

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

ejercicio legítimo de un derecho. Y esto significa que esa conducta dañosa e injustificada es antijurídica.

Por último, estimamos que el factor de atribución podrá ser la culpa o bien el abuso del derecho (al libre desarrollo de la personalidad). En este último caso, la responsabilidad sería objetiva, pues, a nuestro criterio - y en consonancia con lo que sostienen Bustamante Alsina, entre nosotros, y Castán Vázquez, Rivero Hernández y Roca Trías, en España, por ejemplo, la figura del abuso del derecho no requiere para configurarse la presencia de la culpa.

DOCTOR YUNGANO. - Querría referirme muy brevemente a dos cosas.

En primer término, el planteo entre no nacer y nacer mal no es ontológicamente correcto, porque desde el punto de vista de la ontología son cosas distintas. No se puede comparar el no nacer con el nacer mal, es decir, se puede comparar nacer bien o nacer con defectos. De cualquier manera, el tema no puede resolverse con patrones generales, habría que volver a algunos principios clásicos.

En segundo lugar, en la medida en que pueda demostrarse una culpa consciente, dicho sea esto un poco entre comillas, tal vez yo abriría la responsabilidad de los padres por los daños causados al hijo, pero en determinados casos, porque no es lo mismo la transmisión de una varicela que la transmisión de la sífilis o del SIDA.

DOCTOR BUERES. - Estamos de acuerdo. Reiteramos nuestra incredulidad con respecto al principio de la compensatio lucri cum danno - aplicado a estos casos - o al juicio de valor entre el no existir o el existir con taras.

DOCTOR TOBÍAS. - Para finalizar, quiero insistir en la idea de que mi planteo es más técnico. Si el daño en un sentido general supone la pérdida o alteración de una situación preexistente más favorable, sigo pensando que acá no hay un daño porque es más valioso ser, aunque enfermo, que no ser.

DIRECTOR DEL DEPARTAMENTO. - Agradezco las exposiciones de los señores profesores y la presencia de los asistentes a esta mesa redonda, que doy por concluida.

- Aplausos prolongados.

Tema: LA FRUSTRACIÓN DEL FIN DEL CONTRATO

Relatores: PROFESORES DOCTORES FEDERICO N. VIDELA ESCALADA, JOSÉ MARÍA GASTALDI, SANTOS CIFUENTES Y JORGE ALBERTO ZAGO

Participantes: DOCTORES MARÍA LUISA CASAS DE CHAMORRO VANASCO, DIEGO HERNÁN ZENTNER Y JUAN CARLOS KING

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Fecha: 7 DE JUNIO DE 1990

DIRECTOR DEL DEPARTAMENTO DE DERECHO PRIVADO, DOCTOR JORGE HORACIO ALTERINI. - Nos hemos reunido para tratar el tema "La frustración del fin del contrato", que ha convocado a cuatro distinguidos profesores de esta casa, a quienes voy a mencionar según el orden en el que efectuarán sus exposiciones.

En primer término hablará el señor profesor titular emérito, doctor Federico N. Videla Escalada, que realizará una introducción a esta rica problemática. Luego harán uso de la palabra el señor profesor titular regular, doctor José María Gastaldi, sobre la frustración de la causa fin, y el señor profesor titular regular, doctor Santos Cifuentes, sobre un aspecto entroncado con el tema de la causa fin: el error en la causa. Y, finalmente, el también profesor titular regular doctor Jorge Alberto Zago expondrá sobre una institución vinculada con el motivo de esta convocatoria: la teoría de la imprevisión.

DOCTOR VIDELA ESCALADA.

Voy a tratar de ubicarnos, haciendo una síntesis en el tema de la frustración o frustration. En definitiva, se trata de una institución del derecho anglosajón, particularmente el derecho inglés, a la que miramos desde nuestro punto de vista.

Quizá convenga que empiece por relatar una anécdota. Hace seis o siete años, aproximadamente, en un diálogo en la Academia de Derecho con el señor profesor, también emérito de esta casa, doctor José Domingo Ray - especialista en Derecho de la Navegación abordamos este tema de la frustration. A raíz de esta conversación resolvimos hacer una comunicación conjunta a la Academia, que versó sobre "La frustración del contrato y la teoría de la causa". El tomó el tema de la frustración y yo el de la teoría de la causa, que en mi opinión servía para enmarcar esta figura en nuestro derecho.

En esta exposición voy a referirme a la parte que hizo el doctor Ray: abordar los aspectos esenciales de la frustration. Los doctores Gastaldi y Cifuentes se referirán precisamente a la causa como instrumento, uno directamente y el otro a través de lo que significa el error sobre la causa.

Mi idea es exponerles lo que constituye lo central de la figura en el derecho inglés. Voy a cambiar la metodología que utilizó el doctor Ray, porque él - muy acostumbrado a trabajar con el derecho inglés - comenzó su exposición con una serie de casos jurisprudenciales y después llegó a las aplicaciones doctrinarias que podían abarcar a estos casos. Yo voy a proceder de otro modo, porque estoy más acostumbrado al método de partir de una noción genérica. Comprendo que el método del doctor Ray es perfectamente ajustado. El hubiera querido estar hoy aquí - en cuyo caso no habría sido yo el que expusiera esta parte del tema -, pero está en una reunión del Comité Marítimo Internacional y por eso lo reemplazo en la medida de mis posibilidades.

Para él se configura la frustración del contrato cuando, por circunstancias

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

sobrevinientes y sin culpa de ninguna de las partes, se produce un cambio en la naturaleza de sus obligaciones, transformándose en algo fundamentalmente distinto de lo que se tuvo en mira - ahí parece que apunta al fin - al contratar. Es decir, que el contrato se convierte en algo diferente de lo convenido. No tengo observación alguna que formular a este concepto.

Pero prefiero, porque creo que puede hacer más fácil el manejo, dar una noción descriptiva. Los dos dimos nuestra noción en su momento y yo repito las dos. Para mí, hay frustración cuando, en un contrato bilateral, inicialmente válido, en el que la finalidad perseguida por cada una de las partes ha sido conocida por la otra, esa finalidad, fundamento de la determinación de la voluntad de alguno de los contratantes, no puede ser lograda. Y además de no poder ser lograda, se requiere que esa imposibilidad se produzca por una razón externa a la voluntad de las partes y que no haya culpa de ninguna de ellas.

He querido dar este concepto más descriptivo porque voy a tratar de hacer rápidamente una disección de los elementos que se conjugan para conformar esta noción. Partimos de la base de que se trata de contratos válidos: ni tienen defectos en su momento genético. Las partes los han perfeccionado sin problemas: no hay causales de nulidad. Esto nos permite descartar la lesión. En cambio, se aproxima al tema que va a desarrollar el doctor Zago, es decir, a los casos que se resuelven por la vía de la teoría de la imprevisión.

Esos contratos, inicialmente válidos, son bilaterales. Por consiguiente, son onerosos es decir, implican sacrificios y ventajas recíprocas, a través de la realización de prestaciones por ambas partes. La pauta esencial radica en el equilibrio de esas prestaciones. Los contratos bilaterales son todos onerosos; ergo, hay que mantener el equilibrio para que el contrato cumpla plenamente su finalidad.

Esos contratos, que eran válidos totalmente en el momento genético, en su fase final al llegar a la hora de la ejecución, no satisfacen la finalidad que perseguía alguno de los contratantes. Objetivamente, se produce una circunstancia sobreviniente que impide el normal desarrollo del cumplimiento contractual. Ahí vemos, entonces, que se rompe el equilibrio, porque una de las partes puede obtener la satisfacción buscada y la otra no. Se nos desequilibra el contrato. Esta finalidad se hace irrealizable por circunstancias que son sobrevinientes y que no dependen de la voluntad ni de la acción de las partes. Y además - y con esto cerramos la referencia a la finalidad -, esa finalidad o causa fin objetiva - llamémosle como se quiera - tiene que haber sido conocida por la otra parte. O sea, las partes conocen sus respectivas finalidades.

Paso ahora del terreno abstracto al concreto. Vamos a analizar esta especie de disección a la luz de uno de los casos más conocidos en materia de frustración: uno de los llamados casos de la coronación, los coronation cases.

En 1902 había muerto la reina Victoria de Inglaterra. Como reinó durante más de sesenta años, hacía mucho tiempo que no había una coronación. Correspondía que asumiera el trono quien luego sería Eduardo VII. A raíz de

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

ese acontecimiento, se celebró un contrato sobre la base de un aviso que publicó en un periódico un señor que era dueño de una habitación, una de cuyas ventanas daba a la calle por donde iba a pasar el desfile de la coronación. Anunció que estaba dispuesto a arrendar por ese día su habitación. Otro señor, interesado en ver el desfile de la coronación, contrató con él y convino una suma, supongamos de cien libras, pagando cincuenta en el acto.

Era un simple contrato de locación, era bilateral, las dos partes tenían todas las cualidades necesarias para realizarlo y lo celebraron sin ningún tipo de presión. La finalidad era totalmente conocida. Uno quería cobrar porque tenía la suerte de contar con una habitación ubicada por donde después iba a pasar el desfile, y el otro quería ver ese desfile. Pero apareció la circunstancia sobreviniente: se enfermó el rey, se suspendió la coronación y no hubo desfile.

Evidentemente, ninguna de las partes tenía la culpa de esa circunstancia sobreviniente. Como se había pagado una parte del precio, ambos reclamaron. Uno pretendía la devolución de lo pagado porque no había alcanzado su fin. El otro demandó el pago total porque nada tenía que ver con la suspensión del acto. El tribunal declaró frustrado el contrato.

Se llegó a esto porque el derecho inglés tenía, desde siglos atrás, un principio del cual todos hemos oído hablar: el de la santidad del contrato. Y no admitía como eximente el caso fortuito o la fuerza mayor. De modo que se dan casos en algunos de los cuales, a nuestro modo de ver, hay una palmaria injusticia.

Por ejemplo, hay otro caso del año 1673, si mal no recuerdo, en el que se arrendó un campo. Inglaterra fue invadida por tropas enemigas, las del príncipe germano Ruperto, que ocuparon ese campo. Cuando llegó el momento de pagar el alquiler, el dueño reclamó el pago al arrendatario. Este contestó que no pudo trabajar el campo y que no podía abonarle. El tribunal lo condonó a pagar sosteniendo que debió haber previsto que esto podía ocurrir.

Llegamos a una situación realmente curiosa que plantea el derecho inglés: admite la fuerza mayor y el caso fortuito en los supuestos de responsabilidad extracontractual, porque así lo impone la ley, pero no en los casos de responsabilidad contractual porque se interpreta que voluntariamente se acepta asumir la posibilidad de que no se cumpla la obligación.

Así es como se llega a la conclusión, en la jurisprudencia y en la doctrina, de que este resultado es injusto. Casi dos siglos después, en 1863, nos encontramos con el caso Taylor con Caldwell, en el que se aplicó la teoría de la frustración. Se alquiló un music hall para dar en él cuatro conciertos, pero antes de la primera noche se incendió el teatro. El locatario reclamó una indemnización por no haber podido dar los conciertos y el tribunal la denegó por considerar que se había hecho imposible en razón de la existencia de una condición implícita: que existiera el teatro para que pudiera cumplirse el contrato de locación.

De ahí en más se dan distintos casos. Por ejemplo, hay uno, también un

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

coronation case, que se relaciona con la revista naval que iba a realizar el rey. Al enfermarse éste, se resolvió que aquélla se hacía igual, pero sin el monarca. Entonces, alguno de los que habían tomado pasajes en los barcos que iban a ver la revista pretendieron su devolución. Pero aquí se resolvió que el espectáculo que se iba a ver se hacía de todos modos. La parte contractual se cumplía, la finalidad no era tan importante. Por lo tanto, la solución fue distinta.

En materia marítima, nos encontramos con que empezaron a presentarse numerosos casos. Uno de ellos, que también es de fines del siglo pasado, tuvo lugar cuando se fletó un buque entre dos puertos ingleses para cargar materiales y llevarlos a San Francisco. Al salir el navío, quedó varado, demorándose tres semanas en hacerlo salir de la varadura, y seis meses en repararlo. Entre tanto, el fletador había tenido que recurrir a otro buque. El fletante dijo que había perdido por un riesgo del mar y demandó al asegurador. Este se defendió respondiéndole: "usted a la otra parte no la podía demandar y yo, en definitiva, soy subrogante". Y el tribunal hizo lugar a la excepción sosteniendo que había condición implícita de entregar en determinado tiempo la mercadería y no la pudo cumplir.

En la primera guerra mundial, en la guerra civil española y en la segunda guerra mundial se repitieron estos casos. Al comienzo de la segunda guerra, por ejemplo, se dio uno de estos supuestos, en el que se comprometió la construcción de una maquinaria que debía entregarse en Polonia. Alemania invadió Polonia, no se pudo hacer la entrega, pero había una suma pagada y el tribunal resolvió que se había frustrado la finalidad perseguida.

A raíz de esos casos, se llegó a dictar una ley, en el año 1943, que establecía varias pautas vinculadas con el modo de resolver estas situaciones, pero sin dar una solución integral. Entonces se empezó a elaborar en el derecho inglés algo así como los fundamentos doctrinarios.

Se habló de la teoría de los términos implícitos o de la condición implícita, de la desaparición de los fundamentos del negocio, que es algo que tiene que ver también con la excesiva onerosidad aunque no es eso exactamente, sino imposibilidad de cumplir la finalidad. Hay tribunales y autores que llegan hasta un máximo de avanzada, sosteniendo que hay que dar la solución justa y razonable según el caso: no admiten una pauta genérica. Y se habla también de la teoría del cambio de la obligación

Sintetizando, creo que el antiguo derecho inglés contractual consagraba una verdadera injusticia, al no aceptar la eximente de caso fortuito o fuerza mayor y que la teoría de la frustración, al haber corregido esto y al haber permitido llegar a soluciones justas. Es sumamente positiva. En su aplicación, como ocurre muchas veces con los tribunales ingleses, no llegamos a marcar una línea demasiado definida, aspecto sobre el cual recae la crítica.

Por mi parte creo que en nuestro derecho todo esto se enmarca sin ningún tipo de problemas mediante la utilización de la teoría de la causa en su versión neocausalista.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

DOCTOR GASTALDI.

La introducción que del tema de hoy ha efectuado el doctor Videla Escalada, como asimismo la aplicación a casos concretos del derecho inglés y de algunos otros países, dan paso a otro aspecto del que me voy a ocupar y que se trata concretamente de la posible ubicación de la doctrina de la frustración del contrato en general dentro de nuestro ordenamiento jurídico.

Debo señalar que al mencionado trabajo del doctor Ray siguió la comunicación del doctor Videla Escalada, que precisamente se refirió a la ubicación de la frustración en el ordenamiento. Y anticipo mi coincidencia con la conclusión que acaba de esbozar hacia el final de su exposición.

Nosotros sabemos que, concretamente, ni el Código Civil ni tampoco, por cierto, el Código de Comercio, han incorporado la teoría de la frustración del contrato. Pero también debemos recordar que esta teoría aparece en el Proyecto de código unificado de 1987. El artículo 1204 de ese proyecto, después de tratar la resolución en virtud de un pacto comisorio agrega que la resolución del contrato puede también ser declarada "por frustración del fin del contrato siempre que tal fin haya sido conocido o conocible por ambas partes, que la frustración provenga de causa ajena a quien la invoca y no derive de un riesgo que razonablemente tomó ésta a su cargo en razón del sinalagma asumido. En todo caso, la resolución se producirá mediante comunicación fehaciente...", etcétera. Traigo esto a colación, por un lado porque es un antecedente importante, y por otro lado, para ser también consecuente con la postura que sostuve cuando se presentó ese proyecto de unificación en relación con esta parte del art. 1204.

En su momento señalé que, a mi criterio, incorporaba una teoría que podría tener acogimiento en nuestro ordenamiento positivo sin que fuera necesaria su inclusión expresa. Y me referí en ese trabajo fundamentalmente a la Teoría de la causa. Es decir, que sostuve, en coincidencia con la postura que ha esbozado el doctor Videla Escalada, que la frustración del contrato se encontraba cubierta en nuestro derecho con la teoría de la causa.

No es, por cierto, mi intención insistir o polemizar respecto de la incorporación o no de la teoría en cualquier modificación de la ley, sino la de traer esto a colación porque es - insisto - un antecedente importante que, como sabemos, no ha llegado a concretarse. Pero, precisamente, en mi criterio, que reitero y voy a tratar de demostrar, la teoría de la frustración tiene cabida actual en nuestro ordenamiento jurídico a través de la teoría de la causa, en la medida, por supuesto, que entendamos la causa - después lo voy a concretar un poco más - como causa - fin o finalidad.

Primero tendremos que ubicar los conceptos.

Hay uno que ya marcó el doctor Videla Escalada cuando señaló qué entendía el doctor Ray por frustración del contrato, por lo cual obvio la repetición. E insisto en el párrafo siguiente del doctor Ray donde dice: "lo que es fundamental es que no haya habido culpa de ninguna de las partes y que las nuevas circunstancias desnaturalicen el sentido original de las obligaciones contraídas para que el contrario puede considerarse frustrado

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

y relevadas las partes del cumplimiento de las prestaciones comprometidas". Para ensamblar ese concepto de frustración del contrato con la teoría de la causa debemos ir al concepto de causa. Por supuesto que ya habrán advertido que estoy orientado, al igual que quien me precedió en el uso de la palabra y que ha sido mi maestro en este tema y en muchos otros, en el sentido de la tesis causalista, es decir, en aquéllos que vemos en la causa un elemento esencial, no sólo del contrato sino de los actos jurídicos. O sea, un elemento que se debe proyectar desde el acto jurídico hacia el contrato y no al contrario, como, por ejemplo, parece surgir del Código francés, que al incluir una generalización de los actos jurídicos, incorpora específicamente a la causa como un elemento de los contratos. Por supuesto que - insisto - hacemos referencia a la causa entendida como finalidad o causa - fin, o como se la quiera llamar. Lo que sí queda claro es que es un problema teleológico: la finalidad.

No dejamos de considerar la existencia de una corriente anticausalista, que hoy todavía se manifiesta. Pero sí nos atrevemos a remarcar que en más de un caso esa corriente anticausalista trabaja colocando la causa dentro de otros elementos del contrato, extendiéndolos - ya sea el consentimiento o el objeto - para incluir dentro de ellos el tema que los causalistas separan y ubican como un elemento específico y distinto.

Esta distinción entre objeto y causa no tiene, ni en mí ni creo que en ningún causalista, el sentido de buscar diseccionar todo o separar todo, sino de buscar la distinción de dos elementos que estamos absolutamente convencidos que deben separarse porque son bien distintos.

Esto nos lleva a considerar previamente, para que quede más en claro, la postura, que por lo menos personalmente asumo, de determinar qué es el objeto y qué es la causa o finalidad. En mi criterio - no soy original tampoco -, cuando hablamos de objeto referenciamos la materia del acto, y al referenciar la materia del acto, habitualmente en el objeto del contrato, he prescindido de toda otra consideración que no nos lleve al objeto que el Código postula para los actos jurídicos en el art. 953. La remisión es fácil, porque recordarán que el primer artículo del objeto de los contratos, el 1167, remite al objeto de los actos jurídicos. Es cierto que, lamentablemente, el artículo 1168 complica las cosas cuando dice que el objeto son las obligaciones o las prestaciones, pero creo que esto tiene una explicación - que no vamos a dar ahora -, por lo cual me mantengo firme en la remisión al art. 953.

Con ello llegamos a la conclusión de que el objeto es materia y se concreta en bienes (aunque el art. diga "cosas", sabemos que la expresión debe entenderse como bienes) y hechos. En definitiva, esta "materia" se opone a la noción de finalidad, porque el objeto queda limitado a lo que es "materia" y en la finalidad entra un aspecto volitivo, es decir, de la voluntad.

Recuerdo que esta postura en cuanto al objeto, no sólo tiene apoyo en el art. 1167, porque, si recorremos las páginas del Código y de los contratos en especial, nos vamos a encontrar con que el tambaleante criterio de objeto que Vélez tiene cuando lo trata en la parte general de los contratos, se reafirma en los contratos en particular.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Porque, para ser muy concretos, lo vemos aparecer - dejando pasar aquello de la cosa vendida, porque al capítulo no lo titula "objeto" sino "la cosa vendida" -, por ejemplo en materia de cesión, cuando dice que el objeto de la cesión es todo objeto incorporal - art. 1444 - . Y más adelante, en el art. 1499, cuando habla del objeto de la locación, dice claramente que éste está constituido por las cosas muebles no fungibles y por las raíces sin excepción.

Esta postura parece haber sido olvidada por algunos anticausalistas, porque, curiosamente, más de un autor que se manifiesta como tal, cuando habla de objeto se orienta hacia alguna otra de las posiciones, diciendo, por ejemplo, que el objeto de los contratos son las obligaciones, cuando eso en realidad son los efectos. Pero cuando tratan de los contratos en particular, creo que no hay ninguno que se refiera al objeto de la compraventa sin ir a la cosa, al objeto de la cesión sin ir al objeto incorporal, al objeto de la locación sin ir también a las cosas.

Quiere decir que hay una suerte de discordancia en aquéllos, que parecen mantenerse muy firmes en una posición anticausalista o, por lo menos, diferente respecto del objeto, y cuando llegan al caso concreto entienden por objeto lo mismo que entendemos nosotros. Más aún, nos encontramos con algunos, que son señalados como anticausalistas, que hacen la distinción a partir de aquellas dos preguntas y respuestas. Al qué se debe, contestan con el objeto. Al por qué o para qué se debe, contestan con la causa. Estas preguntas las advertimos por ejemplo en Spota, que hace esa distinción y habla del objeto - fin, colocándose en una posición que se acerca más al causalismo que al anticausalismo.

Caracterizamos al objeto como materia. Caractericemos ahora la causa ya en un aspecto de la voluntad. Es decir, si yo compro una mesa, es claro que la materia es la mesa, pero habré de investigar con qué finalidad la compro, y antes de ello, habré de investigar qué finalidad me propongo con esa mesa. Si la finalidad es que sea mía, la voy a comprar; pero si es utilizarla por un tiempo, quizás la alquile o la pida prestada. Con esto vamos esbozando algo que después voy a aclarar, respecto a las dobles finalidades que pueden existir en un contrato.

Conceptualizando un poco más el tema de la causa, vamos a pasar por alto, por razones de falta de tiempo, la concepción clásica de Domat, el anticausalismo de Ernst y en neocausalismo. Simplemente, vamos a llegar un poco al final del neocausalismo que ve en la causa como finalidad la razón de ser del acto. Esa es la finalidad, el elemento teleológico, el porqué. Fijémonos que este concepto no es ajeno al Código Civil, porque Vélez, cuando habla del error en el art. 926, en la nota dice que la causa es el motivo que nos propusimos. Es decir, que Vélez esboza algo que hoy en día se puede colocar dentro de la tesis causalista.

Pero, dada esta prelación de causa, para discernir la vinculación de la frustración del contrato con la teoría de la causa, y la posibilidad de que esta teoría abarque o permita la aceptación de la otra, creo que hay que manifestar dos aspectos muy importantes.

Uno es que la causa no es un elemento estático, que se agote en con la

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

formación del acto. Si no lo entendemos así, no vamos a poder hacer calzar la teoría de la frustración, que es sobreviniente. La causa no es algo genético. Si bien la finalidad está en el inicio, también está en el desarrollo del contrato, en el aspecto funcional. Este segundo aspecto es el que permite vincularla con la tesis de la frustración. Dicho en otras palabras, la causa tiene relevancia en toda la vida del contrato.

El segundo aspecto que debemos tener en cuenta es que la finalidad o causa la debemos interpretar - al menos es la postura más aceptable - en dos facetas diferentes. Por un lado, una finalidad genérica, aquélla de que hablaba la doctrina causalista y que se repite invariablemente en todos los contratos de la misma naturaleza. Esta tampoco nos va a ser de utilidad para la frustración. Pero después tenemos finalidades concretas, que pueden ser de ambos contratantes o de un contratante diferente de las del otro. Pero esta finalidad concreta, que es la que puede interesar para la teoría de la frustración, tiene que ser jurídicamente relevante y, haciendo un juego de terminología, tiene que ser revelada, tiene que expresarse, no puede quedar in mente retenta por el contratante. O sea que, de esta forma, adquieren también importancia los motivos, en la medida en que éstos sean jurídicamente relevantes. Es en este segundo aspecto - insisto - en el que podemos encontrar el ensamble de la teoría de la frustración con la teoría de la causa. Porque lo que ocurre es que los motivos por los que se contrató, que las partes pusieron sobre el tapete al contratar, se ven frustrados. Entonces, allí entra a jugar la teoría de la frustración, ensamblando perfectamente con la aplicación de la teoría de la causa como finalidad, porque ésta abarca toda la vida del contrato: si la finalidad se frustra faltará un elemento esencial del contrato y debe producirse la consiguiente extinción de todos sus efectos.

Si comparamos los aspectos señalados con los componentes de la frustración, vamos a obtener la conclusión, reiterando así lo aclarado por el doctor Videla Escalada. Veamos:

El contrato se realiza para la satisfacción de un fin jurídicamente relevante y manifestado y conocido por las partes - relevado - . En la génesis del contrato, pues, no hay problema; está claro que existe ese fin. Pero en la funcionalidad, la finalidad que se perseguía se torna inalcanzable por circunstancias ajenas a las partes. Tales circunstancias frustran el propósito, la finalidad y dan paso a la aplicación de la teoría que analizamos.

Como señala el doctor Videla Escalada, los requisitos para constituir la frustración son: contrato válido, bilateral, la finalidad de cada uno la conocía el otro, pero esa finalidad no se logra por razones externas y ajenas a las partes. Desarrollemos esto componentes y de allí resultará el ensamble de la teoría de la causa con la frustración:

a) El contrato debe ser válido, de lo contrario habrá lugar a la nulidad y entonces no es posible hablar de "frustración" ni relacionarla con la causa. Acá se inserta el tema de la ilicitud de la causa, que podrá provocar la nulidad, mas no la frustración. En el contrato que se frustra el consentimiento aparece perfecto: la cuestión que originará la frustración surgirá después.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

- b) El contrato debe ser bilateral, porque debe existir una reciprocidad o correlatividad inicial que luego se ve alterada, rompiéndose la equivalencia y el equilibrio.
- c) La "frustración" debe tener como base un acontecimiento ajeno a la voluntad de las partes.
- d) La "frustración" debe recaer sobre un motivo relevante, que sea relevado, es decir, que las partes lo conozcan.

Con todas estas bases es fácil concluir que la frustración del contrato ensambla perfectamente con la teoría de la causa, según anticipamos, siempre en la medida en que interpretemos esa causa o finalidad no de acuerdo con la concepción clásica de Domat, sino como aquella finalidad concreta que se traduce en el cumplimiento efectivo de las prestaciones, en los motivos determinantes que fueron relevantes para la celebración del acto o contrato.

DOCTOR CIFUENTES.

Empiezo con una gran serenidad de espíritu y con una gran alegría. Somos tres causalistas. Los distinguidos expositores que me precedieron lo han reafirmado de una manera tan categórica que me siento realmente complacido en acompañarlos al respecto. Es que, en mi modesta opinión, no se puede dejar de ser causalista. Voy a recordar una frase de Doménico Barbero que me llamó la atención. Dice que "no hay negocio sin causa, como no hay libro sin páginas y no hay cuchillo sin hojas". No es posible que pensemos en un negocio sin que haya algo que lo movilice, un porqué; y no es posible que el derecho pueda desentenderse de ese porqué.

Es claro que en nuestro Código Civil la sistemática del análisis de la causa padece, desde el punto de vista metodológico, de algunas inexactitudes. Entiendo que el problema de la causa es un problema general para todo negocio jurídico, tomando esta expresión con el criterio moderno, que en nuestra terminología es designado como acto jurídico. Y quizás el núcleo del problema de la causa lo encontremos en la clásica definición del negocio jurídico contenida en el art. 944 del Código Civil, que incluye como tercer elemento. Después de acto voluntario, lícito, el fin inmediato. Nuestro Código, en la parte de contratos, no tiene un desarrollo de la causa - fin. Sí lo tiene en la parte de obligaciones, en los artículos 500, a 502. Dejo de lado el artículo 499, porque creo que ya también es *ius receptum* la idea de que ese artículo se refiere a la causa fuente y no a la causa - fin. Me parece que debió desarrollarse esto - siendo consecuente con la maravillosa idea de Vélez Sársfield de armar la teoría general del hecho y del negocio jurídico -, en esta parte instrumental de su obra, es decir, la del negocio jurídico. Aunque - repito - el concepto de la causa surge prístinamente del artículo 944, cuando nos habla del fin inmediato - que no es más que el fin jurídico perseguido por las partes - para crear, modificar, extinguir derechos y obligaciones.

Ahora bien, la teoría de la causa puede verse - y en esto sigo también una

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

corriente mayoritaria - desde un punto de vista objetivo - subjetivo. Desde un punto de vista objetivo, como fin determinante, es el fin abstracto, el fin tipo; proviene de los tipos legales que el Código desarrolla a medida que va trabajando los negocios jurídicos, en particular los contratos. Pero es un fin concreto. Es el comprador Juan que desea la propiedad de esa cosa; es el prestamista Diego que desea los intereses que ese préstamo de consumo le va a proporcionar. Y este fin concreto, este fin tipo, del cual Cariota Ferrara decía que se unificaba con el espíritu mismo del acto y le daba su motivación permanente, la razón teleológica, por supuesto que queda un poco al margen del problema de la frustración del contrato. Porque no podemos pensar, por ejemplo, en una causa ilícita, cuando es un tipo de la ley el que está allí presente. En cambio, si ya la cuestión penetra en la interioridad del contrato, provoca un reencuentro con lo a priori, con lo oculto, con lo anterior que las partes han pensado para ese contrato, que son los motivos, los móviles, aquello que los ha llevado a contratar, tiene otras implicaciones.

Recuerdo un ejemplo de Albaladejo, que me parece interesante. Una señorita desea comprar una casa para vivir al lado de su anciana madre y cuidarla. Esto se manifiesta en el contrato y, evidentemente, hace subir un poco el precio. Cuando llegó el momento de la celebración del contrato, resultó que la madre había muerto días antes. Es indudable que aquí tenemos una frustración de este móvil o motivo relevante, que provoca un error de concepción del fin y, por supuesto, la caída de ese acto. También tenemos el famoso ejemplo de Marcadé - lo traigo a colación porque luego lo vamos a analizar un poco más detenidamente -, del individuo que compra un caballo porque cree que el suyo ha muerto. Pero resultó que no había muerto. Veremos después cómo Marcadé desconoce la posibilidad de que el contrato se haya frustrado. No acepta este móvil o motivo.

Tal es el primer elemento que me toca considerar aquí. Ahora vamos al segundo elemento, que es el error. Frente al error es indudable que estamos utilizando una teoría que se introduce en los meandros totales de la teoría de la voluntad. Es riquísima la teoría del error porque saca a flote el problema de la voluntad en los contratos y en los negocios jurídicos. Se trata de esa falsa noción espontánea que se tiene de las cosas, de modo tal de estar convencido de realizar un acto en determinadas circunstancias, pero resulta que las circunstancias son otras. Cuando entramos en este tema, nos encontramos con la primera noción, tan común, de que el error de hecho está unido al problema de la intención. Es cierto que es así, pero cuando al problema de la intención lo manejamos como elemento formador de la voluntad, no debemos decir lo que mayoritariamente, y, en mi modesta opinión, erróneamente se dice: que es el propósito de realizar el contrato. No. Ejerciendo el discernimiento sano, el discernimiento completo, es un mal discernir en ese acto. Es decir, ese discernimiento mal empleado provoca un desencuentro entre lo que yo quería y el acto que estoy realizando. O sea que es la aplicación concreta y práctica del discernimiento a un acto. Cuando ese discernimiento no se conforma con la realidad, esa falsa noción provoca ese desencuentro. Esta es la intención

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

desde el punto de vista de la voluntad, como elemento interno. La prueba está en que precisamente, los vicios de la intención son el error y el dolo.

En el negocio jurídico, a través del art. 944, tenemos además el propósito. No sólo tenemos el discernir como elemento interno aplicado a un caso concreto, sino el propósito de obtener ciertos resultados y ciertos efectos con ese acto. Es otro aspecto de la intención, y es el aspecto prototipo o connotador del negocio jurídico. Pero aquí en el error en la causa, en el error en el fin del contrato, estos dos aspectos hacen a la intención. ¿Por qué? Porque simplemente ha habido un mal discernir de lo que yo esperaba o buscaba con la realización de este contrato.

Cuando tratamos el tema del error en la causa principal del acto, vamos, fatalmente, a caer en una disposición de Vélez, que es absolutamente difícil, no por ella en sí misma sino por todo lo que se ha dicho de ella, que es el art. 926 del Código Civil. Lo que ocurre es que Vélez allí amalgama dos tipos de error esenciales: el error en la cualidad o sustancia principal que se ha tenido en mira y el error en la causa principal del acto. Muchos autores consideran que sólo ha tratado un tipo de error, el error en la sustancia. Y para esto buscan antecedentes en Freitas. Freitas no trata del error en la causa principal del acto. En su artículo 461 lo único que hace es definir el error esencial. Y también recurren a Marcadé, que está prácticamente recordado en la nota al art. 926 de Vélez. Lo que pasa es que Vélez no definió el error esencial. Enuncia cuáles son los errores esenciales, y dentro de ellos, en un solo artículo, coloca el error en la sustancia y, en mi criterio, también el error en la causa principal del acto. El problema de Marcadé es bastante grave porque Vélez lo trae a colación en la nota, pero Marcadé no dice exactamente lo que expresa Vélez en esa nota. Vélez hace lo que se ha llamado la interpolación o tribonianismo. Puso cosas propias dentro del discurso del autor que estaba mencionando. Por ejemplo, esta frase no era de Marcadé y está puesta como si fuera de Marcadé: "Nosotros entendemos por causa principal del acto el motivo, el objeto, que nos propusimos en el acto, haciéndolo conocer a la otra parte". Fijémonos que Marcadé no aceptaba que el motivo pudiera ser causa del acto, o elemento del acto. Y la frase de Vélez, apartándose de Marcadé me hace pensar que precisamente ése era el pensamiento de Vélez y no de Marcadé. El parágrafo 706 de Marcadé tenía la primera parte de la nota de Vélez, pero no ésta. Y además ese parágrafo trae el ejemplo del caballo. Marcadé dice que si va a comprar un caballo porque cree que el que tiene en su chacra ha muerto, pero resulta que está vivo, no puede permitirse el lujo de pedir la nulidad del acto por error y, por lo tanto, la frustración de este contrato, porque estos motivos no son aceptables.

Casi todos los autores han admitido que sea así. Pero yo creo que hay que pensar en las circunstancias, porque, a mi modo de ver, todo depende de ellas. Porque si ese caballo es el único que ese hombre tiene y es un caballo de carrera de gran valor; y si además se exterioriza en el contrato que el otro caballo se le ha muerto y tiene una carrera el próximo domingo, entiendo que entramos indudablemente en un problema de error en la causa principal y de frustración del contrato, que debe ser contemplada. Por eso,

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

entonces, el ejemplo de Marcadé es quizás exacto generalizado, pero sin las circunstancias. O sea, que no es exacto.

¿Pero que ocurre en la práctica judicial? En las decisiones jurisprudenciales, cuando hay que dilucidar este tipo de casos, se presenta un cúmulo de circunstancias que van llevando al juez por los meandros de la teoría y planteando la necesidad de resolver ciertas situaciones. Aquí tengo uno que se me ocurre interesante recordar, aunque se trata de un caso clásico. Y digo clásico porque el camarista que votó era un juez clásico: el doctor Barraquero, cuya memoria provoca gran respeto. Es el caso Casini, Rodolfo, contra Breyer de Palanza, del 25 de octubre de 1945. Se trata de un mandatario que recibe una autorización para vender una propiedad. En la autorización se consigna que tiene que venderla por 250 mil pesos. Todo lo que sobrepasare de ese precio quedaba en favor del mandatario. Pero se había obviado que ya había una oferta por 265 mil pesos. O sea que la idea del mandante, que otorga esta autorización limitada a 250 mil pesos porque pensaba que iba a ser difícil la venta a mayor precio, el silencio del mandatario, que sabía que existía una oferta superior, llevó a otorgar esta concesión de 15 mil pesos, que después vino a reclamar el mandante en el juicio. Y el doctor Barraquero consideró que aquí se aplicaba el art. 926 porque se había frustrado la causa por un error de desconocimiento por parte del mandante. Y da este concepto, que me parece interesante recordar: "La causa principal del contrato es la circunstancia especialísima tenida en mira por los contratantes, extraña a las condiciones esenciales y corrientes de todo acto jurídico". Y diferencia: el error en el objeto hace a un elemento material; el error en la sustancia, a la propiedad de la cosa, según su naturaleza, y el error en la causa principal, fin determinante, móvil, es el elemento moral, el motivo interno, el que nos ha inclinado a efectuar el acto. Otros muchos antecedentes podrían recordarse; los expuestos demuestran que hay aquí la frustración del fin del contrato por error en la causa principal del acto, cuando esa causa fin de alguna manera lo integra. Y aun cuando los motivos del negocio sean anteriores o contemporáneos a su creación, no hay por qué descartarlos como posibles elementos de la frustración, ya que el estudio de la frustración del fin del contrato no impone atenerse a un esquema rígido

Gracias por haberme escuchado.

DOCTOR ZAGO.

Voy a ser breve porque la claridad expositiva de quienes me precedieron - con los cuales coincido, de modo que somos cuatro los que pensamos lo mismo en esta ocasión - hace que sea innecesario retomar la cuestión ya tratada de la frustración del fin, de la consideración de la causa como algo trascendente e importante cuando el contrato no alcanza a cumplir aquello que había sido previsto, que había motivado a las partes, que había estado en el intercambio de ideas que se hizo para llegar al acuerdo de que nos habla el artículo 1137

Y mirando con otro prisma - también en atención a que todo lo dicho me

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

releva de comentarios -, creo conveniente cerrar este tema de la frustración del fin del contrato, con el instituto de la imprevisión, y casi ya sin vincularlo con todo lo que se ha dicho y que hemos aceptado, mostrando simplemente una especie de contradicción entre dos conceptos que han quedado muy cerca en nuestro Código: por un lado, el trascendente artículo 1197, que subsistió con plena vigencia después de la sanción de la ley 17711 y, por el otro, el artículo 1198, que corporizó la buena fe en la celebración, interpretación y ejecución de los contratos y dio parámetros para valorar lo que las partes habían querido cuando celebraron el contrato, diciendo que debemos atenernos a lo que verosímilmente entendieron o pudieron entender, después que esa ley fuerte, que esa manifestación de voluntad que es como la norma misma, ha sido proclamada, pierde su vigencia, su poder, su consistencia; si las connotaciones objetivas que dieron nacimiento casualmente a ese contrato se han modificado y han convertido a las prestaciones de las partes no en imposibles, pero sí en poco probables, dolorosas, dificultosas. Acabamos de decir esta ley hay que respetarla, este contrato que yo celebré me obliga porque es la consecuencia de lo que verosímilmente he querido, he pensado y he previsto. Lo he resuelto después de contraponer las ventajas y las pérdidas que, aun en el contrato que se continúa, en el contrato de tracto sucesivo, tengo en mira por estos dos o tres años que va a durar la locación. Esto que era ley, que tenía fuerza, que me obligaba, puede dejar de tenerla si, al estar de lo dicho en la segunda parte del art. 1198, aquellas circunstancias que envolvían en alguna medida las tratativas que teníamos, se han modificado. Y si bien no ha sucedido ni el caso fortuito ni la fuerza mayor, que ponen fin a la relación contractual; por otra motivación, el juez debe venir en mi ayuda para recomponer las circunstancias respecto de las prestaciones originariamente convenidas.

Pasado el plano genético, con plena validez, viene el plano funcional con el deterioro causado no por el hacer de las partes sino casualmente, por circunstancias ajenas a ellas. En esa situación, que modifica, agravándola, la expectativa patrimonial que fue tenida en cuenta para la relación contractual, un concepto humanizado, un derecho nuevo debe venir a ayudar a la recomposición material de los aspectos que habíamos tenido en cuenta, y mantenerlos a través del reequipamiento de las prestaciones a que nos habíamos obligado.

El instituto de la imprevisión tiene viejo cuño. Ya los romanos habían simplificado la cosa y, al lado del *pacta sunt servanda* tenían el *rebus sic stantibus*, donde el juez tenía facultad plena para morigerar las consecuencias disvaliosas que se producían por el cambio de la situación fáctica existente al momento de la celebración. La postura va a sobrevivir mucho tiempo y tal vez caiga cuando un nuevo florecimiento de ideas económicas, jurídicas y filosóficas abra paso a la codificación liberal individualista; allí va a predominar con alcance prístino la voluntad de las partes, que se va a convertir en juez y en ley de su relación patrimonial. A través del Código Napoleón y de sus seguidores, así como de nuestro Código, va a ser la voluntad de los contratantes lo que debemos respetar a

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

ultranza en todo el desarrollo del contrato, tanto en la faz genética como en la faz funcional. Y si, por una mala predisposición intelectual, he celebrado un contrato que me perjudica, pero lo he hecho sin que el contrato tenga vicios - error, dolo, violencia, simulación - Vélez me dirá que ese contrato va a ser ley y yo lo debo respetar.

La ley 17711 recibe este instituto de la imprevisión, y siguiendo antecedentes nacionales ya existentes - lo que se había dicho en el Congreso de Derecho Civil realizado en Córdoba en 1961 -, introduce en la segunda parte del artículo que mencionamos esta llamada teoría de la imprevisión. Y nos dice "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. 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"

Este texto cambia sólo metodológicamente el espíritu y el sentido de la recomendación del Congreso de Derecho Civil del año 1961 en Córdoba, que hablaba del álea por riesgo, y también al utilizar la expresión "la parte perjudicada". En consecuencia, hemos corporizado una noción diferente que, muy unida y tal vez no por coincidencia - como lo señala Masnata - con la buena fe con que deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse los contratos y con lo que verosímilmente las partes entendieron o pudieron entender, nos lleva a pensar en la posibilidad de que, sin culpa alguna en las prestaciones a realizarse, sin imposibilidad material de su cumplimiento y sin la fuerza mayor o el caso fortuito, sea posible que tengamos que hacer una especie de reacomodamiento de esas prestaciones para salvar esa ley que ha perdido vigencia porque sus prestaciones se nos van haciendo de muy poco probable cumplimiento, con muy gravosas consecuencias patrimoniales.

Es evidente que podemos criticar algunas de las facetas del artículo sin dejar de admitir la validez de su presupuesto, porque lo entendemos acorde con un nuevo concepto de la justicia. Tal vez tenga razón Llambías cuando dice que, en vez de "resolución", debería decirse "rescisión". Nosotros compartimos la postura gramatical, aunque no por las mismas motivaciones que da el citado autor, pero sí por entender que la resolución está más relacionada con la culpa que con la posible circunstancia creada al margen de la voluntad de las partes para no cumplir.

Vamos a desechar la crítica de Masnata respecto de la incorrecta utilización de la expresión "mora", por cuanto la ley 17711 había modificado ya al Código en su art 509, por la cual, conforme a ese texto, la mora era ya automática y no se daba, en consecuencia, la misma situación que había previsto el congreso realizado en Córdoba. Coincidimos con Borda en que

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

lo que importa es la culpa o la mora del deudor para la posible aplicación de la teoría de la imprevisión en el acuerdo para solucionar el problema contractual.

Entendemos que la noción de las prestaciones, que se tornan excesivamente onerosas, no tiene parámetro matemático ni módulo que nos sirva para decir que en este supuesto se ha dado tal circunstancia. Más aún con el problema - que no desconocemos - de esta inflación que nos ayuda a vivir a los argentinos, que lleva a que no se pueda celebrar un contrato en el que las partes hayan previsto lo que probablemente ocurra no de aquí a dos años sino a dos meses. Consideramos que la voluntad del legislador de la ley 17711 fue la de confiar en la autoridad moral de nuestra justicia y de nuestros jueces para valorar en cada caso concreto si existió o no excesiva onerosidad. Y tal vez esa confianza sea justa y equitativa en reconocimiento de la labor que cumplen quienes en nuestro país administran justicia.

Producido el rompimiento del equilibrio la parte perjudicada puede pedir la resolución, pero esa destrucción de la ley creada a través del acuerdo no se produciría si la otra se aviniese a un reacondicionamiento de las prestaciones a cumplir. Es decir, el efecto o la consecuencia no es la resolución sino la posibilidad de que, a través de la acción judicial, salvemos el contrato originario cambiando simplemente las prestaciones. Será, en consecuencia, el demandado el que tendrá sobre sus espaldas la enorme responsabilidad de rechazar la pretensión del actor alegando que no existe tal excesiva onerosidad; de pretender un equiparamiento formulando una petición en el sentido de realizar tal prestación, o dejar librada al juez la facultad de morigerar el cambio producido en esas prestaciones y obligarse a respetarlas.

En definitiva, por medio de la teoría de la imprevisión se hace viable la posibilidad de salvar lo que podía estar destruido por el cambio de las circunstancias que no tuvo relación personal con las partes.

Pienso que el proyecto de reformas corrige algunos de los defectos terminológicos de la ley 17711 y faculta desde el principio del accionar judicial el pedido de nulidad o de reacondicionamiento de las prestaciones, con lo cual creo que llegamos a una más correcta interpretación de la finalidad de la institución.

Estimamos también que la razón de ser, el motivo, la causa - fin de la existencia de la institución se funda en que el derecho debe preocuparse de la persona en su plenitud, lo que resulta muy distinto del individuo esquematizado en la voluntad. Ni el fundamento de tal ordenación jurídica ni el centro de la protección de las normas pueden recaer estrictamente sobre la voluntad. La norma tiene que penetrar más profundamente en la organización de la convivencia y no quedar circunscripta a ese solo factor. Por eso deben revisarse los conceptos de la igualdad y de la libertad, que resultan ser los epígonos de la concepción voluntarista. Y con ello avanzamos en un nuevo derecho, que hará tal vez más humana y más flexible la ley que las partes han creado al celebrar el contrato.

DIRECTOR DEL DEPARTAMENTO. - Corresponde ahora escuchar

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

algunas reflexiones de los asistentes.

DOCTORA CASAS DE CHAMORRO VANASCO. - Simplemente quiero manifestar - aunque sea obvio - que las exposiciones de los señores profesores han sido excelentes.

Además, quiero agregar que comparto plenamente el concepto que se ha dado de la frustración del contrato. Esta se produce cuando, por circunstancias sobrevinientes y sin culpa de los contratantes, se provoca una desnaturalización del vínculo obligacional. En tal situación, la intención de las partes, es decir, la finalidad que han tenido en consideración, queda desvirtuada y las prestaciones o el cumplimiento de las obligaciones se torna prácticamente imposible o injusto.

Sobre la base de ese criterio, creo que es útil y valioso tener en cuenta una posición doctrinaria admitida en el derecho inglés, que expuso el doctor Videla Escalada cuando se refirió al caso del music hall y al problema del barco frente a la compañía aseguradora. La doctrina inglesa ha entendido esta posición como la de "los términos o circunstancias implícitos en el contrato" que el juez debe ponderar debidamente, partiendo de la intención común de las partes. Ello ha de permitirle determinar cuáles han sido esas condiciones o esos términos implícitos que las partes tuvieron en mira y que, por no haberse producido en razón de las circunstancias que sobrevinieron, han llevado a la frustración del contrato.

Por otra parte, también me parece útil acotar que no debe confundirse imprevisión con frustración. Si las comparamos, advertimos que tienen elementos comunes, que son las circunstancias sobrevinientes e imprevisibles y la falta de culpa de los contratantes.

Pero, para poder distinguir una institución de la otra, creo que es importante aclarar que, en materia de imprevisión, el cumplimiento de las obligaciones se toma excesivamente oneroso, pero no imposible. En cambio, en materia de frustración, esos acontecimientos posteriores al momento del nacimiento de un contrato válido, desvirtúan de tal manera la relación obligacional que tornan prácticamente imposible el cumplimiento de las prestaciones convenidas.

PARTICIPANTE. - Doctor Videla Escalada: teniendo en cuenta que uno de los requisitos para que exista frustración del contrato es la falta de culpa de las partes, ¿qué ocurre en el caso de aborto espontáneo cuando se ha celebrado un contrato de madre sustituta, como sucede en los Estados Unidos?

DOCTOR VIDELA ESCALADA. - Es otro tema. Se trata de la frustración del contrato de la madre sustituta con los padres del futuro ser que ha sido concebido.

PARTICIPANTE. - Yo voy más allá. El bebé nace y la madre se niega a entregarlo. Desde un punto de vista iusnaturalista, a la madre se le ha creado una obligación, creo que superior a la contractual de entregar la

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

criatura. ¿Cómo se resolvería esta cuestión?

DOCTOR VIDELA ESCALADA. - Por lo menos no se resuelve por la teoría de la frustración. Eso es evidente. Si pide mi punto de vista, creo que es uno de los temas que está todavía en un nivel de elaboración que no permite que demos una respuesta acabada. Sin duda, el primer problema es el de si se debe admitir o no un contrato de madre sustituta. Usted ha hecho mención a los principios del iusnaturalismo. Si bien no hay definición, el predominio de opiniones no está conforme con la existencia de la madre sustituta, porque el contrato requiere una licitud que en este caso es cuestionable.

Lo que sí puedo decir es que estamos fuera del tema de la frustración. Si se llegara a admitir ese contrato, para que hubiera frustración tendría que producirse el aborto espontáneo que usted mencionó primeramente. ¿Qué ocurriría en ese caso? ¿Hay que pagarle o no a la madre sustituta? Me parece que la cuestión es dramática, porque se está pretendiendo trasladar un problema que afecta a la sensibilidad y a lo más íntimo del ser humano al plano patrimonial.

DOCTOR CIFUENTES. - Si el doctor Videla Escalada me permite, querría aportar algo. Los ordenamientos jurídicos que han aceptado este tipo de fecundación asistida por madre sustituta, entre ellos, por ejemplo, la ley orgánica española de 1988, no han puesto del lado de la ilicitud en sí misma la convención, pero no le han dado fuerza como para que tenga obligatoriedad; o sea, fuerza de reacción para que la justicia la proteja. Esto es así simplemente porque aquí se maneja un problema personalísimo, que va mucho más allá de la posibilidad de hacer ejecutar esa convención por la fuerza.

DOCTOR GASTALDI. - Hay casos jurisprudenciales también sobre entrega de menores por parte de los padres naturales. Por ejemplo, los padres que han entregado al menor a otra familia - eran parientes además - porque ellos no estaban en condiciones de criarlo. Pero, en un momento dado, uno de los padres - el padre en este caso, porque estaban separados - pide la restitución. La cuestión aún no tiene solución judicial, pero lo que debe aclararse es que, si bien se trata de una situación que tiene un inicio tal vez contractual, no estamos dentro del ámbito patrimonial. Es decir, que las cuestiones de esta naturaleza deben ser excluidas de ese ámbito, al menos en el concepto que le atribuimos al contrato.

DOCTOR ZENTNER. - Declarada que sea la frustración del contrato en los términos en que fue expuesta aquí, ¿en qué medida asimilaríamos estas consecuencias a las de la resolución contractual en los términos del proyecto unificado, y en qué medida cabría reembolsarle al contratante los gastos que ha efectuado en función de esa convención que se ha frustrado? ¿Cabrá este reembolso de gastos y reponer las cosas al estado anterior? ¿Cómo se resolvería este tema? Inclusive se me ocurre el tema del daño o

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

del interés negativo.

DOCTOR VIDELA ESCALADA. - Ese fue uno de los puntos que procuró resolver la ley inglesa de 1943, de la cual dimos aquí un extracto. No lo he desarrollado porque entendía que no llegaba a dar una solución clara. Pero allí se pretendía dar alguna pauta para resolver la cuestión.

En primer lugar, se dijo que serían recuperables las sumas pagadas con anterioridad al momento a partir del cual se considera frustrado el contrato y se cancela la obligación de pagar sumas con posterioridad. En segundo término, si la parte a la que se le paga, o que tendría derecho a cobrar una suma de dinero, incurría en gastos para el cumplimiento del contrato antes del momento en que se declara su frustración, el tribunal puede permitir que retenga ese dinero o que cobre una suma compensatoria. En tercer lugar, y con independencia de lo establecido precedentemente, si alguna de las partes obtiene un beneficio susceptible de apreciación pecuniaria por lo hecho por la contraparte antes del momento a partir del cual se considera frustrado el contrato, deberá ser compensada por quien obtuvo el beneficio hasta la concurrencia del importe económico de ese beneficio - y aquí viene la condición -, si el tribunal considera que ello es justo en función de las circunstancias del caso. Esto es muy ajustado al derecho inglés. No nos dice en qué circunstancias es justo. Las pautas han sido dadas, pero no podemos decir que haya una solución estrictamente definitiva.

Generalmente, los tribunales recurren a las reglas de la equidad, lo que lleva a admitir que en cada caso el órgano judicial dicte la resolución conforme a lo que considera justo. A los que estamos acostumbrados al derecho escrito esto nos deja una sensación de cierta inseguridad jurídica.

DOCTOR GASTALDI. - A los fines de aclarar un poco la cuestión en otro campo, debemos recordar la tesis de la responsabilidad precontractual. Hay varios casos, entre ellos el previsto por el artículo 1156 del Código, que habla del que realice gastos ignorando la retractación de la oferta, aunque ése es un caso en el que puede haber alguna culpa. Pero en la caducidad por muerte, donde no hay ninguna responsabilidad, el Código permite el resarcimiento de los gastos. Es un poco la teoría de la responsabilidad limitada por un interés negativo. Allí encontramos otro parámetro que se aproxima a la situación planteada.

PARTICIPANTE. - En los ejemplos que el doctor Cifuentes dio sobre el caballo y la señorita que compró la casa para vivir al lado de su madre, cuando estas personas alegan la frustración del fin del contrato, ¿hasta qué punto no procedería responderles que no se puede alegar la propia torpeza?

DOCTOR CIFUENTES. - Me parece que tratándose de un error en el fin no hay torpeza. Lo que hay es una falsa noción, un mal discernir de la situación jurídica que llevó a contratar. Pero, naturalmente, tiene que tratarse de una causa principal y por lo menos conocida de las dos partes.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

DOCTOR VIDELA ESCALADA. - Creo que, en realidad, usted apunta a algo que es importante, que es el viejo problema del error excusable o inexcusable. Depende de si el error es excusable para que pueda ser alegado como causal de nulidad. Si el error es inexcusable, como el caso que usted ha señalado de invocar la propia torpeza, no es relevante para anular el acto. De todos modos, no hay alegación de la frustración del fin porque fue la hipótesis planteada.

PARTICIPANTE. - En el caso referido por el doctor Cifuentes de la señorita que quería comprar una casa se dijo que había frustración del contrato. Si la causa fin era la de vivir cerca de la madre, ¿estaríamos en el mismo caso si esa causa fin fuera la de realizar una buena inversión? Como la finalidad tiene que estar a lo largo de todo el contrato, se da que, con el transcurso del tiempo, lo que en un momento era una buena inversión se transforma en una pésima inversión. ¿También se podría decir que hay una frustración del contrato?

DOCTOR CIFIJENTES. - No, los autores en general han excluido esta posibilidad. Yo me refería a esos móviles esenciales, especiales o excepcionales que llevan a contratar. Los malos negocios no van a ser amparados por nadie. Por más que haya habido una falsa noción en cuanto a las expectativas, esto entra dentro de la corriente general. Ningún juez creo que admita este error.

DOCTOR KING. - Quiero preguntar algo también en relación con estos casos que citó el doctor Cifuentes. Desde el momento que admiten el error en la causa principal, ¿no constituyen una excepción al principio que refería el doctor Videla Escalada que en cuanto a frustración estamos partiendo de contratos válidos - o sea, carentes de vicios - y que está referida además a acontecimientos sobrevinientes a la formación del contrato? Me parece que de alguna manera es así.

DOCTOR CIFIJENTES. - Yo creo que el doctor Videla Escalada dio dos vías. Hay una vía que está dada por una frustración en virtud de causas sobrevinientes. Después, con el doctor Gastaldi, hemos dado la otra vía: cuando la causa falta, es falsa o es ilícita. Es decir, todos los casos que hacen a la causa fin, que están en la génesis del contrato y que lo descolocan en su validez, pero que también frustran el contrato.

DOCTOR KING. - Por lo tanto, la frustración es estos casos puede de alguna manera referirse a contratos que adolecen de vicio en la causa principal.

DOCTOR CIFIJENTES. - Así pienso yo.

Tomando la inquietud del que hizo la pregunta, me referiré a lo expresado

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

por la doctora Chamorro Vanasco, que tan inteligentemente abordó el tema de la diferencia entre la imprevisión y la frustración. La distinción es interesante, pero se me ocurre un poca académica, porque cuando hablamos del fin del contrato nos referimos al fin del contrato que quisieron las partes. Si éste se desnaturaliza, es un modo de frustrar el fin. Entonces, la causa sobreviniente e inculpable que desnaturaliza el equilibrio de las prestaciones es un modo - para una posición amplia, por supuesto - de frustrar el fin, porque desnaturaliza el fin que han tenido en cuenta las partes. Esto dicho sin dejar de reconocer que fue muy interesante su intervención, porque puso sobre el tapete la idea de que la imprevisión no es lo mismo que la caída de la pérdida completa del fin.

DOCTORA CASAS DE CHAMORRO VANASCO. - Porque en el caso de la imprevisión el contrato es salvable; en el otro no, porque la finalidad que se tuvo en mira no se puede cumplir.

DOCTOR VIDELA ESCALADA. - La imprevisión y la frustración tienen un parentesco muy claro. Los contratos son válidos inicialmente y después aparecen circunstancias externas que las partes no han podido prever, lo que trae como consecuencia que el contrato sufra en su aspecto funcional. La consecuencia en un caso es que lo hace excesivamente oneroso para una de las partes, lo desequilibra. Pero en el otro caso no lo vamos a poder resolver. El rey se enfermó.

Volvemos un poco al tema de la causa; en el caso de la revista naval no estaba en juego la finalidad de las partes; la presencia del rey no era esencial.

DIRECTOR DEL DEPARTAMENTO. - Si no hay más preguntas que formular, daré por cerrado el acto, haciendo llegar mi agradecimiento a los expositores.

Tema: LA HIPOTECA EN MONEDA EXTRANJERA

Relatoras: PROFESORAS DOCTORAS MARINA MARIANI DE VIDAL Y ANA R. NUTA
Participantes: DOCTORES GUILLERMO ALLENDE, FEDERICO N. VIDELA ESCALADA Y LUIS ALVAREZ JULIÁ

Fecha: 20 DE JUNIO 1990

SUBDIRECTOR DEL DEPARTAMENTO DE DERECHO PRIVADO,
DOCTOR ROBERTO M. LÓPEZ CABANA. - La mesa redonda de esta noche va a estar a mi cargo, por un problema transitorio de salud del doctor Jorge Alterini.

A quienes tengan interés en conocer su pensamiento en relación con el tema de la convocatoria de hoy, les recomiendo la lectura del artículo de su autoría titulado "Obligaciones en moneda extranjera y la hipoteca", que fue