

*Frustration of contract e impossibility of performance en el common law inglés**

JOSÉ FÉLIX CHAMIE

SUMARIO: *I. Premisa. Formación de la doctrina de la frustration of contract. II. Implied term theory. III. Just and reasonable solution theory. IV. Foundation of contract theory. V. Radical change in the obligation: The "Construction theory". VI. Efectos de la aplicación de la doctrine of frustration. VII. Límites de la jurisprudencia a la aplicación de la doctrine of frustration of contract*

I. PREMISA. FORMACIÓN DE LA DOCTRINA DE LA FRUSTRATION OF CONTRACT

La característica general del *common law* frente a la imposibilidad sobrevenida de la prestación es, según la interpretación tradicional, el respeto formal y casi absoluto de la obligatoriedad del contrato. Este respeto se ha manifestado comúnmente no solo en relación con el cambio del valor económico de las prestaciones –y por ende de la distribución del riesgo económico por el aumento desproporcionado de la diferencia de valor–, sino también en relación con la imposibilidad sobrevenida de ejecutarlas¹. De esto puede entonces afirmarse –y se procurará demostrarlo en las páginas que siguen– que en el *common law* la imposibilidad sobrevenida y la excesiva onerosidad sobrevenida de la prestación tienen el mismo tratamiento doctrinal en lo que hace a la modificación del contrato, ya que los mecanismos de tutela contra el desequilibrio contractual sobrevenido tienen su origen en precedentes jurisprudenciales comunes y, en realidad, el criterio usado parte de una aplicación extensiva de los mecanismos previstos para regular los efectos de la imposibilidad en general.

* Este escrito es la primera parte de un trabajo que se ocupa del mismo tema en el *common law* de Norteamérica.

1 F. P. TRAISCI. *Sopravvenienze contrattuali e rinegoziazione nei sistemi di civil e di common law*, Nápoles, 2003, 170.

En el derecho contractual inglés el cumplimiento o *performance* es el modo natural u ordinario mediante el cual el deudor se libera de su obligación; en relación con ello, el cumplimiento de las prestaciones recíprocas de las partes extingue fisiológicamente el contrato². En caso de *bilateral contract*—que está constituido por el intercambio de promesas recíprocas entre las partes (*a promise for a promise*)— sólo el cumplimiento de ambas prestaciones pone fin a la relación contractual (*Sale of Goods Act 1979*, sec. 28; *Morton v. Lamb* (1797) 7 T. R. 125), aunque la regla admite excepción cuando las partes han convenido expresamente lo contrario, en cuyo caso conservan la posibilidad de exigir el resarcimiento del daño por incumplimiento, pero pierden el derecho a la *exceptio non adimpleti contractus*.

Al igual que en nuestro sistema, en el *common law* inglés, para que el cumplimiento tenga eficacia liberatoria, debe ser completo y exacto³. Ahora bien: luego de que las partes han celebrado el acuerdo y se han vinculado contractualmente, ciertamente pueden presentarse eventos imprevistos e irresistibles no imputables al deudor y que hagan ilícito, imposible o inútil el cumplimiento de su prestación dentro del ámbito de las doctrinas del *frustration of contracts*. En este caso, de tiempo atrás tuvo prevalencia el pacífico principio en virtud del cual cada contratante estaba absolutamente vinculado a cumplir la propia obligación, la *sancity* del contrato (*rule as to absolute contract*), sin poder invocar como excusa del incumplimiento ningún tipo de circunstancia sobrevenida, a menos que las partes hubieran explícita y preventivamente acordado las eventuales consecuencias que ésta tendría en el programa contractual. Esto resulta natural en el sistema de *common law*, dada su naturaleza avocada a los remedios, que prevé como principal medio de tutela la ejecución por equivalente, que por definición nunca es imposible, fijando así un principio mediante el cual la parte que cumple tiene derecho a la tutela incluso cuando el incumplimiento de la contraparte se debe a eventos sobrevenidos no imputables.

Un dato representativo de la aplicación de la regla de la intangibilidad del contrato en el sistema inglés se remonta a la conocida decisión en el caso *Paradine v. Jane* (1647) Aley 26⁴, donde se estableció que un contratante queda vinculado

2 *Vide*, para una noción general, G. CRISCIOLI. *Il contratto nel diritto inglese*, Padua, 1990, 369-385.

3 *Dixon v. Holdroyd* (1857) 7 E. & B. 903; *Parry v. Great Ship Co., Ltd.* (1864) 4 B. & S. 556.

4 Para GILMORE (*The Death of Contract*, Columbus, 1974, 44), la importancia que ha tenido el caso se debería a una errada copia del texto hecha para una colección del siglo XIX, mientras que para la época de la decisión el caso no habría tenido dicha importancia. La interpretación que hizo célebre el caso se remonta a la edición de SERGEANT WILLIAMS, publicada por primera vez en 1802 en una compilación de casos del siglo XVII. WILLIAMS habría parafraseado el lenguaje usado en la relación de PARADINE revisada por ALEYN; no se excluye, por tanto, la posibilidad de que la *King's Bench* haya querido atribuir a la sentencia un significado distinto de aquel que se le dio en el siglo XIX: cfr. E. C. ZACCARIA. *L'adattamento dei contratti a lungo termine nell'esperienza giuridica statunitense: aspirazioni teoriche e prassi giurisprudenziale*, en *Contratto e impresa*, 2, Padua, 2006, 478. Por su parte J. W. WLADIS ("Common Law and Uncommon Events: The Development of the Doctrine of Impossibility of Performance in English Contract Law", en *Georgetown Law Journal*, 75, 1987, 1575), sostiene que el caso *Paradine* no enuncia la regla de la absoluta obligatoriedad

a sus obligaciones incluso en caso de imposibilidad objetiva, pues su liberación habría debido ser expresamente prevista en el contrato⁵. *Jane* había sido titular por 21 años de un arrendamiento (*lease*) sobre un predio de *Paradine*; este último demandó por el canon y *Jane* se defendió alegando el no haber podido usufructuar el fundo por más de dos años en virtud de que el territorio donde estaba ubicado había sido invadido por las tropas del príncipe Rupert, enemigo del rey. Aunque el caso era del todo extraño a la esfera de control del *lessee*, la sentencia del *King's Bench* fue favorable al *lessor*, con base en consideraciones de carácter formal según las cuales las partes habrían podido incluir cláusulas para el tratamiento de las consecuencias del riesgo sobrevenido, por lo que, no habiéndolo hecho, debía imputársele al deudor la responsabilidad⁶. Es la manifestación de un principio rígido de acuerdo con el cual las partes están en capacidad de prever todos los riesgos que puedan afectar el cumplimiento normal de la prestación, algo que en sí es imposible⁷.

del contrato, y que tal interpretación habría sido el fruto de un error de la jurisprudencia sucesiva que aplicó a los casos de imposibilidad una regla que, en la intención de la Corte que la emitió, no consistía sino en que la intervención de eventos sobrevenidos cuyo control puede atribuirse al deudor no justifica el incumplimiento del contrato cuando la prestación sigue siendo posible.

- 5 ZACCARIA. *Ladattamento dei contratti a lungo termine*, cit., 478.
- 6 El *King's Bench* estableció: "When a party by his own contract creates a duty or charge upon himself, he is bound to make it good, if he may, notwithstanding any accident or inevitable necessity, because he might have provided it by his contract".
- 7 Frente a la pretendida eficacia de la *sancity of contract* como principio general, existen indicios de que durante el Medioevo y hasta el siglo XVIII, al menos el *act of God* habría representado un causa válida para excusarse del cumplimiento; el *act of God* es una circunstancia "which no human foresight can provide against, and of which human prudente is not bound to recognize the possibility" (*Tennent vs. Glasgow* [1864] 2 Machph. 22); más detalles en P. GALLO (*Sopravvenienza contrattuale e problema di gestione del contratto*, Milán, 1992, 27 y ss.), para quien los indicios pueden deducirse de la disciplina de antiguos institutos, elaborados en la primera fase de formación del *common law*, como, por ejemplo, el *bailment*, los acuerdos formales (*convenants*), la disciplina de la responsabilidad de los hoteleros (*innkeepers*) y el contrato de transporte (*common carriers*), en cuyo ámbito la imposibilidad sobrevenida a causa de *act of God* representó siempre una válida excusa para el incumplimiento. Cfr. PAGE. "The Development of Impossibility of Performance", en *Mich. Law Review*, 18, 1920, 589; WLADIS. "Common Law and Uncommon Events...", cit., 1575. Particularmente significativa es la disciplina del *bailment*, mediante el cual una persona (*bailor*) entrega un bien a otra (*bailee*) para una finalidad determinada, con la obligación de restituirla al *bailor* o a otra persona una vez alcanzada la finalidad, lo que en nuestro sistema se acerca al depósito o al comodato; el problema surge cuando el *bailee* no está ya en capacidad de restituir el bien como consecuencia de su deterioro o su destrucción, que no le son imputables debido a un *act of God*; en este caso, el *bailee* resulta liberado de la responsabilidad por incumplimiento. Esa fue la neta decisión en el caso *William vs. Hide* (1624) Palmer, 548. Cfr. P. GALLO. *Deposito (diritto comparato)*, en *Digesto*, 4.^a ed., Turín, 1989, sez. civ. Un dato ulterior proviene del autor de la primera obra sobre el contrato en el *common law*, J. J. POWELL (1757?-1801). *Essay upon the Law of Contracts and Agreements*, Nueva York-Londres, 1978 (reimpresión de la ed. 1790), 466 y ss., quien no dudaba en afirmar en términos generales cómo la imposibilidad sobrevenida de la prestación a causa de *act of God* representaba una válida excusa para enfrentar la responsabilidad por incumplimiento. La ausencia durante el Medioevo en la tradición de *common law* de decisiones en las que se discutieran cuestiones de imposibilidad sobrevenida podría obedecer al hecho de

Si bien alguna doctrina ha justificado el principio⁸, esta concepción ha recibido la crítica de la doctrina moderna a partir del siglo pasado, ya que existe una limitada posibilidad humana de prever el futuro, por lo cual sería demasiado grave imponer al deudor una responsabilidad acorde con el contenido literal del contrato, especialmente en caso de eventos sobrevenidos no imputables⁹. La progresiva mitigación de la regla en el *common law* está seguramente relacionada con el reconocimiento general de la figura del contrato consensual bilateral¹⁰.

No obstante la rigidez del principio, en 1809 la decisión en el caso *Atkinson v. Ritchie* (1809) 10 East 530, 534, fijó la primera excepción a la regla, al establecer la liberación del deudor en un contrato de arrendamiento de nave a causa de la circunstancia sobrevenida de la declaración de guerra entre Inglaterra y uno de los países en cuyo puerto la nave debía ser cargada. La Corte se basó en una interpretación extensiva de la regla complementaria según la cual puede excluirse la responsabilidad del deudor que incumple a causa de la supervención de eventos que no le son imputables, en virtud de la existencia de una cláusula que, si bien pudo no haber sido expresamente pactada, hace parte del contenido implícito del contrato¹¹.

En 1863, la Court of Queen's Bench profirió una decisión en el caso *Taylor v. Caldwell* (1863) 3 B. & S. 826, que dio verdadero inicio al proceso de excepciones a la regla de la intangibilidad del contrato. La Corte partió de un razonamiento análogo al de 1809, pero en relación con una causa distinta de imposibilidad sobrevenida, la destrucción física del objeto de la prestación. *Caldwell* se había obligado a ceder en locación a *Taylor* por un cierto periodo de tiempo un teatro (*music hall*) con jardín para organizar allí cuatro espectáculos musicales; sin embargo, el día anterior a la entrega del local, éste se destruyó a causa de un incendio del todo fortuito. *Taylor* demandó el resarcimiento de los daños, pero la sentencia le fue

que la contratación en dicha época se habría basado fundamentalmente en *discrete transactions* de naturaleza real, en las que los problemas del desequilibrio sobrevenido no se planteaban (P. GALLO. *Sopravvenienza contrattuale e problema di gestione del contratto*, cit., 32). Por otra parte, esta noticia contrasta con la tradición medieval en el sistema de *civil law*, donde la *reductio ad aequitatem* fue instrumento central de la elaboración de la Escuela para el tratamiento de las patologías sobrevenidas, sin olvidar la interpretación de la cláusula *rebus sic stantibus* cuya esencia no puede no verse en la reflexión de la corte en el caso *Atkinson vs. Ritchie* (1809) 10 East 530, 534, en el sentido de una cláusula implícita en el contrato para tratar los efectos del problema.

8 "The alledged justification for this somewhat harsh principle is that a party to a contract can always guard against unforeseen contingencies by Express stipulations; but if he voluntarily undertakes an absolute and unconditional obligation he cannot complain merely because events turn out to his disadvantage": CHESHIRE, FIFOOT y FURMSTONE. *Law of Contracts*, 13.^a ed., Londres, 1996, 582. "Events beyond a person's control do not excuse him from a contractual obligation if his performance is still possible": WLADIS. Ob. cit., 1631.

9 "To hold a promissor responsible to the litteral terms of his bargain is frequently to impose a burden upon him which neither he nor the promise had considered as a possibility": J. E. MURRAY. *Murray on Contracts*, 3.^a ed., Charlottesville, 1990, 634.

10 Cfr. GALLO. *Sopravvenienza contrattuale e problema di gestione del contratto*, cit., 32.

11 CRISCUOLI. *Il contratto nel diritto inglese*, cit., 390.

desfavorable con base en la consideración técnica según la cual en los contratos cuyo cumplimiento depende de la existencia permanente de una persona o de una cosa, debe entenderse implícito el pacto de resolución en caso de muerte de la persona o destrucción de la cosa¹²; de esta forma se moderó el rígido principio de la obligatoriedad del contrato y liberó al deudor en caso de objetiva imposibilidad sobrevenida de la prestación. Así, de esta decisión la doctrina construyó el principio según el cual habiendo las partes *contemplated* la existencia permanente del teatro como *foundation* de su acuerdo, la destrucción de dicho teatro libera al arrendatario de la responsabilidad por incumplimiento¹³. Se trata pues de una condición tácita (*implied condition*) inherente a la naturaleza del contrato.

Esta interpretación ha llevado a establecer una distinción entre la *doctrine of impossibility* y aquella de la *frustration of consideration*, y a la necesidad de organizar dogmáticamente el ámbito de la supervención contractual. Las dos doctrinas se encuentran separadas dentro de la *frustration of contract* y tienen en común que las dos acarrear como consecuencia la *frustration*, ya que en ambas se tiene como imposible el logro de la finalidad que las partes (o una de ellas) pretendían con el contrato. En la *impossibility*, la frustración proviene de una presunción absoluta: la imposibilidad de la prestación impide alcanzar la finalidad del contrato, bastando con probar aquella; en cambio, la *frustration of consideration* debe probarse mediante una operación hermenéutica de reconstrucción del contenido contractual y de la voluntad de las partes, lo que hace difícil su reconocimiento.

Se constata una diferencia fundamental entre la regla del caso *Paradine* y aquella del caso *Taylor*: mientras que la primera no tiene nada que ver con una prestación imposible y se desarrolló en virtud de la demanda por el pago que una parte pretendía y la otra afirmaba no estar ya obligada a efectuar, la segunda tiene que ver con la posibilidad de que una de las partes sea liberada del cumplimiento de la prestación que se hizo imposible¹⁴.

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

12 Afirmó la Corte: "In contracts in which the performance depends on the continued existence of a given person or thing, a condition is implied that the impossibility of performance arising from the perishing of the person or thing shall excuse the performance".

13 Cfr. MURRAY. *Murray on Contracts*, cit., 635.

14 Cfr. G. H. TREITEL. *Frustration and force majeure*, Londres, 1994, 39.

contract), que depende de la voluntad o de la culpa de una de las partes o de ambas; la esencia de la *frustration* estaría entonces en su independencia respecto del comportamiento de las partes¹⁵.

No obstante, la jurisprudencia no ha delimitado claramente las reglas generales para establecer cuándo un contrato puede considerarse *frustrated*, y por ello resoluble. Ha sido la doctrina la que se ha dedicado a la tarea de identificar las posibles fuentes de *frustration*, clasificándolas unas veces en razón de su naturaleza, otras veces en relación con los contratos específicos de cada caso. De esta manera, la doctrina ha intentado diseñar una categoría general de excepciones a la regla de los *absolute contracts*, sin dejar de combinar la naturaleza de los eventos fuente de dicha excepción con los efectos que ellos producen en el contrato; la excepción a la regla áurea se justifica en la *impossibility of performance* que se convierte así en causa de *frustration*, aunque no se haga distinción entre la *impossibility* y los otros *frustrating events*.

El principio expresado en el *leading case* de *Taylor v. Caldwell* se extendió sucesivamente en diversas direcciones que constituyen las especies de incumplimiento debido a circunstancias sobrevenidas (*instances of frustration*)¹⁶, que pueden clasificarse según la causa de la que depende el incumplimiento.

Causa de frustración es la ilicitud que, luego de celebrado el contrato, puede afectar el objeto de la prestación o su cumplimiento, sin que interese la fuente de dicha ilicitud, la cual puede tener origen en una ley que prohíba la ejecución de una determinada prestación¹⁷ o en un acto de *interference* de la administración pública, como por ejemplo una declaración de guerra que haga ilícita la relación con ciudadanos de un estado enemigo¹⁸. No es suficiente que la ilicitud sobrevenida recaiga sobre una prestación o sobre la ejecución de una prestación que sea accesoria o secundaria respecto de la función del contrato; es decir, la ilicitud debe afectar la raíz económica del contrato.

Otra causa de *frustration* es la destrucción material del objeto, que comprende también el deterioro o daño grave que cambie o entorpezca radicalmente la destinación originaria de la cosa; es el caso *Asfar and Co. v. Blundell* [1896] 2 K. B. 126, en el que a pesar de haber sido recuperado un cargamento de dátiles que había naufragado con la nave en la que era transportado, el estado en el que se encontró sugería que el producto había perdido ya todas sus cualidades naturales y comerciales.

15 Así G. ALPA. *Contratto e common law*, Padua, 1989, 98 y ss.

16 Un elenco de ejemplos en K. ZWIEGERT/H. KÖTZ. *Einführung in die Rechtsvergleichung. Band 2: Institutionen*, Tübingen, 1984 = *Introduzione al diritto comparato*, II, Istituti (E. CIGNA [trad.]), Milán, 1995, 234 y ss.

17 *Denny, Mott and Dickson, Ltd. v. Fraser and Co. Ltd.* (1944) A. C. 265.

18 *Ertel Bieber and Co. v. Rio Tinto Co., Ltd.* (1918) A. C. 260.

Es también causa de *frustration* la destrucción, imposibilidad de uso e indisponibilidad objetiva del medio considerado como necesario para el cumplimiento de la prestación. El *leading case* en esta ocasión es *Nickoll and Knight v. Ashton, Edridge and Co.* [1901] 2 K. B. 126, donde la venta de una carga de semillas de algodón egipcio, comprado con el pacto de ser cargado en una nave particular (*the steamship 'Orlando'*) y en un mes determinado (enero de 1900) en Alejandría, fue resuelta debido al naufragio de la nave en el mar Báltico en diciembre de 1899. También aquí los jueces hicieron referencia al caso *Taylor vs. Caldwell* y a la interpretación según la cual el contrato tendría una condición tácita (*implied condition*) por la que el deudor se libera

if performance becomes imposible by reason of the particular specified thing – that is, the steamship 'Orlando' – ceasing to exist as a cargo-carrying slip without the defendants default.

La Corte analizó además si no resultaba inicuo trasladar exclusivamente al adquirente el riesgo de la llegada a destiempo del *Orlando*¹⁹. De la sentencia se deduce como dato esencial el hecho de que el medio que no fue posible utilizar para la finalidad establecida fue convenido por las partes como el único apropiado para el cumplimiento²⁰.

En los contratos de prestación de servicios, la imposibilidad física del deudor para cumplir la prestación es igualmente causa de *frustration*. Así, un contrato *intuitu personae* se extingue por la muerte del deudor²¹, al igual que por una enfermedad que lo imposibilite para cumplir su prestación; la enfermedad puede ser temporal y no ser grave, como el caso de una pianista que se enferma temporalmente antes del concierto²². La incapacidad debe, pues, impedir la ejecución de la prestación en la fecha establecida.

Una causa ulterior de resolución del contrato por *frustration* se observa en un *leading case* de 1903 (*Krell v. Henry* [1903] 2 K. B. 740), uno de los llamados "*coronation cases*", en el que *Krell* había arrendado a *Henry* una habitación cuya ventana tenía vista a la avenida Pall Mall, por donde pasaría el desfile de coronación de EDUARDO VII, lo que le permitiría a *Henry* observar al personaje. Ambos contratantes estaban de acuerdo en que ese representaba el motivo de la locación, es decir, constituía el motivo determinante del consentimiento, pero tal intención común no quedó

19 ZWEIGERT/KÖTZ. *Introduzione al diritto comparato*, II, cit., 234.

20 En consecuencia, no hay lugar a *frustration* si las partes previeron otros medios secundarios para el cumplimiento, o si aquel que luego no fue posible emplear para el cumplimiento fue considerado por ellas como el medio que con mayor probabilidad sería utilizado para la ejecución de la prestación (cfr. *Tsakiroglou and Co. Ltd. v. Noble Thorl G.m.b.H.* [1962] A. C. 93).

21 *Whincup vs. Hughes* (1871), L. R. 6 C. P. 78.

22 *Robinson v. Davison* (1874), L. R. 9 Q. B. 462.

plasmada en el contrato²³. En cuanto al precio, una parte fue pagada al momento de la celebración del contrato y la parte restante se pagaría después de la ceremonia. A la postre, el desfile fue aplazado debido a una enfermedad del soberano, y *Henry* se negó a pagar el precio, por lo que el arrendador demandó pero sin que su acción prosperara debido a que se consideró que el desfile de coronación había sido la "foundation" del contrato²⁴, y desaparecido ese "particular state of things", se abrió paso la resolución²⁵. A esto se habría llegado mediante la distinción entre *object* del contrato y *motive* que determinó a las partes a celebrarlo²⁶. De esta forma se admitía que la desaparición de los presupuestos o los fines para los cuales había sido concluido el contrato daba lugar a su resolución por "frustration of purposes", recordando nuevamente la interpretación de la llamada cláusula *rebus sic stantibus* y la problemática de la presuposición (*Voraussetzung*), doctrinas desarrolladas en la tradición de nuestro sistema²⁷. La interpretación extensiva del caso *Taylor v. Caldwell* en esta ocasión admite pues el *discharge by frustration* por el hecho de que el evento sobrevenido modifica el programa contractual, y, en particular, la posibilidad de realizar un específico *purpose* de una de las partes que, en consideración de las *surrounding circumstances*, se constituye en la base o fundamento del contrato²⁸.

No obstante, frente a este planteamiento de la cuestión, en la doctrina se ha señalado que a pesar de ser numerosos los casos en los que se ha pretendido acudir al precedente *Krell v. Henry* para obtener la resolución del contrato, las decisiones pocas veces han sido favorables²⁹.

23 En el caso en cuestión, las partes, en el intercambio de declaraciones escritas, no habían indicado expresamente la finalidad del contrato (asistir al desfile de coronación); sin embargo, el tribunal sostuvo que podía tener en consideración circunstancias externas al contrato para colegir así el fundamento de éste (revelar la *foundation of contract*): cfr. ZWEIGERT/KÖTZ. *Introduzione al diritto comparato*, II, cit., 235.

24 Para la Corte, la regla del *leading case Taylor vs. Caldwell* debía aplicarse no solo en el caso "where the performance of the contract becomes imposible by the cessation of the existente of the thing which is the subject-matter of the contract, but also in cases where the event which renders the contract incasable of performance is the cessation or non-existence of an express condition or state of things, going to the root of the contract, and essential to its performance".

25 Cfr. M. MANTELLO. *Interpretazione funzionale e rischio contrattuale*, Nápoles, 2003, 58.

26 La cuestión de si la desaparición de uno u otro da lugar a *frustration* no siempre es clara; vide CHESHIRE, FIFOOT y FURMSTONE. *Law of Contracts*, cit., 588.

27 El caso *Krell v. Henry* es la más evidente concretación histórica del clásico ejemplo de *civil law* en materia de presuposición: aquel apartamento con balcón arrendado para el día en que se debía desarrollar el Palio de Siena, sin expresión alguna en el contrato acerca de la relevancia jurídica de tal circunstancia.

28 El *discharge by frustration* no es pues admisible si la base o fundamento del negocio no desaparece como causa de un *supervening event*, de modo que la incidencia de un particular estado de cosas sobre la *foundation* del contrato debe ser unívoca: vide MANTELLO. *Interpretazione funzionale e rischio contrattuale*, cit., 68.

29 GALLO. *Sopravvenienza contrattuale e problema di gestione del contratto*, cit., 58, con cita de ANDERSON. "Frustration of Contract: A Rejected Doctrine", en *De Paul L. R.*, 3, 1953, 1.

En otro de los "coronation cases" se sostuvo, en cambio, que la eficacia del contrato no se afectaba por el hecho de no celebrarse la coronación³⁰; así, la eficacia resolutoria de la no concreción de la presuposición puede excluirse cuando esta última no sea común a las partes, o, siéndolo, no tenga el carácter de *conditio sine qua non* para la vida y la economía de la relación contractual³¹. *Hutton* había tomado en arriendo por los días 28 y 29 de junio de 1902 una barca de la sociedad demandante con el fin de realizar junto con otras personas un crucero durante el cual se habría podido ver la parada militar de la flota de Eduardo VII, pero al ser cancelada la parada militar, quedaba solamente la posibilidad de realizar el crucero; ese fue el razonamiento de los jueces, que dieron plena obligatoriedad al contrato, ya que su finalidad no era solamente asistir a la parada militar, sino también realizar el crucero, que podía perfectamente llevarse a cabo.

Así mismo, en un ulterior 'coronation case', se decidió la plena obligatoriedad del vínculo contractual (*Chandler v. Webster* [1904] 1 K. B. 493). Se trataba de otra locación, en este caso de una habitación, para ver el desfile de coronación; el arrendatario aceptó pagar 141 esterlinas antes de tomarla en posesión, pero en el momento de celebrar el contrato pagó sólo 100; disuelta la relación antes de haber entrado en posesión de la habitación, a causa de la cancelación del desfile, no sólo le fue negado el derecho a la restitución de las 100 esterlinas ya pagadas, sino que fue obligado a pagar las 41 esterlinas faltantes que, en el sentir de la Corte, era un derecho ya adquirido por el arrendador³².

Todas las causas arriba señaladas solo pueden suspender la eficacia del contrato temporalmente; así, en la jurisprudencia se ha reconocido la *frustration* exclusivamente en aquellos casos en los que, luego de la suspensión, las condiciones dentro de las cuales puede ejecutarse la prestación han cambiado notablemente respecto de aquellas en las que habría debido ser ejecutada sin dicha suspensión; esto hace necesario que cualquier valoración respecto del periodo de suspensión deba ha-

30 *Herne Bay Steamboat v. Hutton* (1903) 2 K. B. 683.

31 CRISCIOLI. *Il contratto nel diritto inglese*, cit., 396. La importancia que el evento no verificado asume dentro del contrato fue puesta en evidencia en una decisión contraria (*Larrinaga & Co. Ltd vs Societé Franco-Americaine des Phosphates de Medulla* [1923] 39 TLR 316), en la que se afirmó que "it may be that the parties contracted in the expectation that particular event World happen, each taking his chance, but that the actual happening of the event was not made the basis of the contract".

32 Más detalles en A. L. CORBIN. *On contracts*, vol. 2, St. Paul (Minn.), 1989, quien, citando un caso estadounidense (*Alfred Marks Realty Co. vs. Hotel Hermitage Co.*, 156 NYS 179, 170 App. Div. 484 [1915]), describe el razonamiento que ha conducido a estas decisiones así: "What effect should the king's illness have upon the thousands of other contracts made at the period? It should have no effect whatever unless the holding of the ceremonies as planned formed what is sometimes called 'basis of contract', but is more accurately described as the 'basis' on which one of the parties assented to the bargain. It is not such a 'basis' unless it creates a major part – an essential part- of the value of one of the performances that the parties agree to exchange, inducing one of the parties and enabling the other to reach the agreement".

cerse con base en la información disponible al momento de ocurrir el evento, en función del criterio del *reasonable man*³³.

Actualmente, la doctrina se basa en una serie de decisiones en materia de derecho marítimo, en particular de arrendamiento de naves. Se trata esencialmente de casos en los que el armador de la nave no está en capacidad de ponerla a disposición en el tiempo y lugar establecidos en el contrato ya que la embarcación ha sufrido daños³⁴, o ha sido sometida a medida oficial de secuestro, o es imposible dejar el puerto de origen a causa de su cierre por eventos bélicos³⁵, o por huelgas portuarias que impiden cargar o descargar la mercancía³⁶. En estas decisiones, sin embargo, la jurisprudencia parece dividida en cuanto a los criterios para determinar, por ejemplo, en cuáles casos el secuestro de la nave es causa de *frustration* y en cuáles es causa de suspensión, como en el caso *F. A. Tamplin Steamship Co. Ltd v. Anglo-American Petroleum Products Co.* (1916) 2 A. C. 397³⁷.

Las decisiones señaladas indican que la mayoría de los casos de *frustration* está caracterizada por una aplicación dilatada de la teoría de la *impossibility*, y raramente los jueces han reconocido casos de *frustration of purpose* en sentido estricto. De este reducido número de casos la doctrina ha tratado de extraer los principios para fundamentar la *doctrine of frustration of consideration*³⁸; sin embargo, existe todavía un contraste de opiniones en relación con cuál debe ser el modo adecuado para que el juez decida en estos casos: si mediante la interpretación del contrato (*implied term theory*), o tomando la decisión que le parezca más equitativa (*just and reasonable solution*), o en atención a la *foundation of contract* o al *radical change in the obligation*.

II. IMPLIED TERM THEORY

Esta teoría se remonta al caso *Taylor v. Caldwell* y recorre una serie de sentencias sucesivas. Como señalamos, esta construcción es una aplicación extensiva de la teoría de la *impossibility*, en la que la causa de la *frustration* se relaciona con el evento

33 Lo sintetiza así la doctrina, la liberación del deudor se concedería cuando "the result of what is happened is that, if the contract were to be resumed alter the return of peace or the removal of the interference the parties would find themselves dealing with each other under conditons extremely different from those that obtained when they made their agreement": CHESHIRE, FIFOOT y FURMSTONE. *Law of Contracts*, cit., 589. Además, la jurisprudencia ha establecido que es posible esperar un breve lapso de tiempo para valorar mejor la duración del periodo de suspensión, como en el caso *Pioneer Shipping Ltd vs. B.T.P. Tioxide Ltd.* (1981) 2 All ER 1030. En relación con el *frustrating delay* en la jurisprudencia, vide J. E. STANNARD. "Frustrating delay", en *The Modern Law Review*, 46 (1983), 738 y ss.

34 *Jackson v. Union Marine insurance Co.* (1874) L. R. 10 C. P. 125.

35 *Embricos vs. Reid & Co.* (1914) 3 K. B. 45.

36 *The Penelope and Pioneer Shipping Ltd v. B.T.P. Tioxide Ltd* (1982) A. C. 724.

37 Cfr. TRAISCI. *Sopravvenienze contrattuali*, cit., 200, notas 13 y 14; ZWEIFERT/KÖTZ. *Introduzione al diritto comparato*, II, cit., 235 y ss.

38 La doctrina ha excluido que con esta teoría se le atribuya al juez el poder de distribuir los riesgos sobrevenidos y se permita con ello que una de las partes escape a las consecuencias de un mal negocio: TREITEL. *Frustration and Force Majeure*, cit., 48 y ss.

sobrevenido que debe hacer desaparecer algunos de los *implied terms* presentes en el contrato y de cuya subsistencia las partes han hecho depender la suerte de la relación (*vide*, p. ej., el *leading case Tamplin Steamship Co. Ltd v. Anglo-American Petroleum Products Co.* [1916] 2, A. C., 397 a 403)³⁹. Habría entonces *frustration* cuando mediante la interpretación del contrato se ha podido identificar una voluntad implícita de las partes (*presumed common intention*)⁴⁰ en el sentido de que si tuviesen lugar ciertos eventos sobrevenidos, el contrato se daría por terminado⁴¹. De este mismo razonamiento parte la teoría de la presuposición en nuestro sistema, en aparente contraste con la regla de la irrelevancia absoluta de los motivos.

La teoría ha sido objeto de una doble interpretación en la jurisprudencia. Inicialmente los jueces atribuyeron un carácter subjetivo a la existencia de los *implied terms*, para justificar así la presencia de un poder dirigido a darle al contrato los efectos que las partes habrían querido de haber previsto la circunstancia sobrevenida. En este sentido, es representativo el *leading case Hirji Mulji v. Cheong Yue Steamship Co. Ltd.* (1926) A. C., 497, donde se explicó así la teoría:

Frustration [...] is explained in theory as a condition or term of the contract, implied by the law ab initio, in order to supply what the parties would have inserted had the matter occurred to them, on the basis of what is fair and reasonable, having regard to the mutual interest concerned, and of the main objects of the contract.

Por su parte, a la otra interpretación de la teoría de los *implied terms* se le ha dado un carácter objetivo: no sería necesario ya realizar la difícil y oscura operación de interpretar la voluntad de las partes en sentido subjetivo, sino interpretar lo que las partes, como *reasonable men*, habrían establecido en el contrato de haber previsto los eventos que sucesivamente serían causa de *frustration*. El *leading case* en esta ocasión es *Davis Contractors Ltd. v. Fareham UDC* (1956) A. C., 696, en el que los constructores se habían obligado a construir 78 casas a cambio de una cierta suma (*fixed sum*); pero a la postre los trabajos resultaron mucho más largos y costosos de lo previsto. Luego de la conclusión de éstos, el constructor demandó en juicio alegando que el contrato debería entenderse *frustrated* e invocó la disciplina del enriquecimiento sin causa (*quantum meruit* o *quantum valebat*), con el fin de recuperar los gastos realizados para concluir los trabajos. La decisión favoreció al demandado ya que la obra había sido de todos modos terminada y se trataba, en opinión de

39 Donde se dijo que "a court can and ought to examine the contract and the circumstances in which it was made, not of course to vary, but only to explain it, in order to see whether or not from the nature of it the parties must have made their bargain on the footing of that particular thing or state of things would continue to exist. And if they must have done so, then a term to put that effect will be implied, though it be not express in the contract".

40 *Bank Line Ltd. v. Arthur Chapel & Co.* (1919) A. C., 435, 445.

41 La doctrina explica que con base en esta teoría "a contract would therefore be frustrated if a term could be implied that, in the events that subsequently happened, the contract would come to an end": W. R. ANSON. *Law of Contract*, 27.^a ed., Nueva York, 1998, 514.

los jueces, de un mero incremento de los costos. El criterio objetivo fue señalado al precisar que el significado del contrato

must be taken to be, not what the parties did intend [...] but that which the parties, as far as reasonable men would presumably have agreed upon if, having such possibilities in view, they had made express provision as to their several rights and liabilities in the event of such occurrence.

Con esta interpretación no se busca entonces la voluntad de las partes mediante una operación exegética, sino la reconstrucción de aquello que ellas habrían establecido si hubieran podido prever el futuro, pero con una tendencia a la objetivación de criterios por parte del juez, lo que comporta el riesgo de pasar por alto la voluntad real de las partes⁴².

En la doctrina se plantea un cuestionamiento válido, esto es: si la consecuencia jurídica del reconocimiento judicial de la *frustration* es la *termination* del contrato, no parece muy acertado entonces presumir, mediante la difícil búsqueda de la voluntad de las partes, que éstas habrían optado por el camino de la resolución del vínculo y no por otra solución, sobre todo si se piensa que en la práctica es común introducir cláusulas de adaptación convencional (p. ej. de indexación para el tratamiento de la fluctuación monetaria y su incidencia en el contrato, o en particular cláusulas de *force majeure* o de *harship*), pues el interés de las partes en los *long term contracts*, en mayor grado susceptibles a los eventos sobrevenidos, es el de la conservación de la relación en el tiempo y no su terminación⁴³.

III. JUST AND REASONABLE SOLUTION THEORY

En numerosas decisiones las cortes inglesas han rechazado la *fictio* de los *implied terms*, esto es, han prescindido de cualquier operación hermenéutica sobre el contrato, llegando a concebir la aplicación de la *doctrine of frustration* como medio que consiente al juez la facultad de intervenir dando al contrato los efectos que, conforme a la equidad, lo lleven a un *just and equitable result*⁴⁴, en otras palabras, a la justa y razonable solución que la nueva situación exige, superando así el solo ámbito de la voluntad de las partes. Esto provocó la mirada crítica de la doctrina que indicó cómo la búsqueda de los *implied terms* constituía un medio para justificar la ingerencia del juez en la suerte del contrato y mitigar así, donde en justicia

42 Cfr. ALPA-DELFINO (dir.). *Il contratto nel common law inglese*, Padua, 1997, 166; GALLO. *Sopravvenienza contrattuale e problema di gestione del contratto*, cit., 163; TRAISCI. *Sopravvenienze contrattuali*, cit., 202.

43 Cfr. ANSON. *Law of Contract*, cit., 515 y ss. Sobre un deber general de revisión en nuestro sistema, me permito reenviar a J. F. CHAMIE. "Equilibrio contractual y cooperación entre las partes: el deber de revisión del contrato", en *Revista de Derecho Privado*, 14, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2008, 113 y ss.

44 *Joseph Constantine Steamship Line Ltd. v. Imperial Shipping Corporation (1942) A. C.*, 154.

fuera necesario, los efectos de la *doctrine of absolute contracts*, conciliando ésta con sus respectivas excepciones, acorde, como se dijo, con la naturaleza del *common law* avocada a los remedios⁴⁵.

Esta teoría se atribuye a LORD WRIGHT en el caso *Denny, Mott & Dickson Ltd. v. Fraser & Co. Ltd.* (1944) A. C. 265, 274:

The truth is that the Court or jury as judge of facts decides the question in accordance with what seems to be just and reasonable in its eyes;

e igualmente representativa fue la postura de Lord Denning en el caso *Ocean Tramp Tankers Corp. v. V/O Sovfracht* (1964) 2 WLR 114, 121:

If it should happen, in the course of carrying out a contract, that a fundamentally different situation arises for which the parties made no provisions – so much so that it would not be just in the new situation to hold them bound- then the contract is at an end⁴⁶.

En especial LORD DENNING manifestó que era equivocado pensar que la *doctrine of frustration* era aplicable sólo en los casos en que se comprobara un cambio imprevisto en las circunstancias de hecho que gobernaban la relación, pues también un fuerte incremento en los costos del contrato debía considerarse suficiente para la resolución del vínculo. Sin embargo, la decisión tomada por los jueces en este caso se basó en que el aumento de los costos no era suficiente para considerar *frustrated* el contrato, pues dicho aumento sería uno de los tantos riesgos que gravan a quien celebra un negocio, y la falta de previsión de las partes –en este caso conscientes del riesgo (*self-induced*)⁴⁷ – se entendería como una asunción automática del mismo.

Tal poder relativamente ilimitado para determinar los efectos del contrato por parte del juez, suscita empero una perplejidad: si el juez efectivamente tiene el poder de liberar a las partes del vínculo porque ello resulta razonable y equitativo,

45 En doctrina, *vide* en particular las consideraciones de ANSON. *Law of Contract*, cit., 515 y ss.; cfr. CHESHIRE, FIFOOT y FURMSTONE. *Law of Contracts*, cit., 514 y ss.; CRISCIUOLI. *Il contratto nel diritto inglese*, cit., 404.

46 En septiembre de 1956, la Ocean Tramp había entregado en locación una nave a la demandada, para realizar un viaje en India partiendo de Génova y cargando la mercancía en un puerto en el Mar Negro; el precio se determinaría conforme a la duración del viaje. Al momento de la celebración del contrato las partes eran conscientes de que el Canal de Suez habría podido estar cerrado, y no obstante ello, no hicieron ninguna previsión al respecto en el contrato. En efecto, la nave no pudo continuar su trayecto, frente a lo cual se preguntaron los jueces si la parte demandada había sido puesta en una situación *fundamentally different* respecto de aquella previsible al momento de celebrar el contrato (la duración prevista para el viaje era de 108 días y la duración real a causa del retraso fue de 138 días); al final, los jueces consideraron que la prolongación en la duración del viaje y el aumento de los costos no eran motivos suficientes para desvincular a la demandada del contrato.

47 Cfr. N. KOULADIS. *Principles of Law Relating to International Trade*, Nueva York, 2005, 117, n. 450.

¿por qué no admitir también la revisión o la resolución cuando las circunstancias sobrevenidas hagan el contrato financieramente más oneroso respecto de lo previsto por las partes? En todo caso, parece evidente que el único límite para el juez está en demostrar que mantener el contrato resulta injusto⁴⁸.

IV. FOUNDATION OF CONTRACT THEORY

Los conceptos brevemente enunciados fueron madurando en la jurisprudencia, la cual no tardó en adelantarse a su propia elaboración e imponer límites a la discrecionalidad del juez, quien no podría dejar de considerar del todo la voluntad de las partes. Así, se estableció entonces que para aplicar la *doctrine of frustration* era necesario comprobar la *disaperance of the foundation of the contract*, esto es, que la intensidad de los eventos sobrevenidos eran de magnitud suficiente para causar la desaparición de la *foundation* o del *comercial object* del contrato⁴⁹. Así se confirmaba la relevancia de la reconstrucción del fundamento del contrato, relevancia que en este caso es preclusiva respecto de la decisión de resolución del vínculo y depende ciertamente de la reconstrucción razonable de aquello que las partes establecieron en el contrato. El principal inconveniente radica en determinar en concreto qué es la *foundation* del contrato, ya que no puede ser el objeto de éste pues su desaparición o destrucción conduciría al ámbito de la *impossibility*, en la medida que no podría cumplirse objetivamente la prestación. Esto generó mayor agudeza en la interpretación de la jurisprudencia, y para superar la dificultad se elaboró un planteamiento ulterior en virtud del cual debía considerarse *frustrated* el contrato siempre que se presentara un cambio radical en la obligación (*radical change in the obligation*). No obstante, las diferentes modalidades de aplicación de la *frustration* son bien cercanas entre ellas ya que en todas se trata de reconstruir el contenido del contrato en concordancia, en cierta medida, con la voluntad efectiva o hipotética de las partes. Con esta concepción, en el fondo, persiste siempre el dilema entre lo originariamente querido por las partes y lo actualmente exigible dado el cambio de las circunstancias; la nueva teoría tampoco aporta entonces un nuevo elemento interpretativo.

V. RADICAL CHANGE IN THE OBLIGATION. THE "CONSTRUCTION THEORY"

Esta teoría, producto de la elaboración jurisprudencial, parece recoger el mayor crédito en la actualidad⁵⁰. En esta ocasión, la House of Lords estableció que para determinar el *radical change in the obligation*, el juez debe reconstruir el contrato a la

48 CRISCIOLI. *Il contratto nel diritto inglese*, cit., 405; TRAISCI. *Sopravvenienze contrattuali*, cit., 204.

49 *W.J. Tatem v. Gamboa* (1939) 1 KB. 132; *Metropolitan Water Borrad v. Dick, Kerr & Co.Ltd.* (1918) A. C., 119.

50 CRISCIOLI. *Il contratto nel diritto inglese*, cit., 405.

luz de su naturaleza y de las circunstancias presentes al momento de su celebración, en aplicación de una *true construction* del contrato⁵¹:

The data for decision are, on the one hand, the terms and construction of the contract, read in the light of the existing circumstances, and on the other hand the events which have occurred⁵².

Esta teoría se basa en el respeto del valor objetivo de la relación contractual, que a su vez resulta de la interpretación global de ésta y de su función económica⁵³: una vez reconstruido el contenido negocial, determinadas la naturaleza y las circunstancias del acuerdo al igual que su función, es decir, la *true construction*, se pasa a establecer si los eventos sobrevenidos causaron un cambio radical en la función de la obligación, en cuyo caso procede la *frustration*.

La cuestión de la *true construction* se resuelve en el ámbito del *risk-allocation procedure*, donde además de la importancia del *stare decisis* en relación con algunos tipos de eventos sobrevenidos, no se encuentran conceptos distintos de los ya adoptados en la jurisprudencia, esto es, la naturaleza y circunstancias del contrato, los *express terms*, el tipo de evento y su previsión. En esta teoría, la mayúscula onerosidad de la prestación no es en sí misma causa suficiente para hablar de un *ground for frustration*, es decir, el hecho de que el *supervening event* incida exclusivamente sobre el *method of performance* del contrato no es suficiente para su resolución⁵⁴. Es por ello por lo que un mero aumento de los costos no es aceptado como causa de *frustration*, lo que limita aún más el ámbito de aplicación de la teoría⁵⁵:

It is not hardship or inconvenience or material loss a change in the significance of the obligation that the thing undertake would, if performed, be a different thing that that contracted for⁵⁶.

El *radical change in the obligation test* no parece ser apropiado para el tratamiento de hipótesis de *frustration of purpose* en las que opera la *foundation theory*, con la siem-

51 *Davis Contractors Ltd. vs. Fareham UDC*, cit., 729. En efecto, LORD REID señaló cómo la *frustration* depende de la *true construction of the terms*, acorde con las circunstancias del caso y la naturaleza de la operación, a lo que debe agregarse también la gravedad de la interrupción en la ejecución del contrato.

52 *Heyman vs. Darwins* (1942) A. C., 356 y ss.

53 "Frustration of contract takes when there supervens an event (without default of either party and for which the contract makes no sufficient provision) which so significantly changes the nature (not merely the expense or onerosness) of the outstanding contractual rights and/or obligations from what parties could reasonably have contemplated at the time of its execution that it would be unjust to hold them to the litteral sense of stipulations in the new circumstances; in such a case the law declares both parties to be discharged from further performance": *National Carriers v. Panalpina* (1981) A. C., 675 y ss.; en esta decisión se rechazó la aplicación de la *foundation theory*.

54 Cfr. MANTELLO. *Interpretazione funzionale e rischio contrattuale*, cit., 81 y ss.

55 L. E. TRAKMAN. "Frustrated Contracts and Legal Fictions", en *Modern Law Review*, 46, 1983, 39 y ss.

56 *Davis Contractors Ltd. v. Fareham UDC*, cit., 729.

pre presente dificultad para establecer el fundamento común de la operación económica respecto de los *own purposes* de cada contratante particular. Para la más autorizada doctrina, la *construction theory* carga el *non performance risk* sobre la parte obligada siempre que el *supervening event* presente un carácter de normalidad respecto de la naturaleza del contrato, o bien deba considerarse incorporada en el precio pactado como contraprestación⁵⁷. Ahora bien: si en la jurisprudencia las cortes pueden aplicar la *frustration* sólo cuando los eventos sobrevenidos alteren la *fundamental nature of the contract*, la doctrina ha precisado entonces que las nuevas circunstancias deben tener como consecuencia que el cumplimiento sea *radically or fundamentally different in a commercial sense* respecto de lo inicialmente acordado; no obstante, ello no contribuye a resolver todos los problemas interpretativos de la *doctrine*, y agrega más bien una incerteza ulterior: ¿Qué se entiende por *radical* o *fundamental difference*?⁵⁸.

VI. EFECTOS DE LA APLICACIÓN DE LA DOCTRINE OF FRUSTRATION

La *frustration* es una causa objetiva de extinción de la obligación, cuya aplicación en el *common law* tiene por consecuencia la resolución del contrato (*termination*), la

57 En cuanto a la relación entre los términos "*interpretation*" y "*construction*", vide ATIYAH. *An Introduction to the Law of Contracts*, Oxford, 1995, 240 y ss., en las pp. 214 y ss. afirma que "to an English lawyer 'construction' is treated as almost synonymous with 'interpretation' [...] The familiar formula that the construction of a contract 'depends on all the circumstances of the case' appears to be little more than a device by which (subject to certain limitations) the court is able to achieve what it regards as the most just result in the circumstances of the case". La *doctrine* sería aplicable por las cortes sólo cuando consideren que obligar a las partes al cumplimiento puede, a la luz de los eventos sobrevenidos, alterar la *fundamental nature of the contract*, y no sería aplicable por parte de los jueces "unless they consider that to hold the parties to further performance would, in the light of the changed circumstances, alter the fundamental nature of the contract": *Tsakiroglou & Co. Ltd. v. Noble Thorl G.m.b.H* (1962) A. C., 93, 115. Cfr. MANTELLO. *Interpretazione funzionale e rischio contrattuale*, cit., 85, y bibliografía allí citada en nota 97. M. señala junto con MCKENDRICK (*Force Majeure and Frustration of Contract*, 2.^a ed., Londres, 1995, 57-118) que el problema de la reglamentación convencional del riesgo por eventos sobrevenidos se relaciona luego con el debate en el *common law* sobre los "*long term contracts*" y, en particular, sobre la configuración de un diversificado tratamiento legal entre el modelo del "*discrete*" y el modelo del "*relational*" contract.

58 Cfr. ANSON. *Law of Contract*, cit., 518. Otros se preguntan "when are the effects of supervening events sufficiently serious to bring a fact of discharge?", sobre todo si se piensa que "constructing the contract and implying a term are here no more than alternative ways to describing the same process": cfr. TREITEL. *Frustration and Force Majeure*, cit., 578 y ss. Para A. PHANG ("Frustration in English Law – A reappraisal", en *Anglo-American Law Review*, 21, 1995, 284), las doctrinas citadas se pueden agrupar en dos grandes categorías: "a kind of objective theory implemented by the court itself or a subjective theory premised on justice and fairness which is obviously also implemented by the court concerned. The theory of the implied terms and the more 'well regarded' theory of construction fall within the former category while the 'just and reasonable' rationale fails within the latter". Conviene señalar que sería mejor preguntarse por qué un contrato resulta frustrado y cuándo los efectos de un evento sobrevenido son suficientes para liberar al deudor de su prestación, en vez de incursionar en el tortuoso camino de una "*construction*", pretendiendo auscultar en la voluntad de las partes la solución al complejo problema de los eventos sobrevenidos durante la ejecución del contrato y la distribución del riesgo en los *long-term contracts*.

cual surte sus efectos desde el momento en que acontece el evento sobrevenido que causa la imposibilidad, ilicitud o inutilidad de la ejecución de la prestación; en otras palabras, opera *ipso iure* o en forma automática⁵⁹ y sus efectos son *ex nunc*, lo que produce, obviamente, la liberación del deudor (*discharge*)⁶⁰. De inmediato surge un lógico cuestionamiento en la doctrina: si todavía es posible ejecutar la prestación, es decir, no se trata de frustración por *impossibility* (por ejemplo cuando se trata del pago de una suma de dinero), ¿por qué considerar *frustrated* el contrato?⁶¹. Esta pregunta es obvia, sólo que el esquema de la *frustration* considera únicamente los extremos: o el cumplimiento o la resolución, es decir, *tertium non datur*.

De la eficacia *ipso iure* de la *frustration* se deriva el carácter declarativo de la sentencia, cuyo efecto resolutorio no puede ser modificado por las partes (el caso *Hirji Mulji v. Cheong Hue Steamship Co.*, cit., 497)⁶². La sentencia declarativa de la *frustration* tiene efectos a partir del momento del *frustrating event*; así, permanecen inmutables los efectos del contrato que hasta ese momento se hayan producido y se libera a los contratantes de las obligaciones que no hayan sido todavía cumplidas, en aplicación de la máxima "*the loss lies where it falls*": el daño lo soporta el contratante que lo padece⁶³. En este sentido:

Each party must fulfill his contractual obligation so far as they have fallen due before the frustrating event, but he is excused from performing those that fall due later⁶⁴.

Se trata de una visión formalista del efecto de la sentencia: permanecerían las consecuencias de la ejecución del contrato que se hubieran producido antes del

59 *Hirji Mulji v. Cheong Hue Steamship Co.* (1926) A. C., 497.

60 El término *discharge* indica en general la cesación de los efectos del contrato a causa de su inexecución (incluido el incumplimiento) o, con menos frecuencia, también por su ejecución (*discharge by performance*): v. ALPA-DELFINO (dir.). *Il contratto nel common law inglese*, cit., 176 y ss. El término comprende distintos ámbitos; ATIYAH distingue cinco casos de *discharge*: *unilateral, by agreement, by performance, by breach and by frustration* (*An Introduction to the Law of Contracts*, cit., 397).

61 TREITEL. *An outline of The Law of Contract*, 5.ª ed., Londres, 1995, 821 y ss.; ANSON. *Law of Contract*, cit., 513.

62 Se trataba de una locación de nave celebrada en noviembre de 1916, por la cual un armador estipuló que la nave *Singaporean* sería puesta a disposición de la contraparte el 1.º marzo de 1917 por un periodo de 16 meses. Sin embargo, antes de que pudiera verificarse la entrega, la nave fue secuestrada por el gobierno, por lo que el armador propuso a la contraparte mantener el contrato y llevarlo a cumplimiento justo después de recuperar la nave. La contraparte aceptó y el armador entró en posesión nuevamente en febrero de 1919; se ofreció a cumplir la prestación, pero la contraparte esta vez no aceptó, alegando la originaria *frustration*, frente a lo que el armador sostuvo que la conducta positiva de la contraparte había anulado los efectos de la *frustration*, pero la House of Lords sentenció lo contrario.

63 Este principio ha tenido aplicación en muchos casos, *vide* al respecto CRISCUOLI. *Il contratto nel diritto inglese*, cit., 406 y ss.; y recientemente TRAIACI. *Sopravvenienze contrattuali*, cit., 212. Este principio parece evocar la regla de nuestro sistema según la cual *commodum eius esse debet, cuius est periculum* (Ulp. 6 ad. Sab. D. 23, 3, 33): cfr. para la formación de esta regla en el periodo de la Codificación, L. ARNDTS. *Lehrbuch der Pandekten*, München, 1859 = *Trattato delle Pandette* (trad. it. F. SERAFINI), vol. II, Bolonia, 1873, 121.

64 *Fibrosa Spolka Akcyjna v. Fairbairn, Lawson, Combe, Barbour Ltd.* (1943), A. C., 32.

evento sobrevenido y sólo después de ese momento las partes estarían liberadas de las obligaciones maduradas entre dicho instante y la sentencia del juez, así como también de aquellas que habrían sido exigibles sucesivamente (*Applebey v. Myers* [1867] L. R. 2 C. P. 651)⁶⁵.

Tal solución fue mal recibida por la jurisprudencia⁶⁶ y sucesivamente por el Parlamento, por lo que fue objeto de una inusual intervención legislativa (*Law Reform Frustrated Contracts Act 1943*) en una materia ampliamente disciplinada por la jurisprudencia. La reforma buscó una distribución más equitativa de los daños producidos como consecuencia de la resolución del contrato a causa de eventos sobrevenidos no imputables a las partes.

El primer inconveniente se encuentra en el mencionado caso *Chandler v. Webster*, en el que se obligó al arrendatario a pagar la parte faltante del canon a pesar de que la prestación, en el *interim*, se hizo imposible y el pago había expirado antes de ocurrir el evento externo pues se estipuló un pago anticipado (*fixed price*); esta decisión es considerada en doctrina como un ejemplo general que ilustra las deficiencias del *common law*⁶⁷. Este problemático efecto de un remedio objetivamente insatisfactorio fue sucesivamente objeto de críticas que llevaron a la decisión en el también mencionado caso *Fibrosa Spolka v. Fairbain & Co.*, en el cual luego de la declaratoria de *frustration* de un contrato de suministro, la House of Lords sostuvo que si los contratantes habían estipulado un pago anticipado de parte de los bienes suministrados, el proveedor tenía derecho a la repetición de una parte del precio a título de *quasi contract*. La repetición de la suma mediante una acción contractual no podía justificarse sin la presencia de un vicio *ab initio* en el contrato. La House of Lords afirmó en esa decisión que:

In English law, an enforceable contract may be formed by an exchange of a promise for a promise or by the exchange of a promise for an act [...] and thus, in the law relating to the formation of contract, the promise to do a thing may often be the consideration but when one is considering the law of failure of consideration and of the quasi-contract right to recover money on that ground, it is, generally speaking, not the promise which is referred to as the consideration, but the performance of the promise. The money was paid to secure performance and, if performance fails the inducement which brought about the payment is not fulfilled⁶⁸.

65 *Appleby* estaba obligado a realizar la instalación de una maquinaria en un local de *Myers*, cuyo pago se estipuló que se haría al término del trabajo; sin embargo, durante la instalación, el edificio se incendió fortuitamente y el fuego destruyó parte de la maquinaria ya implantada; el contrato fue considerado *frustrated* y el actor no recibió pago alguno correspondiente a la parte ya cumplida de su prestación. Otros casos en los que se afirma el principio: *Jackson v. Union Marine Insurance Co.* (1874) L. R. 10 C. P. 125; *Krell vs. Henry*, cit.; *Chandler vs. Webster*, cit., 493.

66 *Cantiere San Rocco S. A. vs. Clyde Shipbuilding & Engineering Co, Ltd.* (1924), A. C., 226-257.

67 TRASCI. *Sopravvenienze contrattuali*, cit., 214, n. 179, con cita de MCKENDRICK. *Force Majeure and Frustration of Contract*, cit., 224.

68 *Fibrosa Spolka v. Fairbain & Co.*, cit., 48.

Con esta última decisión se corrigió tan solo parcialmente el defecto, pues no quedó completamente resuelto el problema de tutela al contratante que había pagado en forma anticipada, limitándose la tutela sólo en caso de *total failure* de la *consideration*, sin dar la posibilidad de repetir lo pagado en anticipo cuando la *failure* de la *consideration* era sólo parcial, esto es, quien pagó por anticipado no tiene derecho a la repetición si llegó a recibir una mínima parte de la contraprestación⁶⁹. Además, quedaban todavía sin previsión alguna los casos de ejecución anticipada de la prestación distinta del pago de sumas de dinero y cuyo cumplimiento –si bien parcial– puede llegar a producir gastos que en cierta medida procurarían, de haber *frustration*, al menos un mínimo grado de enriquecimiento de la contraparte; de esta laguna era ya consciente la jurisprudencia en el caso *Fibrosa v. Fairbain & Co. Ltd.*, cit., 54 -55⁷⁰.

Las críticas y la necesidad de corregir las consecuencias inicuas fueron recogidas por el *Law Revision Comitee*, y el 5 de agosto de 1943 se materializaron en el *Law Reform Act* para los *Frustrated Contracts*, un *Statute* mediante el cual se corregía el inconveniente y se concedía una tutela amplia a las partes, extendiendo de esta manera la decisión del caso *Fibrosa* también a hipótesis en las que a causa de *frustrating events* no se hubiera presentado una *total failure* de la *consideration*⁷¹ y en favor de quien hubiese iniciado a ejecutar una prestación distinta del pago de una suma de dinero, para que exigiera el equivalente a la parte cumplida de su prestación. Estos son los aspectos sobresalientes para determinar el ámbito de aplicación del *Act*, que se ocupa así de los casos en los que el cumplimiento se hace "*impossible of performance or been otherwise frustrated*", pero sin plantear definición alguna del concepto de *frustration*⁷².

La *ratio* de la *Law Reform* fue la de prevenir el enriquecimiento injustificado de una parte a expensas de la otra, un principio que no es desconocido para nosotros y que encuentra su similar originario en la máxima "*succurrendum est quia bono et aequo non conveniat aut lucrari aliquem cum damno alterius aut damnum sentire per alterius lucrum*"⁷³, con referencia directa a la buena fe y a la equidad. Pero, si se habla de

69 ANSON. *Law of Contract*, cit., 528.

70 LORD SIMON señaló: "He may have incurred in expenses in connection with the partila carrying out of the contract which are equivalent, or more than equivalent, to the money which he prudently stipulated should be prepaid, but which he know a sto return for reasons which are no fault of his. He may have to repay the money, though he has executed almost the whole of the contractual work, which be left on his hands. These results follow from the fact that the English common law does no undertake to apportion a prepaid sum in such circumstances [...]".

71 Cfr. ANSON. *Law of Contract*, cit., 529.

72 En efecto, tratando del "*adjustment of rights and liabilities of parties to frustrated contracts*", el *Law Reform Act (Frustrated Contracts)* dice en la sección 1 (1): "Where a contract governed by English law has become impossible of performance or been otherwise frustrated, and the parties thereto have for that reason been discharged from the further performance of the contract, the following provisions of this section shall, subject to the provisions of section two of this Act, have effect in relation thereto".

73 Pomponio, libro XIV ad sabinum. D. 23. 3. 6. 2.

enriquecimiento injustificado, es decir, sin causa lícita, se genera una perplejidad pues la parte que obtiene ventaja (*valuable benefit*) de los eventos sobrevenidos tan solo exige su derecho (*suo iure utitur*): la prestación que se le debe; no hay allí una causa injustificada, es perfectamente válida su pretensión (a menos que se considere abusivo y contrario a la buena fe exigir el cumplimiento de una prestación gravemente onerosa y desproporcionada respecto de la contraprestación), solo que las nuevas circunstancias ajenas a las partes y al riesgo propio del contrato han generado una nueva realidad en la cual el programa contractual original no encaja y por ello debe adaptarse o en su defecto terminarse con las restituciones mutuas del caso.

La sección 1(2) del Act establece que si una parte ha cumplido ya la obligación de naturaleza pecuniaria (*payment of money*), la otra está obligada a restituir lo recibido; sin embargo, el juez conserva amplios poderes para conceder la retención de una suma razonable (*reasonable sum*) dirigida a cubrir los gastos ya realizados en ejecución del contrato⁷⁴. La sección 1(3) establece, en cambio, que si una de las partes antes de la *frustration* ha cumplido incluso parcialmente su prestación de entregar un bien *in natura* (*benefit in kind*), tiene derecho a recibir una indemnización equitativa que no puede exceder el valor de la "ventaja" (*not exceeding the value of the benefit*)⁷⁵, y cuyo monto será fijado en equidad por la Corte⁷⁶. Parte de la doctrina interpreta extensivamente la norma, en el sentido de que ella daría también al juez el poder de conceder el reembolso de los gastos incluso si la contraparte no repor-

74 *Law Reform Act (Frustrated Contracts)*, 1943, secc. 1(2): "All sums paid or payable to any party in pursuance of the contract before the time when the parties were so discharged (in this Act referred to as 'the time of discharge') shall, in the case of sums so paid, be recoverable from him as money received by him for the use of the party by whom the sums were paid, and, in the case of sums so payable, cease to be so payable:

Provided that, if the party to whom the sums were so paid or payable incurred expenses before the time of discharge in, or for the purpose of, the performance of the contract, the court may, if it considers it just to do so having regard to all the circumstances of the case, allow him to retain or, as the case may be, recover the whole or any part of the sums so paid or payable, not being an amount in excess of the expenses so incurred".

75 *Law Reform Act (Frustrated Contracts)*, 1943, secc. 1(3): "Where any party to the contract has, by reason of anything done by any other party thereto in, or for the purpose of, the performance of the contract, obtained a valuable benefit (other than a payment of money to which the last foregoing subsection applies) before the time of discharge there shall be recoverable from him by the said other party such sum (if any), not exceeding the value of the said benefit to the party obtaining it, as the court considers just, having regard to all the circumstances of the case and, in particular,

(a) the amount of any expenses incurred before the time of discharge by the benefited party in, or for the purpose of, the performance of the contract, including any sums paid or payable by him to any other party in pursuance of the contract and retained or recoverable by that party under the last foregoing subsection, and
(b) the effect, in relation to the said benefit, of the circumstances giving rise to the frustration of the contract".

76 Cfr. para la aplicación del principio el caso *BP Exploration Co. Ltd. v. Hunt* (1982) 1 All ER, 925.

ta ningún beneficio⁷⁷. La Corte puede reconocer al afectado tanto el reembolso por los gastos realizados, cuanto la compensación por la ventaja obtenida por la contraparte; el monto total será establecido por el juez mediante una equitativa valoración en conjunto de los hechos, dentro de su poder discrecional y empleando un criterio de proporcionalidad (*Law Reform Act 1943, sec. 1*[3] [a]).

Ya que la *frustration* es una causa objetiva de extinción de las obligaciones, cualquiera de las partes puede solicitarla en juicio, tanto la parte afectada por los eventos sobrevenidos, cuanto la parte que obtiene ventaja de ellos. Esta última hipótesis es improbable pero no imposible (*Bank Line, Ltd. v. Arthur Capel & Co. [1919] A. C. 435*)⁷⁸.

En cuanto a su aplicación, el Act puede ser excluido mediante voluntad contraria de las partes (*contrary agreement*), quienes pueden estipular que lo eventualmente pagado en ejecución del contrato no sea reembolsable (*Law Reform Act 1943, sec. 2*[1], [2], [3])⁷⁹. Además, el Act no se aplica a los contratos de transporte marítimo de mercancías, al arrendamiento de naves, al contrato de seguro y a los contratos de venta de bienes no fungibles (*specific goods*)⁸⁰.

La excepción en los contratos de transporte por vía marítima fue establecida por respeto a las viejas costumbres del derecho marítimo, que en caso de pérdida de la carga por *frustration* no permiten el reembolso cuando ha habido pago anticipado⁸¹; así mismo, dichas costumbres establecen que siempre que el canon de arriendo deba ser pagado al finalizar el viaje en un puerto específico, el armador

77 CHESHIRE, FIFOOT y FURMSTONE. *Law of Contracts*, cit., 601 y ss.

78 Vide CRISCUOLI. *Il contratto nel diritto inglese*, cit., 407.

79 En efecto, en materia de *provisions as to application of the Act*, se dice en la sec. 2: "2. - (1) This Act shall apply to contracts, whether made before or after the commencement of this Act, as respects which the time of discharge is on or after the first day of July, nineteen hundred and forty-three, but not to contracts as respects which the time of discharge is before the said date.

(2) This Act shall apply to contracts to which the Crown is a party in like manner as to contracts between subjects.

(3) Where any contract to which this Act applies contains any provision which, upon the true construction of the contract, is intended to have effect in the event of circumstances arising which operate, or would but for the said provision operate, to frustrate the contract, or is intended to have effect whether such circumstances arise or not, the court shall give effect to the said provision and shall only give effect to the foregoing section of this Act to such extent, if any, as appears to the court to be consistent with the said provision".

80 *Law Reform Act (Frustrated Contracts) 1943, secc. 2* (5): "This Act shall not apply:

(a) to any charterparty, except a time charterparty or a charterparty by way of demise, or to any contract (other than a charterparty) for the carriage of goods by sea; or

(b) to any contract of insurance, save as is provided by subsection (5) of the foregoing section; or

(c) to any contract to which [section 7 of the Sale of Goods Act 1979] (which avoids contracts for the sale of specific goods which perish before the risk has passed to the buyer) applies, or to any other contract for the sale, or for the sale and delivery, of specific goods, where the contract is frustrated by reason of the fact that the goods have perished".

81 *St. Enoch Shipping Co. Ltd. v. Phosphate Mining Co. (1916) 2 K. B., 625.*

no tiene derecho a la remuneración si eventos sobrevenidos impiden que la nave llegue al destino estipulado –incluso si la mercancía pudo ser descargada en otro puerto⁸²–. Los contratos de seguro están también excluidos de la aplicación de la reforma, en razón de su carácter aleatorio (*Tyrie v. Fletcher* [1777] 2 Cowp., 666, 668)⁸³.

Se excluyen finalmente los contratos de compraventa que tienen por objeto una *species*, siempre que la causa de la *frustration* sea exclusivamente el perecimiento, sin importar que el comprador haya asumido el riesgo por los eventos sobrevenidos antes de que estos ocurrieran (*Law Reform Act 1943, sec. 2 [5] [c]*).

VII. LÍMITES DE LA JURISPRUDENCIA A LA APLICACIÓN DE LA DOCTRINE OF FRUSTRATION OF CONTRACT

La doctrina enseña que la aplicación de la *frustration* se dio en medio de fuertes contrastes y de limitaciones impuestas por la jurisprudencia. En efecto, ésta previó restricciones de carácter general a su aplicación en sectores en los que continúa prevaleciendo la vieja regla de los *absolute contracts*, que se considera todavía vigente en específicos ámbitos contractuales en los que se entiende como parte fundamental de la disciplina⁸⁴. En este sentido, se excluye la aplicación de la *doctrine* en los casos en que el evento no sea en realidad sobrevenido, sino más bien producto de una situación ya presente al momento de celebrar el contrato, o en los casos en que el evento ha debido ser previsto por las partes en cuanto consecuencia previsible de un estado de cosas presente al momento de celebrar el contrato⁸⁵, así como también en los casos de *self-induced frustration*⁸⁶.

Una primera gama de límites se encuentra directamente relacionada con lo establecido por las partes en el programa contractual, las previsiones contractuales de las partes con miras a la asunción del riesgo sobrevenido, esto es, que una parte haya asumido todos los riesgos, incluso aquellos derivados de la *vis maior*, comprometiéndose a cumplir en todo caso su obligación sin importar la causa de una eventual *frustration* y asumiendo así la responsabilidad por su incumplimiento⁸⁷. En relación también con la voluntad de las partes, se excluye la aplicación de la *doctrine* siempre que los contratantes hayan incluido cláusulas (de *force majeure*) con

82 *Byrne v. Schiller* (1871) L. R., 6 Ex. 319.

83 En este sentido, CRISCUOLI. *Il contratto nel diritto inglese*, cit., 412; ALPA-DELFINO (dir.). *Il contratto nel common law inglese*, cit., 199.

84 WLADIS. "Common Law and Uncommon Events...", cit., 1576 y ss.; TREITEL. *Frustration and Force Majeure*, cit., 44 y ss.

85 Cfr. *Clifford v. Watts* (1870) L. R., 5 C. P., 577; *Ashmore & Son Ltd. v. C.S. Cox & Co.* (1899) 1 Q. B., 436; en la doctrina, vide TREITEL. *The Law of Contracts*, cit., 811 y ss.

86 Cfr. TREITEL. *The Law of Contracts*, cit., 817 y ss.; KOULADIS. *Principles of Law Relating to International Trade*, cit., 117; TRAISCI. *Sopraavvenienze contrattuali*, cit., 208 y ss.

87 *Blackburn Bobbin Co. v. Allen and Sons* (1918) 2 K. B., 467.

la previsión de los efectos en caso de presentarse un evento específico (*certain specified and contemplated circumstances*) que entorpeciere la funcionalidad del contrato (*Metropolitan Water Board v. Dick, Kerr and Co.* [1918] A. C., 119)⁸⁸.

En lo que tiene que ver con la naturaleza del contrato, resulta igualmente inaplicable la *doctrine* siempre que se trate de un riesgo inherente al negocio y esté presente al momento de su celebración (como en el simbólico *leading case Davis Contractors Ltd. v. Fareham UDC*, cit., 145)⁸⁹.

Se excluye también la aplicación de la *doctrine* cuando una de las partes o ambas hayan provocado o facilitado las consecuencias del evento sobrevenido (*self-induced frustration*), alterando con su responsabilidad la funcionalidad del contrato, como se observa en la decisión de uno de los *Suez cases*, donde a sabiendas del posible cierre del canal debido a la guerra entre Egipto e Israel, se hizo pasar de todos modos la nave con la consecuencia de su detención⁹⁰. Otro caso se refiere al alquiler de una nave para la pesca que se realizó a sabiendas de la necesidad del respectivo permiso y que, al no ser concedido después del contrato, frustró la pretensión de resolución del vínculo ya que "*the essence of frustration is that it should not be due to the act or election of the party*": *Maritime National Fish, Ltd. v. Ocean Trawlers, Ltd.* (1935) A. C., 524⁹¹.

88 A pesar de la prevalencia de la voluntad contractual, la jurisprudencia ha señalado que este tipo de cláusulas debe ser objeto de una interpretación restrictiva, esto es, si las consecuencias del evento previsto son más graves que las esperadas, podría justificarse la *frustration*: como en el *leading case Jackson v. Union Marine Insurance Co. Ltd.* (1874) L. R., 10, C. P., 125, donde la Corte se pronunció a favor de la *frustration* afirmando que "*the express exception, read literally, no doubt covered the accident that had happened, and it would have precluded the characters from recovering damages in respect of delay; but it was not intended by the parties to cover a war of such a catastrophic nature and with such dislocating effects as in fact occurred*". En la doctrina, *vide amplius* CHESHIRE, FIFOOT y FURMSTONE. *Law of Contracts*, cit., 591.

89 En otro caso, *The Eugenia* (1964) 2 Q. B., 121, se decidió que para excluir la resolución, no es suficiente la mera previsión del evento frustrante, sino que el riesgo de su ocurrencia debe ser razonablemente apreciable, esto es, que exista un porcentaje razonable de probabilidad de que el perjuicio considerado se verifique.

90 *The Eugenia* (1964) 2 Q. B., 226.

91 Esta decisión ha sido reiterada en otros casos; *vide*, p. ej., el *case J. Lauritzen v. Wijsmuller BV [Super Servant Two]* (1990) 1 Lloyd's Rep. 1. *Lauritzen* era el propietario de un grande y pesado equipo para perforación (*Dan King*) que estaba siendo construido en un astillero japonés; *Wijamuller* era una firma especializada en transporte marítimo; ambos celebraron un contrato el 7 julio 1980 mediante el cual *W.* se comprometía a transportar el equipo (*Dan King*) desde Japón hacia el área de Rotterdam, en el Mar del Norte; la fecha de entrega sería entre el 20 junio y el 20 agosto de 1981. En cuanto a la nave que sería utilizada para el transporte, se estableció en el contrato que sería el *Super Servant One* o el *Super Servant Two*, a elección del transportador, y en cuanto al pago, se estipuló la mitad al inicio del viaje y la otra mitad al final. El 29 de enero 1981, varios meses antes de que el *Dan King* estuviese listo para el transporte, el *Super Servant Two* naufragó en el río Zaire durante el *off-loading* de otra maquinaria para perforación; *W.* argumentó que el hecho no se había producido por negligencia, y el 16 de febrero anunció a *L.* que no podría ejecutar el contrato ya que la nave escogida para el transporte era el *Super Servant Two*; *L.* afirmó que el hecho sí había sido causado por la negligencia del personal del transportador, lo que llevó a las partes a negociar un extenso acuerdo en abril de 1981, luego del cual *W.* transportó el *Dan King* haciendo uso de un medio distinto, barcaza-remolcador (*by barge and tug*), todo lo

Si bien está demás enunciar consideraciones alrededor de una conducta dolosa del contratante, lo que obviamente no lo eximiría por *frustration*, en cuanto a la conducta culposa del deudor (*negligent act*) la doctrina ha sostenido que no siempre sería inaplicable la *doctrine* y que ello dependería del tipo de culpa que esté en la base del incumplimiento, gravando así sobre la contraparte la carga de probar la imputabilidad del incumplimiento⁹². La jurisprudencia, sin pronunciarse *ex profeso* sobre la variedad de las posibles hipótesis de negligencia, estableció un principio de prueba que asume una gran importancia práctica⁹³. El *leading case* es *Joseph Constantine SS Line Ltd. v. Imperial Smelting Corp'n Ltd* (1942) A. C. 154. Se trata nuevamente de un contrato de transporte marítimo: la nave *Kingswood* debía transportar la mercancía desde Port Pirie, en Australia, hasta Europa; ésta atraca en el puerto de carga, pero, el día anterior a la operación, una explosión en la sala de máquinas le impide emprender el viaje, por lo que la sociedad actora demanda por incumplimiento el resarcimiento de los daños; los propietarios excepcionan la extinción por *frustration* a causa de un evento sobrevenido del que no eran responsables. Pero la Court of Appeal rechazó la excepción, dado que si bien no había prueba de la responsabilidad de la demandada, los propietarios no habían probado la ausencia de culpa en el evento, que debía pues entenderse como *self-induced*. En efecto, la Court of Appeal afirmó:

I wish to guard against the supposition that every destruction of corpus for which a contractor can be said, to some extent or in some sense, to be responsible, necessarily involves that the resultant frustration is self-induced within the meaning of the phrase.

La House of Lords conoció el asunto en casación, decidiendo en sentido opuesto, esto es, que la carga de la prueba de la culpa estaba era sobre la parte que negaba la *frustration*, y, puesto que en el caso *sub examine* la sociedad demandante no había probado la culpa a cargo de los propietarios de la nave, el contrato debía entenderse *frustrated*.

El rechazo de la jurisprudencia a la aplicación incondicional de la *doctrine of frustration* parece estar ligado a dos consideraciones: además del deseo de imponer fuertes límites en su ámbito de aplicación a eventos realmente imprevisibles y la tendencia a considerar la mayor parte de los eventos sobrevenidos como previsibles

cuál generó a las partes pérdidas y exceso de costos, que fueron motivo a la postre de la disputa judicial. L. demandó por los daños derivados del incumplimiento del *Dan King carriage contract*, W. excepcionó alegando la *frustration* conforme a la cláusula 17. 1 del contrato, pero la Court of Appeal no aceptó la excusa por tratarse de un evento que "was caused by the negligence of Wijismuller; their servants or agents".

92 CHESHIRE, FIFOOT y FURMSTONE. *Law of Contracts*, cit., 594; TREITEL. *Frustration and Force Majeure*, cit., 44 y ss.

93 CRISCUOLI señala esta importancia. Ob. cit., 402.

y por ende aceptados –salvo cláusula expresa de *force majeure*–, existe el convencimiento que el *risk allocation* que representa el *total discharge* no sería la solución más adecuada para la distribución del riesgo cuando el evento no es imputable a una de las partes. Si bien la jurisprudencia ha optado en ocasiones por soluciones compromisorias abriendo paso a una tercera vía distinta del incumplimiento o de la *frustration*⁹⁴, no obstante, a menudo las cortes inglesas han reconocido no tener poder para reformar el contrato. Por ello, cuando la distribución del riesgo no ha sido prevista en el programa contractual, los jueces, frente a la elección entre reconocer en el evento sobrevenido una causa de *total discharge* o afirmar la *full force* del contrato (en vez de encontrar soluciones tendientes a la adaptación del vínculo a las nuevas circunstancias), han optado por la segunda solución, reiterando así que desde este punto de vista, *tertium non datur*⁹⁵.

94 Es el caso, por ejemplo, del aplazamiento o la cancelación de un cierto evento por cuyo boleto de entrada una de las partes paga una considerable suma de dinero, frente al cual se concede la restitución de una parte de la suma pagada, mas no el total, o la posibilidad de usar el boleto en una ocasión sucesiva, pues se considera inicuo que quien ha recibido la suma en forma anticipada deba por ello soportar el riesgo de todo evento sobrevenido y restituir integralmente lo recibido: *vide* TRASCI. *Soppravvenienze contrattuali*, cit., 211.

95 Cfr. TREITEL. *Frustration and Force Majeure*, cit., 51 y ss.

