

Riesgo imprevisible y modificación de los contratos

M^aÁngeles Parra Lucán

Catedrática de Derecho civil
Universidad de Zaragoza

*Abstract **

El Derecho español carece de una disposición general que permita la modificación judicial de las relaciones obligatorias en caso de alteración sobrevenida de las circunstancias. La situación de crisis económica ha movido a un sector de la doctrina, siguiendo la estela de las propuestas europeas de armonización del Derecho de contratos, a exigir la revisión de la tradicional aplicación excepcional de la cláusula *rebus sic stantibus*. Los aires de renovación se han reflejado en los anteproyectos españoles de modernización del Código civil y del Código mercantil y han llegado a la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo.

En este trabajo se analiza la posibilidad de que, en ausencia de norma expresa que lo permita, los tribunales procedan a una modificación de los contratos con el fin de mantener el equilibrio inicialmente pactado. Puesto que en nuestro sistema la seguridad jurídica de las relaciones económicas deriva de la vinculación contractual, para evitar que se generen incentivos al incumplimiento que aumenten la litigiosidad, será preciso que las excepciones al principio *pacta sunt servanda* estén justificadas por criterios claros que puedan fundamentarse en la ley.

*Spanish Law lacks of a general disposition that allow judicial modification of obligatory relations in case of an unexpected alteration of the circumstances. The economic crisis context has made part of the doctrine, in the wake of European proposals of harmonization of Contract Law, call for a review of the traditional application of the exceptional *rebus sic stantibus* clause. Winds of renewal have shown up in preliminary drafts for the modernization of the Civil and Commercial Codes and in the case law of the First Chamber of the Supreme Court.*

*In this piece of work the possibility that, in absence of an express rule that foresees it, courts proceed to modify contracts in order to maintain the initial balance agreed is analysed. Since in our system legal certainty in economic relations results from contractual links, in order to prevent incentives to breach (what would increase the number of lawsuits) from being generated, it will be necessary for the exceptions to the *pacta sunt servanda* principle to be justified by clear criteria that can be based on law.*

Title: Unforeseeable risks and modification of contracts

Keywords: *Rebus sic Stantibus, Hardship, Impracticability*

Palabras clave: *rebus sic stantibus, riesgo imprevisible, modificación contractual*

* Este trabajo forma parte de las actividades del Proyecto de Investigación MINECO DER2014-52252 y del Grupo de investigación consolidado S110, Gobierno de Aragón y Unión Europea-Fondo Social Europeo, de los que soy investigadora principal.

Sumario

- 1. Planteamiento del problema y estado de la cuestión**
- 2. Las razones del cambio de rumbo jurisprudencial: ajuste a la realidad social y apoyo doctrinal**
- 3. Reglas legales, autonomía de la voluntad e interpretación contractual**
- 4. Circunstancias sobrevenidas que crean riesgos no asignados a una de las partes**
 - 4.1. Imprevisibilidad de las circunstancias**
 - 4.2. La alteración del equilibrio contractual**
 - a. La excesiva onerosidad**
 - b. Frustración del fin del contrato**
- 5. Sistemas de remedios frente a la alteración de las circunstancias**
 - 5.1. La preferencia por la negociación**
 - 5.2. Remedios judiciales: modificación y extinción del contrato**
- 6. Recapitulación conclusiva**
- 7. Tabla de jurisprudencia citada**
- 8. Bibliografía**

1. Planteamiento del problema y estado de la cuestión

La doctrina y la jurisprudencia españolas recientes, en una época de tiempos revueltos, sacudidos por transformaciones económicas, políticas y tecnológicas, han sometido a revisión el extremo respeto al principio del contrato como ley entre las partes. Aun cuando la terminología no siempre es uniforme, entre nosotros, la referencia a la “cláusula rebus sic stantibus” ha venido siendo habitual para aglutinar todos los supuestos en los que una de las partes pretende liberarse de un contrato o aligerar su responsabilidad porque, aunque la prestación a la que está obligada no ha devenido materialmente imposible, o bien le resulta económicamente más onerosa o bien la contraprestación que iba a recibir ya no satisface su interés.

Las expresiones utilizadas en otros ordenamientos para hacer referencia a este fenómeno no siempre son equivalentes: *Imprévision, Eccessiva onerosità sopravvenuta, Störung der Geschäftsgruendlage, Hardship, Impracticability...* La diferencia terminológica y las dificultades de traducción obedecen, en buena medida, como veremos, a la falta de identidad de los supuestos que se incluyen en los distintos análisis doctrinales, jurisprudenciales y en los textos de referencia en los procesos de armonización del Derecho de contratos.

Con todos los matices que se verán más adelante, puede advertirse que en la pluralidad de doctrinas elaboradas y en los textos de *soft law* y de Derecho comparado, se identifican dos variedades de hipótesis en las que, como consecuencia de un cambio grave de las circunstancias tenidas en cuenta por las partes al contratar, se alteran las bases sobre las que se estableció el contrato:

a) En primer lugar, la llamada excesiva “onerosidad sobrevenida” produciría una ruptura del equilibrio inicialmente alcanzado por las partes en el momento de la celebración del contrato.

La cuestión puede plantearse en los contratos de ejecución instantánea, cuando surge una alteración de las circunstancias en el período de tiempo que transcurre entre el momento de la celebración del contrato y el del cumplimiento, que ha sido diferido, pero es sin duda más frecuente en el ámbito de los contratos de larga duración, en los de trato sucesivo, cuando las condiciones inicialmente pactadas para regir las relaciones entre las partes deben aplicarse en un contexto diferente.

Se trata, en esencia, de una variación “excesiva” del valor de las prestaciones de las partes. Fundamentalmente ello sucede cuando el cumplimiento de una de las prestaciones resulta mucho más gravoso de lo que podía razonablemente preverse en el momento de perfeccionar el contrato: por ejemplo, por una subida del precio de las materias primas o de los gastos de transporte de las mercancías que se deben entregar, como consecuencia del aumento del coste de su actividad por un incremento del nivel legal de las exigencias de seguridad, o de los gastos de explotación, bien sea debido a una crisis política, a una amenaza terrorista, a un conflicto armado, a un fenómeno de la naturaleza...

b) Además, en el debate sobre la aplicabilidad de la cláusula *rebus*, junto a las hipótesis de mayor onerosidad descritas, y bajo la etiqueta de “*frustración del fin del contrato*”, se consideran otros supuestos diferentes, en los que la prestación que esperaba recibir una de las partes como cumplimiento del contrato pierde interés para ella o ya no es posible en los términos que razonablemente se tuvieron en cuenta al contratar: por ejemplo, porque se deniega la autorización para construir en el solar adquirido, porque se impone una prohibición de exportar la mercancía que se adquiría con tal fin, porque se cancela el evento al que se iba a asistir y para el que se alquiló el balcón desde el que se podía contemplar...

La determinación de la incidencia del cambio de las circunstancias sobre las obligaciones y la responsabilidad de las partes no constituye un problema nuevo, pero la crisis económica de los últimos años ha favorecido su revisión. Tampoco es una preocupación específica del Derecho español. Por este motivo, el reexamen del alcance de la autonomía de la voluntad y su eficacia cuando cambian las circunstancias se alimenta de fuentes de Derecho comparado, en especial de los Derechos que contienen una norma expresa que permite al juez adaptar o resolver el contrato en caso de cambio de circunstancias¹.

Existe una abundante bibliografía específica originaria sobre el Derecho de diferentes países pero, además, la materia ha sido objeto de publicaciones monográficas basadas en la exposición comparativa de las soluciones que se ofrecen en la legislación, la doctrina y la jurisprudencia en los ordenamientos más representativos a distintos grupos de casos en los que se produce una alteración de las circunstancias existentes en el momento de contratar.

Son significativas las de PHILIPPE, D. M. (1986), los volúmenes con las ponencias de la *Société de législation comparée* [NIBOYET, J. P. (1937), “La révision des contrats par le juge, rapport général”, in *Rapports préparatoires à la semaine internationale de droit, Société de législation comparée*] y de la *Association Henri Capitant* (Journées italiennes de 1953, Journées d'Istanbul de 1971, Journées de Brésil de 2005: “Le contrat. La révision du contrat”, Journées internationales Brésil, <http://henricapitant.org>) y la obra colectiva dirigida por HONDIUS, E./GRIGOLEIT, H. Ch. (2011).

Los textos legales más citados en la doctrina española son: art. 1467 ss. del Código civil italiano de 1942, art. 6.258 del Código civil holandés publicado en 1992 (accesible en inglés en <http://www.dutchcivillaw.com/civilcodebook066.htm>) y § 313 del Código civil alemán, introducido por la Ley de Reforma del Derecho de Obligaciones en vigor en enero de 2002 (se maneja en este trabajo la traducción de A. LAMARCA, *Código civil alemán, Bürgerliches Gesetzbuch*, Marcial Pons, 2008, p. 101).

También se presta atención a las propuestas armonizadoras del Derecho de contratos que, siguiendo esta tendencia, se ocupan del cambio de circunstancias que hace más oneroso el cumplimiento de la obligación de una de las partes del contrato.

Los *Principles of International Commercial Contracts*² fueron innovadores en este terreno³: su art.

¹ Recientemente, un compendio de Derecho comparado y exposición de las propuestas armonizadoras, en GARCÍA CARACUEL (2014).

² PICC: Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales, elaborados por el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado Europeo, UNIDROIT (ediciones 1994, 2004 y 2010).

6.2.2 (*Hardship*) ha inspirado la redacción de los arts. 6.111 de los *Principles of European Contract Law*⁴, III.-1:110 del *Draft Common Frame of Reference*⁵ y 89 de la *Common European Sales Law*⁶.

La influencia de otros sistemas de Derecho comparado y de los modelos de armonización del Derecho de contratos ha llegado a penetrar en las recientes propuestas de modernización del Derecho privado de contratos. En particular, tanto la Propuesta de Modernización del Código civil en materia de Obligaciones y Contratos elaborada de 2009⁷ –en adelante, PMCC- como el Anteproyecto de Ley de Código Mercantil de 2014⁸ –en adelante APCM- proyectan disposiciones generales sobre adaptación o extinción del contrato por cambio sobrevenido de las circunstancias.

Sin embargo, no ha existido diálogo entre la sección civil y la sección mercantil de la Comisión General de Codificación, encargadas de redactar uno y otro texto⁹. De tal manera que, del art.

Un versión en español de la edición de 2010 se puede consultar en <http://www.unidroit.org/spanish/principles/contracts/principles2010/blackletter2010-spanish.pdf>.

³ Lo ponen de relieve MCKENDRICK (2009), p. 712 y BONELL (2005), p. 117.

Con anterioridad, en la elaboración de la Convención de Viena (Instrumento de Adhesión de España a la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías, hecha en Viena el 11 de abril de 1980, BOE nº 26, 30.1.1991) fueron rechazadas las propuestas dirigidas a ampliar las causas de exoneración a las circunstancias en las que el cumplimiento causara graves sacrificios económicos, pero no se descarta que un extremo e imprevisible cambio de circunstancias económicas pueda ser causa de exoneración, vía interpretación del contrato en cada caso. Vid. HONNOLD (1987), en comentario al art. 79, “exoneración”: fuerza mayor, p. 436; cfr. GARRO/ZUPPI (2012), p. 331.

⁴ Principios del Derecho Europeo de Contratos, elaborados por la Comisión Lando: PECL (accesible en <http://www.jus.uio.no/lm/eu.contract.principles.parts.1.to.3.2002/6.111.html>, consulta 3.9.2015).

⁵ Borrador del Marco Común de Referencia: DCFR (accesible en http://ec.europa.eu/justice/policies/civil/docs/dcfr_outline_edition_en.pdf, consulta 3.9.2015).

⁶ Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a una normativa común de compraventa europea: CESL. Sin negar el valor como modelo de regulación de este texto, conviene advertir que el CESL ha sido retirado formalmente de la agenda de la Unión Europea, tal y como se anunció en el punto 60 del *Annex to the Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions. Commission Work Programme 2015. A New Start*, COM(2014) 910 final, Strasbourg, 16.12.2014 (http://ec.europa.eu/atwork/pdf/cwp_2015_withdrawals_en.pdf, consulta 3.9.2015).

⁷ GOBIERNO DE ESPAÑA/MINISTERIO DE JUSTICIA, Boletín de Información. Año LXIII, Enero de 2009. Edita: Secretaría General Técnica. Centro de Publicaciones. Imprenta del Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2009.

⁸ GOBIERNO DE ESPAÑA/MINISTERIO DE JUSTICIA, MINISTERIO DE ECONOMÍA Y COMPETITIVIDAD, Anteproyecto de Ley de Código mercantil, accesible en www.mjusticia.gob.es (última consulta 3.9.2015).

⁹ Es llamativo que el Dictamen del Consejo de Estado sobre el anteproyecto de ley de Código mercantil (número de expediente: 837/2014) reproche al texto elaborado por la sección mercantil de la Comisión General de Codificación que rebaje el umbral que la doctrina y la jurisprudencia requieren a la *rebus* y que prescinda de la más reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo, dificultando su aplicación y desarrollo, como si el legislador, en caso de considerarlo conveniente, no pudiera poner fin a una posición jurisprudencial no compartida. CONSEJO DE ESTADO: Dictámenes. Número de expediente: 837/2014 (JUSTICIA). Anteproyecto de Ley del Código Mercantil. Fecha de aprobación: 29 de enero de 201, accesible en <http://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-2014-837> (última consulta, 3.9.2015).

1213 PMCC se ha podido afirmar que se inspira en el modelo alemán¹⁰, mientras que la redacción del art. 416-2 APCM seguiría el modelo de los PICC.

Art. 1213 PMCC (*De la alteración extraordinaria de las circunstancias básicas del contrato*): Si las circunstancias que sirvieron de base al contrato hubieren cambiado de forma extraordinaria e imprevisible durante su ejecución de manera que ésta se haya hecho excesivamente onerosa para una de las partes o se haya frustrado el fin del contrato, el contratante al que, atendidas las circunstancias del caso y especialmente la distribución contractual o legal de riesgos, no le sea razonablemente exigible que permanezca sujeto al contrato, podrá pretender su revisión, y si ésta no es posible o no puede imponerse a una de las partes, podrá aquél pedir su resolución. La pretensión de resolución sólo podrá ser estimada cuando no quepa obtener de la propuesta o propuestas de revisión ofrecidas por cada una de las partes una solución que restaure la reciprocidad de intereses del contrato.

Art. 416-2 APMC (Excesiva onerosidad del contrato): 1. En caso de excesiva onerosidad sobrevenida, la parte perjudicada no podrá suspender el cumplimiento de las obligaciones asumidas, pero tendrá derecho a solicitar sin demora la renegociación del contrato, expresando las razones en que se funde. Si no se alcanzara un acuerdo entre las partes dentro de un plazo razonable, cualquiera de ellas podrá exigir la adaptación del contrato para restablecer el equilibrio de las prestaciones o la extinción del mismo en una fecha determinada en los términos que al efecto señale.

2. Se considera que existe onerosidad sobrevenida cuando, con posterioridad a la perfección del contrato, ocurran o sean conocidos sucesos que alteren fundamentalmente el equilibrio de las prestaciones, siempre que esos sucesos no hubieran podido preverse por la parte a la que perjudiquen, escapen al control de la misma y ésta no hubiera asumido el riesgo de tales sucesos.

Las diferencias entre los distintos modelos irán quedando reflejadas a lo largo de la exposición de este trabajo, pero una primera lectura de las dos propuestas muestra cómo: i) por lo que se refiere al ámbito de aplicación, la Propuesta de Modernización del Código civil menciona tanto la excesiva onerosidad como la frustración del fin del contrato, mientras que el Anteproyecto de Ley de Código Mercantil solo se ocupa de la excesiva onerosidad del contrato; ii) por lo que se refiere a las consecuencias, la Propuesta de Modernización atribuye preferencia a la modificación del contrato y contempla la resolución contractual como un remedio último y excepcional; el Anteproyecto de Ley de Código Mercantil parte de la renegociación del contrato como principio de modo que, si resulta fallida, es posible exigir la adaptación del contrato o su extinción. En ambos textos, sin embargo, se utilizan expresiones que ponen de relieve la excepcionalidad de los remedios que se contemplan, que únicamente pueden jugar: cuando la alteración de las circunstancias es *extraordinaria e imprevisible* y la ejecución resulte *excesivamente onerosa* (PMCC), o cuando la onerosidad *sobrevenida* sea *excesiva*, de modo que se altere *fundamentalmente* el equilibrio de las prestaciones (APCM).

Interesa ahora destacar que el fenómeno es similar a lo que está sucediendo en otros Derechos de nuestro entorno jurídico, señaladamente en Francia, donde la hostilidad hacia la modificación judicial del contrato ha sido cuestionada por la doctrina y los tribunales, pero las diversas propuestas de reforma del Código civil elaboradas en los últimos años proyectan reglas con

¹⁰ SALVADOR (2011), p. 28.

diferentes presupuestos y remedios para los supuestos de alteración de las circunstancias o excesiva onerosidad sobrevenida.

Avant-project Catala¹¹, Proposition de réforme du droit des contrats¹² y Projet de la Chancellerie¹³. Sobre esta diversidad, FAUVARQUE-COSSON, en BEALE (2010), pp. 1130 ss. Con posterioridad, el art. 104 (*changement de circonstances*) del *Avant-projet de Réforme du Droit des contrats*, 23 octubre 2013 (y que el Gobierno quiso en 2014, sin éxito, tramitar como Ordenanza vía delegación legislativa)¹⁴ y, más recientemente, la propuesta de art. 1196 del *Projet d'ordonnance portant la réforme du Droit des contrats*¹⁵.

La jurisprudencia española, por su parte, apoyándose en una interpretación de los principios generales dirigida a este fin, ha rectificado la formulación que tradicionalmente había venido manteniendo de la cláusula *rebus sic stantibus*. En efecto, frente a la anterior postura jurisprudencial restrictiva, la Sala Primera del Tribunal Supremo aplicó la cláusula *rebus* en dos sentencias del año 2014, en las que mantuvo que la crisis puede ser considerada como un fenómeno capaz de alterar las relaciones contractuales. Se trata de las sentencias núm. 333/2014, de 30 de junio (RJ 3526; MP: Francisco Javier Orduña Moreno) y núm. 591/2014, de 15 de octubre (RJ 6129; MP: Francisco Javier Orduña Moreno), en las que, abandonando la denuncia del carácter “peligroso” de la cláusula y la advertencia sobre la “cautela” con la que debe procederse a su aplicación, el Tribunal Supremo se inclina decididamente por lo que denomina aplicación “normalizada” de la misma:

- Así, la STS, 1^a, 30.6.2014 (RJ 3526), aborda la incidencia de la crisis económica en el mercado publicitario, que da lugar a una reducción importante del volumen de negocio de una empresa que se comprometió a pagar un porcentaje de su facturación con un mínimo mensual garantizado a la propietaria de los autobuses cuya publicidad explotaba; el contrato se celebró por cuatro años y se cumplió durante los dos primeros; producido un descenso del 35% de los ingresos facturados respecto del año anterior y del 45% sobre el primero, con una rentabilidad negativa, el Supremo confirma la sentencia de primera instancia que acordó la rebaja del precio del canon pactado al 80% y la reducción del mínimo mensual de 244.000 a 100.000 euros.
- Por su parte, la STS, 1^a, 15.10.2014 (RJ 6129), modifica un contrato de arrendamiento de un hotel en el sentido de reducir la renta anual un 29% respecto de la renta vigente en el momento de interposición de la demanda por entender que el contexto económico de crecimiento y expansión formó parte de la base económica del negocio suscrito por las partes, sin que, a juicio del Tribunal, la falta de previsión de la

¹¹ *Avant-Projet de Réforme du Droit des obligations (Articles 1101 à 1386 du Code civil) et du Droit de la prescription (Articles 2234 à 2281 du Code civil), Rapport à Monsieur Pascal Clément, Garde des Sceaux, Ministre de la Justice* 22 Septembre 2005, accesible en <http://www.ladocumentationfrançaise.fr/var/storage/rapports-publics/054000622/0000.pdf> (consulta 8.9.2015).

¹² François TERRÉ, *Pour une réforme du droit des contrats*, Dalloz, 2008; *Pour une réforme du droit de la responsabilité civile*, Dalloz, 2011; *Pour une réforme du régime général des obligations*, Dalloz, 2013.

¹³ Ministère de Justice, *Project de réforme du Droit des Contrats*, Mai, 2009 (accesible en http://droit.wester.ouisse.free.fr/textes/TD_contrats/projet_contrats_mai_2009.pdf, consulta 8.9.2015).

¹⁴ Accesible en http://www.lesechos.fr/15/01/2014/lesechos.fr/0203242436733_document---avant-projet-de-reforme-du-droit-des-contrats.htm (última consulta 15.3.2015).

¹⁵ Accesible en http://www.justice.gouv.fr/publication/j21_projet_ord_reforme_contrats2015.pdf (última consulta 20.7.2015).

crisis y su repercusión en el turismo, con cierre de hoteles en la zona, renegociación de contratos en vigor y caídas en el rendimiento del sector por habitación deban ser soportadas en exclusiva por la arrendataria del hotel.

Estas sentencias respaldarían la suficiencia del ordenamiento para proteger los intereses de deudores afectados por la crisis, sin necesidad de pronunciamiento expreso del legislador sobre la posibilidad de exigir una revisión de los contratos. De esta forma, el Tribunal Supremo pretende reivindicar el papel de los tribunales a la hora de determinar el impacto de la crisis en las relaciones contractuales, complementando las medidas que haya podido promulgar el legislador con alcance general o para determinado sector del tráfico jurídico.

La tarea que se impone al intérprete y al operador jurídico, a la vista de esta jurisprudencia, para prever su alcance, es identificar su fundamento y concreto valor como doctrina jurisprudencial de las sentencias que han proclamado la aplicación “normalizada” de la cláusula *rebus*, determinando en qué circunstancias pueden los tribunales, en ausencia de regulación legal expresa que lo permita, proceder a una modificación del contrato con el fin de mantener el equilibrio inicialmente pactado sin que ello suponga, al mismo tiempo, una quiebra de la seguridad jurídica imprescindible en las relaciones económicas.

2. Las razones del cambio de rumbo jurisprudencial: ajuste a la realidad social y apoyo doctrinal

La ausencia de norma expresa en el Código civil español da razón de la atención prestada por los autores que se han ocupado de la materia a la doctrina del Tribunal Supremo. DE CASTRO, que estudió la jurisprudencia con cuidado, explicaba en el año 1971 que el Tribunal rechazaba primero la aplicación de la cláusula y que, cuando la admitía, lo hacía en considerandos de sentencias cuyos fallos se basaban en no darse los requisitos necesarios para su aplicación¹⁶. Los autores que han analizado la jurisprudencia con posterioridad constatan el carácter rigurosamente excepcional con el que el Tribunal Supremo¹⁷ ha venido concibiendo la *rebus*, lo que, mayoritariamente, ha sido objeto de crítica doctrinal¹⁸.

¹⁶ El estudio de DE CASTRO demostraba que, cuando se utilizaba verdaderamente la doctrina de la cláusula, el Tribunal prefería no mencionarla y acudir a la figura menos equívoca de la equivalencia real de las prestaciones (lo que el autor llama causa en sentido específico o concreto). Vid. DE CASTRO (1985, reimpresión de la ed. de 1971), pp. 319-321.

¹⁷ De “monumento en el aire” califica M. PASQUAU la figura, en el análisis jurisprudencial que realiza del art. 1258 (*Jurisprudencia civil comentada. Código civil*, 2^a ed., t. II, Comares, Granada, 2009, p. 2292).

¹⁸ Tiende a defenderse que una intervención del legislador regulando la figura pondría fin a la inseguridad jurisprudencial. Así, señaladamente, DE AMUNÁTEGUI (2003), pp. 273 ss. y 325 (con cita de ALBALADEJO), SALVADOR (2011), GARCÍA CARACUEL (2014), especialmente pp. 491 ss.

Es minoritaria la opinión de CARRASCO, para quien la extremidad de la doctrina jurisprudencial no la hace por ello digna de crítica: una regla clara y dispositiva, añade el autor, permite pactar una solución acordada del riesgo y elimina incumplimientos oportunistas. Vid. CARRASCO (2010), p. 1018. Posteriormente, el mismo autor, en el comentario a la STS, 1^a, 15.10.2014 (RJ 6129) en la Revista Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, 98, 2015, pp. 175 ss.

Las dos sentencias del Tribunal Supremo dictadas en el año 2014 y citadas en el apartado anterior se presentan a sí mismas como culminación de una nueva tendencia jurisprudencial hacia la aplicación “normalizada”, y no excepcional, de la cláusula *rebus*. Con este fin, el Tribunal Supremo menciona como precedentes del cambio de tendencia de la doctrina algunas sentencias anteriores en las que, en realidad, conviene advertir, no se aplicó la *rebus*¹⁹.

En efecto, las sentencias citadas como precursoras están relacionadas con contratos de compraventa de inmuebles y préstamos hipotecarios, para los que es difícil formular una regla general, porque todos los compradores de inmuebles a partir del año 2005 adquirieron a precios muy elevados y muchos compraron porque creían que la vivienda siempre iba a subir de precio y se iba a revalorizar.

Es significativo el caso de que se ocupa la STS, 1^a, 8.10.2012 (RJ 9027; MP: Francisco Javier Arroyo Fiestas), en el que un matrimonio compra unos pisos para especular y revender antes de la finalización de la obra; cuando llega el momento fijado para pagar el precio no han logrado vender a terceros los pisos y tampoco consiguen que la entidad de crédito que financió al promotor les subrogara en el crédito, en razón a su edad y a su falta de solvencia. Los compradores pretenden resolver el contrato de compraventa, alegando que era imprevisible que la entidad les denegara el crédito (imposibilidad sobrevenida). El Tribunal, con razón, afirma que al realizar una compra especulativa asumieron el riesgo de la operación, y sería contrario a la buena fe tratar de repercutir tal riesgo sobre el vendedor, cuando los compradores debieron preverlo²⁰.

En este ámbito, se ha planteado la aplicación de la cláusula *rebus* cuando no es posible obtener financiación en el momento en que el comprador es requerido para otorgar la escritura pública, dado el cambio de circunstancias económicas y la política de restricción en la concesión de créditos adoptada por las entidades financieras, pero lo cierto es que el Supremo ha negado que en los casos concretos concurrieran las circunstancias exigibles para hacerlo.

En este sentido, la STS, 1^a, 17.1.2013 (RJ 1819, MP: Francisco Marín Castán, citada por la STS, 1^a, 30.6.2014) no excluye que pueda aplicarse la cláusula *rebus* en este ámbito²¹, pero sí que la mera crisis

¹⁹ Lo apuntan también los primeros comentarios a la jurisprudencia reciente: ALCOVER GARAU, G., “La actual crisis económica y la irrupción de la cláusula *rebus sic stantibus*: ¿un nuevo foco de litigiosidad mercantil?”, *La Ley Mercantil*, 4-5, 2014, p. 4; CARRASCO, “Estrategias contractuales para defenderse de la reciente y perturbadora doctrina jurisprudencial sobre la cláusula *rebus sic stantibus*”, en *Análisis GA&P*, 2015, p. 2.

²⁰ El mismo criterio mantiene (con posterioridad a las Ss. TS, 1^a, 30.6.2014, RJ 3526 y 15.10.2014, RJ 6129, en las que se alude a la “normalización” de la *rebus*), y respecto de una compra especulativa, la STS, 1^a, 30.4.2015 (RJ 2019; MP: Rafael Saraza Jimena). Sobre la jurisprudencia posterior a estas sentencias de 2014 vid. lo que digo más adelante en el apartado 6 (Recapitulación conclusiva).

²¹ Puede leerse en la sentencia: “... Lo anteriormente razonado no significa, sin embargo, que la regla *rebus sic stantibus* haya de quedar descartada en todos los casos de imposibilidad de obtener financiación por parte de los compradores de inmuebles. Antes bien, una recesión económica como la actual, de efectos profundos y prolongados, puede calificarse, si el contrato se hubiera celebrado antes de la manifestación externa de la crisis, como una alteración extraordinaria de las circunstancias, capaz de originar, siempre que concurran en cada caso concreto otros requisitos como aquellos a los que más adelante se hará referencia, una desproporción exorbitante

económica, la restricción del crédito producida y las consiguientes dificultades de los compradores de vivienda para acceder al crédito hipotecario sean motivos suficientes para permitir que el comprador resuelva unilateralmente el contrato.

La STS, 1^a, 18.1.2013 (RJ 1604, MP: José Ramón Ferrández Gabriel, igualmente citada por la STS, 1^a, 30.6.2014) descartó también la aplicación de la *rebus* por considerar que la falta de obtención de financiación por el comprador no constituye sobrevenida imposibilidad de cumplir.

Sin hacer mención expresa a la doctrina *rebus*, la STS, 1^a, 26.4.2013 (RJ 3268, MP: Xavier O'Callaghan Muñoz, citada como precedente por la STS, 1^a, 15.10.2014) admitió la resolución de la compraventa de la vivienda solicitada por el comprador que no logra la subrogación en el préstamo hipotecario con apoyo en la doctrina de la base del negocio, entendida como conjunto de circunstancias que impide que se obtenga el resultado que se propone el negocio. Con todo, la sentencia analiza las cláusulas del contrato que contemplaban la posibilidad del comprador de subrogarse en el préstamo y cita en su apoyo como precedentes las sentencias que, analizando los contratos, llegan a la conclusión de que el vendedor asumió tal compromiso contractualmente [STS, 1^a, 16.1.2013 (RJ 3254; MP: Francisco Javier Arroyo Fiestas) y 12.4.2013 (RJ 3385; MP: Francisco Javier Arroyo Fiestas)]. Este razonamiento, en definitiva, apunta a una vinculación por acuerdo de las partes más que a un cambio sobrevenido de las circunstancias.

En mi opinión, para la comprensión del cambio de rumbo que representan las sentencias de 30 de junio y 15 de octubre de 2014 es decisiva la monografía publicada por ORDUÑA MORENO y MARTÍNEZ VELENCOSO en el año 2013.

El libro, titulado “La moderna configuración de la cláusula *rebus sic stantibus*. Tratamiento doctrinal y jurisprudencial de la figura” (Civitas, 2013), parte de otros trabajos anteriores de M. L. MARTÍNEZ VELENCOSO, en especial de su monografía titulada *La alteración de las circunstancias contractuales. Un análisis jurisprudencial* (Civitas, Madrid, 2003), que se publica ahora actualizada por el contenido de otros trabajos suyos a los que se añade un Proemio y un capítulo final titulado “La moderna configuración de la cláusula *rebus sic stantibus*. Tratamiento doctrinal y jurisprudencial de la figura” (pp. 17-18 y 247-314), firmados ambos por F. J. ORDUÑA MORENO²².

Orduña, que suma a su condición de catedrático de Derecho civil la de magistrado del Tribunal Supremo, es el ponente de las dos sentencias, y es evidente la conexión terminológica, metodológica y argumentativa de las mismas con los planteamientos vertidos tan solo unos meses antes por el autor en las páginas del libro.

y fuera de todo cálculo entre las correspondientes prestaciones de las partes, elementos que la jurisprudencia considera imprescindibles para la aplicación de dicha regla”.

²² El mismo autor, con anterioridad, anticipaba ya su postura en un comentario al art. 1293 CC al señalar la *rebus* como vía tendente a una mayor justicia contractual y equilibrio prestacional frente a la expresión codificada de la inadmisión de la rescisión por lesión (*Código civil Comentado*, Civitas, vol. III, 2011, pp. 719 ss.: si bien, la única sentencia que se cita no solo no aplica la *rebus*, sino que considera que la reducción del volumen de edificabilidad por el que se solicitaba la rebaja del precio debía ser un riesgo soportado en exclusiva por el demandante: STS, 1^a, 21.10.1988, RJ 7595).

Sobre los presupuestos y efectos de la cláusula en la jurisprudencia, puede verse ahora, en la obra de 2013, MARTÍNEZ VELENCOSO, pp. 119 ss. y 219 ss.

Enlazando con el planteamiento del trabajo doctrinal firmado por el ponente, las sentencias apelan “al ajuste de las instituciones a la realidad social” y al “desenvolvimiento doctrinal” de la figura para justificar su aplicación “normalizada”. La primera idea confirma el dato de que la *rebus*, como advierten la generalidad de los autores, dentro y fuera de nuestro país, es una figura que renace en épocas de crisis. La segunda idea, la referencia al desarrollo doctrinal de la cláusula *rebus*, encuentra reflejo, como argumento de autoridad, en la cita de las propuestas de armonización del Derecho de contratos. En particular, el Tribunal Supremo invoca, genéricamente, los Principios de Unidroit (PICC) y los Principios Europeos de la Contratación (PECL)²³.

Conviene advertir, sin embargo, que los textos citados no constituyen Derecho vigente. Los PICC consagran el contenido típico de cláusulas desarrolladas en la práctica internacional y la invocación de los PECL, fuente inspiradora de otras propuestas armonizadoras posteriores (DCFR, CESL), solo puede ser admitida como expresión de un Derecho racional y compendio de las sensibilidades más avanzadas de los juristas europeos actuales, modelo de una propuesta de un Derecho común que está influyendo de manera importante en la doctrina española de manera general y, en particular, en la revisión de la cláusula *rebus*. Junto a ello, no es impertinente observar que, aun cuando estos textos muestran una convergencia en la tendencia a considerar la posibilidad de modificar, adaptar o extinguir los contratos en caso de excesiva onerosidad, no hay sin embargo identidad a la hora de precisar los presupuestos ni los efectos de tal revisión contractual.

En particular, por lo que se refiere a la alteración de las circunstancias, como iremos viendo a lo largo de este trabajo, no solo existen diferencias importantes en el diseño de los textos que se invocan, sino también entre estos y la Propuesta de Modernización del Código civil en materia de Obligaciones y Contratos (PMCC), único proyecto español mencionado por el Tribunal Supremo en la sentencia de 30 de junio de 2014 como índice revelador de la propensión a abandonar la concepción tradicional de la figura.

Ante la falta de consagración legal de la *rebus*, pero tratando de justificar su compatibilidad con el Derecho codificado, el Tribunal Supremo identifica lo que se ha dado en calificar “fundamento técnico” de la figura²⁴ con las “directrices del orden público económico, particularmente la regla de la comutatividad del comercio jurídico y del principio de buena fe”²⁵.

La STS, 1^a, 30.6.2014 (RJ 3526) argumenta que de la regla de comutatividad “se desprende que

²³ FD 2.3 de la STS, 1^a, 30.6.2014, RJ 3526.

²⁴ Cfr. DÍEZ-PICAZO (2008), II, p. 1067.

²⁵ FD 2.4 de la STS, 1^a, 30.6.2014 (RJ 3526).

Puede verse esta construcción sobre el orden público económico en DÍEZ-PICAZO (2007), I, pp. 57 ss. El autor, junto a la comutatividad y la buena fe, también se ocupa del principio de seguridad jurídica (pp. 67 ss.), y que la sentencia, por cierto, omite.

todo cambio de bienes y servicios que se realice onerosamente tiene que estar fundado en un postulado de conmutatividad, como expresión de un equilibrio básico entre los bienes y servicios que son objeto de intercambio". Según el Tribunal Supremo:

Este "equilibrio básico", que no cabe confundir con la determinación del precio de las cosas fuera de la dinámica del mercado (precios intervenidos o declarados judicialmente), resulta también atendible desde la fundamentación causal del contrato, y sus correspondientes atribuciones patrimoniales, cuando deviene profundamente alterado con la consiguiente desaparición de la base del negocio que le dio sentido y oportunidad. Por tanto, más allá de su mera aplicación como criterio interpretativo, artículo 1289 del Código Civil, la conmutatividad se erige como una regla de la economía contractual que justifica, ab initio, la posibilidad de desarrollo de figuras como la cláusula *rebus sic stantibus* (FD 2.4 de la STS, 1^a, 30.6.2014, RJ 3526).

Por lo que se refiere al principio de la buena fe en la economía de los contratos, argumenta el Tribunal Supremo que,

Sin perjuicio de su aplicación como interpretación integradora del contrato (artículo 1258 del Código Civil), y sin caer en su aplicación como mera cláusula general o cláusula en blanco de cara a la más amplia discrecionalidad o arbitrio judicial, permite una clara ponderación de los resultados que se deriven de la regla de que los pactos deben siempre ser cumplidos en sus propios términos. En este sentido, si en virtud de la buena fe el acreedor no debe pretender más de lo que le otorgue su derecho y el deudor no puede pretender dar menos de aquello que el sentido de la probidad exige, todo ello de acuerdo a la naturaleza y finalidad del contrato; también resulta lógico, conforme al mismo principio, que cuando, fuera de lo pactado y sin culpa de las partes y de forma sobrevenida, las circunstancias que dotaron de sentido la base o finalidad del contrato cambian profundamente, las pretensiones de las partes, lo que conforme al principio de buena fe cabe esperar en este contexto, pueden ser objeto de adaptación o revisión de acuerdo al cambio operado (FD 2.4 de la STS, 1^a, 30.6.2014, RJ 3526).

Dada la amplitud y generalidad de la combinación de la regla de la conmutatividad y del principio de la buena fe, el Tribunal Supremo procede a continuación a apuntar unos "criterios básicos" que permitan la "concreción funcional y aplicativa de la figura". A estos efectos, añade, se trata de valorar si el cambio de circunstancias produce una alteración causal del contrato²⁶.

Según la sentencia ello debe hacerse mediante dos criterios:

(i) la doctrina de la "base del negocio", dentro de la cual, a su vez, distingue la base objetiva y la base subjetiva

Conforme a la primera, la base objetiva, puede leerse en la sentencia, desaparece la base del negocio cuando: "La finalidad económica primordial del contrato, ya expresamente prevista, o bien derivada de la naturaleza o sentido del mismo, se frustra o se torna inalcanzable. La conmutatividad del contrato, expresada en la equivalencia o proporción entre las prestaciones, desaparece prácticamente o se destruye, de suerte que no puede hablarse ya del juego entre prestación y contraprestación".

Conforme a la segunda, la "base subjetiva", añade la sentencia, desaparece la base del negocio "en

²⁶ FD 2.5 de la STS, 1^a, 30.6.2014 (RJ 3526).

aquellos supuestos en donde la finalidad económica del negocio para una de las partes, no expresamente reflejada, pero conocida y no rechazada por la otra, se frustra o deviene inalcanzable tras la mutación o cambio operado".

(ii) el criterio del "riesgo normal del contrato", que identifica con el contraste entre el cambio de circunstancias y "la naturaleza y sentido de la relación obligatoria contemplada en el contrato".

La nueva doctrina del Tribunal Supremo sobre la *rebus*, en definitiva, al acoger expresamente la figura de la base del negocio, contiene ecos de la tesis de LARENZ, traducida al español²⁷ y cuya influencia en la doctrina española se ha prolongado a lo largo del tiempo²⁸. Con todo, no hay que olvidar que la categoría de la "base del negocio", inventada como remedio con el que llenar el vacío producido en el Derecho alemán por el abandono del sistema causalista del Derecho común, es ajena y superflua en el Derecho español, tal y como ya explicara DE CASTRO²⁹.

Pero el Tribunal Supremo, al mismo tiempo que formula su doctrina abstracta, acaba reconociendo que es precisa una "ineludible aplicación casuística" de la cláusula *rebus*³⁰. Llegados a este punto, si para decidir cada caso es preciso realizar de manera casuística "la concreción funcional y aplicativa de la figura conforme al contexto y a las circunstancias del marco negocial objeto de análisis"³¹ muy posiblemente lo que sucede es que la figura general y abstracta construida, y de la que aparentemente se deducen consecuencias, no es realmente la

²⁷ K. LARENZ, *Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos*, trad. de C. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, 1956, Editorial Revista de Derecho Privado. Con anterioridad, se había traducido la *Introducción al Derecho civil*, de OERTMANN, 1933, que recogía los conceptos de presuposición y base del negocio (trad. de la 3^a ed. por L. SANCHO SERAL, Labor, Barcelona, pp. 302-305).

Más recientemente puede leerse un resumen muy útil de la jurisprudencia y doctrina de la base del negocio en FLUME, W. (1998), *El negocio jurídico*, 4^a ed., trad. de J. M. MIQUEL y E. GÓMEZ CALLE, Fundación Cultural del Notariado, Madrid, pp. 583 ss.

Entre las obras generales españolas, por todos, vid. la referencia a la doctrina alemana en ROCA SASTRE, R. M. (1948), "El problema de la alteración de las circunstancias", con la colaboración de PUIG BRUTAU, J., en *Estudios de Derecho Privado*, I, Edersa, Madrid, pp. 240 ss.; PUIG BRUTAU, J. (1978), *Fundamentos de Derecho civil*, t. II, vol. 1, 2^a ed., Bosch, Barcelona, pp. 397 ss.; CASTÁN, *Derecho civil español*, III, 17 ed., 2008, pp. 765 ss.

Entre las obras monográficas, BADENES GASSET, R. (1946), *El riesgo imprevisible (Influencia de la alteración de las circunstancias en la relación obligacional)*, Bosch, Barcelona, pp. 68 ss.; ESPERT SANZ, V. (1968), *La frustración del fin del contrato*, Tecnos, Madrid, pp. 69 ss.; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (1989), "La doctrina de la base del negocio en el ordenamiento alemán", Homenaje J. M. Vallet, de Goytisolo, vol. VI, Consejo General del Notariado, Madrid, pp. 19 ss.

²⁸ A la tesis de LARENZ se adhirió DÍEZ-PICAZO [II, (1993), p. 878, (2008), p. 1064], calificándola de la "construcción más perfecta del problema", y la doctrina de este autor español es clave en el capítulo redactado por ORDUÑA en el libro *La moderna configuración de la cláusula rebus*, op. cit.

²⁹ DE CASTRO, pp. 322 ss. En el mismo sentido de crítica a la importación de doctrinas extranjeras, LASARTE (2008), *Principios de Derecho civil*, III, 11^a ed., Marcial Pons, Madrid, p. 150; CARRASCO (2010), pp. 1012 y 1044; CASTIÑEIRA JEREZ, InDret 4/2014, p. 22.

³⁰ FD 6.6, párrafo 2 de la STS, 1^a, 15.10.2014 (RJ 6129).

³¹ FD 3.1, párrafo 1 de la STS, 1^a, 30.6.2014 (RJ 3526).

que permite decidir cómo debe distribuirse entre las partes, caso por caso, un riesgo no previsto al contratar.

En efecto, si la doctrina de la cláusula *rebus* se construye sobre la finalidad económica expresamente prevista o derivada de su naturaleza, sobre el análisis de la equivalencia de las prestaciones, sobre la finalidad prevista por una parte y no rechazada por la otra y sobre el riesgo “normal” del contrato, es a estos criterios a los que en cada caso, en el detalle de las circunstancias concretas, hay que atender. Lo iremos comprobando a lo largo de este trabajo.

3. Reglas legales, autonomía de la voluntad e interpretación contractual

En Derecho español, a diferencia de lo que sucede en otros ordenamientos, no hay una disposición general sobre revisión o resolución del contrato por alteración sobrevenida de las circunstancias. Sí existen, sin embargo, dispersas a lo largo del ordenamiento, expresas previsiones legales que tienen en cuenta el cambio de circunstancias en el cumplimiento de las obligaciones, introduciendo excepciones que, por razones diversas, flexibilizan las consecuencias del principio *pacta sunt servanda*.

Así sucede, por ejemplo, de manera puntual, en sectores en los que el principio dispositivo tiene reconocido tradicionalmente un papel más reducido, como en el Derecho de familia, en especial en lo que se refiere al pago de pensiones, tratando de mantener el equilibrio entre las necesidades del alimentista y los medios económicos del obligado a prestarlos³². En el ámbito contractual, en circunstancias excepcionales, el legislador ha promulgado normas de revisión de los efectos de contratos ya existentes: no solo se tratan de superar las injusticias que pudieran derivarse de su exacto cumplimiento para una de las partes, sino también de incidir de manera más general en los intereses de la economía nacional, en una suerte de promulgación de un Derecho de aplicación retroactiva (a contratos ya otorgados) justificada en razones extraordinarias³³. De esta forma se pueden explicar las leyes excepcionales dictadas después de la guerra³⁴ e, incluso, las normas recientes en materia de protección de deudores hipotecarios³⁵.

³² Cfr. arts. 100 CC, 231-20.5 CC Cataluña, para los pactos en previsión de una ruptura matrimonial.

³³ Así se razona, por ejemplo, por HINESTROSA, en el *Rapport général de la Association Henri Capitant 2005* y por PHILIPPE (1986), pp. 58, 156, 408, 583, 650.

³⁴ En España, la Ley de 5 de noviembre de 1940 sobre contratación en zona roja (BOE nº 315, de 10.11.1940) estableció causas de anulación y revisión para contratos guerra “por excepción y respecto solo de algunos contratos”, según se indicaba en su preámbulo.

La tendencia a resolver con leyes *ad hoc* las controversias planteadas tras los conflictos armados es común en otros ordenamientos: para Italia, F. MACARIO (2009), p. 1194.

³⁵ Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social (BOE nº 116, de 15.5.2013); Real Decreto-ley 1/2015, de 27 de febrero, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social (BOE nº 51, de 28.2.2015).

Atendiendo a razones de interés general, pero desde otra perspectiva, la de garantizar el servicio público, se explica la mayor amplitud con la que en la contratación pública se ha venido admitiendo la revisión de los contratos, dentro y fuera de nuestro país³⁶, aunque lo cierto es que en la actualidad, fuera de las previsiones expresas que lo permiten, la doctrina jurisprudencial tiende a converger con la mantenida en el ámbito privado, interpretando de manera estricta el riesgo asumido por los contratistas que actúan a su "riesgo y ventura".

Entre nosotros, la STS, 1^a, 30.6.2014 (RJ 3526, FD 3.3) cita jurisprudencia de la Sala 3^a del Tribunal Supremo en la que se valora la teoría de la imprevisión en el ámbito de la contratación pública. El art. 282.4 TRLCSP ordena en ciertos supuestos el mantenimiento del equilibrio económico del contrato y a partir de allí la doctrina deduce que la Administración también ha de proceder a restablecer el equilibrio económico cuando circunstancias sobrevenidas determinen la ruptura de la economía del contrato³⁷.

En algunos casos no llega a producirse un presupuesto previsto por las partes como esencial, aunque no se incluyera en el contrato, lo que da derecho a que se restablezca el equilibrio económico de la concesión [STS, cont.-adm., 7^a, 16.5.2011 (RJ 4351), MP: Pablo Lucas Murillo de la Cueva: falta de construcción de una autopista]; en otros se concede una indemnización con cargo a la Administración para compensar el incremento de los precios del petróleo y su repercusión en los materiales empleados para asfaltar, dada la insuficiencia de las normas de revisión de precios [STS cont.-adm. 3^a, 27.12.1990 (RJ 10151), MP: Benito S. Martínez Sanjuán; STS, cont.-adm., 5^a, 19.1.1998 (RJ 322), MP: Manuel Vicente Garzón Herrero]. Pero son muchas otras las sentencias que niegan que las subidas de precios sean imprevisibles y no deban quedar a cargo de quien, como los contratistas, contratan a riesgo y ventura: en casos de precio de petróleo, STS, cont.-adm., 4^a, 4.6.2008 (RJ 6035), MP: Santiago Martínez-Vares García; STS, cont.-adm., 4^a, 16.6.2009, (RJ 5783), MP: Celsa Pico Lorenzo; STS cont.-adm., 4^a, 10.11.2009, (RJ 2010, 1713), MP: Antonio Martí García.

El análisis del panorama legislativo muestra cómo, dentro y fuera de nuestro país, hay normas que contemplan expresamente la modificación, con independencia del acuerdo entre las partes, en contratos en los que el factor tiempo determina que las prestaciones pactadas se alejen de la evolución del mercado³⁸.

En la regulación tradicional del Derecho de obligaciones y contratos contenida en el Código, para un contrato en el que el factor tiempo es decisivo, se establecen reglas de distribución del riesgo. Así, es causa de extinción del arrendamiento urbano la pérdida de la finca por causa no imputable al deudor y la declaración firme de ruina acordada por la autoridad competente (art. 28 de la Ley 29/1994, de 24 de

³⁶ Es tradicional en la doctrina francesa la contraposición de la jurisprudencia civil y la administrativa, contrastando las soluciones ofrecidas en uno y otro ámbito en casos semejantes, desde los clásicos casos del *Cannal de Craponne* (Civ. 6 mars 1986, DP. 1876 I, p. 193, que rechazó la doctrina de la *imprévision*) y del *Gaz de Bordeaux* (*Conseil d'État*, 30 mars 1916, que la aceptó). Por todos, vid. FABRE-MAGNAN (2007), pp. 506-507.

³⁷ Vid. ALMEIDA/GÓMEZ OLANO, en *Tratado de Contratos*, dir. M. YZQUIERDO, Aranzadi, 2014, t. XIV, p. 558.

³⁸ Los arts. 40 y 43 de la Ley 83/1980, de 31 de diciembre, de Arrendamientos Rústicos, BOE nº 26, de 30.1.1981 (derogados en 2003) permitían pedir la revisión de la renta por ser esta superior o inferior a la usual en el lugar para fincas análogas, o solicitar revisión extraordinaria de la renta por haber cambiado las circunstancias que influyeron en su determinación, dando lugar a una lesión superior al 15 % de la renta justa.

Parecidamente, en otros ordenamientos: por ejemplo, en la legislación belga en materia de arrendamientos de bajos de residencia se prevé que, a falta de acuerdo de las partes, el juez puede revisar la renta si en atención a circunstancias nuevas su valor varía un 20% respecto del normal del mercado [P. WÉRY (2011) p. 556].

noviembre, de Arrendamientos Urbanos, BOE nº 282, de 25.11.1994, en adelante LAU) pero, en cambio, hay un deber de soportar las obras de conservación necesarias, con derecho a una rebaja en el precio si la obra dura más de veinte días (art. 21 LAU). Conforme al art. 1575 CC el arrendatario tiene derecho a rebajar la renta en caso de pérdida de más de la mitad de frutos por casos fortuitos extraordinarios e imprevistos, salvo pacto en contrario; de forma más moderna, el art. 16 de la Ley 49/2003, de 26 de noviembre, de Arrendamientos Rústicos (BOE nº 284, de 27.11.2003), tiene en cuenta el aseguramiento de la producción y la repercusión al arrendador de una parte de la prima (lo que, en parte, apunta a la idea de que el riesgo también es suyo).

Desde otro punto de vista, en el ámbito de la protección del consumidor, se establecen previsiones específicas sobre las consecuencias de la necesidad de introducir una modificación en el contrato de viaje combinado³⁹, o se permite que el juez altere el contenido del contrato atendiendo a circunstancias sobrevenidas personales del deudor, lo que es excepcional⁴⁰.

Todas estas disposiciones en las que el legislador se ocupa de la revisión de los contratos se refieren a supuestos concretos y puntuales. La cuestión que se plantea es si debe generalizarse una regla que permita a los jueces revisar los contratos en otros casos e, incluso, si en ausencia de norma expresa que así lo establezca, están facultados los jueces para hacerlo.

La ausencia de una regla general supone un incentivo para el desarrollo convencional de cláusulas en las que las partes prevean las consecuencias de ciertas circunstancias que pueden sobrevenir durante la ejecución del contrato (*hardship*).

En particular, los juristas de los países en los que no se admite la modificación del contrato por el juez, como Bélgica o Francia, haciendo de la necesidad virtud, explican la propensión a incluir cláusulas de *hardship*: P. WÉRY (2011), p. 560; B. FAUVARQUE-COSSON (2004), pp. 83-84. De forma optimista se ha llegado a sugerir que la generalización de la cláusula podría permitir entender que existe un uso que la hace implícita [F. HINESTROSA (2005), p. 421]. De alguna manera, un resurgir de su origen histórico.

La previsión de las partes ofrece las ventajas que derivan del respeto al principio *pacta sunt servanda* y de la mayor idoneidad de las partes para recomponer sus intereses.

Con todo, no pueden soslayarse algunos problemas de interpretación que se suscitan en el entorno de estas cláusulas. Así, la duda acerca de si los acontecimientos no previstos determinan la asunción del riesgo por la parte a la que perjudican o si, por el contrario, es preciso volver a plantear qué solución hubieran previsto las partes de haber contemplado el evento.

De algún modo, este podría ser el enfoque de los casos de las SSTS del año 2014 en las que se aplica la *rebus*: las partes prevén la subida, pero no la bajada de la renta; podría defenderse que dieron por supuesto que el riesgo de pérdida siempre quedaba de cuenta del arrendatario (que actuaba a su riesgo, en el caso de la concesión de la publicidad, o como forma de compensar las inversiones en la

³⁹ Art. 158 Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (BOE nº 287, de 30.11.2007).

⁴⁰ Art. 11 Ley 28/1998, de 13 de julio, de Venta a Plazos de Bienes Muebles (BOE nº 167, de 14.7.1998).

construcción del arrendador, en el supuesto del hotel). El Tribunal Supremo no lo cree, porque entiende que tal riesgo era imprevisible.

De otro lado, parece evidente que si las partes han previsto la distribución del riesgo para un caso no será posible acudir ya a la cláusula *rebus*. Pero queda por precisar si la propia cláusula no puede verse privada de eficacia por el mismo hecho de sobrevenir nuevas circunstancias...

Por lo demás, hay que reconocer que no resulta imaginable la inclusión de cláusulas de previsión de acontecimientos en contratos de adhesión o en contratos entre partes desiguales económicamente. Incluso en los contratos que contemplan relaciones duraderas no solo el descuido, también la desproporción de armas con que jueguen las partes al contratar explicará la ausencia de cualquier cláusula que contemple un posible ajuste de las prestaciones en caso de que la ejecución resulte muy difícil o mucho más onerosa⁴¹.

El recurso a la autonomía de la voluntad en esta materia no solo se dirige a explicar la validez de las cláusulas contractuales sino, precisamente, a negar que consideraciones de equidad o de justicia permitan desvincularse del contrato⁴². Sin embargo, algunas teorías sobre la extinción o revisión del contrato se han construido con apoyo en técnicas e instrumentos contractuales: el error común, la interpretación integradora y las cláusulas implícitas, la equiparación a la fuerza mayor...⁴³ La hipótesis sería que la distribución contractual de los riesgos limita su ámbito a los riesgos previsibles por las partes en el momento de contratar, de modo que quedarían fuera los riesgos sobrevenidos por circunstancias extraordinarias⁴⁴.

Estos planteamientos tradicionales han sido objeto de crítica por su carácter ficticio⁴⁵ y se ha tratado de objetivizar los criterios, con el fin de demostrar que las razones que mueven a la revisión de un contrato no se basan ni en la voluntad ni tampoco en criterios vagos como la justicia y la equidad⁴⁶, sino que forman parte del Derecho objetivo. Este es el planteamiento

⁴¹ Ampliamente, sobre todo ello, PHILIPPE (1986), especialmente en sede de conclusiones.

⁴² BADENES, pp. 68 ss.; GAVIDIA SÁNCHEZ, J. V. (1987), "Presuposición y riesgo contractual", Anuario de Derecho Civil, pp. 567 ss.

⁴³ En la explicación habitual que se da del origen de la cláusula *rebus* en la Edad Media se dice que el deber de fidelidad a la palabra dada no se concebía como ilimitado y que, tanto desde el punto de vista de la moral como del Derecho, el deber de cumplir lo prometido subsiste mientras el estado de cosas no haya cambiado (por todos, DE CASTRO (1985), p. 314). Con otros argumentos se ha explicado que se trataría de identificar la hipotética intención común de las partes ajustada al acontecimiento sobrevenido, y se utilizarían conceptos como los de presuposición (Windscheid) o la voluntad marginal (Osti).

⁴⁴ HONDIUS/GRIGOLEIT (2011), p. 4; MEKKI (2011), p. 660.

⁴⁵ Entre nosotros, por todos, DE CASTRO (1985), p. 316; DÍEZ-PICAZO (1993), II, p. 882.

⁴⁶ Pero no se debe ocultar que los sentimientos de justicia aparecen en todas las formulaciones modernas por otra vía: como medida de la excesiva onerosidad que lleva a considerar que es razonable permitir la modificación del contrato. Por ejemplo, el art. III-1:110 DCFR, al describir el fundamento de la modificación o extinción por el juez se refiere a que sería "manifestamente injusto" seguir exigiendo el cumplimiento al deudor [*it would be grossly*

expreso que inspira la STS, 1^a, 30.6.2014 (y la de 15.10.2014 que le sigue)⁴⁷.

Lo que sucede es que, en mi opinión, la crítica a los argumentos basados en la voluntad de las partes está justificada solo si se pretende fundamentar en su voluntad hipotética una regla general que permita al juez modificar o resolver los contratos, porque en muchos casos la solución que acaba requiriéndose no deriva de lo que hubieran previsto las partes. Pero ello no significa que, en ocasiones, la distribución del riesgo sobrevenido no deba basarse en la voluntad de las partes, aun no manifestada expresamente.

No será excepcional que por vía de integración o interpretación pueda identificarse una cláusula tácita que permita corregir el desequilibrio o los problemas derivados del fallo de una presuposición común. El problema, entonces, es de interpretación caso por caso (recurriendo, en especial, al art. 1289 CC) o de integración contractual (arts. 1258 y 1289 CC). Cuando no sea posible concluir por esta vía que las partes compartían un propósito común que ha fallado, o que para una hipótesis no contemplada expresamente (laguna contractual) hubieran establecido razonablemente determinada regla de distribución del riesgo contractual, las soluciones basadas en la voluntad de las partes no responden a la realidad.

Los criterios objetivos invocados doctrinal⁴⁸ y jurisprudencialmente son la buena fe y la causa (influencia de la causa durante la vida del contrato, y no solo en el momento de su formación). Atendiendo a la causa en sentido objetivo, en el sentido en que la contempla el art. 1274 CC, su subsistencia sería exigible durante toda la vida del contrato y su desaparición permitiría la resolución del mismo.

Es defendible este argumento no solo cuando se hace imposible una de las prestaciones (arg. 1182 CC) y, entonces, la otra parte puede exigir el cumplimiento o la resolución (art. 1124 CC)⁴⁹, sino también cuando lo que desaparecen son los motivos que llevaron a ambas partes a contratar, o cuando lo que desaparece o se hace imposible es el propósito de una parte, aceptado por la otra⁵⁰. En mi opinión, hay que convenir en que, en estos supuestos, si el común acuerdo se incorpora al contrato y su pervivencia puede influir en el mantenimiento de las obligaciones es porque también se concede relevancia al elemento subjetivo (común).

unjust to hold them to their obligations; Performance must have become unjustly onerous: VON BAR, CLIVE, SCHULTE-NÖLKE eds. (2007), comentarios A y D al art. I-3:110, pp. 323 y 326].

⁴⁷ Tanto en la STS, 1^a, 30.6.2014 (FD 2.4) como en el libro *La moderna configuración de la cláusula* (2013), pp. 258 ss., ORDUÑA utiliza los mismos argumentos: defiende que se apoya en principios de orden público económico, como son la conmutatividad del comercio jurídico y el principio de la buena fe, que según el autor "resulta ya claramente compatible con el sistema codificado".

⁴⁸ DÍEZ-PICAZO (2008), II, pp. 1068-1069.

⁴⁹ Por todos, recogiendo la doctrina mayoritaria: G. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ (2011), "Art. 1105", en *Código civil Comentado*, Civitas, vol. III, p. 434; M. CLEMENTE MEORO (2011), "Art. 1124", en *Código civil Comentado*, Civitas, vol. III, p. 234; I. GONZÁLEZ PACANOWSKA (2013), en *Comentarios al Código civil*, Tirant lo Blanch, t. VI, p. 8225.

⁵⁰ CARRASCO (2010), pp. 161 y 163-164.

4. Circunstancias sobrevenidas que crean riesgos no asignados a una de las partes

4.1. Imprevisibilidad de las circunstancias

Uno de los elementos predominantes en los modelos que se ocupan de esta materia es que con posterioridad a la celebración del contrato, de manera improvisada, sobrevengan determinadas circunstancias que, o bien hagan el cumplimiento de una de las partes más oneroso o bien priven de interés a la prestación que iba a recibir.

Por ejemplo, en los comentarios al art. III.-1:110 DCFR se aclara que si existe una circunstancia en el momento de celebrar el contrato, aunque las partes no la conozcan, pero que haga el contrato más oneroso para una de ellas, será debido a que el riesgo le correspondía a esa parte (por ejemplo, un coste mayor de los materiales que el que tuvo en cuenta para hacer el presupuesto)⁵¹. Ese contrato podría impugnarse con apoyo en la doctrina del error, que entre nosotros requiere que sea grave y excusable, y daría lugar a la anulabilidad del contrato.

Con todo, el § 313 Código civil alemán equipara a una modificación de las circunstancias el hecho de que presupuestos esenciales, que han devenido la base del contrato, resulten falsos, y en el art. 6.2.2 a) PICC se contempla también el caso de que, aun siendo el acontecimiento anterior, las partes solo lo conocieran con posterioridad⁵². De forma parecida, el art. 416-2 APCM.

También se requiere que las partes no hubieran podido tomar en consideración el cambio acaecido, o su magnitud, y que la parte perjudicada no lo asumiera ni fuera razonable exigírselo que lo hiciera⁵³. De esta forma se pretende excluir de la exigencia de revisión aquellos supuestos en los que, por su previsibilidad, cabe pensar que el riesgo debe ser asumido por la parte sobre la que recae y que no tuvo la precaución de pactar su falta de responsabilidad o de precaverse de ella.

En ocasiones, es cuestión de interpretación del contrato determinar si un riesgo ha sido asumido, aunque sea implícitamente por una parte: así, la disminución del volumen de edificabilidad era un riesgo previsto en un contrato que se hizo a precio fijo “con el aprovechamiento urbanístico que presenta en el momento de la venta”, STS, 1^a, 14.11.2012 (RJ 2013, 2275; MP: Francisco Javier Orduña Moreno); la optante, al pactar los supuestos en que la opción tendría carácter oneroso o gratuito asumió los riesgos normales resultantes de la aprobación del plan parcial, STS, 1^a, 27.11.2013 (RJ 7874; MP: José Ramón Ferrández Gabriel). La STS, 1^a, 29.10.2013 (RJ 8053; MP: José Ramón Ferrández Gabriel) considera que la aleatoriedad del contrato implicaba la asunción del riesgo de las operaciones de permuta financiera contratadas.

A veces, el riesgo es inherente a la actividad empresarial de quien invoca la cláusula: STS, 1^a, 16.10.1989 (RJ 6927; MP: Pedro González Poveda), resolución de préstamo en el que el prestatario se comprometió a conservar los buques a cuya construcción se destinaba la financiación, pero los vende y alega crisis del sector turístico: el banco pide la resolución del préstamo por incumplimiento, y se entiende que lo hay;

⁵¹ Comentario D al art. III.-1:110 DCFR, en VON BAR, CLIVE, SCHULTE-NÖLKE eds. (2007), p. 327.

⁵² M. J. BONELL (2002), *I Principi Unidroit nella pratica*, Giuffrè, Milano, p. 311.

⁵³ Art. 6:111 PECL, art. III.-1:110 DCFR (3), art. 89 CESL.

STS, 1^a, 4.7.1996 (RJ 5881; MP: Alfonso Barcalá Trillo-Figueroa), es riesgo del vendedor que no lleguen a calificar la vivienda como protegida.

El presupuesto de la imprevisibilidad plantea la necesidad de delimitar el ámbito de aplicación de las circunstancias sobrevenidas que permiten modificar el contrato del caso fortuito (o la fuerza mayor) que, en Derecho español, salvo que hubiera asumido contractualmente ese riesgo (por ejemplo, cobrando una prima por la dificultad de las circunstancias), libera al deudor que ya no puede cumplir (arts. 1182 y 1184 CC) y le exonera de responsabilidad por los daños que sufre su acreedor (art. 1105 CC), salvo que sea temporal y, entonces, solo suspende el cumplimiento⁵⁴.

La diferencia entre el tipo de problema a que se refiere la *rebus* y el caso fortuito tiene que ver más con el resultado (imposibilidad del cumplimiento en el caso fortuito) que con la razón que lo provoca. Pero el ámbito del caso fortuito y el de la *rebus* pueden resultar difíciles de deslindar. Ello por dos razones: de una parte, porque la línea que separa la imposibilidad de la extraordinaria dificultad es a veces muy delgada⁵⁵; de otra, porque ambas categorías comparten el presupuesto de la imprevisibilidad o la inevitabilidad.

De hecho, muchos de los ejemplos que se sugieren en las propuestas de armonización⁵⁶ son considerados habitualmente por la doctrina española como caso fortuito⁵⁷, lo que haría inadecuado recurrir a la *rebus*. Así, por ejemplo, y salvo que las partes hayan previsto otra distribución de riesgos, lo que es posible, circunstancias como las que derivan en la actualidad del veto de Rusia a los productos europeos o la prohibición de venta de armas⁵⁸, darán lugar a la extinción de la obligación contraída con anterioridad que resulte de imposible cumplimiento.

⁵⁴ Recogiendo la doctrina habitual, por todos, recientemente: G. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ (2011), "Art. 1105" y "Art. 1182", en *Código civil Comentado*, Civitas, vol. III, pp. 120 ss., 431 ss.; C. ASUA GONZÁLEZ (2013), "Art. 1105" y M. J. MARÍN LÓPEZ (2013), "Art. 1182", en *Comentarios al Código civil*, Tirant lo Blanch, t. VI, pp. 8095 ss. y 8701 ss. respectivamente.

⁵⁵ Explica TREITEL que, dado que el término "impossible" es relativo, en los US se ha prescindido de él y se ha sustituido por el de "impracticable", que incluye la extrema e irrazonable dificultad: en el Derecho inglés se admite en ocasiones este planteamiento [TREITEL (2010), pp. 940 y 945]. Sobre la *impracticability* vid., ampliamente, FARNSWORTH (2004), pp. 634 ss.

⁵⁶ Hasta el punto de que en los PICC, que regulan la *hardship* en el art. 6.2.2 y la fuerza mayor en el art. 7.1.7, con efectos diferentes, se advierte que en algunos casos la situación fáctica puede encajar en los dos supuestos, y corresponderá al deudor escoger si prefiere una u otra solución (extinción de la obligación frente a renegociación, extinción o modificación). V. BONELL (2002), pp. 314 y 346.

⁵⁷ *Factum principis* (cambios imprevisibles y no esperables en normas que impiden construir, o vender la mercancía, expropiaciones, siempre que el deudor hubiera hecho todo lo posible para evitar sus efectos), fenómenos meteorológicos o de la naturaleza extraordinarios (y puede no serlo un terremoto en una zona con fallas), amenazas terroristas o conflictos armados no esperados en la zona, incendios causados fuera del control del deudor, huelgas generales (pero no las ocurridas en el seno de la propia empresa cuando se negocia un convenio)... Un análisis de la jurisprudencia española en CARRASCO (2010), pp. 998 ss.; DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ (2011), pp. 120 ss.; ASUA GONZÁLEZ (2013), pp. 8095 ss.

⁵⁸ Así, las que derivan de la Convención sobre la prohibición del desarrollo, la producción, el almacenamiento y el empleo de armas químicas y sobre su destrucción (París, 13 de enero de 1993: instrumento de ratificación, BOE nº 300, de 13.12.1996), o Convención sobre municiones en racimo (Dublín, 30 de mayo de 2008: instrumento de ratificación, BOE nº 68, de 19.3.2010).

En los contratos sinalagmáticos, la imposibilidad sobrevenida de una prestación provoca que, desaparecido el sinalagma sin culpa del deudor, el acreedor de la prestación tampoco deba cumplir la que a su vez le incumbía. Desde este punto de vista, puede decirse que se ha frustrado el fin del contrato, que es uno de los supuestos a los que suele referirse la doctrina al analizar la cláusula *rebus*. Pero en el caso fortuito ello es consecuencia de la imposibilidad sobrevenida de una de las prestaciones, mientras que en los supuestos a los que se pretende aplicar la *rebus* el cumplimiento sigue siendo posible.

Por lo demás, es lugar común advertir que no resulta sencillo concretar qué es imprevisible. Hay acontecimientos que, en función de la propia variabilidad consustancial de las circunstancias a que se refieren, no deberían considerarse imprevisibles (cambio en la política de subvenciones, en las tasas e impuestos que deben pagarse, modificación en la normativa urbanística). Si influyen en las obligaciones y responsabilidad de las partes será, no por su imprevisibilidad, sino porque el contenido del contrato se fijó valorando, precisamente, las condiciones existentes en el momento de su perfección.

En el extremo contrario, es posible que las partes no hayan previsto la causa (un terremoto, un conflicto armado...) pero sí cómo procederán (renegociando, recalculando el precio...) en los supuestos en los que se produzca un resultado que consideran digno de ser tenido en cuenta en el equilibrio contractual (aumento de los costes de producción de una de las partes superior a un porcentaje, por ejemplo).

Para que pueda hablarse de circunstancias imprevisibles debe tratarse de acontecimientos independientes de la voluntad que no pudieran razonablemente tenerse en cuenta en el momento de celebrar el contrato, por lo que tampoco es exigible a las personas diligentes haberlos previsto. Las fronteras son muy difíciles de precisar porque no cabe fijarlas de antemano y con carácter general.

Así, un mismo tipo de acontecimiento puede ser considerado imprevisible en un momento pero, en cambio, no serlo después: por ejemplo, después de la segunda guerra del golfo y la consiguiente elevación de los precios del petróleo, se generalizó entre las compañías aéreas la práctica de la contratación de seguros que garantizan unos precios máximos, de modo que la subida del precio del petróleo experimentada en el año 2014 ha producido otro tipo de consecuencias⁵⁹.

Ocurre algo parecido en el ámbito de los casos que encajan en el tipo de la ruptura de la presuposición común de las partes: para los casos de la "coronación", la doctrina más reciente ha puesto de relieve la duda de que la enfermedad del monarca (o mejor, la suspensión de la coronación) pudiera considerarse imprevisible, hasta el punto de que en algunos contratos las

⁵⁹ <http://es.blastingnews.com/economia/2014/12/la-caida-del-precio-del-petroleo-y-como-afecta-a-las-aerolineas-00215561.html> (acceso el 14.2.2015).

partes previeron las consecuencias, o pactaron el pago de una reserva, con independencia del precio del alquiler del balcón, o previeron que, al menos, el arrendatario pagaría los gastos en que hubiera incurrido el propietario...⁶⁰

En particular, en la jurisprudencia española, las Ss. TS, 1^a, 30.6.2014 y 15.10.2014 consideran la crisis económica como una circunstancia imprevisible. Es discutible tal afirmación, pero sobre todo es dudoso que de los contratos no resultara ya una distribución de los riesgos en caso de evolución a la baja de los precios.

En la STS, 1^a, 30.6.2014 (RJ 3526) me parece decisivo el breve lapso de tiempo que transcurre desde que se celebra el contrato, por un plazo de cuatro años: se firma el 30 de mayo de 2006, con una adenda de 15 de mayo de 2007 y se cumplió hasta el 20 de febrero de 2009.

En la STS, 1^a, 15.10.2014 (RJ 6129) los contratos se firmaron el 25 de febrero de 1999, por 25 años prorrogables, y se pactó una cláusula de desistimiento antes de la décima anualidad (y que el Tribunal Supremo, que luego procede a modificar la prestación principal, entiende que no puede moderar porque no es cláusula penal por incumplimiento).

En otras ocasiones el propio Tribunal ha considerado que las crisis económicas no son imprevisibles y ha afirmado que las partes pueden pactar cláusulas de estabilización.

Aunque diga que el caso es diferente, en la STS, 1^a, 7.4.2012 (sentencia el Corte Inglés, RJ 4714; MP: Román García Varela) el Supremo afirmó que las transformaciones económicas de los últimos quince años no son circunstancias imprevisibles que permitan al tribunal modificar la renta pactada en un contrato, pues las partes pudieron pactar cláusulas de estabilización. Fue decisivo en este caso que el nuevo canon que tenía que pagar el arrendador (que a su vez era titular de un derecho de superficie) fuera negociado sin contar con el arrendatario.

Igualmente ha venido sosteniendo el Tribunal Supremo que si la parte perjudicada es un profesional debió prever el riesgo o, en todo caso, si no lo hizo, debe quedar de su cuenta.

Así, según la STS,, 1^a de 22.4.2004 (RJ 2673; MP: Pedro González Poveda) la posible disminución del volumen de edificabilidad del inmueble comprado "no es radicalmente imprevisible" cuando la compradora es una sociedad dedicada al sector de la construcción y, por tanto, conocedora de estos riesgos y de su posible estipulación en el contrato.

Sin embargo, ello es irrelevante en las sentencias que aplican la *rebus* en 2014, donde las demandantes eran profesionales especializadas⁶¹.

Las mismas sentencias del Tribunal Supremo que aplican la *rebus* suscitan la duda de si la crisis

⁶⁰ GOLDBERG, V. P. (2009), "Excuse Doctrine: The Eisenberg Uncertainty Principle", Columbia Law and Economics Working Paper No. 351. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1436493> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1436493>.

⁶¹ A. LUNA YERGA y M. XIOL BARDAJÍ, criticando esta jurisprudencia, insisten en la necesidad de tener en cuenta el carácter profesional de los contratantes en la aplicación de la cláusula *rebus*: explican cómo las fluctuaciones económicas no son ajenas a la propia actividad profesional, sino que forman parte inherente de ella y de ahí que la crisis económica deba considerarse como un "riesgo normal del contrato" (2015, p. 7).

económica debía considerarse imprevisible.

La STS, 1^a, 15.10.2014 (RJ 6129) reprocha a la Audiencia, cuya sentencia casa, que eludiera el análisis de “la posibilidad de haber previsto una cláusula de revisión de la renta al respecto, *dada la previsibilidad cíclica de las crisis económicas*”. Literalmente puede leerse esa afirmación en el FD 3.7.

Con anterioridad, en la STS, 1^a, 30.6.2014 (RJ 3526) el Supremo reprochó a la Audiencia que “con relación a una petición de principio que elude el necesario tratamiento de la cuestión debatida, esto es, que se hubiese previsto una cláusula de estabilización en relación al canon establecido”.

¿Era imprevisible o no la crisis económica? ¿Solo era imprevisible la magnitud de la crisis, lo que hacía imprevisible la misma crisis?

4.2. La alteración del equilibrio contractual

a. La excesiva onerosidad

Los textos se ocupan de la mayor onerosidad en el cumplimiento de la prestación de una de las partes como resultado de las circunstancias sobrevenidas. Pero no basta una mayor onerosidad, sino que es preciso que sea extraordinaria, excesiva⁶². La mayor onerosidad no es motivo de revisión porque forma parte del riesgo contractual asumido por las partes⁶³. Solo son admisibles alteraciones y desequilibrios sobre los que cabe pensar que, de haberlos previsto, las partes no hubieran prestado su consentimiento.

Debe observarse, con carácter general, que la importación a nuestro ordenamiento de una doctrina sobre excesiva onerosidad no debería realizarse sin más, prescindiendo de la incoherencia a que daría lugar una norma semejante mientras no existe una disposición general – que no me parece deseable – sobre precios justos o sobre la rescisión por lesión – que no se admite fuera de los casos, es verdad que no tan particulares, de los arts. 406, 1073, 141 o 1410 CC, cfr. art. 1293 CC –.

La excesiva onerosidad se perfila como un supuesto diferente de aquellos en los que el coste de la prestación de una de las partes, por circunstancias sobrevenidas, se ha convertido en desproporcionado para el interés del acreedor (el ejemplo paradigmático del anillo de 100 euros que después de venderse cae al fondo de un lago, de modo que el coste del drenaje del lago y recuperación del anillo ascendería a 100000 euros)⁶⁴. Este tema es ajeno al que abordamos aquí, y

⁶² Así, por ejemplo, art. 1467 CC italiano (“eccessivamente onerosa”), ley 493 Compilación del Derecho civil foral de Navarra (“extraordinariamente oneroso”), art. 1213 PMCC (“excesivamente onerosa”), art. 416-2 ATCM (“excesiva onerosidad”).

⁶³ Algunos textos insisten en esta idea, al afirmar como regla general el deber de cumplimiento pese a la mayor onerosidad y formular a continuación, como excepción, la regla de la excesiva onerosidad: art. 6:111 PECL, art. III.-1:110 DCFR, art. 89 CESL.

⁶⁴ ZIMMERMANN, R. (2008), pp. 48-49.

su enfoque adecuado tiene que ver con la aplicación de la buena fe y la doctrina del abuso del derecho en el ámbito del cumplimiento forzoso *in natura* de la obligación⁶⁵.

La excesiva onerosidad que provoca una “alteración fundamental en el equilibrio del contrato”⁶⁶ puede proceder de un aumento de los costes de la ejecución o de una disminución del valor de la contraprestación que se recibe⁶⁷.

En cualquier caso, la dificultad se encuentra en la concreción de lo que es excesivo, de lo que resulta intolerable.

Es significativa la explicación que proporciona TREITEL de los casos del Canal de Suez, cuando el transporte de las mercancías debía hacerse vía el Cabo de la Buena Esperanza como consecuencia del cierre del Canal: se duplicaba el tiempo, lo que podría haber doblado el precio del transporte (y en algún caso incluso lo triplicó), pero no se consideró suficiente por los tribunales para entender que se había frustrado el contrato y permitir la liberación de los transportistas. La diferencia entre las dos rutas, dice TREITEL, no se consideró fundamental, y concluye el autor en frase ilustrativa: “To provide an illustration of frustration resulting from the closure of the Canal it is necessary to put a more extreme case, such as that of a contract to carry perishable goods from Port Sudan to Alexandria”⁶⁸.

En los comentarios a los PICC, aunque se proponen ejemplos de multiplicación por diez del precio de la prestación del servicio, o de la devaluación de la moneda en un ochenta por ciento, para la apreciación de lo que es fundamental se hace una remisión a las circunstancias del caso. Desde la edición de 2004 ha desaparecido la frase que figuraba en la versión inicial de 1994 del comentario 2 del art. 6.2.2 según la cual “an alteration amounting to 50% or more of the cost or the value of the performance is likely to amount to a “fundamental” alteration”⁶⁹.

Desde otro punto de vista, el cincuenta por ciento de los rendimientos que pueden obtenerse de la cosa arrendada es precisamente el límite para que el arrendatario rústico pueda exigir una rebaja de la renta según el art. 1575 CC: la distribución del riesgo entre arrendador y arrendatario solo se prevé en la ley si, además de proceder de casos fortuitos extraordinarios e imprevistos, es superior a la mitad del rendimiento previsto. Hasta la mitad, el riesgo es exclusivo del arrendatario. Ciento que la regla está prevista para un caso concreto, pero apunta en la dirección de que solo los riesgos extraordinarios, a partir de cierta entidad, son dignos de tenerse en cuenta

⁶⁵ El art. 1192.II c) PMCC establece, para este tipo de casos que, en las obligaciones distintas de las de pagar dinero, el acreedor podrá exigir el cumplimiento de la prestación debida a menos que el cumplimiento o, en su caso, la ejecución forzosa, resulten excesivamente onerosos para el deudor. En la doctrina, un apunte del problema en I. GONZÁLEZ PACANOWSKA, “Art. 1124”, en *Comentarios al Código civil*, Tirant lo Blanch, t. VI, p. 8227.

⁶⁶ Así, art. 6.2.2. PICC. De forma parecida, art. 416-2 ATCM.

⁶⁷ Así, art. 6.2.2. PICC, art. 6.111 PECL, art. III.-1:110 DCFR, art. 89.1 CESL.

⁶⁸ V. TREITEL (2010), p. 940.

⁶⁹ Accesible en <http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles1994/1994fulltext-english.pdf> (consulta el 22.3.2015).

para modificar el contrato⁷⁰.

En las propuestas europeas de armonización del Derecho de contratos se vincula la excesiva onerosidad a situaciones que van asociadas a la ruina del deudor⁷¹, y hay cierta influencia de este enfoque en la jurisprudencia del Tribunal Supremo español.

La STS, 1^a, 30.6.2014 (RJ 3526) que, como hemos advertido, construye la *normalidad* de la cláusula *rebus* con apoyo en la regla de conmutatividad de los contratos argumenta que: “Determinado el carácter extraordinario de la alteración de las circunstancias, por el hecho notorio de la actual crisis económica, su notable incidencia en el contexto del mercado publicitario del transporte y su nota de imprevisibilidad en el marco de razonabilidad de la distribución asignación de los riesgos del contrato, la tipicidad contractual de la figura *requiere, además, que dicha alteración o cambio de circunstancias produzca una ruptura de la razón de conmutatividad del contrato traducida en una excesiva onerosidad en el cumplimiento de la prestación de la parte afectada*”. Aplicando este planteamiento al caso concreto concluye que la excesiva onerosidad se desprende en el caso, a juicio del Tribunal Supremo, “en el tránsito del ejercicio del 2008 al 2009, con el balance negativo, ante la caída desmesurada de la facturación, que no solo cierra con sustanciales pérdidas la concreta línea de negocio en cuestión, sino que *compromete la viabilidad del resto de áreas de explotación de la empresa, en caso de cumplimiento íntegro del contrato según lo pactado*” (FD 3.4).

La STS, 1^a, 15.10.2014 (RJ 6129) afirma que, de acuerdo con la doctrina jurisprudencial expuesta en la citada sentencia de 30 de junio de 2014, “también se da, en el presente caso, el presupuesto de la excesiva onerosidad como exponente de la ruptura de la relación de equivalencia de las contraprestaciones de las partes (principio de conmutatividad del contrato), particularmente referenciada en aquellos supuestos en donde la actividad económica o de explotación comporta un resultado reiterado de pérdidas (inviabilidad económica) o la completa desaparición de cualquier margen de beneficio (falta de carácter retributivo de la prestación); supuesto del presente caso en donde los hoteles de la cadena Accor (Novotel e Ibi) *presentan unas pérdidas acumuladas cercana a los tres millones de euros en el período 2005-2009, frente al balance positivo de la empresa arrendadora, en torno a los 750.000 euros para el mismo período objeto de valoración*” (FD 3.7).

Con independencia de que ni la conmutatividad contractual ni la justicia material son requisitos de validez inicial de los contratos entre partes empresariales⁷² ni, por tanto, deben mantenerse a lo largo de su vida⁷³, la argumentación del Tribunal Supremo se desliza, en mi opinión, por un

⁷⁰ Desde esta perspectiva, en comparación con lo previsto en el art. 1575 CC, R. BERCOVITZ reprocha al Tribunal Supremo que en la sentencia de 30.6.2014 (RJ 3526) se rebaje el canon del arrendamiento cuando la disminución de ingresos no alcanzó al 50% (en comentario a la sentencia en Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, 97, enero-abril 2015, consultado en <https://preview.thomsonreuters.com>, p. 6); CARRASCO reprocha a la STS 15.10.2014 (RJ 6129) que ni siquiera cite el art. 1575 CC (en comentario en Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, 98, mayo-agosto 2015, p. 190).

⁷¹ O. LANDO, H. BEALE (EDS.) (2000), p. 471.

⁷² En este sentido, CARRASCO, en comentario a la STS, 1^a, 15.10.2014 (RJ 6129), Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, 98, mayo-agosto 2015, p. 203.

⁷³ En comentario a la STS, 1^a, 30.6.2014 (RJ 3526) afirma R. BERCOVITZ que, con los argumentos del Tribunal Supremo, la cláusula *rebus* se desliza hacia una nueva función de alcance preocupante, desde el momento en que se convertiría en garante de las expectativas iniciales de las partes en base al equilibrio de las prestaciones en el momento de perfeccionarse el contrato: en definitiva, en situaciones de alteraciones de mercado se convertiría en una red de seguridad para el empresario perjudicado por las mismas. Añade con razón el citado autor que la conmutatividad de los contratos no depende del equilibrio o desequilibrio entre las prestaciones de las partes: no es garantía de un buen precio para el vendedor ni para el comprador porque así es como funciona la autonomía privada dentro del marco de la libertad de mercado, dando lugar a la libertad de precios (2015, p. 6).

camino peligroso, porque trata de construir en un contrato entre dos partes razonamientos de tipo pre concursal, sin que se den los presupuestos legales para ello.

En efecto, la STS, 1^a, 30.6.2014 (RJ 3526) tiene en cuenta que el mal negocio de la publicidad de los autobuses podía hundir la economía de la empresa, incluidas otras líneas que sí funcionaban, lo que sugiere que la solución sería diferente si la demandante hubiera absorbido las pérdidas, por ejemplo, por responder el negocio ruinoso a un porcentaje pequeño de toda su actividad económica.

En otro orden de cosas, si el tribunal pudiera proceder a revisar el equilibrio de las relaciones económicas quizás debería tener en cuenta otras circunstancias: en el caso, no se menciona, por ejemplo, la influencia de la falta de percepción de los ingresos que esperaba recibir el propietario de los autobuses en su economía; tampoco las circunstancias en que la empresa de publicidad presentó su oferta en el concurso: por ejemplo si hubo otras procedentes de empresas más moderadas que hicieron propuestas más prudentes y, por ello, quedaron excluidas⁷⁴.

En el caso que da lugar a la STS, 1^a, 15.10.2014 (RJ 6129) –en la que, por cierto, el contraste de las pérdidas de arrendataria se hace con las ganancias de la arrendadora en su volumen total de negocio, y no solo en el contrato con aquella– la empresa arrendadora conserva la propiedad de los hoteles, y podrá explotarla en el futuro, pero puesto que los construyó precisamente para cumplir su compromiso con la arrendataria, ¿por qué no se tienen en cuenta la inversión en la construcción, la participación de la arrendataria en ese encargo y la actual devaluación de la propiedad de los inmuebles?⁷⁵

Finalmente, un reproche general que cabe hacer a la doctrina de la mayor onerosidad es que solo contempla el riesgo que perjudica a quien debe pagar y se dirige en exclusiva a aligerar su responsabilidad. No se menciona en cambio el supuesto del incremento inesperado y excesivo de beneficio de una parte⁷⁶, lo que da medida del sentido social de estas normas y la protección que tratan de otorgar al deudor en un supuesto cercano al incumplimiento.

Aunque es excepcional, en la jurisprudencia comparada se menciona algún caso en el que el mayor

⁷⁴ Lo advierte M. YZQUIERDO en “La cláusula *rebus sic stantibus* no puede dar tanto de sí”, en el blog <http://hayderecho.com/2014/11/03/> (acceso 16.3.2015).

⁷⁵ Precisamente, la complejidad de las relaciones entre las partes puede dar razón de que el contrato no incluyera una cláusula de actualización. Como explican A. LUNA YERGA y M. XIOL BARDAJÍ un motivo plausible por el que las partes no la incluyeron en el contrato litigioso es, sencillamente, que no quisieron, precisamente por el propio equilibrio económico del contrato: “En efecto, la sentencia pasa por alto el hecho de que la arrendadora comprara el solar y promoviera dos de los tres bloques de edificación precisamente para arrendárselos a Accor. Sería lógico pensar que ese hecho influyó en la duración del arrendamiento, así como en la determinación del importe de la renta y en la ausencia de cláusulas de revisión –y consiguiente asunción del riesgo de descenso de la demanda hotelera por parte de la arrendataria-. Puede pensarse además en la posibilidad de que el arrendador recurriera a financiación externa para la promoción de los bloques arrendados, de tal suerte que el cambio de la renta podría suponerle problemas también en relación con dicha financiación” (A. LUNA YERGA y M. XIOL BARDAJÍ, 2015, p. 7).

⁷⁶ *Unexpected benefit* es, sin embargo, uno de los grupos de casos que se proponen en HONDIUS/GRIGOLEIT (2011), p. 176 a la hora de estudiar la revisión de los contratos.

beneficio de una parte sí dio lugar a una revisión del contrato. Se trata del caso *Nancy*, de 26 septiembre 2007, RTD civ. 2008.295, en el que, como consecuencia de una reglamentación nueva sobre cuota de emisión de gas con efecto invernadero, una de las partes obtiene un beneficio imprevisto y el tribunal invita a las partes a negociar para repartirlo entre ellas; el razonamiento del tribunal se basa en que el contrato implicaba compartir el beneficio de una actividad común⁷⁷.

Ninguna norma es neutra. Se ha sugerido que la posibilidad de modificación de un contrato por el juez en caso de excesiva onerosidad es favorable a los empresarios exportadores y fabricantes, en detrimento de los minoristas y distribuidores, lo que podría dar razón del desarrollo producido en Alemania y su conexión con una economía exportadora⁷⁸. El contraste entre el rígido mantenimiento de la doctrina de la *imprévision* francesa y el desarrollo doctrinal en Alemania, en especial en el período de entreguerras es coherente, por lo demás, con las posiciones mantenidas por ambos países acerca de la revisión de los Tratados que sometieron a Alemania a onerosos pagos, lo que explica la reticencia de los tribunales franceses a modificar su postura restrictiva a pesar de la inflación⁷⁹. Desde otro punto de vista, como respuesta a la mayor inestabilidad política y económica, quizás pueda explicarse la existencia de normas de revisión en buena parte de los países de América del sur: Argentina, Brasil, Colombia...

b. Frustración del fin del contrato

La frustración del fin del contrato no aparece en todas las propuestas ni en todos los modelos de Derecho comparado que se ocupan de la incidencia del cambio de circunstancias en la vida del contrato. Así, no se menciona en el art. 416-2 ATCM, que sigue el rastro de los PICC⁸⁰, ni tampoco en los PECL, ni en el DCFR, ni tampoco en el CESL.

En la doctrina sobre la *rebus*, la frustración del fin del contrato como supuesto que permite entender que ha dado lugar a la desaparición de la base del negocio aparece expuesta por los autores que proponen la incorporación a nuestro ordenamiento de la doctrina sobre la modificación de las circunstancias⁸¹. Es fácil de entender que la Propuesta de Modernización del Código civil, elaborada por la sección primera de la Comisión General de Codificación mencione expresamente en el art. 1213 la frustración del fin del contrato⁸².

⁷⁷ Información tomada de MALAURIE/AYNES/STOFFEL-MUNCK (2009), p. 381.

⁷⁸ Cfr. SALVADOR (2011), pp. 27 y 28.

⁷⁹ Lo recuerda FAUVARQUE-COSSON (2004), p. 69.

⁸⁰ Sin embargo, los comentarios al art. 6.2.2 PICC, al describir la disminución del valor de la prestación recibida por una parte como posible causa de la alteración fundamental en el equilibrio del contrato proponen ejemplos que, entre nosotros, son considerados como de frustración del propósito negocial. Así sucede con la prohibición de construir en un solar adquirido con ese único propósito, o la prohibición de exportar mercaderías adquiridas con esa finalidad.

⁸¹ Fundamental, por su influencia en la doctrina, DÍEZ-PICAZO (2008), II, pp. 1065 y 1071.

⁸² No en vano, la Propuesta se redactó cuando DÍEZ-PICAZO era el presidente de la sección civil de la Comisión General de Codificación.

En esta misma dirección, el Tribunal Supremo, en la sentencia de 30.6.2014 (RJ 3526), recoge este criterio como uno de los posibles que permite concretar la aplicación de la *rebus*. Puede leerse en la sentencia:

“El contraste de la denominada base subjetiva del negocio nos permite llegar a idéntica conclusión (la desaparición de la base del negocio) en aquellos supuestos en donde la finalidad económica del negocio para una de las partes, no expresamente reflejada, pero conocida y no rechazada por la otra, se frustra o deviene inalcanzable tras la mutación o cambio operado”.

La frustración del fin del contrato es expresión acuñada en la jurisprudencia española a efectos de precisar si ha habido un incumplimiento suficientemente grave como para determinar la resolución del contrato ex art. 1124 CC.

Por ejemplo, entre la jurisprudencia reciente, Ss. TS, 1^a, 14.6.2011 (RJ 4530; MP: Juan Antonio Xiol Ríos), 3.5.2013 (RJ 4610; MP: Sebastián Sastre Papiol), 5.11.2013 (RJ 7861; MP: José Antonio Seijas Quintana).

También en las hipótesis de imposibilidad sobrevenida fortuita, que da lugar a la resolución contractual, y que se aplica igualmente en casos en los que no puede tener lugar ya el propósito negocial compartido por las partes.

Ss. TS, 1^a, 9.10.2006 (RJ 6463; MP: Vicente Luis Montes Penades), compraventa de local procedente de la división de un piso que no puede llevarse a cabo por declaración judicial de nulidad de la cláusula estatutaria que la permitía sin autorización de la comunidad de propietarios; de 11.11.2003 (RJ 8290; MP: Antonio Romero Lorenzo), anulación de planeamiento que impide ejecutar la urbanización proyectada; de 21.7.2010 (RJ 3897; MP: Antonio Salas Carceller), vinculación de contrato de sociedad a otro previo de opción de compra de fincas pendientes de recalificación urbanística: la frustración de la calificación propuesta conlleva la desaparición sobrevenida de la causa o razón determinante del contrato.

Puede admitirse que la presuposición común juega no solo como condición resolutoria sino, incluso, según las circunstancias, como condición que permite modificar el contrato para lograr el reequilibrio inicial pactado. Para ello no es imprescindible que se haya hecho explícito el motivo en el contrato (parecidamente a lo que sucede con la doctrina de los *implied terms* del Derecho anglosajón⁸³), pero sí es preciso que haya alcanzado ese rasgo de presuposición común y no sea un mero motivo individual⁸⁴. En otro caso, el riesgo sobrevenido recae sobre quien ve frustrado su interés personal (compra para revender una mercancía, y el mercado desaparece; compra un solar para construir y luego no obtiene la licencia...), salvo que la otra parte lo hubiera asumido de alguna manera: por ejemplo, porque se ha comprometido a garantizar el resultado, ha cobrado una prima por ello, etc.

⁸³ Por todos, MCKENDRICK (2012), *Contract Law. Text, Cases, and Materials*, 5th. Ed., Oxford, University Press, pp. 337 ss.

⁸⁴ CARRASCO (2010), p. 1025; ORDUÑA (2013), p. 282. En un contexto no idéntico, porque se refiere al error común, A. M. MORALES MORENO, *El error en los contratos*, Ceura, Madrid, 1988, p. 199.

En la bibliografía comparada, los casos típicos de *frustration* son los de la coronación, el alquiler de balcones para ver la procesión con ocasión de la coronación de Eduardo VII y que se suspendió por una apendicitis del monarca. En los pleitos sobre el cumplimiento de los contratos la *House of Lords* mantuvo que no era exigible el pago del precio convenido porque el contrato quedó frustrado. En definitiva, tal resultado equivale a afirmar que el riesgo era del hotelero, y consistía en que no cobraría si desaparecía la razón por la que celebró el alquiler y que ello estaba implícito en las relaciones entre las partes: el contrato no era de alquiler de balcón, sino que se dirigía a permitir contemplar la procesión⁸⁵. Es innecesario plantearse la extinción ni la revisión del contrato.

5. Sistemas de remedios frente a la alteración de las circunstancias

5.1. La preferencia por la negociación

Las propuestas de armonización del Derecho de contratos privilegian la negociación entre las partes, es decir, la revisión del contrato por ellas mismas⁸⁶. También se contempla la renegociación en el art. 416-2 ATCM⁸⁷ pero no, en cambio, en el art. 1213 PMCC⁸⁸. En un paso más, algunos textos permiten exigir la negociación y sancionan con la obligación de indemnizar a la parte que se niega o negocia de mala fe.

Conforme al art. 6.1.1 PECL: las partes tienen la obligación de negociar una adaptación de dicho contrato o de poner fin al mismo si el cumplimiento del contrato resulta excesivamente gravoso debido a un cambio de las circunstancias... y "el juez o tribunal podrá ordenar que la parte que se negó a negociar o que rompió dicha negociación de mala fe, proceda a reparar los daños causados a la parte que sufrió dicha negativa o dicha ruptura".

No es preciso que una norma recuerde a las partes que pueden negociar⁸⁹, de modo que la virtualidad de los modelos legislativos que priorizan la negociación es llamar la atención sobre las soluciones negociadas y el carácter subsidiario de la intervención judicial, que solo está

⁸⁵ TREITEL (2010), p. 946.

Desde otro punto de vista complementario se ha observado que el arrendatario no aseguró al propietario que ocuparía el balcón si se posponía la coronación, de modo que el propietario pudo volver a alquilarlo para el nuevo día: GOLDBERG (2009), p. 4.

⁸⁶ Así, art. 6.2.3 PICC, art. III.-1:110 DCFR y art. 89 CESL.

⁸⁷ Parecidamente en los arts. 1135-1, 2 y 3 del *Avant-projet Catala*, en el art. 92 de las *Propositions de réforme de Terré*, en el art. 136 del *Projecte de la Chancellerie de 2008* y en el art. 104 del *Avant-projet de Réforme du Droit des contrats de 2013*.

⁸⁸ Ni en los arts. 1467 ss. del Código civil italiano de 1942, 6.258 del Código civil holandés publicado o § 313 del Código civil alemán.

⁸⁹ Y así sucede en la práctica. Noticia de prensa: "AENA rebajará hasta un 60% el alquiler a las tiendas del viejo Barajas. La apertura de la T4 hace caer las ventas a la mitad en las otras terminales" (accesible en http://elpais.com/diario/2006/02/21/economia/1140476410_850215.html, consulta el 5.3.2015).

llamada a producirse en caso de fracaso de la negociación.

La doctrina y jurisprudencia francesas han deducido del principio de buena fe la existencia de un deber de renegociar en los contratos de larga duración si se produce un cambio en las circunstancias⁹⁰.

Entre nosotros, cabe pensar que también la buena fe puede permitir integrar como contenido contractual un deber de negociar (art. 1258 CC). Pero para llegar a esa conclusión sería preciso determinar claramente de manera previa que, bien de la distribución de riesgos propia de la naturaleza del contrato, bien de su contenido, no resulta que el riesgo sobrevenido deba ser asumido por una de las partes.

Es evidente, por ejemplo, que es del comprador que ha recibido la cosa el riesgo de la pérdida, pero también el riesgo del menor valor, o la imposibilidad sobrevenida del cumplimiento de destino previsto (solar para la construcción, papel para embalar alimentos..., bien sea por un cambio de la normativa, por la no concesión de una licencia, etc.).

Es posible, por ejemplo, que las partes hayan concertado un contrato de larga duración precisamente porque el adquirente de los productos o el destinatario de los servicios quería garantizarse una estabilidad en los precios, y así resulta de la interpretación del contrato, de las cláusulas de estabilización, de los criterios adoptados para la fijación del precio, etc.⁹¹.

Cabe pensar en un deber de negociar, por ejemplo, si se frustran los motivos compartidos, o los de una parte que han sido aceptados y asumidos, implícita o explícitamente, por la otra. También en los casos en los que se pueda afirmar con seguridad que las partes no hayan asignado a ninguna de ellas el riesgo de una mayor onerosidad que comporta una circunstancia sobrevenida.

Lo que sucede es que, con independencia de que la buena fe permita integrar el deber de negociar en caso de cambio sobrevenido de las circunstancias, o de que la negociación hubiera sido prevista por las partes de manera expresa en el contrato⁹², será complejo precisar el contenido de tal deber.

No negociar, o hacerlo de mala fe (ocultando datos, torpedeando la posibilidad de alcanzar un

⁹⁰ Arrêt Huard, Com., 3 nov. 1992, nº 90-18547; arrêt Chevassus-Marche, Com. 24 nov. 1998, nº 96-18457. Pero en el arrêt Sofimat (Com 24 juin 2010, nº 09-67369) la Cour de cassation cambia el razonamiento y sugiere que el cambio de circunstancias priva al contrato de causa. Las citas están tomadas de FABRE-MAGNAN (2007), pp. 507 ss. y MALAURIE/AYNES/STOFFEL-MUNCK (2009), p. 380.

⁹¹ El ejemplo lo sugiere J. L. LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho civil*, t. II, vol. 1, ed. revisada por F. Rivero, Dykinson, Madrid, 1999, p. 515.

⁹² Las partes han podido incluir una cláusula en el contrato por la que se obligan a negociar de buena fe antes de someter a tercero (juez o árbitro) sus diferencias. Si no se ha establecido un plazo el juez valorará si ha transcurrido o no en el mismo procedimiento en el que se le somete la controversia (cfr. art. 1128 CC) y puede concluir que ha incumplido el deber asumido quien no se ha comportado de buena fe, impidiendo con su actitud reticente llegar a un acuerdo. La valoración judicial puede comportar entonces al mismo tiempo una apreciación de si las propuestas de la otra parte eran o no razonables en atención a las circunstancias.

acuerdo, etc.) puede confirmar que la parte que pretende sin más apartarse del contrato sin negociar solo quiere incumplir un contrato que ya no le interesa.

La STS, 1^a, 17.11.2000 (RJ 9343; MP: Alfonso Villagómez Rodil) se ocupa de un caso en el que, aun existiendo en el contrato una cláusula de renegociación, la empresa perjudicada, sin realizar ningún esfuerzo en este sentido, se limitó a incumplir y solicitar la resolución del contrato.

Pero negociar, incluso de buena fe, no implica que se alcance un acuerdo, por lo que solo la falta de voluntad negociadora de mala fe podría dar lugar a una indemnización de daños. La cuestión es, ¿qué daños deberán indemnizarse? Parece excesivo identificar los perjuicios sufridos por la otra parte por la falta de negociación con todas las consecuencias de la no adaptación del contrato. Para ello sería preciso valorar primero cómo debía adaptarse el contrato, lo que a su vez resulta complejo pero, sobre todo, equivaldría a condenar a quien no ha querido negociar a responder por el incumplimiento del contrato tal y como pudo ser adaptado, lo que es desproporcionado porque no es imputable a su comportamiento. De hecho, el remedio a esa falta de negociación, en las propuestas de armonización, es la atribución al juez del poder de adaptar o resolver el contrato.

La afirmación de la obligación de negociar, en sí misma, ya implica que se descarta la exigibilidad del cumplimiento en los términos pactados, pero no está concretado, a falta de acuerdo, cuál debería ser el contenido del contrato. En tal caso, el supuesto recuerda mucho al de los contratos incompletos, en los que existe un acuerdo pero no están determinados todos sus elementos (en lo que aquí nos interesa, un criterio de asignación de riesgos sobrevenidos que no pudiera deducirse de los criterios de interpretación e integración del contrato).

En la experiencia española sobre acuerdos incompletos, cuando el tribunal ha querido imponer el cumplimiento del contrato por entender que existió intención de las partes de quedar vinculadas a pesar de que era necesario un nuevo acuerdo para determinar elementos esenciales, no ha condenado directamente al cumplimiento específico, por no resultar posible, pero sí ha condenado en cambio a discutir y concertar el contrato definitivo (y subsidiariamente, a indemnizar daños).

Así, lo hizo, con anterioridad a la vigencia del art. 708 LEC, la STS, 1^a, 4.7.1991 (RJ 5325; MP: Jaime Santos Briz), en un caso en el que se trataba de concretar y concertar unos contratos de distribución a los que se remitieron las partes en un acuerdo inicial. La sentencia, sin embargo, no permite afirmar con seguridad cuál es el alcance de la indemnización que procede de manera subsidiaria, para el caso de que no se negocie para cerrar los aspectos indeterminados del contrato. Posteriormente, durante la vigente ley procesal, la STS, 1^a, 30.3.2010 (RJ 2538; MP: José Ramón Ferrández Gabriel) condena al demandado a emitir una declaración negocial para la suscripción de unas acciones y, subsidiariamente, a pagar una suma equivalente al valor de las acciones que se comprometió a suscribir⁹³.

Es indiscutible la competencia de las partes para renegociar. También los árbitros a los que se les

⁹³ Vid. M. A. PARRA LUCÁN, "Ejecución específica e indemnización en el cumplimiento de precontratos en el art. 708 LEC", en *Tratado de la compraventa*, T. I, Homenaje a R. Bercovitz, Aranzadi, 2013, p. 447.

haya encomendado expresamente podrán ajustar el contrato para restablecer el equilibrio inicialmente pactado y distribuir entre las partes los costes derivados de serios e imprevisibles acontecimientos sobrevenidos durante la ejecución. Este planteamiento, que implica un nuevo concepto de contrato, que se forma progresivamente y se somete a una renegociación continua, tiene sentido en las relaciones empresariales duraderas en las que ambas partes tienen interés en mantener una continuidad. El recurso a la renegociación puede no ser adecuado en cambio en los contratos entre un empresario y un consumidor⁹⁴.

La renegociación tiene su ámbito natural en contratos entre empresarios que dan lugar a relaciones que se prolongan en el tiempo, cuando ambas partes tienen interés en mantener la relación⁹⁵. Parece menos probable, en cambio, en los contratos de ejecución instantánea, incluso cuando medie un lapso de tiempo entre la perfección y el cumplimiento. Lo más probable es que en esos casos el riesgo sobrevenido deba soportarlo la parte sobre la que recae, que muy posiblemente cometió un error en el cálculo de sus responsabilidades⁹⁶. Solo si la variación es de tal magnitud que puede considerarse como imprevisible cabría pensar que no debe asumir el riesgo, por no deberse a su falta de previsión: pero entonces, muy posiblemente, se trata de un supuesto de imposibilidad sobrevenida, que goza de su propio régimen legal.

5.2. Remedios judiciales: modificación y extinción del contrato

El planteamiento común de las diferentes normas y modelos que se ocupan de la incidencia de causas imprevisibles en el contrato es la consideración de que, en ciertas circunstancias, puede no ser razonable exigir a la parte perjudicada el cumplimiento del contrato⁹⁷.

En las exposiciones doctrinales acerca de la cláusula *rebus* existe un debate acerca de si es preferible la extinción del contrato o, como sostiene la mayoría de la doctrina⁹⁸, su modificación. En las propuestas españolas, el art. 1213 PMCC, que sigue el modelo alemán⁹⁹, opta de manera preferente por la adaptación al permitir a la parte perjudicada pedir la revisión del contrato “y si ésta no es posible o no puede imponerse a una de las partes”, podrá aquella pedir su resolución. Pero añade la norma proyectada que “la pretensión de resolución sólo podrá ser estimada cuando no quepa obtener de la propuesta o propuestas de revisión ofrecidas por cada una de las partes una solución que restaure la reciprocidad de intereses del contrato”.

⁹⁴ Lo hace notar SALVADOR (2011), p. 8, quien advierte que un juez experto puede conocer mejor que el consumidor las contingencias típicas y extraordinarias del contrato.

⁹⁵ En este sentido, SALVADOR (2011), p. 8; CARRASCO (2010), p. 1022.

⁹⁶ Por todos, CARRASCO (2010), p. 1030.

⁹⁷ Por ejemplo, en el DCFR: “resulta tan oneroso que sería manifiestamente injusto seguir exigiendo su cumplimiento al deudor”; en la PMCC: “no le sea razonablemente exigible que permanezca sujeto al contrato”.

⁹⁸ Sobre ello, por todos, DE AMUNÁTEGUI (2003), pp. 285 ss.

⁹⁹ Conforme al § 313 puede exigirse la adaptación del contrato y solo si no es posible o no es exigible a una parte una adaptación del contrato, la parte perjudicada puede resolver el contrato.

En realidad, estos remedios no son adecuados de forma indistinta para los casos de frustración del propósito negocial y de mayor onerosidad. Será difícil imaginar una modificación del contrato si lo que sucede es que una de las partes ya no tiene interés en recibir la prestación (por ejemplo, admitiendo que no fuera riesgo contractual asumido por la parte perjudicada, lo que dependerá de cada caso concreto, en todos los supuestos de falta de concesión de licencias para construir, recalificaciones urbanísticas, agotamiento de la capacidad extractiva de la finca en la que el arrendatario extraía el mineral, etc.). Lo que intentará la parte para la que el contrato ha perdido interés es desvincularse y no verse obligada a cumplir la prestación que a su vez le incumbe (o que se le restituya lo que pagó). Esto es lo que puede conseguirse ya en nuestro ordenamiento con el recurso a los criterios de interpretación del contrato (en esencial, la reciprocidad contractual del art. 1289 CC) y la identificación de una condición resolutoria, implícita en su caso¹⁰⁰.

En los supuestos de mayor onerosidad, en cambio, sí puede discutirse qué solución es preferible y qué criterios deben valorarse para adoptar en cada caso la modificación o la resolución del contrato, y con qué efectos en cada caso.

La dificultad de construir una regla general en la que se establezca un remedio unitario para todos los grupos de hipótesis que pueden tener lugar en la realidad explica que en algunos textos la adaptación del contrato o ponerle fin se mencionen flexiblemente como alternativas que puede adoptar el juez en el caso de que las partes no hayan negociado previamente una solución diferente.

Arts. 6.2.3 PICC (pero solo si es “razonable”), 6.1.1 PECL, 89.2 CESL, III-1:110 DCFR: el juez podrá modificar o extinguir.

No se establece preferencia tampoco en el art. 6:258 del Código civil holandés (“the court may change the legal effects of that agreement or it may dissolve this agreement in full or in part”). En las propuestas españolas, el art. 416-2 ATCM tampoco establece preferencia expresa por la adaptación del contrato o su extinción.

A pesar de la aparente neutralidad de la ley 493 de la Compilación navarra, la doctrina que la comenta considera preferible la modificación equitativa de la obligación y solo si ello no es factible admite la resolución (respetando, eso sí, el principio dispositivo que rige nuestro Derecho) ¹⁰¹.

En ninguno de los modelos, sin embargo, se presenta la resolución y la modificación como opciones cuya elección corresponda al perjudicado a diferencia, por ejemplo, de la opción que se ofrece en caso de incumplimiento a quien ha cumplido o está dispuesto a cumplir (cfr. art. 1124

¹⁰⁰ CARRASCO (2010), pp. 1024 a 1029. Explica igualmente ORDUÑA que la frustración de la finalidad del contrato, cuando esta depende de una causa concreta que deviene imposible de alcanzar, impone la resolución del contrato, pues la causa concreta que da sentido al contrato opera como condición resolutoria, sin que quepa recurrir a la cláusula *rebus*: en ORDUÑA/VELENCOSO (2013), pp. 282-283.

¹⁰¹ En este sentido, MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C. (2000), “La revisión de las obligaciones por alteración sobrevenida esencial de las circunstancias en el Fuero Nuevo”, Revista Jurídica de Navarra, 30, p. 58.

CC).

Con todo, las experiencias del Derecho comparado son diversas:

- En algunos sistemas se opta claramente por la extinción y se excluye que el juez pueda modificar el contenido de un contrato. Así, el Derecho anglosajón es reacio a la modificación contractual y tanto los casos de *frustration* como los de *impracticability* acarrean la extinción¹⁰². La sustitución del concepto tradicional de la *impossibility* por el de *impracticability*, que incluye "extreme and unreasonable difficulty, expense, injury or loss" para una de las partes, se justifica en la dificultad de afirmar que algo realmente es imposible, pero no da lugar a una diferencia en las soluciones de *discharge* (que es, igualmente, la solución para los casos de *frustration of purpose*).

El Restatement (second) habla de "extreme or unreasonable difficulty, expense, injury or loss..." (Rs. 2d, *Contracts*, §261 cmt. 2). En el UCC se dice que un incremento de los costes no es excusa para el cumplimiento, "unless the rise in cost is due to some unforeseen contingency which alters the essential nature of the performance" (UCC § 2-615 cmt. 4) ¹⁰³.

- En un sistema jurídico continental como el francés también existen fuertes reticencias hacia la modificación judicial, de modo que la jurisprudencia ha venido rechazando esta posibilidad y en las propuestas de modificación del Derecho de contratos elaboradas recientemente no se termina de dar el paso de reconocer al juez la facultad de modificar el contrato, lo que solo es posible si las dos partes, de acuerdo, lo solicitan.

Así, en el art. 1135-3 del *projet Catala*, texto muy conservador y fiel a la tradición jurídica francesa, solo se preveía que, si aun negociando de buena fe las partes no llegaban a un acuerdo, cualquiera de ellas podía solicitar la extinción del contrato para el futuro (puesto que el ámbito de aplicación de la regla se preveía para "les contrats à exécution successive ou échelonnée").

Las propuestas de reforma del profesor TERRÉ, más abiertas a los proyectos europeos de modernización del Derecho de contratos, sí contemplaban de manera expresa la adaptación judicial del contrato de acuerdo con los intereses legítimos de las partes (art. 92), pero no debe pasarse por alto que se trata de un trabajo académico de alcance meramente privado.

En el Projet de la Chancellerie de 2009, a falta de acuerdo, el juez puede extinguir el contrato, pero no modificarlo y, parecidamente, en los trabajos prelegislativos publicados en el año 2013 (art. 104 del *Avant-projet de Réforme du Droit des contrats*); en la propuesta de art. 1196 publicada en 2015 se prevé que en caso de fracaso de las negociaciones, de mutuo acuerdo, las partes soliciten del juez la modificación

¹⁰² TREITEL (2010), pp. 925 ss., especialmente, pp. 972 ss.

Explícitamente sugiere la necesidad de abandonar la rigidez del Derecho inglés MCKENDRICK (2012), pp. 742 ss., especialmente p. 748, tras constatar que las partes que quieran que sea posible adaptar su contrato al cambio de circunstancias sobrevenidas deberán introducir una cláusula en su contrato que así lo prevea.

¹⁰³ KNAPP/CRYSTAL/PRINCE (2007), pp. 684 ss.; FARNSWORTH (2004), p. 642; PERILLO (2009), pp. 458 ss. (que expone, por contraste al Derecho estadounidense, algunos Derechos europeos y los PICC, a los que considera exponente del Derecho del siglo XXI).

del contrato y, en otro caso, cualquiera de ellas puede pedir al juez que ponga fin al contrato¹⁰⁴.

- En Derecho italiano, el art. 1467 CC 1942 forma parte de una sección sobre “excesiva onerosidad” que, junto a la resolución por incumplimiento y la imposibilidad sobrevenida integran un capítulo titulado “Della risoluzione del contratto”, porque se entiende que los acontecimientos sobrevenidos ponen en cuestión el necesario sinalagma contractual que impide el mantenimiento del contrato¹⁰⁵.

Aun cuando se contempla la posibilidad de proceder a una equitativa modificación de las condiciones del contrato, no se atribuye al juez tal facultad. Ni siquiera está legitimado para solicitarla el deudor perjudicado por la mayor onerosidad, que solo puede solicitar la resolución: es la otra parte quien puede evitar la resolución ofreciendo modificar “equamente” las condiciones del contrato.

No existe, por tanto, un modelo consolidado en Derecho comparado que permita afirmar que, en caso de cambio de circunstancias, el juez puede proceder a modificar el contrato.

En mi opinión, la razón que explica la reserva y la desconfianza a la hora de atribuir amplias facultades a jueces y tribunales es doble: de un lado, el respeto a las consecuencias que derivan del principio tradicional *pacta sunt servanda* pero, también, la dificultad de reescribir un contrato sin contar con la voluntad de ambas partes contratantes. En última instancia porque, como sugieren las propuestas francesas o las normas italiana y alemana, pero todas con técnicas diferentes, no resulta razonable imponer a la otra parte que se mantenga en un contrato con un contenido que puede no interesarle. En este sentido, el art. 1213 PMCC descarta la modificación que “no puede imponerse a una de las partes” (expresión que, por lo demás, evoca criterios de buena fe objetiva).

La modificación del contrato es presentada en las propuestas armonizadoras como un mal menor, que enlaza con el principio de conservación del contrato¹⁰⁶. Desde esta perspectiva, admitidas las ventajas que para la sociedad deriva de la fuerza obligatoria del contrato, la modificación sería una garantía de la pervivencia contractual: el vínculo no implicaría necesariamente su fijezza y, por el contrario, la adaptación del contrato a circunstancias sobrevenidas vendría exigida tanto por razones de justicia como de utilidad económica y social. Los contratos subsistirían, a pesar del cambio de circunstancias, pero adaptados a ellas. De alguna manera ello implica un cambio en el concepto de contrato: no solo se admite su formación

¹⁰⁴ Art. 1196. – *Si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant. Elle continue à exécuter ses obligations durant la renégociation.*

En cas de refus ou d'échec de la renégociation, les parties peuvent demander d'un commun accord au juge de procéder à l'adaptation du contrat. A défaut, une partie peut demander au juge d'y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe.

¹⁰⁵ Vid. G. ALPA (2011), p. 630; F. RUSCELLO, *Istituzioni di Diritto Privato. Le obbligazioni. I Contratti. L'impresa*, Giuffrè Editore, p. 197; F. MACARIO (2009), pp. 1202 ss.

¹⁰⁶ En las propuestas armonizadoras la resolución no se contempla como el remedio principal ni siquiera en caso de incumplimiento: art. 9:301 PECL, art. 7.3.1 PICC, art. III.-3:501 y 502 DCFR.

progresiva (tratos previos, cartas de intenciones, negociaciones...) sino también su renegociación continua y, a falta de acuerdo, su revisión por el juez¹⁰⁷.

En sentido parecido, explican los comentarios al Borrador del Marco Común de Referencia (DCFR) que una modificación puede hacerse de varias formas: una prórroga del plazo para el cumplimiento, un aumento o reducción del precio o un aumento o reducción en lo que haya de suministrarse. Sin embargo, se añade, las modificaciones deben limitarse únicamente a hacer la obligación razonable y equitativa en las nuevas circunstancias. No sería razonable y equitativo que la orden judicial tuviera el efecto de introducir una nueva excesiva onerosidad o injusticia¹⁰⁸.

La adaptación del contrato se hace “con miras a restablecer su equilibrio” (art. 6.2.3 PICC), “de manera que las pérdidas y ganancias resultantes de ese cambio de circunstancias se distribuyan entre las partes de forma equitativa y justa” (art. 6.1.1 PECL), adecuándolo “a lo que las partes habrían razonablemente acordado en el momento de su celebración si hubieran tenido en cuenta el cambio en las circunstancias” (art. 89.2 CESL).

Las dificultades prácticas del alcance de la modificación¹⁰⁹ permiten dudas, sin embargo, del acierto de que un tercero, aunque sea el juez, modifique el contenido de las obligaciones de las partes prescindiendo de su voluntad. Para el Derecho italiano, donde la modificación puede proponerla la contraparte para impedir la resolución del contrato solicitada por la parte perjudicada por el cambio de circunstancias, la doctrina y la jurisprudencia identifican la modificación equitativa con la que mantendría el contrato en el “alea normale del contratto”: es decir, con el límite de lo que excluiría una demanda de resolución, porque se entiende que lo que no permite el ordenamiento es la excesiva onerosidad, pero hay una onerosidad tolerable que entra dentro del alea normal de los negocios¹¹⁰. Aunque la solución italiana parece razonable, en ausencia de norma expresa no es fácil precisar el alcance con el que se debe restablecer el equilibrio: ¿lo necesario para reconstruir el que existía antes de la contingencia? ¿solo lo suficiente para que no sufra pérdidas la parte perjudicada?¹¹¹.

Más complejo todavía es calcular los efectos que la modificación de un contrato puede provocar en la economía de las partes. Que la revisión del contrato dependa, como hace el Tribunal Supremo en las sentencias del año 2014 en las que aplica la *rebus*, de la influencia de este contrato

¹⁰⁷ Vid. MALAURIE/AYNES/STOFFEL-MUNCK (2009), p. 352.

¹⁰⁸ VON BAR, CLIVE, SCHULTE-NÖLKE eds. (2007), comentarios E al art. I-3:110, pp. 327 y 328.

¹⁰⁹ Vid. las dudas acerca del alcance del reequilibrio que debe introducir el juez en CARRASCO (2010), p. 1009; ALCOVER (2014), p. 5.

¹¹⁰ Ampliamente, MACARIO (2009), pp. 1215 ss.

¹¹¹ En el caso de la STS, 1^a, 30.6.2014 (RJ 3526) observa R. BERCOVITZ cómo la rebaja del canon que ordena el Tribunal Supremo supone garantizar a la arrendataria un precio de mercado acorde con la nueva situación que le permite no solo no tener pérdidas, sino incluso tener ganancias, porque hay que presumir que las bases del nuevo concurso organizado por la arrendadora para la adjudicación de la explotación, después de que la arrendataria dejara de pagar, tenía que estar calculada de modo que el adjudicatario tuviese algún beneficio, es decir, que la explotación le resultara rentable (en Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, 97, 2015, p. 7).

en la economía del deudor no es razonable, porque ello sugiere que la solución hubiera sido diferente si el mal negocio representara un porcentaje menor en la cifra de negocios de las demandantes.

Aunque pueda parecer más sencillo, tampoco son seguros los efectos de la resolución del contrato en caso de circunstancias sobrevenidas.

En el Derecho italiano, el art. 1467 CC se remite a la regla que prevé los efectos de la resolución por incumplimiento¹¹² y, en principio, podría pensarse que la misma solución es la procedente en Derecho español. Mas los efectos que suelen predicarse de la resolución por incumplimiento no son trasladables directamente a los supuestos de alteración del equilibrio contractual. En los contratos de trato sucesivo la resolución solo tendría lugar para el futuro, sin afectar a las prestaciones ya realizadas¹¹³ –lo que, ciertamente, también se admite en caso de incumplimiento– pero, además, al no haber contratante incumplidor, no cabe exigir el resarcimiento de daños. Queda sin embargo sin prejuzgar qué sucederá con los gastos en que hayan incurrido las partes con vistas al cumplimiento de un contrato que se ha resuelto y de cuyas prestaciones ambos han quedado liberados, aun siendo posible su cumplimiento.

En el Derecho inglés, la Section 1 (2) de la Law Reform (Frustrated Contracts) Act 1943, para los casos en los que es aplicable, atribuye al juez la facultad de distribuir los gastos atendiendo a las circunstancias del caso, como le parezca justo.

“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”¹¹⁴.

La doctrina explica que los tribunales actúan con bastante discrecionalidad al distribuir los gastos entre las partes¹¹⁵, lo que ha dado lugar a una polémica acerca de si esta discrecionalidad no fomenta la inseguridad o si, por el contrario, lo que parece razonable, es la única forma de abordar adecuadamente las peculiaridades de los casos que se presentan en la práctica y que no

¹¹² Art. 1458: retroactivos para las partes, salvo para los contratos de ejecución continuada o periódica, que no afectan a las prestaciones ya realizadas, y sin perjuicio de los derechos de terceros.

¹¹³ Lo dice expresamente el apartado 7 de los comentarios al art. 6.2.2 PICC [UNIDROIT, PRINCIPIOS UNIDROIT SOBRE LOS CONTRATOS INTERNACIONALES 2004, Versión española bajo la dirección de Alejandro A. M. GARRO en colaboración con Hernany Veytia Palomino (Méjico) y juristas provenientes de diversos países de lengua española, Roma, 2004], p. 198.

¹¹⁴ Disponible en <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/Geo6/6-7/40/section/1> (última consulta el 22.3.2015).

¹¹⁵ TREITEL (2010), p. 975.

pueden ser contemplados de modo previo por normas detalladas¹¹⁶.

Enlazando con esta idea, las propuestas de armonización del Derecho privado de contratos atribuyen al juez amplias facultades a la hora de fijar el momento y las condiciones de la extinción, lo que implica reparto de gastos de preparación del cumplimiento entre las partes en atención a las circunstancias, cuando no sea razonable que sean soportados en exclusiva por una de ellas, precisamente en la lógica de que concurren circunstancias extraordinarias que permiten alterar las obligaciones de las partes.

En los comentarios al art. III:1:110 DCFR se dice, por ejemplo, que el tribunal tendrá que fijar el momento en el que tendrá lugar la extinción, teniendo en cuenta la medida en que el cumplimiento ya se ha efectuado. Será este momento el que determine la medida de la restitución que corresponda. El artículo también da poder al tribunal para decretar la extinción con condiciones, por ejemplo disponiendo que se pague una indemnización. También puede ordenar el pago de una cantidad adicional al precio, o de una compensación durante un tiempo limitado y la resolución al finalizar dicho periodo¹¹⁷.

6. Recapitulación conclusiva

En una situación de inestabilidad crónica que afecta a la economía es explicable que se haya suscitado con especial intensidad la exigencia de una adaptación del contrato a las circunstancias de una realidad social, económica y política en movimiento. Pero el problema de la influencia de la alteración de las circunstancias en la vida del contrato no se limita a las épocas de crisis, y de allí la necesidad de precisar los criterios de decisión para modificar o extinguir los contratos de modo que resulte previsible la solución de los conflictos que se planteen.

En la actualidad, existe una inclinación en el Derecho de contratos a introducir valores éticos y a superar una visión del contrato exclusivamente como un programa de las partes para considerarlo más bien como una operación económica en la que se debe realizar la justicia¹¹⁸. En este marco, las propuestas armonizadoras del Derecho de contratos, de las que puede afirmarse que representan las tendencias del Derecho en la vida del contrato, contemplan expresamente la revisión contractual en caso de alteración sobrevenida de las circunstancias en el momento de contratar. Sin embargo, no hay identidad en los detalles de los presupuestos exigidos ni en los efectos que se anudan al contrato en el nuevo escenario de cambio de circunstancias.

Entre los juristas de nuestro entorno jurídico cultural es mayoritaria la opinión que defiende que, en ciertos casos, la falta de previsión por las partes acerca de las consecuencias de un acontecimiento no implica necesariamente que el riesgo sobrevenido deba ser asumido en

¹¹⁶ Un resumen del debate en R. STONE, *The modern Law of contract*, Routledge, London-NY, ninth edition, 2011, pp. 418-419.

¹¹⁷ Comentario E al art. III.-1:110 DCFR, en VON BAR, CLIVE, SCHULTE-NÖLKE eds. (2007), pp. 327 y 328.

¹¹⁸ La reflexión es de G. ALPA, *Le stagioni del contratto*, Il Mulino, Bologna, 2012, p. 150.

exclusiva por la parte a la que perjudica¹¹⁹. Pero, más allá de este consenso mínimo, no existe una única respuesta a la forma en la que debe abordarse el problema de los riesgos no previstos. La diversidad de soluciones adoptadas en los diferentes Derechos y la discrepancia de los autores, dentro y fuera de nuestro país, acerca de la valoración que merecen las decisiones jurisprudenciales concretas que se ocupan de este tipo de problemas (casos de la coronación, Canal de Suez...), muestran que no existe una convergencia en el tratamiento que deben recibir los casos difíciles.

La ausencia de un patrón fuerte que se haya impuesto en las propuestas armonizadoras está conectada precisamente con la falta de una guía única en Derecho comparado, lo que a su vez encuentra explicación en la diferente forma en la que puede justificarse en cada sistema jurídico una norma que contemple la revisión o extinción contractual por cambio en las circunstancias existentes en el momento de contratar. Puesto que se trata de distribuir riesgos contractuales que proceden de circunstancias que las partes no tuvieron en cuenta al contratar, las reglas de revisión o modificación contractual no pueden ser independientes de las normas que en cada sistema regulan el consentimiento y sus vicios, en especial el error, los motivos individuales y las presuposiciones comunes, la exigencia o no de causa como requisito del contrato, así como su consideración exclusiva, en su caso, en la fase de formación del contrato o la admisión de su influencia en la vida del contrato, el papel de la buena fe en la interpretación y en la integración contractual, los remedios frente al incumplimiento, el régimen aplicable en caso de imposibilidad sobrevenida, bien sea definitiva o temporal, etc.

El Código civil español no contiene una disposición general sobre revisión o resolución del contrato por alteración sobrevenida de las circunstancias. Esta situación desaparecería si llegaran a tramitarse y aprobarse el anteproyecto de modificación del Código civil en materia de obligaciones y contratos de 2009 o el anteproyecto de Código mercantil de 2014, puesto que uno y otro contienen, respectivamente, normas sobre “alteración extraordinaria de las circunstancias básicas del contrato” y sobre “excesiva onerosidad del contrato”. Sin embargo, el futuro de ambos textos es muy incierto y, en el momento de escribir este trabajo, ninguno ha llegado a ser presentado como proyecto de ley.

En este contexto, el Tribunal Supremo que, durante años, había venido aplicando la cláusula *rebus* con un carácter excepcional, ha cambiado de manera radical su postura y en dos sentencias del año 2014 ha defendido lo que denomina una aplicación “normalizada” de la figura, que encontraría apoyo en principios codificados, como la buena fe o el principio de comutatividad. El Tribunal Supremo construye una doctrina abstracta y general con apoyo en la doctrina importada de la base del negocio, de la que ya dijo DE CASTRO que era superflua en Derecho español.

En materia de cambio sobrevenido de las circunstancias la experiencia de otros países ha sido, precisamente, la consagración legislativa de previas creaciones jurisprudenciales.

¹¹⁹ Por todos, HONDIUS/GRIGOLEIT (2011), p. 4.

Es el caso de Alemania, después de la primera guerra mundial, la jurisprudencia, con apoyo en el principio de la buena fe y de la doctrina de la desaparición de la base del negocio, abordó el problema de la inflación; aunque después de la segunda guerra mundial una ley se ocupó de la incidencia en las consecuencias económicas en los contratos, la jurisprudencia continuó aplicando su doctrina para los que no quedaban cubiertos por la ley; la doctrina vuelve a experimentar un auge jurisprudencial después de la reunificación¹²⁰.

En Derecho español, indudablemente, la función casacional, al proporcionar criterios de interpretación uniforme y dotar de certeza la aplicación judicial del derecho, también está llamada a desempeñar una función importante en la evolución del Derecho¹²¹, proporcionando al legislador pautas sobre la necesidad de futuras reformas, que atiendan a los problemas detectados como consecuencia de las insuficiencias de las normas. Es difícil de prever, sin embargo, si la doctrina mantenida por el Tribunal Supremo en las dos sentencias de 2014 citadas [(30.6.2014 (RJ 3526) y 15.10.2014 (RJ 6129)], y que cuentan con el mismo ponente, se mantendrá en otros casos.

Posteriormente, otras resoluciones del Tribunal Supremo se han vuelto a pronunciar sobre la cláusula *rebus*, sin que en ninguno de los casos conocidos en el momento de redactar estas líneas haya aceptado su aplicación¹²². Pero son resoluciones poco significativas, porque o bien se razona indiscriminadamente sobre la fuerza mayor y la cláusula *rebus*¹²³; o se trata, no de una sentencia, sino de un Auto de inadmisión de un recurso de casación¹²⁴; o de una sentencia que, dando por buena la "aplicación normalizada" de la *rebus* en la jurisprudencia, descarta pronunciarse sobre la falta de acierto de su juego, tal y como pretendía la recurrente, porque realmente la Audiencia no la aplicó en el caso concreto¹²⁵.

¹²⁰ Ampliamente, con exposición de doctrina y jurisprudencia, MARKESINIS/UNBERATH/JOHNSON (2006), pp. 319-348; también en BEALE (2010), pp. 1138 ss.

¹²¹ A este fenómeno se refiere la doctrina con el término de "depuración" de la jurisprudencia. Por todos, LALAGUNA, E., *Jurisprudencia y fuentes del Derecho*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1969, pp. 265 y ss.

¹²² Lo que ha permitido a Álvaro LUNA y María XIOL BARDAJÍ formular la siguiente pregunta: "*Rebus sic stantibus*: ¿Un paso atrás?" [es el título de su trabajo "Comentario a la STS, 1^a, 15.10.2014 (Ar. 6129) y a la jurisprudencia posterior de la Sala Primera del Tribunal Supremo sobre la regla *rebus sic stantibus*", InDret 2/2015].

¹²³ Es lo que ocurre en la STS, 1^a, 11.12.2014 (RJ 6374; MP: Francisco Javier Arroyo Fiestas), a pesar de que sí se realiza (*obiter dicta*) la importante afirmación de que la crisis financiera ocurre dentro del círculo de las actividades empresariales. En el FJ5 de la sentencia puede leerse: "Se alegó la existencia de fuerza mayor (art. 1105 CC), dadas las circunstancias financieras y del mercado inmobiliario ("rebus sic stantibus"), sin embargo no concurre una desproporción exorbitante en la prestación, ni aumento extraordinario de la onerosidad. *El problema de la crisis financiera es un suceso que ocurre en el círculo de sus actividades empresariales, que no puede considerarse, imprevisible o inevitable (fuerza mayor)*".

¹²⁴ Se trata del ATS, 1^a, 28.1.2015 (JUR 39330; MP: Francisco Marín Castán), que inadmite por falta de interés casacional el recurso del vendedor que alegaba la cláusula *rebus* porque no obtuvo financiación para la adquisición.

¹²⁵ STS, 1^a, 13.3.2015 (RJ 1131): "El Tribunal opta por estimar la resolución del contrato por incumplimiento irregular de su obligación por la parte demandada y, por ende, *huelga traer a colación toda la doctrina de la Sala al respecto* extensamente recogida y sistematizada en la sentencia de 30 de junio de 2014, Rc. 2250/2012 (RJ 2014, 3526), que plantea una tendencia a la aplicación normalizada de esta figura, reconocible ya en las sentencias de 17 (RJ 2013, 1819) y 18 de enero de 2013 (números de sentencia 820 (RJ 2013, 1604) y 822/2012, respectivamente)".

Las sentencias que se refieren a la dificultad de obtener financiación para cumplir las obligaciones de una compra de inmuebles constituyen en la jurisprudencia un grupo especial de casos: tanto en las anteriores¹²⁶ como en las posteriores a las SSTS, 1^a, 30.6.2014 (RJ 3526) y 15.10.2014 (RJ 6129), el Tribunal Supremo ha afirmado, genéricamente, pero sin admitirlo en el caso resuelto, que la imposibilidad de obtener financiación para la adquisición de un inmueble podría dar lugar según las circunstancias a la aplicación de la cláusula *rebus; lo que* se defiende en las sentencias posteriores a las dos SSTS, 1^a, 30.6.2014 (RJ 3526) y 15.10.2014 (RJ 6129) -que, como hemos venido repitiendo, pretenden construir la "configuración plenamente normalizada" de la *rebus*- es que no aplicar en los casos concretos que se resuelven la citada doctrina no es incompatible con esa jurisprudencia "normalizadora", sino más bien aplicación de sus criterios.

Así, en la STS, 1^a, 30.4.2015 (RJ 2019; MP: Rafael Saraza Jimena) se afirma que: "La STS, 1^a, 30.6.2014 (3526), estableció como otro de los criterios a tomar en consideración para aplicar la doctrina "rebus sic stantibus" por cambio de circunstancias lo que denominó el «riesgo normal inherente o derivado del contrato», esto es, los riesgos asignados al cumplimiento del contrato ya por su expresa previsión, ya por su vinculación con los riesgos propios que se deriven de la naturaleza y sentido de la relación obligatoria contemplada en el contrato"¹²⁷.

La STS, 1^a, 24.2.2015 (RJ 1409; MP: Francisco Javier Orduña Moreno), aunque niega que sea aplicable en el caso, afirma también que ello es coherente con la "configuración plenamente normalizada de la cláusula" y con las SSTS, 1^a, 30.6.2014 (RJ 3526) y 15.10.2014 (RJ 6129) que formulan esta "moderna configuración de la *rebus*". Se puede leer en la sentencia que: "Aunque la reciente doctrina jurisprudencial de esta Sala haya resaltado el cambio progresivo en la configuración tradicional de esta figura, particularmente instalada en un marco de aplicación sumamente restrictivo y excepcional, por una caracterización más flexible y adecuada a su naturaleza, no por ello se ha prescindido de su prudente y moderada aplicación derivada tanto de la exigencia de su específico y diferenciado fundamento técnico, como de su necesaria concreción funcional en el marco de la eficacia causal del contrato. En segundo lugar, y consecuentemente con lo anteriormente indicado, hay que puntualizar que la concreción funcional y aplicativa de la cláusula *rebus* se realiza, de un modo objetivado, en atención, principalmente, a la incidencia o alcance que presente el cambio de circunstancias respecto de la asignación contractual del riesgo derivado y del mantenimiento de la base del negocio"¹²⁸.

¹²⁶ Las ya citadas SSTS, 1^a, 17.1.2013 (RJ 1819) y 18.1.2013 (RJ 1604) (vid. apartado 2 de este trabajo).

¹²⁷ En el caso, afirma la STS, 1^a, 30.4.2015 (RJ 2019): "Tratándose de una compra claramente especulativa, a la posibilidad de una ganancia rápida y sustancial, consecuencia de la rápida subida que venían sufriendo los precios de las viviendas, correspondía lógicamente un riesgo elevado de que se produjera un movimiento inverso. Acaecido tal riesgo, no puede pretender el contratante quedar inmune mediante la aplicación de la doctrina *rebus sic stantibus* y trasladar las consecuencias negativas del acaecimiento de tal riesgo al otro contratante. Una aplicación en estos términos de la doctrina *rebus sic stantibus* sería contraria a la buena fe, que es justamente uno de los pilares en los que debe apoyarse la misma".

El TS considera relevante que el recurrente se dedicara habitualmente a comprar y vender viviendas sobre plano y obtener beneficios como consecuencia del rápido incremento de precio que se producía en esa época. No es admisible en Derecho, dice el Tribunal, que el recurrente pretenda, tras haberse beneficiado de la espiral en la subida del precio de la vivienda que le permitió obtener importantes ganancias mediante operaciones especulativas, que sea el promotor inmobiliario quien cargue con las pérdidas cuando tal espiral se ha invertido y los precios, tal como subieron, han bajado.

¹²⁸ En el caso, se rechaza por el Tribunal que la crisis económica determinase la quiebra de la base económica de la relación contractual (frustración) porque sigue siendo viable el proceso de urbanización; se descarta también la excesiva onerosidad de la prestación derivada del cambio de circunstancias porque la parte no ha acreditado el significativo incremento del coste de la prestación ni tampoco el envilecimiento del valor de la contraprestación

Las afirmaciones del Tribunal Supremo, en mi opinión, apuntan, más que a una rectificación de su doctrina, a una confirmación de la inconveniencia de una formulación general de la cláusula. Porque, como ya ha quedado apuntado en este trabajo desde el principio, si la doctrina de la cláusula *rebus* se construye sobre la finalidad económica expresamente prevista o derivada de su naturaleza, sobre el análisis de la equivalencia de las prestaciones, sobre la finalidad prevista por una parte y no rechazada por la otra y sobre el riesgo “normal” del contrato, es a estos criterios a los que en cada caso, en el detalle de las circunstancias concretas, hay que atender, sin que la cláusula general resulte de aplicación ni, por tanto, de utilidad.

En las SSTS, 1^a, 30.6.2014 (RJ 3526) y 15.10.2014 (RJ 6129) se resuelve, exclusivamente, acerca de si la falta de previsión de una cláusula de revisión del precio a la baja en caso de que una de las partes tuviera menos ingresos implica o no, ante una situación de crisis calificada como imprevisible, que deba asumir ella sola las consecuencias negativas de su negocio. No hay doctrina jurisprudencial sobre otros casos, por mucho que las sentencias contengan una exposición teórica sobre la *rebus*. Este dato es importante para precisar el impacto de las sentencias.

En efecto, el precedente, como afirmó con razón Luis Díez-Picazo, no es nunca una anterior manifestación del Tribunal: el verdadero precedente judicial es siempre un caso ya decidido¹²⁹. En consecuencia, los tribunales inferiores, y el propio Tribunal Supremo, deberán en el futuro analizar minuciosamente la proximidad entre el caso que deban resolver y los ya decididos, apreciando si la cuestión jurídica planteada, aun cuando sean diferentes los casos concretos, es la misma. Hay otros supuestos de alteración de las circunstancias que son ajenos a esta jurisprudencia, como los derivados de aumento de los costes de producción (y que, según el contrato de que se trate pueden corresponder a la parte profesional sobre la que recaen, que pudo comprar más materia antes de que subieran los precios, por ejemplo) o como los derivados de la desaparición de la presuposición común de las partes al contratar (que, aun en el caso de ser verdaderamente común y compartida, raramente daría lugar a una modificación del contrato, que no interesaría a la parte perjudicada). El Tribunal Supremo no ha podido crear una norma de alcance general sobre la *rebus*, sobre todos los supuestos imaginables.

Por lo demás, la argumentación del Tribunal Supremo, más allá de la discrepancia acerca de si, en los casos resueltos, incumbía o no a las demandantes el riesgo de la reducción de ingresos, merece un reproche más general. Y es que, en la teoría abstracta que crea el Tribunal Supremo, se oscurecen las razones de las decisiones adoptadas.

Admitiendo que la crisis fuera imprevisible y que no eran ni contractual ni legalmente de cuenta

“que, conforme a su configuración como riesgo empresarial, dependerá del contexto económico que acompañe al desarrollo urbanístico, pleno y definitivo, que se realice de este sector estratégico de la ciudad”. Se rechaza así la aplicación de la cláusula invocada por la compradora de unas fincas rústicas que pretendía justificar su incumplimiento con el argumento de que las expectativas de desarrollo urbanístico de la zona se vieron alteradas por el rigor de la crisis económica y la caída del valor de los inmuebles.

¹²⁹ DÍEZ-PICAZO, L., *Estudios sobre la jurisprudencia civil*, 2^a edición, Madrid, Editorial Tecnos, 1973, vol. I, p. 11.

de la parte perjudicada la disminución del rendimiento (lo que es más que discutible, como se ha explicado ya), la solución de la rebaja de la prestación que alcanza el Tribunal Supremo pudo obtenerse de una manera más sencilla, y más ajustada al Derecho positivo, mediante la doctrina puramente española de la eficacia continuada de la causa (art. 1274 CC). O con el argumento de que las partes compartieron en el momento de celebrar el contrato el error de creer que la economía seguiría creciendo de modo que, siendo falso ese presupuesto, falló la causa concreta que las partes tuvieron en cuenta al contratar: que ambas se lucrarían crecientemente de beneficios.

A la misma solución se hubiera podido llegar –admitiendo, insisto, lo que es discutible, que la crisis verdaderamente era imprevisible y que no había otras razones para creer que los riesgos sobrevenidos corrían de cargo de una de las partes– argumentando que el contrato adolecía de una laguna, pues no se previó la pérdida del volumen de negocio publicitario u hotelero: detectada una laguna, procedería integrarla con arreglo a los principios de mayor reciprocidad y buena fe que consagran los arts. 1258 y 1289 CC.

La doctrina creada por el Tribunal Supremo, tal y como se formula, genera además la duda en otros posibles supuestos de distribución de riesgos. Así, por ejemplo, la insistencia jurisprudencial en la idea de comutatividad da a entender que quedaría excluida toda posibilidad de revisión de las obligaciones unilaterales, lo que puede no ser razonable¹³⁰.

En particular, en las propuestas armonizadoras europeas cuyo ámbito de aplicación abarca todo el Derecho de contratos, y no solo las relaciones comerciales, se ha advertido de la injusticia de exigir el cumplimiento de prestaciones asumidas gratuitamente en atención a circunstancias existentes en el momento del nacimiento de la obligación pero que después sufren una modificación¹³¹. En estos casos, en mi opinión, no hay razón para prescindir del contexto en el que se hizo la promesa, que forma parte de la misma, por lo que condicionaría su exigibilidad o la necesidad de su revisión (en vía interpretativa, el art. 1289 CC, para los actos gratuitos inclina a la menor onerosidad, y es generalizable la regla que inspira el art. 100 CC en las obligaciones de contenido equiparable al alimenticio, con independencia de que sean o no a título gratuito).

De manera más amplia, en los contratos con obligaciones a cargo de una sola de las partes, donde no puede hablarse de comutatividad, tampoco hay razón para negar que concurran causas que permitan alterar las condiciones de la prestación (atendiendo a “justos motivos”, como prevé el art. 1776 CC para el depositario, en una regla que solo tiene plena justificación cuando el depósito

¹³⁰ El art. 1468 CC italiano, por el contrario, permite expresamente la reducción de la prestación o una modificación equitativa de la modalidad de ejecución en el caso de contratos con obligaciones para una sola de las partes.

¹³¹ En los comentarios al art. III.-1:110 DCFR se señala que puede haber una razón de más peso para incluir dichas obligaciones, en especial si se asumen a título gratuito. Se propone el ejemplo de quien se compromete a pagar los estudios universitarios de su sobrina cuando es una niña y, llegado el momento, han desaparecido todas las ayudas públicas y el promitente, que está jubilado, debería vender su vivienda para cumplir su obligación. Vid. comentario B al art. III.-1:110 DCFR, en VON BAR, CLIVE, SCHULTE-NÖLKE (2007), pp. 324-325.

es gratuito; o atendiendo a la concurrencia de circunstancias que provoquen un “grave detrimiento” para una de las partes si cumple, como prevé el art. 1736 CC para el mandatario).

Finalmente, la generalidad con la que se presenta la doctrina del Tribunal Supremo en las sentencias de 2014 que aplican la *rebus* y la normalidad que se atribuye a su aplicación, con apoyo en la buena fe y la comutatividad, principios tan codificados, se dice, como la autonomía de la voluntad, enmascaran que, en todo caso, la regla general debe ser el cumplimiento de las obligaciones, también cuando al deudor le resulte más oneroso, tal y como hemos visto se recoge en las propuestas de armonización más modernas del Derecho de contratos. Por razones de seguridad jurídica, clave en el desarrollo económico, resulta imprescindible agotar los recursos de distribución del riesgo de cada contrato según su naturaleza y según la ley, de modo que para plantear la necesidad de una revisión de lo pactado pueda sostenerse que el riesgo sobrevenido que perjudica a una parte no debe quedar a su cargo.

La experiencia de otros ordenamientos en los que está consagrada una norma que permite al juez modificar el contrato muestra que no se ha producido una quiebra de la seguridad jurídica¹³², por lo que no existen motivos para oponerse a una reforma del Derecho español que introdujera una norma en este sentido. Pero esta tarea legislativa exige una delimitación de los supuestos que se desean contemplar, lo que constituye una opción de política legislativa. Además, y por coherencia del sistema, en mi opinión, una norma semejante debería excluir de su ámbito los supuestos que gozan ya de un régimen propio y limitarse a aquellos en los que la asignación de riesgos no pudiera resolverse con criterios de interpretación e integración del contrato.

Mención especial debe hacerse, en particular, a la atención que en la doctrina y en las propuestas armonizadoras se presta a los contratos de larga duración, por ser este el ámbito en el que el cambio de circunstancias estaría llamado a provocar una mayor incidencia. También en este contexto una norma sobre mayor onerosidad o frustración debería coordinarse con otro tipo de consideraciones y de reglas, como las que tienden a reconocer un derecho de desistimiento en los contratos indefinidos así como, cuando concurre una justa causa, en los de duración determinada¹³³. En estos casos no se termina de ver la razón que pueda justificar que una parte deba quedar vinculada en un contrato de trato sucesivo que es modificado contra su voluntad,

¹³² Insiste en este argumento la doctrina francesa favorable a la modificación de su ordenamiento: D. MAZEAUD, *Rapport français. La révision du contrat*, 38 pp., Association Henri Capitant (Journées de Brésil, 2005, <http://henricapitant.org>); B. FAUVARQUE-COSSON, “The French Contract Law Reform in a European Context”, ELTE Law Journal, 2014, pp. 59 ss. (accesible en <http://elteawjournal.hu/>).

¹³³ En el mismo modelo alemán, en el precepto que regula la alteración de la base del negocio, se establece que, para las relaciones duraderas, en lugar del derecho de resolución rige el derecho de denuncia (último inciso del § 313) y el § 314 se ocupa de la denuncia de las relaciones duraderas por un motivo relevante sin observar un plazo. Para los contratos indefinidos el art. 416-1 ATCM prevé la extinción previa notificación en un tiempo razonable, y resulta ya en la actualidad del art. 1705 CC, del que cabe inducir una regla general. Para los contratos de colaboración por tiempo determinado cabe alegar “justo motivo” para poner fin al contrato (art. 1707 CC para la sociedad). Es una tendencia en la que se inspiraba, por ejemplo, el fallido Proyecto de Ley de Contratos de Distribución (BOCG de 29 de junio de 2011, Congreso de los Diputados, IX Legislatura, 121/000138), cuyos arts. 22 y 23 preveían la extinción del contrato por justa causa en los contratos a tiempo determinado y por denuncia unilateral con preaviso en los contratos de tiempo indefinido.

salvo que su oposición constituya abuso de derecho en atención a las circunstancias concurrentes (las inversiones de la otra parte con vistas al cumplimiento del contrato, por ejemplo).

La redacción de una norma general sobre las consecuencias sobre los contratos del cambio de circunstancias se enfrenta por tanto a la dificultad de la delimitación de los grupos de supuestos que se plantean casuísticamente en la realidad, así como a la imposibilidad de adoptar una solución única para todos ellos. La tarea, ardua para el legislador, es impropia de los tribunales, a quienes no corresponde enunciar una regla con pretensión de aplicación a todos los contratos.

Frente a ello, resulta preferible que abogados y tribunales procedan a una distribución de los riesgos sobrevenidos en atención a la interpretación e integración que resulte adecuada a la calificación, naturaleza y contenido de las cláusulas pactadas en cada contrato.

En ausencia de renegociación por las partes y de norma que disponga otra cosa, la imprevisión grave debe abordarse, cuando se den los respectivos presupuestos, mediante los remedios contractuales que ofrece el ordenamiento en materia de consentimiento y sus vicios, en especial el error, los motivos individuales (que serán irrelevantes) y las presuposiciones comunes (que pueden jugar como condición tácita), la exigencia de causa como requisito del contrato y su influencia en la vida del mismo, el papel de la buena fe en la interpretación y en la integración contractual, los remedios frente al incumplimiento, el régimen aplicable en caso de imposibilidad sobrevenida (extinguida una obligación por imposibilidad, desaparece el sinalagma), bien sea definitiva o temporal, etc.

7. Tabla de jurisprudencia citada

Tribunal Supremo

<i>Tribunal, Sala y Fecha</i>	<i>Ar.</i>	<i>Magistrado Ponente</i>	<i>Partes</i>
STS, 1 ^a , 16.10.1989	6927	Pedro González Poveda	<i>Naviera Aznar, S.A. c. Banco Hipotecario de España S.A.</i>
STS, cont., 27.12.1990	10151	Benito S. Martínez Sanjuán	<i>D.y C. S.A. c. Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo</i>
STS, 1 ^a , 4.7.1991	5325	Jaime Santos Briz	<i>Investrónica S.A. c. Indescomp, S.A. (después, Amstrad España, S.A.)</i>
STS, 1 ^a , 4.7.1996	5881	Alfonso Barcalá Trillo-Figueroa	<i>Javier C.C. y M. Teresa S.Q. c. Gabrielsa S.A.</i>
STS, cont., 19.1.1998	322	Manuel Vicente Garzón Herrero	<i>Sociedad General de Obras y Construcciones S.A. c. Administración General de Estado</i>
STS, 1 ^a , 17.11.2000	9343	Alfonso Villagómez Rodil	<i>Valdelecina Minera, S.A. (Valmisa) c. Empresa Nacional de electricidad (Endesa)</i>
STS, 1 ^a , 11.11.2003	8290	Antonio Romero Lorenzo	<i>Edificaciones de Lanzarote, Bungalows y Apartamentos, S.A. c. Hermanos Santana Cazorla, S.L.</i>

STS, 1 ^a , 22.4.2004	2673	Pedro González Poveda	Marco Antonio c. Habitat Montseny, S.L.
STS, 1 ^a , 9.10.2006	6463	Vicente L. Montés Pedadés	Gerardo y M. Virtudes c. Cenarco S.L., Raúl y Jaime
STS, cont., 4.6.2008	6035	Santiago Martínez-Vares García	UTE Puerto de Béjar c. Ministerio de Fomento
STS, cont., 16.6.2009	5783	Celsa Pico Lorenzo	Givasa S.A. c. Ministerio de Fomento
STS, cont., 10.11.2009	2010, 1713	Antonio Martí García	UTE Venta del Alto c. Ministerio de Fomento
STS, 1 ^a , 30.3.2010	2538	José Ramón Ferrández Gabriel	Lantero S.A. c. Banco Santander Central Hispano, S.A.
STS, 1 ^a , 21.7.2010	3897	Antonio Romero Lorenzo	Eulalio c. Cornelio
STS, 1 ^a , 14.6.2011	4530	Juan Antonio Xiol Ríos	Familiar Alesla S.L. c. Promoserfra S.L.
STS, 1 ^a , 27.4.2012	4714	Román García Varela	El Corte Inglés S.A. c. Fapemar S.A.
STS, 1 ^a , 8.10.2012	9027	Francisco Javier Arroyo Fiestas	Sogevalpa S.L. c. Joaquín y Ana María
STS, 1 ^a , 8.11.2012	2013, 2402	Francisco Javier Orduña Moreno	Jesús M. y M. Antonieta c. 3C Ceña Minguez, S.L.
STS, 1 ^a , 14.11.2012	2013,2275	Francisco Javier Orduña Moreno	Julia, Lorenzo y Severiano c. Rabanella S.L.
STS, 1 ^a , 16.1.2013	3254	Francisco Javier Arroyo Fiestas	Juan Antonio y Amanda c. Fiteni S.A.
STS, 1 ^a , 17.1.2013	1819	Francisco Marín Castán	Ángel y Juan Pablo c. Hogar y Jardín S.A.
STS, 1 ^a , 18.1.2013	1604	José Ramón Ferrández Gabriel	Benita e Isidro c. Hogar y Jardín S.A.
STS, 1 ^a , 12.4.2013	3385	Francisco Javier Arroyo Fiestas	Urbem S.A. c. Fermina
STS, 1 ^a , 26.4.2013	3268	Xavier O'Callaghan Muñoz	Barneto Borrallo PYC S.L. c. INONSA S.L.U.
STS, 1 ^a , 3.5.2013	4610	Sebastián Sastre Papiol	Inter Robótica S.A. c. Talleres Negarra S.A.
STS, 1 ^a , 29.10.2013	8053	José Ramón Ferrández Gabriel	M. Polo S.L. c. Banco Santander Hispano, S.A.
STS, 1 ^a , 5.11.2013	7861	José Antonio Seijas Quintana	Vanesa y Jesús Ángel c. Prohefer XXI S.L.L.
STS, 1 ^a , 27.11.2013	7874	José Ramón Ferrández Gabriel	Etembue S.L. c. Promociones Domus Soria S.L.
STS, 1 ^a , 30.6.2014	3526	Francisco Javier Orduña Moreno	Promedios, Exclusivas de Publicidad, S.L. c. Empresa Municipal de Transportes de Valencia S.L.U.
STS, 1 ^a , 15.10.2014	6129	Francisco Javier Orduña Moreno	Accord Hoteles España S.A. c. Residencial Ademuz S.L.
STS, 1 ^a , 11.12.2014	6374	Francisco Javier Arroyo Fiestas	Juan M., Teresa, Arturo, Darío y Blanca c. Gil Berbes 2 S.A. y Millenium Insurance Company Limited

ATS, 1 ^a , 28.1.2015	JUR 39330	Francisco Marín Castán	José Antonio c. Riofan XXI, S.L.
STS, 1 ^a , 24.2.2015	1409	Francisco Javier Orduña Moreno	Gregoria, Petra y Cecilio c. Riocerezo Green, S.L.
STS, 1 ^a , 13.3.2015	1131	Eduardo Baena Ruiz	Alcematic S.L. c. Sigla Ibérica S.A., Restaurante y Servicios Reyse S.A. y Lúculo S.A. (Grupo VIPS)
STS, 1 ^a , 30.4.2015	2019	Rafael Saraza Jimena	Promoción Urbana Logroñesa, S.L. c. Cirilo

8. Bibliografía

Manuel ALBALADEJO (2004), *Derecho civil II. Derecho de obligaciones*, 12^a ed., Edisofer S.L., Madrid.

Guillermo ALCOVER (2014), “La actual crisis económica y la irrupción de la cláusula *rebus sic stantibus*: ¿un nuevo foco de litigiosidad mercantil?”, *La Ley Mercantil* 4-5, julio-agosto 2014, pp. 4-9.

Marcos ALMEIDA CERREDA, Daniel José GÓMEZ-OLANO GONZÁLEZ (2014), “Los contratos del sector público (5): el contrato de gestión de servicios públicos”, en *Tratado de contratos*, M. Yzquierdo, director, t. XIV, Aranzadi, Thomson Reuters, Pamplona, pp. 521-570.

Guido ALPA (2011), *Manuale di Diritto privato*, settima edizione, Cedam, Padova.

– (2012), *Le stagioni del contratto*, Il Mulino, Bologna.

Clara I. ASUA GONZÁLEZ (2013), “Artículo 1105”, en *Comentarios al Código civil*, t. VI, R. Bercovitz director, Tirant Lo Blanch, Valencia, pp. 8095-8101.

Ramón BADENES GASSET (1946), *El riesgo imprevisible (Influencia de la alteración de las circunstancias en la relación obligacional)*, Bosch, Barcelona.

Hugh BEALE, Bénédicte FAUVARQUE-COSSON, Jacobien RUTGERS, Denis TALLON, Stefan VOGENHAUER (2010), *Ius Commune Casebooks for de Common Law of Europe. Cases, Materials and Text on Contract Law*, second edition, Oxford and Portland, Hart Publishing.

Rodrigo BERCOVITZ (1989), “La doctrina de la base del negocio en el ordenamiento alemán”,

Homenaje J. M. Vallet, de Goytisolo, vol. VI, Consejo General del Notariado, Madrid, pp. 19-36.

– (2015), “Comentario a la STS de 30 de junio de 2014. Cláusula rebus sic stantibus”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 97, enero-abril 2015, consultado en <https://provview.thomsonreuters.com>, 8 pp.

Michael Joachim BONELL (2005), *An International Restatement of Contract Law*, 3d. ed., Trans. Pub., NY, US.

Michael Joachim BONELL (2002), *I Principi Unidroit nella pratica*, Giuffrè, Milano.

Ángel CARRASCO PERERA (2010), *Derecho de contratos*, Aranzadi, Pamplona.

– (2015), “Estrategias contractuales para defenderse de la reciente perturbadora doctrina jurisprudencial sobre la cláusula *rebus sic stantibus*”, en *Ánalisis GA&P*, enero 2015 pp. 1-4 (accesible www.gomezacebo-pombo)

– (2015), “Comentario a la STS de 15 de octubre de 2014. Reivindicación y defensa de la vieja doctrina *rebus sic stantibus*”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 98, mayo-agosto 2015, pp. 175-206.

José CASTÁN TOBEÑAS (2008), *Derecho civil español*, III, 17 ed., revisión y puesta al día por G. García Cantero, Reus, Madrid.

Jorge CASTIÑEIRA JEREZ (2014), “Hacia una nueva configuración de la doctrina *rebus sic stantibus*”, InDret 4/2014, pp. 2-28 (www.indret.com).

Mario CLEMENTE MEORO (2011), “Artículo 1124” en *Código civil comentado*, A. Cañizares. P. de Pablo, J. Orduña, R. Valpuesta (directores), vol. III, Civitas, Thomson Reuters, Pamplona, pp. 229-239.

Cristina DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ (2003), *La cláusula rebus sic stantibus*, Tirant lo Blanch, Valencia.

Federico DE CASTRO (1985), *El negocio jurídico*, reimpr. de la ed. de 1971, Civitas, Madrid.

Luis DÍEZ-PICAZO (1973), *Estudios sobre la jurisprudencia civil*, 2^a ed., Tecnos, Madrid.

- (1993), *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, II, 4^a ed., 1^a Civitas, Madrid.
- (2007) (2008), *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, I y II, 6^a ed., Civitas, Madrid.

Gemma DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ (2011), “Artículo 1105” y “Artículo 1182”, en *Código civil comentado*, A. Cañizares. P. de Pablo, J. Orduña, R. Valpuesta (directores), vol. III, Thomson Reuters, Pamplona, pp. 120-125 y 431-436.

Luis DÍEZ-PICAZO, Encarna ROCA TRÍAS, Antonio Manuel MORALES MORENO (2002), *Los principios del Derecho Europeo de Contratos*, Civitas, Madrid.

Melvin A. EISENBERG (2009), “Impossibility, Impracticability, and Frustration”, *The Journal of Legal Analysis*, January 27, pp. 207-271. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1349482>

Vicente ESPERT SANZ (1968), *La frustración del fin del contrato*, Tecnos, Madrid

Muriel FABRE-MAGNAN (2012), *Droit des obligations*, 1, 3^e éd., Thémis droit, Puf, Paris.

E. Allan FARNSWORTH (2004), *Contracts*, Fourth Ed., Aspen publishers, New York.

Bénédicte FAUVARQUE-COSSON (2004), “Le changement des circonstances”, *Revue des Contrats*, Janvier 2004, n° 1, pp. 67-92.

- (2014), “The French Contract Law Reform in a European Context”, *ELTE LAW JOURNAL*, pp. 59-71 (accesible en <http://eltelawjournal.hu/>).

Werner FLUME (1998), *El negocio jurídico*, 4^a ed., trad. de J. M. Miquel y E. Gómez Calle, Fundación Cultural del Notariado, Madrid.

Manuel GARCÍA CARACUEL (2014), *La alteración sobrevenida de las circunstancias contractuales*, Dykinson, Madrid.

Alejandro M. GARRO, Alberto L. ZUPPI (2012), *Compraventa internacional de mercaderías*, AbeledoPerrot, Buenos Aires.

Julio Vicente GAVIDIA SÁNCHEZ (1997), "Presuposición y riesgo contractual", *Anuario de Derecho Civil* vol. 40, nº 2, pp. 525-600

Victor P. GOLDBERG (2009), "Excuse doctrine: The Eisenberg Uncertainty Principle", *Columbia Law and Economics Working Paper* N° 351, Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1436493> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1436493>.

Isabel GONZÁLEZ PACANOWSKA (2013), "Artículo 1124", en *Comentarios al Código civil*, t. VI, R. Bercovitz director, Tirant Lo Blanch, Valencia, pp. 8213-8261.

Fernando HINESTROSA (2005), *Rapport général. La révision du contrat*, pp. 391-422 (accesible en <http://henricapitant.org>)

Ewoud HONDIUS, Christoph GRIGOLEIT (2011), *Unexpected Circumstances in European Contract Law*, Cambridge University Press.

John HONNOLD (1987), *Derecho Uniforme sobre Compraventas Internacionales* (Convención de las Naciones Unidas de 1980), Edersa, Madrid.

Charles L. KNAPP, Natham M. CRYSTAL, Harry G. PRINCE (2007), *Problems in contract law. Cases and materials*, New York: Wolters Kluwer, 6th. Ed.

José Luis LACRUZ BERDEJO (1999), *Elementos de Derecho civil*, II-1º, Derecho de Obligaciones. Parte General. Teoría General del Contrato, Dykinson, Madrid.

Enrique LALAGUNA (1969), *Jurisprudencia y fuentes del Derecho*, Aranzadi, Pamplona.

Ole LANDO, Hugh BEALE (eds.) (2000), *Principles of European Contract Law. Parts I and II*, combined and revised, The Hague (etc.), Kluwer Law International, 2000 (*Principios de derecho contractual europeo: Partes I y II*, edición española a cargo de: P. Barres, J. M. Embid, F. Martínez Sanz, Colegios Notariales de España, Madrid).

Carlos LASARTE (2008), *Principios de Derecho civil*, III, 11ª ed., Marcial Pons, Madrid.

Karl LARENZ (1956), *Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos*, trad. de C. Fernández Rodríguez, Edersa, Madrid.

Álvaro LUNA YERGA y María XIOL BARDAJÍ (2015), “*Rebus sic stantibus: ¿Un paso atrás? Comentario a la STS, 1ª, 15.10.2014 (Ar. 6129) y a la jurisprudencia posterior de la Sala Primera del Tribunal Supremo sobre la regla *rebus sic stantibus*?*”, InDret 2/2015 (www.indret.com)

Francesco MACARIO (2009), “La risoluzione per eccessiva onerosità”, en *Diritto Civile, dir. da N. Lipari e P. Rescigno, coord. da A. Zoppini, vol. III. Obbligazioni, II, Il Contratto in generale*, Giuffrè, Milano, pp. 1175-1243.

Manuel Jesús MARÍN LÓPEZ (2013), “Artículo 1182”, en *Comentarios al Código civil*, tomo VI, R. Bercovitz director, Tirant Lo Blanch, Valencia, pp. 8701-8721.

Philippe MALAURIE, Laurent AYNÈS, Philippe STOFFEL-MUNCK (2009), *Les obligations*, 4ª ed., Défrenois, Paris.

Basil S. MARKESINIS, Hannes UNBERATH, Angus JOHNSON (2006), *The German Law of Contract: A Comparative Treatise*, 2nd. rev. ed., Hart, Oxford.

Luz M. MARTÍNEZ VELENCOZO (2003), *La alteración de las circunstancias contractuales. Un análisis jurisprudencial*, Civitas, Madrid.

Carlos MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ (2000), “La revisión de las obligaciones por alteración sobrevenida esencial de las circunstancias en el Fuero Nuevo”, en *Revista Jurídica de Navarra*, 30, pp. 47-59.

Ewan MCKENDRICK (2009), “Hardship”, Stefan Vogenauer and Jan Kleinheisterkamp (eds.), *Commentary on the Unidroit Principles of International Commercial Contracts (PICC)*, Oxford University Press, Oxford, pp. 709-725..

— (2012), *Contract Law. Text, Cases and Materials*, 5th. Ed., Oxford, University Press.

Mustapha MEKKI, M. (with collaboration of Klopeper-Pelèse, M.) (2011), “Hardship and Modification (or Revision” of the Contract”, A. Hartkamp, M. Hesselink, E. Hondius, Ch. Mak, E. du Perron (eds.), *Towards a European Civil Code*, 4th edition, Wolters Kluwer, The Hague, pp. 652-680.

Antonio Manuel MORALES MORENO (1988), *El error en los contratos*, Ceura, Madrid.

Javier ORDUÑA MORENO (2011), “Artículo 1293”, *Código civil comentado*, A. Cañizares. P. de Pablo, J. Orduña, R. Valpuesta (directores), vol III, Civitas, Thomson Reuters, Pamplona, pp. 719-722.

Javier ORDUÑA MORENO, Luz M. MARTÍNEZ VELENCOSO (2013), *La moderna configuración de la cláusula rebus sic stantibus*, Civitas, Pamplona.

Paul OERTMANN (1933), *Introducción al Derecho civil*, trad. de la 3^a ed., por L. Sancho Seral, Labor, Barcelona.

Giuseppe OSTI (1912), “La così detta clausola *rebus sic stantibus* nel suo sviluppo storico”, *Rivista di Diritto Civile*, pp. 1-58.

Mª Ángeles PARRA LUCÁN (2013), “Ejecución específica e indemnización en el cumplimiento de precontratos en el art. 708 LEC”, en *Tratado de la compraventa (Homenaje a R. Bercovitz)*, t. I, dir. Á. Carrasco, Aranzadi, Thomson Reuters, Pamplona, pp. 423-433.

Miguel PASQUAU LIAÑO (2009), “Artículo 1258”, en *Jurisprudencia civil comentada. Código civil*, 2^a ed., Comares, Granada, pp. 2286-2296.

Joseph M. PERILLO (2009), *Calamari and Perillo on Contracts*, 6th ed., Thomson Reuters, St. Paul, MN.

José PUIG BRUTAU (1978), *Fundamentos de Derecho civil*, II-1^o, 2^a ed., Bosch, Barcelona.

Denis-M. PHILIPPE (1986), *Changement de circonstances et bouleversement de l'économie contractuelle*, Collection du Centre interuniversitaire de droit comparé, 27, Bruylant, Bruxelles.

Ramón María ROCA SASTRE (1948), “El problema de la alteración de las circunstancias”, con la colaboración de J. Puig Brutau, en *Estudios de Derecho Privado*, I, Edersa, Madrid.

Francesco RUSCELLO (2011), *Istituzioni di Diritto Privato*, nova edizione, Giuffrè Editore, Milano.

Pablo SALVADOR CODERCH (2011), "Alteración de circunstancias en el art. 1213 de la Propuesta de Modernización del Código civil en materia de obligaciones y contratos", en Boletín del Ministerio de Justicia año LXV, nº 2130, abril 2011, www.mjusticia.es/bmj, pp. 1-49 (con anterioridad en InDret 4/2009).

Peter SCHLECHTRIEM & Ingeborg SCHWENZER (2010), *Commentary on the UN Convention on the international sale of goods (CISG)*, third ed., Oxford University Press, Oxford.

Donald J. SMYTHE (2009), "Impossibility and Impracticability", Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1439922>

Richard STONE (2011), *The modern Law of Contract*, ninth ed., Routledge, London-NY.

Guenter H. TREITEL (2010), *The Law of Contract*, 12th ed. (by Edwin Peel), Sweet & Maxwell, London.

Christian VON BAR, Eric CLIVE, Hans SCHULTE-NÖLKE, eds. (2007), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR), Articles and Comments*, disponible en http://www.ccbe.eu/fileadmin/user_upload/NTCdocument/DCFRpdf1_1262861061.pdf

Patrick WERY (2011), *Droit des obligations*, vol. 1, 2^e éd., Larcier, Bruxelles.

Mariano YZQUIERDO TOLSADA (2014), "La cláusula rebus sic stantibus no puede dar tanto de sí", en el blog <http://hayderecho.com/2014/11/03/> (acceso 16.3.2015).

Reinhard ZIMMERMANN (2008), *El nuevo Derecho alemán de obligaciones*, trad. E. Arroyo, Bosch, Barcelona.