit., p. 455.

⁷⁴ ETCHEVERRY, Raúl Aníbal, *El standard de la buena fe en el derecho mercantil*, en L.L. 1987-E, p. 897.

⁷⁵ Conclusiones de las “Undécimas Jornadas Nacionales de Derecho Civil”, Universidad de Belgrano, Buenos Aires, Comisión 8 “Buena Fe en el Derecho Patrimonial”.

⁷⁶ LÓPEZ FIDANZA, Alberto J., *El principio de la buena fe*, en L.L. 24/08/2004, p. 1.

⁷⁷ WOLKOWICZ, Pedro, *Apuntes sobre la buena fe contractual*, en Zeus 3, Secc. Doc. p. 45.

⁷⁸ TAMANTINI, Carlos A. y ZAPATA DE TAMANTINI, María E., *El principio general del la buena fe*, en J.A. 1987-IV, p. 924.

⁷⁹ VIGO (h), Rodolfo L., *Interpretación jurídica de los contratos civiles*, en L.L. 1986-A, p. 795.

⁸⁰ RABBI-BALBI CABANILLAS, Renato y SOLÁ, Ernesto, *comentario al art. 9 del Código Civil y Comercial de la Nación*, en “Código Civil y Comercial de la Nación comentado”, Directores Rivera, Julio César y Medina, Graciela, Coord. Esper, Mariano, Buenos Aires, Thomson Reuters La Ley, t. I, 2014, p. 84.

permita de ese modo dejar de lado la extinción o superar la revisión forzosa judicial del acuerdo.

Asimismo, la renegociación contractual derivada del principio de la buena fe es una forma de mitigar el daño.

La renegociación y en su caso la revisión del contrato se erigen como pilares fundamentales para recomponer el sinalagma contractual afectado en estos tiempos de COVID-19 y ASPO (Aislamiento, Social, Preventivo y Obligatorio).

VII. El deber de renegociación en los contratos de duración

Los contratos pueden clasificarse en las siguientes categorías: contratos de ejecución instantánea, ejecución diferida o de ejecución continuada.

Los contratos de ejecución instantánea “son aquellos en que la obligación o prestación pactada se produce en el mismo acto de su celebración”⁸¹. En los contratos de ejecución diferida la ejecución se encuentra diferida a un plazo. En los contratos de ejecución continuada o contratos de duración la ejecución se continúa en el tiempo.

Los contratos de duración se caracterizan en que su cumplimiento – prestaciones- debe prolongarse en el tiempo⁸². En otros términos, las prestaciones no se llevan a cabo de una sola vez, sino que se extienden en el tiempo⁸³. En los contratos de duración “su funcionalidad en el tiempo es esencial para el desarrollo y cumplimiento del objeto”⁸⁴. En efecto, el art. 1011 del Código Civil y Comercial en su primera parte expresa que “En los contratos de larga duración el tiempo es esencial para el cumplimiento del objeto, de modo que se produzcan los efectos queridos por las partes o se satisfaga la necesidad que las indujo a contratar”.

⁸¹ MUGUILLO, R., op. cit., p. 8.

⁸² RAMELLA, Anteo, *La resolución por incumplimiento*, Buenos Aires, Astrea, 1979, p. 226.

⁸³ FERRER DE FERNÁNDEZ, Esther y ROCHA, Daniela, *Derecho del consumidor en la contratación bancaria*, Buenos Aires, Astrea, 2019, p. 282.

⁸⁴ MUGUILLO, R., op. cit., p. 8.

En esta clase de contratos el deber de renegociación tiene recepción normativa expresa. En efecto, la última parte del art. 1011 del Código Civil y Comercial referido a los contratos de larga duración expresa que “La parte que decide la rescisión debe dar a la otra la oportunidad razonable de renegociar de buena fe, sin incurrir en ejercicio abusivo de los derechos”⁸⁵.

En tal sentido, comentando el precepto se expresa que “del texto transcrito puede deducirse una regla interpretativa: en todo contrato (de larga duración) existe una cláusula que impone a las partes la obligación de renegociar cuando ello es posible. No se trata de una obligación natural o de buena voluntad; es una obligación cuyo incumplimiento, si no estuviera justificado, podría ser penalizado severamente”⁸⁶.

Se trata de una norma que encuentra su fundamento en que en los contratos de duración las partes requieren un tiempo considerable para amortizar los gastos de inversión⁸⁷.

Conforme a la norma transcrita toda parte de un contrato, obrando de buena fe, antes de rescindirlo debe intentar un renegociación a fin de alcanzar una readecuación del contrato.

VIII. La teoría de la imprevisión.

1. Introducción.

Los efectos de la pandemia COVID-19 y las medidas gubernamentales dictadas para evitar la propagación del virus en algunos casos no tornan imposible el cumplimiento de la prestación; pero generan una alteración en la ecuación económica del contrato, tornando excesivamente onerosa la prestación a cargo de una de las partes. En otros términos, las medidas dictadas por el gobierno para enfrentar la pandemia permiten –en

⁸⁵ Analizamos este precepto anteriormente, véase: GERBAUDO, Germán E., *El deber de renegociación en los contratos de duración*, en Diario Comercial, Económico y Empresarial, DPI Cuántico, Derecho para Innovar, Nro. 271, 11/09/2020.

⁸⁶ VERGARA, L., op. cit. p. 1.

Se discute en la doctrina si el deber de renegociar que emerge de la norma debe ser interpretado como un deber formal o un deber sustancial. Véase las diferentes posiciones en el siguiente trabajo: PITASNY, Jonatan, *Análisis interpretativo del art. 1011 in fine del Código Civil y Comercial de la Nación*, en “Revista del Código Civil y Comercial”, 2020 (mayo), p. 183.

⁸⁷ FERRER DE FERNÁNDEZ, E. y ROCHA, D., op. cit., p. 282.

muchos contratos- el cumplimiento, pero tornan excesivamente onerosa la prestación a cargo de una de las partes.

En este caso, salvo que una de las partes, hubiera asumido contractualmente el riesgo de pandemias, la parte afectada podrá articular los mecanismos de renegociación contractual si los hubiere o en su caso invocar la teoría de la imprevisión⁸⁸.

La figura se encuentra prevista en el art. 1091 del Código Civil y Comercial de la Nación.

No hay grandes cambios en la regulación del Código Civil y Comercial de la Nación con respecto al régimen previsto en el art. 1090 del Código Civil derogado –en la regulación posterior a la ley 17.771-.

2. Antecedentes.

La teoría de la imprevisión que oportunamente se receptara en el art. 1198 del Código Civil –luego de la reforma de la ley 17.711- reconoce su antecedente en la Recomendación Nro. 15 aprobada por el Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil de 1961 que bajo el acápite de “El cambio de las circunstancias y los efectos del contrato: la imprevisión y las teorías afines. (Tema n° 10)”, expresó “Incorporar al Código Civil, a continuación del art. 1198, el siguiente texto: “En los contratos bilaterales conmutativos y en los unilaterales onerosos y conmutativos de ejecución diferida o continuada, si la prestación a cargo de una de las partes se tornara excesivamente onerosa, por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, la parte afectada podrá demandar la resolución del contrato. El mismo principio se aplicará a los contratos aleatorios, cuando la excesiva onerosidad se produzca por causas extrañas al alea propia del contrato. En los contratos de ejecución continuada la resolución no alcanzará a los efectos ya cumplidos. No procederá la resolución si el afectado hubiese obrado con culpa o estuviere

⁸⁸ CALDERÓN, Maximiliano R., *Suspensión, revisión y extinción del contrato*, en “Desafíos del coronavirus al derecho. Mirada del derecho argentino con aportes del derecho comparado”, 13/04/2020, cita IJ-CMXV-458, https://ar.lejister.com/index.php#indice_2

en

mora.

La otra parte podrá impedir la resolución ofreciendo mejorar equitativamente los efectos del contrato”.

También se reconocen como antecedentes los arts. 1467 a 1469 del Código Civil de Italia⁸⁹. Asimismo, antes de la reforma de 1968 esta tesis era propiciada por autores como Spota o Rezzonico y era sustentada por la jurisprudencia⁹⁰. En este último ámbito cabe recordar lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en 1966 en la causa “Oks Hnos. y Cía. c/ Gobierno Nacional” donde expresó que “... el principio sigue siendo siempre el cumplimiento estricto de lo pactado a costa de sacrificios: *pacta sunt servanda*”, agregando que “solo cuando se ha alterado la base del negocio jurídico y de ello deriva un perjuicio grave y esencial, esta doctrina propugna la intervención de los jueces para impedir que se consuma una injusticia que hiere el sentimiento jurídico”⁹¹.

La reforma de 1968 dada por la ley 17.771, siguiendo literalmente la ya citada Recomendación del Tercer Congreso de Derecho Civil, consagró la teoría de la imprevisión en el art. 1198 del Código Civil que expresaba “En los contratos bilaterales conmutativos y en los unilaterales onerosos y conmutativos de ejecución diferida o continuada, si la prestación a cargo de una de las partes se tornara excesivamente onerosa, por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, la parte perjudicada podrá demandar la resolución del contrato. El mismo principio se aplicará a los contratos aleatorios cuando la excesiva onerosidad se produzca por causas extrañas al riesgo propio del contrato.

En los contratos de ejecución continuada la resolución no alcanzará a los efectos ya cumplidos.

⁸⁹ MOSSET ITURRASPE, J., *Contratos...*, op. cit., p. 517; FONTANARROSA, Rodolfo O., *Derecho comercial argentino*, Buenos Aires, Zavalia, t. 2 “Doctrina general de los contratos comerciales”, 1997, p. 115; QUIRÓS, Pablo O., *La revisión del contrato por imprevisión: la cuestión en el derecho argentino*, en “Anales de la Legislación Argentina” 2019-10, p. 165.

⁹⁰ En la doctrina cabe recordar la obra de Luis M. Rezzónico, *La fuerza obligatoria del contrato y la teoría de la imprevisión*, 2º ed., Buenos Aires, Perrot, 1954.

⁹¹ CSJN, “Oks Hnos. y Cía S.A. c/ Gobierno Nacional”, 19/10/1966, Fallos 266:72, citado por HERNÁNDEZ, Carlos A., *Imprevisión y protección del consumidor*, en “Revista del Código Civil y Comercial”, Buenos Aires, Thomson Reuters, 2019 (octubre), p. 35.

No procederá la resolución, si el perjudicado hubiese obrado con culpa o estuviese en mora.

La otra parte podrá impedir la resolución ofreciendo mejorar equitativamente los efectos del contrato”.

3. Régimen legal del Código Civil y Comercial.

a) Introducción.

Según el art. 1091 del Código Civil y Comercial "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, esta tiene derecho a plantear extrajudicialmente, o pedir ante un juez, por acción o como excepción, la resolución total o parcial del contrato, o su adecuación. Igual regla se aplica al tercero a quien le han sido conferidos derechos, o asignadas obligaciones, resultantes del contrato; y al contrato aleatorio si la prestación se torna excesivamente onerosa por causas extrañas a su alea propia".

El precepto vigente reproduce –sin grandes cambios- la solución que traía el art. 1198 del Código Civil–con las reformas de la ley 17.771-, recogiendo la jurisprudencia y la doctrina elaborada en aproximadamente cincuenta años.

Asimismo, como antecedente normativo inmediato el art. 1091 del Código Civil y Comercial se indica el Proyecto de Código Civil unificado con el Código de Comercio de 1998 –arts. 1060 a 1062-.

b) Ámbito de aplicación.

Cuando se habla de imprevisión es necesario un transcurso del tiempo para que pueda observarse una alteración de las circunstancias. Se expresa que “lo esencial es pues la presencia de la impronta del tiempo en la

vida del contrato puesto que durante ese tiempo habrán de ocurrir los eventos extraordinarios e imprevisibles que son presupuestos fácticos de la revisión”⁹².

Debe tratarse de un contrato conmutativo de ejecución diferida o permanente.

Quedan excluidos los contratos de ejecución instantánea “pues es obvio que no quedan sometidos a futuros cambios de las circunstancias”⁹³.

En ámbito de aplicación natural de la teoría de la imprevisión es el de los contratos onerosos, donde la alteración extraordinaria de las circunstancias existentes al tiempo de la celebración causó excesivamente onerosa la prestación debida por una de las partes. Pero cabe preguntarse: ¿Se aplica a los contratos gratuitos?

Es una discusión que si bien ya estaba en el régimen del Código Civil se intensifica frente a la nueva redacción del art. 1091 del Código Civil y Comercial. La doctrina expresa que “en principio parecería que la doctrina de la imprevisión está pensada para los contratos onerosos; el art. 1198 del Código derogado aludía a los contratos bilaterales y a los unilaterales onerosos. La omisión de toda referencia a la onerosidad en el texto del art. 1091 hace que algunos autores sostengan que ahora la doctrina de la imprevisión es invocable también por quien haya celebrado un contrato gratuito cuando él deba ser cumplido en condiciones distintas que llevan su prestación a un valor excesivo (Leiva Fernández); quedarían entonces incluidos contratos tales como la renta vitalicia gratuita, la fianza, el depósito gratuito, el comodato”⁹⁴.

c) Requisitos.

- la ocurrencia de acontecimientos extraordinarios e imprevisibles.
- que como consecuencia de la alteración de las circunstancias existentes al tiempo de la celebración del contrato la prestación de una de las partes se torne excesivamente onerosa.

⁹² MOSSET ITURRASPE, J., Contratos..., op. cit., p. 319.

⁹³ RIVERA, J., CROVI, L. y DI CHIAZZA, I., op. cit., p. 525.

⁹⁴ Id., p. 526.

No caben dudas que la pandemia provocada por el COVID-19 se presenta como un acontecimiento extraordinario e imprevisible que provocó una alteración de las circunstancias que las partes tuvieron en mira al momento de la celebración contractual⁹⁵. Esta alteración genera que la prestación de una de las partes se haya tornado excesivamente onerosa. De esa manera, el mantenimiento de la obligación importa la consumación de una flagrante injusticia⁹⁶.

Hay una relación causal entre los requisitos mencionados. De este modo, el acontecimiento extraordinario e imprevisible –la pandemia COVID-19- provoca la alteración de las circunstancias que las partes tuvieron en cuenta al momento de la celebración del contrato convirtiendo excesivamente onerosa la prestación de una de las partes.

Además, para que opere la imprevisión será necesario que el perjudicado no haya asumido el riesgo y que el afectado opte por el régimen de la imprevisión.

IX. Conclusiones.

Frente a la crisis derivada de la pandemia COVID-19 y de las medidas gubernamentales que impusieron el aislamiento, surge la necesidad de buscar soluciones que permitan conservar los contratos, imponiendo el deber de renegociación.

La pandemia COVID-19 ha agravado la crisis que ya venía atravesando nuestro país que había declarado la emergencia en diciembre de 2019.

El contexto actual afecta profundamente a numerosas relaciones contractuales en las cuales el acontecimiento imprevisto e inevitable provocó una

⁹⁵ Uno de los tópicos que más debate genera en la teoría de la imprevisión es determinar si hay un acontecimiento extraordinario e imprevisible. En el contexto actual, entiendo que la pandemia COVID-19 y las medidas del gobierno –ASPO- adoptadas para evitar la propagación del virus califican en este extremo y no deja margen alguno de discusión.

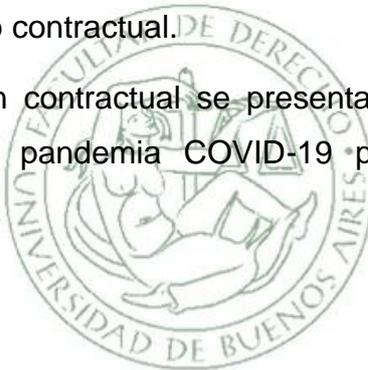
⁹⁶ CORNET, Manuel y TINTI, Guillermo, *Los contratos frente a la emergencia del COVID-19*, en EBook-TR-2020 (Andruet), 20, Thomson Reuters, cita online AR/DOC/1770/2020

alteración de las circunstancias que las partes tuvieron en mira al momento de celebrar el contrato.

Frente a ello, pensamos que las partes tienen el deber de renegociar y buscar la autocomposición contractual. En tal sentido se expresa que “en los tiempos de pandemia, más que recurrir a los tribunales, las partes tienen el deber de renegociar el contrato, ya que lo ideal es la autocomposición del sinalagma alterado por la pandemia y por las resoluciones dictadas para tratar de paliarla”⁹⁷.

El deber de renegociar se encuentra expresamente establecido para los contratos de duración en el art. 1011 del Código Civil y Comercial, sin perjuicio que el mismo como derivación del principio de buena fe resulta de aplicación en todo el campo contractual.

La renegociación contractual se presenta así como una forma de mitigar los daños que la pandemia COVID-19 produce a las relaciones contractuales.



⁹⁷ MEDINA, G., op. cit., p. 2.