

EL TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL MODIFICA SU DOCTRINA SOBRE ALTERACIÓN SOBREVENIDA DE LAS CIRCUNSTANCIAS*

THE SUPREME SPANISH COURT MODIFIES ITS DOCTRINE ON CHANGING CIRCUMSTANCES

Alejandro E. Freytes**

Resumen: El 30 de junio de 2014, la Sala Primera del Tribunal Supremo de España dictó una sentencia en la que no solamente se aplica la doctrina de la cláusula *rebus sic stantibus* sino que, además, se reconfigura su fundamento y requisitos de aplicación con el fin de normalizar dicha doctrina en el marco del derecho contractual español.

Palabras-clave: Contrato - *Rebus sic stantibus* - Circunstancias sobrevenidas - *Pacta sunt servanda* - Riesgo contractual.

Abstract: On June 30, 2014, the First Chamber of the Supreme Court of Spain issued a judgment in which not only the doctrine of the *rebus sic stantibus* clause applies, but also reconfigures its basis and application requirements for the purpose to normalize this doctrine in the framework of Spanish contractual law.

Keywords: Contract - *Rebus sic stantibus* - Supervening circumstances - *Pacta sunt servanda* - Contractual risk.

Sumario: I. El cambio de circunstancias y el contrato: la cláusula *rebus sic stantibus*.- II. Antecedentes europeos.- III. La doctrina tradicional del Tribunal Supremo Español.- IV. Hacia una nueva concepción jurisprudencial.- V. Conclusiones.

* Trabajo recibido el 28 de agosto de 2017 y aprobado para su publicación el 22 de septiembre del mismo año.

** Doctor en Derecho y Ciencias Sociales (Universidad Nacional de Córdoba/UNC). Profesor adjunto en la Cátedra A de Derecho Privado III de la Facultad de Derecho de la UNC. Tutor Superior de las Cátedras de Derecho Civil III y Derecho Notarial II Educación a Distancia Universidad Blas Pascal. Miembro Titular del Instituto de Derecho Civil de la Academia Nacional de Derecho de Córdoba. Prosecretario Académico de la Facultad de Derecho de la UNC.

I. El cambio de circunstancias y el contrato: la cláusula *rebus sic stantibus*

Desde antiguo, filósofos y juristas se preocuparon por establecer si influye sobre los efectos del acto jurídico una variación de las circunstancias fácticas imperantes entre el momento de su celebración y el de su cumplimiento y, en caso afirmativo, si esos efectos deben permanecer inalterables o modificarse.

A ese respecto, se ensayaron propuestas diversas, pero siempre ha sido posible encolumnar a todas ellas detrás de dos que aparecen antagónicas.

Inicialmente se propició el respeto sacrosanto a la palabra empeñada y a las cláusulas contractuales, que consagró el aforismo latino *pacta sunt servanda*. Se propugnó así una ciega fidelidad contractual en aras de la seguridad jurídica –que se violentaría con la inestabilidad negocial– y de la moral, que exige el respeto a la palabra empeñada (1).

Esta primera postura entiende que quienes anudan entre sí un convenio quieren que lo acordado subsista inmodificable poniéndose a resguardo de eventuales modificaciones circunstanciales, es decir, contratan “contra” ese cambio imaginable, esperanzados en que el acuerdo no será conmovido ni zarandeado por los flujos y reflujos de las circunstancias sobrevenidas. La idea central es ligar al contrario, comprometerlo de antemano, vincularlo no obstante las eventuales vicisitudes que puedan acaecer en el futuro.

Ahora bien, esta doctrina que se mantuvo inconvencible durante siglos y que parecía obvia para satisfacer necesidades de seguridad y orden social se mostró excesivamente rígida y dura en situaciones de excepción. Tales supuestos se daban cuando la modificación de las circunstancias tenidas inicialmente en cuenta por los interesados producía una profunda alteración del equilibrio originario existente en las prestaciones asumidas por las partes.

Y entonces, la obligatoriedad de los contratos fue difícil de justificar frente a situaciones de innegable injusticia, cuando aquel liminar principio de obligatoriedad no servía para justificar una prestación excesiva, diferente a la originariamente pactada

(1) COLOMBO, L. “Consideraciones sobre la denominada ‘cláusula *rebus sic stantibus*’”, *LL*, 98-737; MOSSET ITURRASPE, J. “Las circunstancias del contrato (Primera parte. La reforma del Proyecto de Unificación al art. 1197 del C. Civil)”, *ED*, 128-833; VOLKMAR, M. “Revisión de los contratos por el juez en Alemania”, *LL*, 12-11, Sección Doctrina, recuerda las palabras del Prof. NIBOYET, miembro informante de la Comisión que trató “*La revisión de los contratos*” en ocasión de la *Semaine Internationale de Droit*, celebrada en París, en 1937, cuando expresó: “*La regla ‘pacta sunt servanda’ es una ciudadela inviolable para las legislaciones latinas, salvo respecto del legislador que siempre puede atenuar su rigor. A decir verdad, todas las legislaciones parten de esta regla y la respetan, pero el desacuerdo proviene de la extensión que debe dársele. ¿Debe ser limitada en sus efectos, o sufrirá el asalto victorioso de la famosa cláusula ‘rebus sic stantibus’? Para el grupo latino la limitación no existe. Los individuos deben sufrir por sus obligaciones, y, si es necesario, desaparecer si son insuficientes. Es la ley del honor que así lo exige, sin que sea necesario investigar si quien sucumbe es culpable o no. El rechazo de la imprevisión en el grupo latino ha formado hasta ahora parte de un todo, que, lo reconocemos, comienza a conmovirse. A pesar de todo subsiste la regla *pacta sunt servanda* y sólo el legislador debe poder intervenir de vez en cuando para favorecer a una de las partes. Pero entonces es necesario comprender las razones de su intervención. El contrato reposa sobre un equilibrio jurídico -su causa- pero no necesariamente sobre un equilibrio económico”.*

o carente de todo sentido. Surgieron diversos argumentos para relativizar o poner en entredicho la fidelidad absoluta, proponiendo adecuar los efectos contractuales a una más equitativa distribución de las prestaciones resultantes de un cambio inesperado.

Este diverso enfoque apareció consagrado en la fórmula *contractus qui habent tractum successivum et dependentiam de futurum rebus sic stantibus intelliguntur* (“los contratos a término o de tracto sucesivo se entienden permaneciendo las cosas en el mismo estado”), apocopada en el brocárdico *rebus sic stantibus*, citado con frecuencia por los autores para enervar el anterior principio, admitiendo la posibilidad de rescindir los contratos de largo plazo o ejecución diferida ante una modificación del estado de hecho imperante en el momento en que fueron concluidos (2).

El origen de la *cláusula rebus* no debe buscarse en el derecho romano, que no consignó de modo general la regla *pacta sunt servanda*, ni enunció de modo orgánico, excepciones a la misma (3). Sin embargo, debe destacarse que en los *bona fide negotia*, el juez gozaba de plena libertad para decidir si el cumplimiento efectivo de las prestaciones, a la luz del principio cardinal de buena fe, se había vuelto dificultoso y por lo tanto, debía liberarse al deudor.

(2) FERRI, G. “De la cláusula ‘*rebus sic stantibus*’ a la resolución por excesiva onerosidad”, en LEYSER, L. *Estudios sobre el contrato en general, Por los sesenta años del Código Civil Italiano (1942-2002)*, Ed. ARA, Lima, Perú, 2003, p. 1013 y ss; BADENES GASSET, R. *El riesgo imprevisible (Influencia de la alteración de las circunstancias en la relación obligacional)*, Ed. Bosch, Barcelona, 1946, p. 32 y ss.; DE AMUNATEGUI RODRÍGUEZ, C. *La cláusula rebus sic stantibus*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 30 y ss.; ALTERINI, A. *Contratos*, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1988, p. 67 (sostiene que el origen de la regla se remonta a los glosadores, quienes la habrían extraído de un rescripto de Justiniano (Cod. 2,3,39) conjuntamente con la regla que expresa “*volenti non fit injuria*” (lo que se quiere no causa daño), aunque también podría deducirse del Digesto (2,14, 1 Proemio); RIVERA, J. C. “La doctrina de las bases en el Proyecto de Unificación Legislativa”, *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones*, Año XX, Nº 115, 1987, p. 867; SPOTA, A. *Instituciones de derecho civil. Contratos, Tomo III*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1983, pp. 564 y ss.; MARTÍNEZ CARRANZA, E. “El cambio de circunstancias y el acto jurídico”, *Boletín del Instituto de Derecho Civil*, Universidad Nacional de Córdoba, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Nº 1-4, Córdoba, 1943, p. 223 y ss.; COLOMBO, L. ob. cit., p. 737 y ss.; LAFAILLE, H. *Derecho civil. Contratos*, vol. I, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1953, p. 331 y ss.

(3) El principio de fidelidad absoluta a lo convenido se expresaba así por los juristas romanos: “*Legem enim contractus dat, hoc servabitur quod initio convenit*”. Véase: OSTI, G. “La *coști detta clausola rebus sic stantibus* nel suo sviluppo storico”, *Rivista di Diritto Civile*, 1912, p. 1 y ss., y “Appunti per una teoría de la sopravvenienza”, *Rivista di Diritto Civile*, 1913, p. 471 y ss., y p. 647 y ss.; ZIMMERMANN, R. *Estudios de derecho privado europeo*, trad. de A. Vaquer Aloy, Ed. Civitas, Madrid, 2000, p. 140 y ss. En sentido contrario, COING, H. *Derecho privado europeo*, trad. de A. Pérez Martín, Tomo 1, Ed. Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 1996, p. 522, menciona una serie de textos del Digesto como determinantes para la elaboración de esta doctrina por parte de los comentaristas; SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M. *Algunas notas para la elaboración de la doctrina jurisprudencial sobre la cláusula rebus sic stantibus*, Ed. A.C., Madrid, 1990-2, p. 430; ORGAZ, A. “El contrato y la teoría de la imprevisión”, *LL*, 60-691. Sobre el origen y el desarrollo histórico de la institución pueden consultarse: DÍEZ PICAZO y PONCE DE LEÓN, L. “La cláusula *rebus sic stantibus*. Extinción de las obligaciones”, *Cuaderno de Derecho Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996, p. 679 y ss.; CASTÁN TOBEÑAS, J. *Derecho civil español, común y foral*, Tomo 3, Derecho de las obligaciones, 16ª edición, Ed. Reus, Madrid, 1992, p. 734 y ss.; ROCA SASTRE, R. “El problema de la alteración de las circunstancias”, *Estudios de Derecho Privado, Tomo 1*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1948, p. 237 y ss.; ANASTASI, L. “Las teorías de la imprevisión, de la cláusula *rebus sic stantibus* y de la presuposición”, *LL*, 29-576.

Es decir, la falta de una fórmula general en uno u otro sentido no impidió a los juristas romanos resolver casos particulares conforme la idea que más tarde inspiraría la cláusula *rebus*, asignándole predominio a la conciencia moral por sobre la estrictamente jurídica y dando pábulo a las opiniones de Cicerón y Séneca, que influyeron de modo evidente en el desenvolvimiento de la teoría (4).

Se encuentran rastros de esta postura en la *Gran Glosa* de Acursio (5) y en el *Decreto* de Graciano (6), en los escritos de Santo Tomas de Aquino (7) y en general en toda la doctrina escolástica. Y en su desarrollo participaron de modo eficaz los canonistas medievales y en especial los tribunales eclesiásticos siempre dispuestos a favorecer las soluciones de equidad, aplicando a menudo a los contratos de ejecución prolongada la doctrina del cambio de las circunstancias por estimar contrario a la moral cristiana el enriquecimiento de un contratante a expensas de otro.

Los postglosadores Bartolo de Sassoferrato (8) y su discípulo Baldo de Ubaldis (9), apoyándose en la glosa canónica y en la civil, aceptaron también la cláusula y ampliaron

(4) FRITZE, O. "Clausula *rebus sic stantibus*", *Arch. für bürgerliches Recht*, vol. 17, Kiel, 1900, p. 20 y ss., citado por OSTI, G., *La così...*, ob. cit., p. 5; en el mismo sentido, DE AMUNATEGUI RODRÍGUEZ, C., ob. cit., p. 31, nota 18; TELLO, R. "La teoría de la imprevisión en los contratos de derecho público", *JA*, 1946-IV-33, Sección Doctrina, recuerda la opinión de Dalmiro Alsina Atienza. Este último autor en su obra *Efectos jurídicos de la buena fe*, Ed. Talleres Gráficos Argentinos, Buenos Aires, 1935, p. 231, afirma que ya Cicerón (*De Officiis*) anotaba que "cuando un abogado prometía sus servicios profesionales y el luto inesperado lo afectaba, quedaba libre de asumir o no el patrocinio, sin incurrir en responsabilidad en caso negativo". De igual modo, REZZÓNICO, L. M. *La fuerza obligatoria del contrato y la teoría de la imprevisión*, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1954, p. 21, cita a Séneca (*De Beneficis*), a Neratius (*Digesto*) y hasta a Marcelo (*Digesto* 45-1, párr. 98).

(5) Comentario al fr. 8, D XII, 4 por ejemplo.

(6) OSTI, G. *La così...*, ob. cit., p. 14, rebatiendo a O. FRITZE, afirma que los canonistas fueron los primeros en sostener la validez de la cláusula por su tendencia, opuesta a la romana, de favorecer a los más débiles económicamente considerados.

(7) Tomás DE AQUINO, *Summa Theologica*, Libro II, 2 qu.110 a.3, donde expresa que el incumplimiento de una promesa es excusable si cambian las condiciones de la persona obligada.

(8) OSTI, G., *La così...*, ob. cit., p. 20; DE AMUNATEGUI RODRÍGUEZ, C. ob. cit., p. 33, expresa: "[...] parece que fueron los antiguos filósofos morales los primeros en advertir que, tras la celebración del contrato, podían presentarse circunstancias que convirtieran en pecado el cumplimiento y en obligación el incumplimiento. Es de esta simiente que procede, desde la Alta Edad Media, desde Johannes Teutonicus, Bartolo y Baldo, la doctrina de la cláusula *rebus sic stantibus*[...]" ; REZZÓNICO, L. M. ob. cit., p. 122, tiene acertadas palabras para vincular el tema a la moral: "Cuando uno de los contratantes [...] por efecto de súbitas mutaciones, se encuentra colocado al tiempo en que debe cumplir su prestación, en circunstancias tales que de haberlas conocido no hubiera contratado, no puede en verdad decirse que él ha consentido anticipadamente en cumplir su prestación a pesar de todas esas circunstancias, pues nadie que esté en su sano juicio consiente espontáneamente en sufrir graves daños. En tales situaciones puede decirse que la moral repudia la inexorabilidad e intransigencia del acreedor en demandar a todo evento el cumplimiento de la prestación, y excusa al deudor por no cumplirla. Y como bien dice Coviello, autorizado profesor de Derecho Civil de la Universidad de Catania, lo que ofende a la moral no debe ser precepto jurídico. El derecho y la moral deben prestarse recíproco sostén, y la moral debe ser la base más firme y segura del derecho".

(9) OSTI, G. *La così...*, ob. cit., p. 21.

su esfera de aplicación, proceso que culminó con Giason del Mayno (10), que generalizó la fórmula al presumirla en todas las declaraciones de voluntad, y afirmó que debe sobreentendérsela en leyes, disposiciones de última voluntad, contratos, privilegios y juramentos.

Pero es en realidad Alciato (11), profesor lombardo precursor de la escuela histórica, quien la expresa por primera vez en términos precisos al sostener que “el mismo acto cumplido en circunstancias distintas puede y, a veces, debe corresponder a una voluntad también distinta”.

Así, se reafirmó que las partes contratan en consideración a las circunstancias existentes al momento de la conclusión del negocio jurídico y que, por consiguiente, debe sobreentenderse de manera tácita que la intangibilidad de los contratos queda subordinada a la persistencia del estado de hecho que existía al momento del perfeccionamiento.

De este modo, el contrato obliga mientras las cosas permanezcan en el mismo estado en que se hallaban cuando se perfeccionó el negocio y desaparece el ligamen consensual si se modifica o altera ese estado fáctico supuesto.

Así formulada, la *cláusula rebus* fue recogida años después por la Escuela del Derecho Natural en los siglos XVII y XVIII, con variada suerte en la ciencia del derecho.

Sus primeros opositores decididos fueron Groccio (12), Pufendorf y Zeiller, refutados por Enrique Coccejo, que además de defenderla sostuvo su aplicación a todas las relaciones jurídicas, entendiéndola como elemento constitutivo y causa sustancial del negocio (13).

Hubo eclécticos, como Leyser, que limitaron su validez a circunstancias imprevistas por cuyo motivo no puede alcanzarse la finalidad del contrato, o como Cramer, que la circunscribió a los llamados casos insólitos de circunstancias sobrevenidas (14).

Las objeciones comenzaron incluso por la denominación “cláusula”, la que es ciertamente impropia según la mayoría de los autores: si se trata de algo sobreentendido o implícito, precisamente lo que no será es una cláusula, pues ella implica una previsión expresa de los contratantes que es específicamente lo que falta en estos casos. Pese a ello, continúa siendo llamada de ese modo por doctrinarios y jueces.

(10) OSTI, G. *La così...*, ob. cit., p. 21.

(11) OSTI, G. *La così...*, ob. cit., p. 23.

(12) GROCCIO, H. *De iure de bellis ac pacis*, II c. 16 para. 52 nota 2, citado por OSTI, G. *La così...*, ob. cit., p. 26, nota 1.

(13) Cfr. MARTÍNEZ CARRANZA, E. ob. cit., p. 235 y ss.

(14) OSTI, G. ha hecho el más profundo estudio histórico de la cláusula *rebus sic stantibus*, Cfr. *La così...*, ob. cit., p. 21 y ss.

Según los adversarios más encarnizados, modificar los términos de la convención, dejando sin efecto su obligatoriedad inicial, produce tres gravísimos males: inseguridad jurídica, desconfianza económica y arbitrariedad judicial. La primera, en cuanto subvierte el principio liminar de la autonomía de la voluntad, baluarte de los derechos individuales cuya solidez queda lastimada; la segunda, porque atenta contra la validez misma del vínculo obligacional haciendo dudar de su eficacia inmediata; la tercera, porque deja a los jueces sin base firme para resolver con seguridad y exactitud cuándo un hecho o circunstancia tiene entidad suficiente para hacer claudicar el contrato.

Específicamente a la cláusula se le han formulado tres críticas centrales:

a) Respecto de su naturaleza, y como ya anticipamos, se adujo que no sería en realidad una “cláusula”, pues no aparece ni expresa ni tácitamente convenida y, aunque lo fuera, existen circunstancias cuya permanencia es objetivamente necesaria para la vida del contrato, independientemente de que las partes las hayan presumido.

b) Es vaga, pues no especifica cuáles son las “cosas o hechos” que deben mantenerse inmutables, qué entidad y origen deben tener las mutaciones que los alteran, y cuáles son los efectos que produce la eventual modificación de los mismos.

c) Finalmente, es artificial, pues así como se pretende presumir que las partes tácitamente acordaron la rescisión del negocio por el cambio de las circunstancias, podría presumirse lo contrario, esto es, que acordaron mantenerlo a todo evento (15).

No obstante estas objeciones, en los tribunales eclesiásticos de fines del siglo XVI y comienzos del XVII el instituto se admitió caracterizado con perfiles similares a los actuales, según lo comentan los Cardenales Mantica y De Luca, quienes analizando la doctrina de la Sacra Rota Romana señalan que los extremos que condicionan la aplicabilidad de la “cláusula” son un contrato de tracto sucesivo o supeditado a un hecho futuro y un cambio sobrevenido en los hechos que redunde en una flagrante injusticia (16).

Empero, la generalidad e indeterminación de la cláusula *rebus* selló su suerte de descrédito en la literatura jurídica de finales del siglo XVIII y ni siquiera adquirió nueva vigencia ante hechos evidentemente conmocionantes como las guerras napoleónicas, el bloqueo continental, las guerras de revolución o la paulatina desaparición del colonialismo europeo en América.

Fue ignorada por Pothier, Cujas, Domat y los primeros comentaristas del Code Civil francés de 1804, y hasta por sus exegetas como Laurent, Demolombe, Duranton, Troplong y Aubry et Rau (17).

(15) BONNECASE, J. *Supplément al Traité Théorique et Pratique de Droit Civil*, Tomo III, de G. BAUDRY-LACANTINERIE, París, 1926, p. 601.

(16) REZZÓNICO, L. M. ob. cit., p. 23; COLOMBO, L. ob. cit., p. 738.

(17) POTHIER, R. *Traité du contrat de louage*, § 143, principio 6° y § 152, V, pp. 80/83, citado por DE CASTRO Y BRAVO, F. *El negocio jurídico*, Ed. Civitas, Madrid, 1985, p. 314 y ss.; RIPERT, G. *La règle morale dans les obligations civiles*, 3ª édition, Ed. L.G.D.J., París, 1937, p. 146 y ss., condena

La reprobación general de la doctrina se mantuvo hasta finales del siglo XIX –abstracción hecha de una relativa y aislada consagración legislativa–, siendo reemplazada por variadas teorías que intentaron soslayar la incidencia del cambio de circunstancias en los efectos negociales (18).

Es que justificar la derogación del principio de la fuerza obligatoria de los contratos no se presentó como tarea fácil. Considerar que por el advenimiento de circunstancias extraordinarias y diversas a las reinantes al momento del perfeccionamiento pueda el contrato perder su vigencia exige un sólido apoyo que implica superar diversos valedores jurídicos, emanados del propio ordenamiento positivo defensor a ultranza del principio de intangibilidad. Los escollos intentaron superarse con variadas teorías, cuya profusión, lejos de esclarecer el problema, lo complicaron aún más.

El tema generó durante la segunda mitad del siglo XIX y la primera del XX una abundante literatura jurídica, especialmente en Alemania.

Aparecieron doctrinas subjetivistas que potenciaron el dogma de la voluntad y reafirmaron la necesidad de que el derecho positivo respete la voluntad de las partes en aras de la justicia y la equidad; objetivistas, que prescindieron de la voluntad del sujeto y rescataron los presupuestos que dan nacimiento al acuerdo, en desmedro de la voluntad de las partes; o mixtas, que intentaron amalgamar elementos de las anteriores. Y hasta es posible encontrar algunas que basaron su postura favorable a partir de una comparación con figuras afines, como el error, el enriquecimiento injusto, la buena fe, la equidad, el abuso del derecho, el riesgo imprevisible, etcétera (19).

expresamente la cláusula *rebus sic stantibus* por considerarla contraria a la naturaleza económica del contrato que es un acto de previsión; PLANIOL, M. - RIPERT, G. *Traité pratique de droit civil français*, Tomo XI, Ed. L.G.D.J., París, 1932, p. 50, expresan: “[...] si las cosas no fueran a cambiar, no valdría la pena concertar ni un solo contrato de tracto sucesivo [...] Lo que el acreedor prevé es casualmente que las cosas cambien, y se asegura contra los inconvenientes de ese cambio, previéndolos desde luego mediante una serie de operaciones [...] contratar es prever, el contrato es un compromiso para el porvenir, todo contrato contiene una idea de aseguración y admitir la revisión de los contratos cada vez que se presente una situación que las partes no han previsto, sería arrebatarse al contrato su utilidad misma, que consiste en garantizar al acreedor contra lo imprevisible.”; GHESTIN, J. *Traité de droit civile. Les effets du contrat*, 2ª edición, Ed. L.G.D.J., París, 1994, p. 314; DE AMUNATEGUI RODRÍGUEZ, C. ob. cit., p. 35; MASNATTA, H. “El cambio de circunstancias y el contrato”, *JA*, 1959-IV-12, Sección Doctrina; ANASTASI, L. ob. cit., p. 578 y ss.; REZZÓNICO, L. M. ob. cit., p. 21 y ss., en especial sus notas 4 y 5; FLAHL, I. - SMAYEVSKY, M. *Teoría de la imprevisión - Aplicación y alcances, doctrina y jurisprudencia*, 2ª edición, Ed. LexisNexis - Depalma, Buenos Aires, 2002, p. 13, nota 6.

(18) DE AMUNATEGUI RODRÍGUEZ, C. ob. cit., p. 63 y ss.; MORELLO, A. M. *Ineficacia y frustración del contrato*, 1ª edición, Ed. Platense - Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1975, p. 213.

(19) Recogen numerosas posturas doctrinales ALBALADEJO GARCÍA, M. ob. cit., p. 466; DE CASTRO Y BRAVO, F. ob. cit., p. 322; DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. *Fundamentos de derecho civil patrimonial*, ed. Civitas, Madrid, 1985, p. 874 y ss.; ROCA SASTRE, R. ob. cit., p. 239 y ss. Desde un punto de vista diferente PUIG BRUTAU, J. *Fundamentos de Derecho Civil*, Bosch, Barcelona, 1978, tomo II, volumen I, p. 365, relata especialmente la labor de los tribunales y la ayuda que le han suministrado las diferentes teorías. En la doctrina nacional, SPOTA, A. ob. cit., p. 569 y ss.

Aunque su tratamiento sería vastísimo y desbordaría sobradamente los acotados límites de este comentario jurisprudencial, por la importancia de su construcción y la incidencia que tuvieron en normas legislativas surgidas de la codificación decimonónica, merecen citarse entre las soluciones propuestas la teoría de la imprevisión, la excesiva onerosidad de la prestación, la presuposición y la frustración del fin del contrato, todas construcciones más evolucionadas y sofisticadas, pero sin duda alguna sustentadas en el remoto antecedente de la *cláusula rebus*.

II. Antecedentes europeos

Los códigos decimonónicos, fieles reflejos de las convicciones imperantes en la época, destacaron la fuerza obligatoria de las promesas libremente asumidas por encima de cualquier otra solución morigeradora de consecuencias indeseadas. Al consagrar el dogma de la autonomía de la voluntad, consideraron peligrosas, por contrarias a la seguridad jurídica y a la voluntad de las partes, a las instituciones que pretendían alterar el contenido del contrato o autorizaban a los jueces a revisar las estipulaciones libremente acordadas.

El Código Napoleón –modelo legislativo de occidente– consagró la inmutabilidad de los contratos en su artículo 1134 (20) al disponer que las convenciones legalmente formadas tienen fuerza de ley para los celebrantes y no pueden ser revocadas sino por mutuo consentimiento o por las causas que la ley autoriza, que sólo admiten la liberación por imposibilidad de cumplimiento ajena al deudor, como si la cosa perece sin su culpa, o la prestación resulta imposible por caso fortuito o fuerza mayor (artículos 1302, 1147 y 1148).

Las ideas canonistas del medioevo, que pudieron tener influencia en Italia o Alemania, no consiguieron mayor aceptación entre los juristas franceses desalentados de sus postulados por las enseñanzas de la Escuela Histórica del Derecho Romano –aferrada a los textos que la censuraban–, del Derecho Natural –que enaltecía la voluntad de las partes– y de la economía liberal, adversaria de la justicia conmutativa (21).

Así, la regla *pacta sunt servanda* apareció como la traducción concreta de la concepción voluntarista del contrato, inspirada en el dogma de la autonomía de la voluntad, consagrando el inalterable respeto a la palabra empeñada.

Desde esta perspectiva, el contrato fue consagrado como un acto de previsión y su fuerza obligatoria se justificó por la seguridad que aporta al tráfico de bienes y servicios. Quienes se unen mediante un vínculo de voluntad común tendiente a regular sus derechos, deben hacerlo sin perder de vista las eventuales variaciones que factores económicos, sociales o políticos puedan provocar sobre sus intereses en un futuro más o menos inmediato. En otras palabras, dentro de sus posibilidades y facultades personales, deben prever cualquier cambio capaz de gravitar sobre sus intereses, pues sino

(20) Art. 1134: “*Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les sont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise.*”

(21) GHESTIN, J. *Traité de droit civil. Les effets du contrat*, LGDJ, 2° edition, París, 1994, p. 315 y ss.

lo hicieren soportarían las secuelas de su propia negligencia, de su propia torpeza y su error –si existiera– sería inexcusable.

Así, la doctrina y jurisprudencia francesas, frente al problema de la transformación de las circunstancias, mantuvieron rígidamente el principio señalado, según el cual el contrato tiene fuerza de ley para las partes y el deudor sólo se libera por imposibilidad en casos específicamente determinados (22).

Tradicionalmente, la Corte de Casación de París, aun en épocas de enormes transformaciones económico-financieras, mantuvo invariable el principio según el cual “en ningún caso los tribunales pueden, por más equitativa que les parezca la decisión, tomar en consideración los tiempos y circunstancias para modificar las convenciones de las partes, y sustituir por cláusulas nuevas aquellas que han sido libremente aceptadas por los contratantes” (23).

El Código Civil español de 1889 no escapó a esa tendencia. Su artículo 1091 expresa: “Las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes, y deben cumplirse a tenor de los mismos.” Este principio de respeto absoluto a la voluntad de los contratantes se complementa con el artículo 1258 que expresa: “Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley”.

La claridad y la contundencia de estas normas supusieron para parte de la doctrina española una barrera infranqueable, casi imposible de superar ante el advenimiento de circunstancias que alteren las prestaciones libremente acordadas. El reconocimiento de la vieja cláusula *rebus sic stantibus* en particular, o de la incidencia de la alteración de las circunstancias en general, supondría, según estos autores, la necesidad de cambiar una serie de conceptos fundamentales en el derecho español (24).

Luego de la sanción del Código Civil, un eventual desequilibrio entre el valor económico de las prestaciones a consecuencia de una modificación de las circunstancias se consideró como parte integrante del riesgo asumido por los contratantes que no justificaba la intervención del contrato y, mucho menos, la liberación del deudor.

(22) Para un detenido análisis de la jurisprudencia francesa pueden verse con provecho: AUVERNY BENNETOT, J. *La théorie de l'imprévision*, ed. Sirey, París, 1938, p. 43 y ss.; FOULON, J., *Le caractère provisoire de la notion de l'imprévision*, ed. Les Presses Modernes, París, 1938, p. 12 y ss.; GALLO, P. *Sopravvenienza contrattuale e problemi di gestione del contratto*, ed. Giuffrè, Milano, 1992, p. 344; MACARIO, F. *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, ed. Jovene, Nápoles, 1996, p. 23 y ss.; GHESTIN, J. ob. cit., p. 323 y ss. En la doctrina nacional, REZZÓNICO, L. M. ob. cit., p. 50 y ss.

(23) GHESTIN, J. ob. cit., p. 323 y ss.

(24) Cfr. BELTRÁN DE HEREDIA y CASTAÑO, J. *El cumplimiento de las obligaciones*, ed. Tecnos, Madrid, 1956, p. 348 y ss., para quien la admisión de la revisión contractual supondría modificar el concepto de la imposibilidad de la prestación, el de equidad contractual, revisar la función judicial, y transformar la naturaleza económica del contrato.

Como ocurrió en otros países del continente, el respeto incondicional a la voluntad libremente expresada negó efectos a la onerosidad sobrevenida o a la imposibilidad de alcanzar el fin perseguido por el negocio. El resguardo de la seguridad jurídica impidió que la doctrina, durante largos años, admitiera cualquier morigeración al principio de la vinculatoriedad absoluta (25).

Empero, pronto se advirtió (26) que la irrevocabilidad de los contratos no es un principio absoluto del Código Civil español que vede todo reconocimiento a los perniciosos efectos provocados por un sobrevenido y brusco cambio de las circunstancias fácticas existentes al momento de contratar.

Lo cierto es que aun no conteniendo una normativa general sobre la incidencia de esa alteración, el Código Civil español posee, sin embargo, varias excepciones en las que una modificación posterior al perfeccionamiento otorga a los contratantes la posibilidad de eximirse del cumplimiento o facilita la resolución. Vayan como ejemplos la revocación de las donaciones por superveniencia de hijos o por ingratitud (artículos 644 y 648); la pérdida del plazo cuando el deudor resulte insolvente o desaparezcan las garantías (artículo 1129); la suspensión del cumplimiento de las obligaciones en la compraventa por variadas circunstancias sobrevenidas (artículos 1467, 1502 y 1503); la rescisión de la compraventa cuando ésta no incluya todo lo expresado en el contrato (artículo 1469); la rescisión del arrendamiento cuando obras realizadas en el inmueble impidan su habitabilidad (artículo 1558, p. 3), etcétera (27).

Otro antecedente legislativo del derecho peninsular –éste sí de carácter general– que suele mencionarse en apoyo del reconocimiento a la *cláusula rebus* (28) lo constituye la ley 493, párrafo 3º, del Fuero Nuevo de Navarra (29), que expresa: “Cuando se trate de obligaciones de largo plazo o tracto sucesivo, y durante el tiempo de cumplimiento se altere fundamental y gravemente el contenido económico de la obligación, o la proporcionalidad entre las prestaciones por haber sobrevenido circunstancias imprevistas que hagan extraordinariamente oneroso el cumplimiento para una de las partes, podrá ésta solicitar la revisión judicial para que se modifique la obligación en términos de equidad o se declare su resolución”.

Esta norma, muy próxima al texto del artículo 1467 y siguientes del Código Civil italiano de 1942, que consagró la excesiva onerosidad sobrevenida, aunque con términos

(25) DE AMUNATEGUI RODRÍGUEZ, C. ob. cit., p. 36 y ss.; DE CASTRO Y BRAVO, F. ob. cit., p. 314 y ss.

(26) DE AMUNATEGUI RODRÍGUEZ, C. ob. cit., p. 40 y ss.

(27) Un interesante análisis de las excepciones puede consultarse en GAVIDIA SÁNCHEZ, J. ob. cit., p. 547 y ss.; DÍAZ ALABART, S. “*Pacta sunt servanda* e intervención judicial en el equilibrio de los contratos: Reflexión sobre la incidencia de la Ley de Condiciones Generales de los Contratos”, en *Condiciones generales de la contratación*, dir. Ubaldo Nieto Carol, ed. Lex Nova, Valladolid, 2000, p. 43 y ss., analiza dentro de los supuestos en los que puede tener lugar la intervención judicial en los contratos, el de la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*.

(28) Cfr. DE AMUNATEGUI RODRÍGUEZ, C. ob. cit., p. 49; FERNÁNDEZ HIERRO, J. *La modificación del contrato*, ed. Aranzadi, Pamplona, 1992, p. 39 y ss.

(29) Aprobada por ley del 1º de marzo de 1973, N° 1/1973, B.O.E. del 14 de marzo de 1973.

diversos, destaca la alteración grave y fundamental del contenido económico de la obligación o de la proporcionalidad de sus prestaciones y consagra efectos similares al Código italiano (30).

En ese marco, el paralelismo entre el contenido de la ley navarra y los recaudos exigidos inveteradamente por el Tribunal Supremo para la procedencia de la *cláusula rebus* han sido resaltados tanto por la doctrina como por la jurisprudencia española desde hace largo tiempo. A tal punto llega la coincidencia que en algunos casos los tribunales han desechado la aplicación de la norma antes transcrita si no se presentan los requisitos de la regla medieval (31).

Su admisión aislada y puntual en casos extremos y los estrictos recaudos de procedencia resaltan que el principio *pacta sunt servanda* contenido en las directrices del Código Civil no ha perdido vigencia pese a esta excepción legislativa del derecho foral. La fuerza obligatoria del contrato siempre ha sido, y continúa siendo, regla liminar para los operadores jurídicos.

Sin embargo, la doctrina y la jurisprudencia españolas, aunque con ostensibles matices y variadas cortapisas, han admitido desde mediados del siglo XX la posibilidad de revisar el contenido negocial si las prestaciones fueron modificadas sustancialmente por consecuencia de una profunda variación de las circunstancias (32). La adecuación de la prestación a las exigencias de la equidad en función de una modificación sobrevenida, inicialmente sólo admitida en casos extremos que desembocaran en flagrante injusticia, en época reciente ha ganado terreno impulsada por los continuos avatares económicos de la sociedad moderna (33).

(30) EGUSQUIZA BALMASEDA, M. "El derecho patrimonial del Fuero Nuevo de Navarra", en BERCOVITZ, R. - MARTÍNEZ SIMANCAS, J. (dir.). *Derechos civiles de España*, vol. VII, Ed. Aranzadi, Navarra, 2000, p. 4024, considera que la norma "es un instrumento de moderación de las posibles consecuencias del cumplimiento exacto" y que se ha consagrado siguiendo los criterios doctrinales y jurisprudenciales acuñados en el régimen general común.

(31) Véanse las consideraciones de DE AMUNATEGUI RODRÍGUEZ, C. ob. cit., p. 50, donde relata un antecedente del Tribunal Supremo de Navarra en idéntico sentido.

(32) DÍEZ PICAZO y PONCE DE LEÓN, L. *Fundamentos...*, ob. cit., p. 885 y ss.; ESPERT SANZ, V. ob. cit., p. 152 y ss.; DE AMUNATEGUI RODRÍGUEZ, C. ob. cit., p. 51 y ss.; LÓPEZ MESA, M. "Derecho y distorsiones macroeconómicas (la utilización de la cláusula rebus sic stantibus por la jurisprudencia argentina y española)", *JA*, 1998-III-905.

(33) PUIG BRUTAU, J. *Fundamentos de Derecho Civil*, Bosch, Barcelona, 1978, tomo II, volumen I, p. 365 y ss., ha dicho "La misión que incumbe a los Tribunales es la de procurar que se logre un resultado equitativo y justo en una situación que no ha sido prevista en el contrato". En términos similares se expresa FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, C. "La cláusula rebus sic stantibus (Comentario a la sentencia del 17 de mayo de 1957)", *Anuario de Derecho Civil*, Tomo XI, Fasc. IV, 1958, p. 1267: "En definitiva, el problema de la cláusula rebus sic stantibus no consiste sino en determinar hasta qué punto debe seguirse y cuándo debe desconocerse el principio pacta sunt servanda, con el fin de evitar que el summum iuris (aplicación del mencionado principio fundamental) produzca la summa iniuria. Éste es el exacto planteamiento del problema, y así se ha venido formulando en la Ciencia Jurídica europea desde los glosadores hasta nuestros días."

En la doctrina del Tribunal Supremo avalando la de otros inferiores, la modificación sobrevenida de las circunstancias fue abordada desde la década del 40 del siglo pasado a través de la figura de la cláusula *rebus sic stantibus*, precisando que si bien esta regla no está legalmente reconocida, dada su elaboración doctrinal y el principio de equidad a que responde, existe la posibilidad de que sea recibida cautelosamente por los tribunales si se presentan estos recaudos inexorables de admisibilidad: a) una alteración extraordinaria de las circunstancias entre el momento de celebración y el del cumplimiento, b) una desproporción exorbitante, fuera de todo cálculo, entre las prestaciones pactadas y c) el advenimiento de circunstancias radicalmente imprevisibles.

Señalamos hace tiempo (34) que en la doctrina española esta tendencia favorable presenta una marcada confusión en el manejo de conceptos como alteración de las circunstancias, cláusula *rebus sic stantibus*, excesiva onerosidad, base del negocio o frustración del fin del contrato, incurriendo en una brumosa utilización de institutos diferentes sin escindir claramente sus requisitos de procedencia y efectos. La doctrina se ha ocupado de efectuar detenidas exploraciones de los antecedentes judiciales, en especial del Tribunal Supremo, y ha señalado de modo invariable la imprecisión apuntada (35).

En líneas generales puede afirmarse que en España, al no existir una norma de carácter general que recepte la doctrina de la excesiva onerosidad o la cláusula *rebus*, su reconocimiento y aplicación se circunscribe a la sede judicial y los tribunales, admitiéndolas en casos muy excepcionales, hacen una equiparación casi absoluta de sus requisitos o presupuestos, ámbito de aplicación, fundamentos y efectos, deducidos de antecedentes legales pretéritos o foráneos o de creación pretoriana (36).

Aunque con oposición parcial de la doctrina (37), la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo en varias ocasiones han hecho también aplicación de la teoría de la desaparición

(34) FREYTES, A. *La frustración del fin del contrato*, Premio tesis sobresalientes, Academia Nacional de Derecho de Córdoba, 2010, p. 84 y ss.

(35) Extensas reseñas jurisprudenciales sobre el tema pueden consultarse con provecho en ESPERT SANZ, V. ob. cit, p. 23 y ss., y p. 157 y ss.; DE CASTRO Y BRAVO, F. ob. cit., p. 322 y ss.; y muy especialmente, DE AMUNATEGUI RODRÍGUEZ, C. ob. cit., relativas a la cláusula *rebus* y la excesiva onerosidad sobrevenida, en pp. 50 y 80 y a la teoría de la presuposición en p. 70. En la doctrina nacional, LÓPEZ MESA, M. ob. cit., p. 909 y ss.

(36) Una aislada excepción a esta equiparación, estriba en el requisito de la imprevisibilidad de las circunstancias sobrevenidas, que suele ser rígidamente exigido si se invoca la teoría de la cláusula *rebus sic stantibus* pero no cuando se peticiona por frustración del fin, Cfr. DE AMUNATEGUI RODRÍGUEZ, C. ob. cit, p. 203 y ss., y en especial su nota 132.

(37) DE CASTRO Y BRAVO, F. ob. cit., p. 322, se muestra muy escéptico en cuanto a la acogida por el derecho español de estas teorías foráneas. En su opinión, son doctrinas extrañas elaboradas por el derecho alemán para paliar las deficiencias de aquel sistema, superfluas en el derecho español cuyo régimen causalista se basta para resolver estas cuestiones. Con singular énfasis resalta: “*hay una desconexión entre el derecho alemán y el inglés y el derecho común, que a la larga resulta tan insatisfactoria que jueces y autores se esfuerzan desesperadamente por arbitrar remedios que al menos de momento, sirvan para evitar los resultados más repugnantes a su sentido de justicia. Se buscará después, salvar el mismo sistema insertándole con fórceps, la figura nueva y extraña al mismo de la base del negocio, necesaria*”

de la base del negocio (38) y de la frustración del fin para admitir consecuencias indeeadas de la alteración de las prestaciones por circunstancias sobrevenidas.

La conexión del problema de la modificación sobrevenida de las circunstancias con el principio general de buena fe, señalado por la literatura jurídica y la jurisprudencia alemanas, fundándose en los §§ 157 y 242 del B.G.B., también fue admitida en España con acusada frecuencia.

En ese temperamento se ha pensado (39) que si la regla que impone un comportamiento de buena fe es un principio general del derecho, no habría dificultad en admitir la resolución o el reajuste contractual por frustración del fin negocial mediante la aplicación de aquella directriz general. E incluso se ha dicho (40) que en los casos de ruptura del equilibrio de las prestaciones, el principio de buena fe, incluido en el texto del artículo 1258, impone la aplicación de las tantas veces mencionada cláusula *rebus*.

Y por fin, aunque con menos frecuencia, se ha encontrado fundamento para la frustración del fin en la ruptura del mecanismo causal o en la aparición de una anomalía funcional sobrevenida (41). La causa del contrato entendida a veces como la función concreta que éste cumple desaparece parcial o totalmente cuando queda

para que el sistema no se convierta en un mecanismo inhumano, que rechace como incompatible con su automatismo, las consideraciones de la buena fe y del sentido de lo adecuado y justo.

(38) Con fundamento en la desaparición de la base del negocio, recoge DE AMUNATEGUI RODRÍGUEZ, C. ob. cit., pp. 96 y 90, su nota 113, tres casos resueltos por el Tribunal Supremo el 23 de noviembre de 1962, el 25 de mayo de 1990 y el 14 de septiembre de 1993. En el primero (RJ 1962-5005), estimó la pretensión de reajuste o elevación de una renta vitalicia, concertada en 1939 por transformación de un usufructo viudal, a consecuencia de la pérdida del valor adquisitivo del dinero, fundando su decisión, entre otras razones, en el art. 1258 del Código Civil y en las exigencias de la buena fe contractual considerada en sentido objetivo, afirmando que “*alterada la base del negocio*”, era una consecuencia necesaria de la buena fe “*el restablecimiento de la base contractual con reciprocidad real y equitativa de las obligaciones*”. En el segundo (RJ 1990-4082), declaró la resolución de un contrato de compraventa de una parcela de terreno por considerarlo sometido a “la condición tácita” de obtener la licencia urbanística, aun cuando nada se hubiere pactado en el contrato, pero deducible de la forma de pago estipulada. En el tercero (RJ 1993-9881), rechazó la resolución de la venta de un inmueble adquirido sobre plano, sin que posteriormente se obtenga la licencia de construcción, al no acreditarse ninguno de los recaudos de admisión de desaparición de la base del negocio. Lo más interesante de este último antecedente lo constituye, según la anotadora, la conceptualización que hace el Tribunal Supremo de la base subjetiva y objetiva: “*La primera consiste en las representaciones de las que las partes en un contrato han partido para sus estipulaciones, en una común representación mental, por la que ambas se han dejado guiar al fijar el contenido contractual. La segunda, en un conjunto de circunstancias cuya existencia o persistencia son necesarias para lograr que se alcance el fin del contrato o para que las prestaciones pactadas, no resulten desequilibradas con grave onerosidad si no se cumplen, de modo que se destruya la relación de equivalencia entre ellas*”. Igual suerte de desestimación sufren los argumentos relativos al error y la aplicación de la cláusula *rebus*, al considerar que la falta de obtención de la licencia de construcción, no es un hecho imprevisible. Los terminos de la sentencia, trasuntan con evidencia palmaria, la doctrina de Larenz.

(39) DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. *Fundamentos...*, ob. cit., p. 897 y ss.

(40) Cfr. BADENES GASSET, R. ob. cit., p. 120 y ss.; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, C. ob. cit., p. 1271.

(41) DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. *Fundamentos...*, ob. cit., p. 897 y ss.

roto el equilibrio entre las prestaciones en el contrato conmutativo o cuando resulta ya imposible alcanzar el fin del negocio (42).

III. La doctrina tradicional del Tribunal Supremo Español

La inexistencia de norma alguna que dé solución con carácter amplio y específico desde la teoría general del contrato o de las obligaciones al “problema” de la alteración sobrevinida de las circunstancias ha creado una laguna legislativa que intentó colmarse con la cláusula *rebus sic stantibus*, que si de algo puede presumir es de excepcional y aplicada siempre con estrechos márgenes e infranqueables cortapisas.

Es excepcional porque su existencia y aplicación en España es estrictamente jurisprudencial, porque los requisitos y presupuestos de aplicación son de muy difícil verificación y, finalmente, porque el Tribunal Supremo ha venido afirmando, hasta fecha muy reciente de forma constante e inveterada, que dicho instituto es de aplicación extraordinaria. Estos tres límites ponen de manifiesto que, según la doctrina tradicional del Supremo, la alteración de las circunstancias, por vía de principio, no debe tener incidencia alguna en el marco contractual.

Y ello así no porque los requisitos de aplicación de la doctrina sean muy estrictos, sino porque el Alto Cuerpo se ha aferrado tradicionalmente a una concepción inmovible del *pacta sunt servanda*, según la cual ningún factor que no pueda considerarse realmente extraordinario e imprevisible puede tener el menor impacto en el cumplimiento prestacional (43).

La doctrina *rebus sic stantibus* y, por ampliación, sus requisitos siempre fueron de carácter excepcional porque se interpretó que el problema es y debe ser excepcional. Lo demuestra el hecho de que su aplicación haya permanecido invariable desde sus orígenes hasta hace poco tiempo, cuando sus requisitos se flexibilizaron de modo cauteloso e incipiente. Basta comparar las más antiguas sentencias sobre la doctrina de la cláusula *rebus sic stantibus* con las más recientes para percatarse que la doctrina no

(42) Cfr. DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. *Fundamentos...*, ob. cit., p. 897, para quien en la sentencia del 30 de junio de 1948 el Tribunal Supremo ligó la idea de causa del contrato a la finalidad perseguida por los contratantes, de manera que la desaparición sobrevinida de la base en la que se asentaba el consentimiento, de alguna manera se relaciona con una sobrevinida desaparición de la causa del contrato.

(43) En este sentido, SOTO NIETO, F. “Derecho Vivo: Jurisprudencia Comentada”. T. II. *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1971, p. 403 y VERDERA SERVER, R. “Comentario a la STS de 17 de noviembre de 2000: aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* en un contrato de suministro”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, abril/septiembre, 2001, p. 439. Son reiteradas las sentencias STS que afirman el carácter extraordinario y peligroso de la cláusula o doctrina *rebus sic stantibus*. Así, por ejemplo, sin ánimo de exhaustividad, pueden citarse las SSTS 27 junio 1984 (RJ 1984/3438); 17 mayo 1986 (RJ 1986/2725); 21 febrero 1990 (RJ 1990/707); 26 octubre 1990 (RJ 1990/8049); 10 diciembre 1990 (RJ 1990/9927); 23 abril 1991 (RJ 1991/3023); 8 julio 1991 (RJ 1991/5376); 6 noviembre 1992 (RJ 1992/9226); 24 junio 1993 (RJ 1993/5382), 4 febrero 1995 (RJ 1995/739); 29 mayo 1996 (RJ 1996/3862), 10 febrero 1997 (RJ 1997/665); 15 noviembre 2000 (RJ 2000/9214); 18 junio 2004 (RJ 2004/3631); 22 abril 2004 (RJ 2004/2673); 25 enero 2007 (RJ 2007/592); 1 marzo 2007 (RJ 2007/1618) y 21 mayo 2009 (RJ 2009/3187).

ha evolucionado demasiado, o al menos no lo ha hecho tan significativamente como para adaptarse a fórmulas similares de otros ordenamientos europeos.

Y aunque las circunstancias sociales y económicas son muy diferentes a las existentes al finalizar guerra civil, época en la que surgió con fuerza la aplicación jurisprudencial de la *cláusula rebus*, tal cambio de circunstancias sociales no trajo consecuentemente aparejada, hasta fecha reciente, una modulación de los requisitos de aplicación. Tanto es así, que si bien el Tribunal Supremo no ha supeditado tradicionalmente la aplicación de la *cláusula rebus sic stantibus* a situaciones catastróficas o de conflicto bélico, lo cierto es que a través de sus constantes referencias a la excepcionalidad de la doctrina y a la rigurosidad exigida para la apreciación de sus requisitos, el instituto solo ha resuelto consecuencias devenidas de sucesos no solo imprevisibles y graves, sino realmente extraordinarios.

Este carácter excepcional se sustenta en el sacrosanto respeto del Máximo Tribunal a recaudos inmovibles de admisibilidad: (i) una alteración extraordinaria, imprevisible e inimputable de las circunstancias existentes al tiempo de cumplir la prestación comparadas con las reinantes al momento del perfeccionamiento del negocio; (ii) una desproporción exorbitante, fuera de todo cálculo, entre las prestaciones que genere el derrumbe del equilibrio contractual; (iii) la carencia de otro remedio para la resolución del problema, pues la solución es siempre subsidiaria; (iv) la existencia de una relación causal entre la desproporción exorbitante de las prestaciones y la alteración extraordinaria e imprevisible de las circunstancias; (v) un contrato de ejecución diferida (de prestaciones aún no cumplidas y sin incumplimientos previos al cambio de circunstancias); y (vi) una alteración no contemplada legalmente ni asumida por las partes al anudar el negocio. Sólo por excepción se ha dudado si la doctrina es aplicable sólo a los contratos de tracto sucesivo o también a los de tracto único pero de ejecución diferida y si alcanza también a los contratos aleatorios. En ese estrecho marco, el desenvolvimiento de la cláusula tuvo poco margen para adaptarse a la realidad de un mundo negocial cada día más complejo y vasto.

Sin embargo, en la actualidad se está produciendo un cambio en la valoración de la *cláusula rebus sic stantibus* en derecho español. Cada vez son más las voces que tratan de normalizar el problema de la alteración sobrevenida de las circunstancias, dándole encaje en la teoría general del contrato y de las obligaciones.

En ese mismo sendero se encuentran los Principios UNIDROIT sobre contratos comerciales internacionales, los Principios Europeos de Contratación, el Anteproyecto de ley para la modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos del Código Civil Español, la Propuesta de Reglamento Comunitario de la compraventa europea, la Propuesta de Código Mercantil de la Comisión General de Codificación del Ministerio de Justicia, entre otros.

IV. Hacia una nueva concepción jurisprudencial

La tendencia parece incluso seguirse por la jurisprudencia en sus niveles más empinados, pues el pasado 30 de junio de 2014 el Tribunal Supremo dictó una sentencia que

supuso una indiscutible modificación a su tradicional doctrina referida al cambio de circunstancias y su impacto en las prestaciones contractuales prolongadas en el tiempo.

El temperamento se reafirmó en un fallo ratificatorio del 15 de octubre del mismo año, que revela un giro ostensible concorde a las opiniones autorales más modernas sobre la materia y al ordenamiento jurídico comunitario.

Ambas resoluciones se alejaron de la excepcionalidad de los recaudos hasta entonces exigidos de modo irreversible para admitir la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*, normalizaron el problema de la alteración sobrevenida de las circunstancias y encuadraron la doctrina en la teoría general de las obligaciones contractuales (44).

Por su importancia, analizaremos los criterios utilizados por el Tribunal Supremo siguiendo el mismo orden expuesto en las sentencias comentadas.

IV.1. Sentencia del Tribunal Supremo del 30 de junio de 2014

Los hechos que sirven de base a la resolución se resumen brevemente en su fundamento de derecho primero.

La demandante Promedios Exclusivos de Publicidad, S.L. (en adelante Promedios) y la demandada, Empresa Municipal de Transportes de Valencia S.L.U. (en adelante EMT) celebraron el 30 de mayo de 2006 un contrato de explotación de publicidad por un plazo de cuatro años, desde el 1 de agosto de 2006 hasta el 31 de julio de 2010. En virtud de este contrato, Promedios se obligaba a pagar a EMT un canon mínimo mensual de 140.550 euros (1.686.600 euros anuales) a cambio de la explotación de su publicidad en los autobuses de EMT. En virtud de una adenda al contrato firmada el 15 de mayo de 2007, el canon mensual se fijó en 178.350 euros (2.140.200 euros anuales). Asimismo, acordaron que el canon se actualizaría al alza un 5 % cada 1° de agosto durante los años de vigencia del contrato. Promedios se obligó, además, a abonar a EMT en cuatro anualidades de 567.911,75 euros en concepto de diversas mejoras. Por último, Promedios garantizó el cumplimiento de sus obligaciones contractuales a través de

(44) Un pormenorizado análisis de la doctrina del Tribunal Supremo español sobre la variación de las circunstancias contractuales puede verse con provecho en ALBALADEJO GARCIA, M. "Modificación del contrato por alteración de las circunstancias", *Compendio de Derecho Civil*, Subsección 3ra., Edisofer, 2007, Madrid; ALONSO PÉREZ, M. "El error sobre la causa", en AA.VV. *Estudios de derecho civil en honor del profesor Castán Tobeñas, Tomo III*, Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1969; ÁLVAREZ VIGARAY, R. *La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento*, Comares, 1986, Granada; CASTIÑEIRA JEREZ, J. "Pacta sunt servanda, imprevisión contractual y alteración sobrevenida de las circunstancias", *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, Número 29, julio-diciembre 2012, pp. 71-106; MARTÍNEZ VELENCOSO, L. *La alteración de las circunstancias contractuales: Un análisis jurisprudencial*, Civitas, 2003, Madrid; SALVADOR CODERCH, P. "Alteración de circunstancias en el art. 1213 de la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos", *InDret*, 4/2009, octubre-2009 (www.indret.com); CARACUEL, M. *La alteración sobrevenida de las circunstancias contractuales*, Dykinson, Madrid, 2014; entre muchos otros. Muy recientemente, el tema ha tenido enjundioso tratamiento en CASTIÑEIRA JEREZ, J. *El incumplimiento justificado del contrato ante el cambio de circunstancias*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017.

un aval a primer requerimiento, solidario y con renuncia expresa a los beneficios de excusión, división y orden por 702.750 euros.

La relación contractual entre Promedios y EMT transcurrió con normalidad desde su inicio hasta el 20 de febrero de 2009, fecha de vencimiento de la factura nº 2 del 15/1/2009, emitida por EMT por un importe de 233.064,30 euros y correspondiente al canon de noviembre de 2008. Esta última factura no fue abonada a su fecha de vencimiento. Promedios la pagó el 6 de mayo de 2009 cancelando sólo el 70 % de lo adeudado, lo que motivó que EMT le remitiera requerimiento de pago de la suma restante más los impuestos e intereses calculados según el tipo pactado contractualmente. EMT ya había rechazado en abril de 2009 la solicitud de Promedios de reducir temporalmente al 70 % el canon pactado debido a la imprevisible crisis del mercado de inversiones publicitarias y descensos en su facturación. Promedios dejó de abonar la factura adeudada invocando rentabilidad negativa en la ecuación económica del contrato.

Quedó demostrado en los procedimientos de ambas instancias –y lo recoge el Tribunal Supremo en su primer fundamento de derecho– que inclusive con el pago reducido del 70 % de la factura impagada, el contrato arrojaba para Promedios una pérdida que ascendía a la nada desdeñable cantidad de 4.107.128 €. Ese resultado se correspondía con un descenso en la facturación de Promedios en torno al 40 % con respecto al año 2008, lo que vino acompañado por una caída de inversión en el sector del transporte tanto a nivel nacional, como de la Comunidad Valenciana. Por otro lado, también fue acreditado que si bien durante el primer año de ejecución del contrato ya se notaban los efectos de la crisis en el sector de la publicidad, no fue hasta el año 2009 en el que esta se volvió especialmente aguda, lo que incluso llevó a Promedios a cerrar líneas de negocio totalmente inviables.

Ante la negativa de EMT de adaptar el contrato y la de Promedios a cumplirlo en sus estrictos términos, ambas partes iniciaron juicio ordinario que finalmente fueron acumulados. En el procedimiento iniciado por EMT se solicitaba la resolución del contrato por incumplimiento contractual, así como el abono de la deuda vencida y los intereses. En el iniciado por Promedios se solicitaba que se modificaran las bases de cálculo del canon a abonar a EMT, fijándolo en el 70 % de la facturación neta mensual o alternativamente en la cantidad de 70.000 euros mensuales, todo ello ante el desequilibrio de las prestaciones generado por el cambio de las circunstancias que sirvieron de base al negocio. Subsidiariamente, Promedios solicitaba que se fijara la modificación del canon que el juez considerara oportuna en función de las circunstancias o, para el caso en que no procediera la modificación del canon, se resolviera el contrato ante la imposibilidad económica de cumplirlo.

Una vez acumulados los procedimientos, el juzgado de primera instancia estimó parcialmente la demanda interpuesta por Promedios y declaró que se había producido una alteración imprevisible de las circunstancias que había generado un desequilibrio de las prestaciones. Por ello acordó modificar las bases para el cálculo a abonar a EMT, fijándolo en un 80 % de la facturación neta mensual de Promedios (que había solicitado se

fijara en el 70 %), con un mínimo garantizado para EMT de 100.000 euros. La demanda de EMT fue íntegramente desestimada.

Analizando los recursos de apelación presentados por ambas partes, el 11 de junio de 2012, la Audiencia Provincial de Valencia dictó una sentencia revocatoria, que desestimó la demanda interpuesta por Promedios y acogió parcialmente la formulada por EMT, disponiendo declarar resuelto el contrato ante el incumplimiento grave de Promedios y condenando a ésta al pago de la cantidad adeudada e intereses por mora, así como la indemnización de los daños y perjuicios causados por el incumplimiento. Como expone el Tribunal Supremo en el fundamento de derecho primero de la sentencia que analizamos, el rechazo de la demanda de Promedios por parte de la Audiencia Provincial se basó en la negativa a considerar que la crisis económica y sus efectos en el mercado de inversión publicitaria pudieran considerarse factores imprevisibles, susceptibles de provocar una desproporción exorbitante en las prestaciones de las partes.

Ante la sentencia de segunda instancia, Promedios interpuso el recurso de casación fundándolo en dos motivos distintos y excluyentes: 1º) la infracción de la jurisprudencia constante del Máximo Tribunal sobre la aplicación de la doctrina *rebus sic stantibus* y 2º) la aplicación incorrecta del artículo 1124 Código Civil, correlativo del artículo 1258, por la decisión de la Audiencia de resolver el contrato por incumplimiento grave. El Tribunal Supremo estimó el primero de los motivos de casación lo que hizo innecesario analizar el segundo. La admisión de ese primer motivo conllevó la confirmación del fallo de primer instancia, lo que supuso la apreciación de la excesiva onerosidad y la modificación del canon a abonar por Promedios al 80 % de lo pactado, con un mínimo garantizado para EMT de 100.000 €.

La resolución trae a colación, como ejemplo del cambio de paradigma en la caracterización judicial de la doctrina *rebus sic stantibus*, las sentencias del Tribunal Supremo de 17 y 18 de enero de 2013, en las que si bien se flexibilizaron algunos de los requisitos tradicionalmente exigidos para la aplicación de la doctrina (la imprevisibilidad y extraordinariedad del cambio de circunstancias), no abordaron el problema en abstracto más allá de los casos particulares que resolvieron. La sentencia del 30 de junio de 2014, en cambio, sí produce ese avance y allí radica su valioso aporte a la doctrina judicial peninsular.

Creemos que la forma más sensata y acertada de abordar un problema es admitir su existencia y proponer su solución, y en este caso en particular el encomiable adelanto del Tribunal Supremo fue analizar el fundamento de la doctrina *rebus sic stantibus* apartándolo de las reglas de equidad y justicia o del hipotético consentimiento de las partes.

Por eso resulta relevante y de singular valía la intervención del Alto Cuerpo cuando refiriéndose a la doctrina de la cláusula *rebus sic stantibus* determina que “todo parece indicar que debe abandonarse su antigua fundamentación según reglas “de equidad y justicia” en pro de una progresiva objetivización de su fundamento técnico de aplicación. En este sentido, la fundamentación objetiva de la figura, alejada de los anteriores criterios subjetivistas, resulta ya claramente compatible con el sistema codificado”.

En ese entendimiento se afirma que la aplicación de la doctrina *rebus sic stantibus* no es incompatible con la plena vigencia del principio *pacta sunt servanda*, en la medida en que aquella se deriva de otras reglas y fundamentos igual de importantes y compatibles con dicho principio; en concreto, la regla de la conmutatividad y el principio cardinal de buena fe.

Si bien no puede dudarse del acierto del Tribunal Supremo en esta afirmación, también debe considerarse que la compatibilidad del principio *pacta sunt servanda* con el reconocimiento de la incidencia de la alteración sobrevenida en el régimen de ejecución contractual no sólo deriva de otros principios o normas, sino también del correcto entendimiento de dicho dogma.

El reconocimiento del impacto que produce la alteración sobrevenida de las circunstancias –máxime si no está formalmente reconocido por el ordenamiento positivo español– exige la búsqueda de uno o varios fundamentos de carácter objetivo.

El primero y principal de esos fundamentos estriba, según el Tribunal Supremo (fundamento de derecho segundo, punto 4º) en la causa del contrato y, en concreto, en el postulado de la conmutatividad, cuando refiere que “(...) 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. Este “equilibrio básico” (...) resulta también atendible desde la fundamentación causal del contrato, y sus correspondientes atribuciones patrimoniales”.

El otro fundamento aportado por el Tribunal Supremo, en apoyo a un posible desarrollo de las doctrinas relativas a la excesiva onerosidad de la prestación, es el de la buena fe contractual. En esa tesitura se afirma que “el acreedor no debe pretender más de lo que le otorgue su derecho y el deudor no puede pretender dar menos que el sentido que la probidad exige, todo ello de acuerdo con la naturaleza y finalidad del contrato”. Este principio cardinal también sirve de basamento en la sentencia para defender la conservación del negocio y con ella la posibilidad de que las obligaciones contractuales puedan ser adaptadas o revisadas por el tribunal, en aras de un mejor y más equilibrado reparto del riesgo contractual.

Así, la sentencia relaciona en abstracto un posible desarrollo de la doctrina *rebus sic stantibus* con el elemento de la causa y el principio de la buena fe contractual, y definiendo la perfecta compatibilización de dichas doctrinas con todo el sistema contractual español, en particular con el principio *pacta sunt servanda*; y al concretar la aplicación de la figura, recurre a la doctrina alemana de la base del negocio distinguiendo entre base objetiva y subjetiva.

La base objetiva del negocio desaparece o se ve afectada, en palabras del Alto Tribunal, cuando 1º) “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 o cuando 2º) 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”. Se afirma que “complementariamente, (...) la base subjetiva del negocio nos permite llegar a idéntica conclusión 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 sentencia tiene una clara referencia a la frustración de la finalidad del contrato que operaría -en su parecer- por la ruptura de la base objetiva del negocio cuando esta finalidad haya sido expresamente prevista por las partes o se derive de la naturaleza del contrato, o bien por ruptura de la base subjetiva, cuando la finalidad económica individual de una de las partes conocida o no rechazada por la otra se torne inalcanzable.

Cotejando la frustración con la excesiva onerosidad de la prestación, el Supremo afirma que ésta última se produce únicamente y por contraposición con la primera, ante una ruptura de la base objetiva del negocio, cuando la equivalencia o proporción de las prestaciones se destruye o desfigura por completo, alterando la conmutatividad.

A modo de colofón, se sostiene que en ambos casos, la ruptura de la base objetiva del negocio solo puede ser alegada por la frustración de la finalidad o por excesiva onerosidad, si las partes, implícita o explícitamente, no han asumido el riesgo del cambio de circunstancias: “En este sentido, el contraste se realiza entre la mutación o cambio de circunstancias y su imbricación o adscripción con los riesgos asignados al cumplimiento del contrato ya por su expresa previsión, o bien por su vinculación con los riesgos propios que se deriven de la naturaleza y sentido de la relación obligatoria contemplada en el contrato, de forma que, para la aplicación de la figura del cambio o mutación, configurado como riesgo, debe quedar excluido el ‘riesgo normal’ inherente o derivado del contrato”.

Ello constituye un destacado acierto en la doctrina expuesta por el Máximo Tribunal, pues resulta evidente que el problema de la alteración sobrevenida de las circunstancias requiere inexorablemente abordar los alcances del riesgo contractual. Si las partes han asumido expresamente el riesgo de que una circunstancia aconteciera o debieron asumirlo porque, en virtud de las circunstancias y/o naturaleza del contrato, ese riesgo era razonablemente previsible, entonces no es dable aplicar las teorías relacionadas con la alteración sobrevenida.

Por ello se acierta al requerir una imprevisibilidad razonable en el caso concreto y no una imprevisibilidad absoluta y abstracta, como tradicionalmente se venía exigiendo a la hora de aplicar la doctrina *rebus sic stantibus* (punto 6° del fundamento de derecho segundo): “De esta forma, la imprevisibilidad de esta alteración no queda informada por el carácter fortuito de la misma, sino por un juicio de tipicidad contractual derivado de la base del negocio y especialmente del marco establecido respecto a la distribución del riesgo natural del contrato, con lo que la imprevisibilidad, fuera de su tipicidad en el caso fortuito, queda reconducida al contraste o resultado de ese juicio de tipicidad, esto es, que dicho acontecimiento o cambio no resultara ‘previsible’ en la configuración del aleas pactado o derivado del contrato. De ahí que la nota de imprevisibilidad no deba apreciarse respecto de una abstracta posibilidad de la producción de la alteración o

circunstancia determinante del cambio, considerada en sí misma, sino en el contexto económico”.

Al analizar el supuesto enjuiciado, el Tribunal Supremo concluye que la crisis económica y su influencia en el mercado publicitario y del transporte pueden causar una excesiva onerosidad con efectos perniciosos para las partes. No obstante, la crisis y su incidencia en el sector publicitario y del transporte no son *per se* y en abstracto factores suficientes para la apreciación de la excesiva onerosidad.

Lo que provoca la aplicación de la figura es la crisis como factor imprevisible (razonablemente) para las partes y la no asunción del riesgo por parte del deudor de que el canon pactado pudiera resultar ruinoso o desproporcionado. Es cierto, como expuso la Audiencia, que Promedios como empresa adjudicataria podría haber incluido un pacto anticipando una posible crisis en el mercado. De hecho, esa crisis, en abstracto, era previsible. Pero lo trascendental, como con gran acierto se establece en la resolución del Supremo, es que las circunstancias del mercado en el momento de contratar (año 2006) no hacían razonable la previsión de un malogro como el finalmente acontecido. Y esa imprevisión razonable, inimputable si se prefiere, es lo que provoca que el deudor no haya asumido tal riesgo.

En ese sentido se destaca (fundamento de derecho tercero): “De modo que, conforme a lo expuesto, no parece que pueda imponerse dicho riesgo cuando por la trascendencia del mismo no cayera en la esfera de control de la parte en desventaja, ni razonablemente se tuvo en cuenta o se esperase que se tuviese en cuenta en la distribución natural de los riesgos derivados del contrato. Pues bien, esto es lo que ocurre en el presente caso de acuerdo con el análisis de las periciales practicadas, aceptadas en ambas instancias, en donde se desprende que aun siendo la empresa adjudicataria una empresa de relevancia del sector y, por tanto, conocedora del riesgo empresarial que entraña la explotación del negocio, no obstante, nada hacía previsible en el año 2006, momento de la contratación, del riesgo y la envergadura de la crisis económica que se revelaba dos años después de forma devastadora. De este contexto se comprende que en el momento de la contratación, de claras expectativas de crecimiento, solo se tuvieron en cuenta, de acuerdo con las prácticas negocials del sector, la participación de la empresa ofertante en el incremento esperado de la facturación en los años sucesivos, pero no la situación contraria o su posible modificación, caso que sí ocurrió, de forma llamativa, cuando dicha empresa, ya en la situación de crisis del sector, y desligada del anterior contrato, adapta su nueva oferta de adjudicación a la realidad del nuevo contexto económico”.

Al margen de estos aciertos indiscutibles, creemos incorrecta la exigencia de extraordinariedad del cambio de circunstancias como un requisito independiente para la aplicación de la doctrina de la cláusula *rebus* y, por lo tanto, autónomo al de la imprevisibilidad (fundamento de derecho tercero, punto 4º) cuando se expresa: “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”.

Nótese que con la exigencia de que el cambio de circunstancias sea extraordinario no sólo resulta preciso que las partes no se representaran ni pudieran representarse el cambio de circunstancias, sino que, además, parece necesario que esa falta de representación se deba al carácter objetivamente extraordinario del cambio operado.

Siguiendo este temperamento, la extraordinariedad de las circunstancias provoca que la institución de la alteración sobrevenida sólo se aplique ante grandes catástrofes y no como una institución normal –aunque de aplicación restringida– en el ámbito de la teoría general del contrato y de las obligaciones.

En nuestra opinión, tanto para la aplicación de la doctrina *rebus sic stantibus* como para la frustración del fin del contrato no es necesario que los hechos sean extraordinarios, es decir, raros de manifestarse, extraños al curso normal de los acontecimientos e irrepetibles con frecuencia o regularidad.

Es cierto que en la teoría de la imprevisión de cuño francés los acontecimientos que tornan excesivamente onerosa la prestación a cargo de una de las partes deben revestir el carácter de extraordinarios e imprevisibles. Pero ello es así porque los hechos alcanzados por este instituto entrañan normalmente una alteración que corrompe el orden económico imperante con efecto expansivo sobre toda la comunidad, afectando a una numerosa categoría de sujetos, vinculados por negocios patrimoniales de cierta importancia. Esas circunstancias sobrevenidas tienen como característica esencial su generalidad.

En el caso analizado, en cambio –por su vinculación con la frustración de la finalidad–, los hechos que alteran las circunstancias objetivas presumidas por las partes al contratar sólo comprometen a un negocio en especial, el que ha visto malogrado su fin. Se caracterizan, por tanto, por su particularidad.

Lo imprevisible se acerca más a consideraciones de índole subjetiva, pues presupone la consideración de facultades de diligencia y celo de los involucrados y de la posible existencia o no de un deber de previsión; mientras que lo extraordinario presenta al contrario, una naturaleza objetiva, casi de carácter estadístico.

Las exigencias de imprevisibilidad y extraordinariedad suelen exigirse con carácter acumulativo –como ocurre en la imprevisión– por lo que es frecuente que la doctrina los confunda haciéndolos aparecer inescindibles. Sin embargo, no lo son: hay circunstancias previsibles y extraordinarias (por ejemplo, los efectos de una guerra) y, al contrario, sucesos imprevisibles y ordinarios (el encarecimiento de una mercadería a consecuencia de factores climáticos).

La alteración de las circunstancias puede suponer acontecimientos ordinarios y pese a ello imprevisibles, verbigracia, la baja inesperada del precio de un producto por

la aparición en el mercado de otro que lo sustituya, la merma considerable del flujo hídrico de un río que proveía agua al ganado vacuno criado en el inmueble locado, etcétera. Circunstancias de este jaez posibilitarían invocar la teoría de la *cláusula rebus* debiendo los tribunales atender a la previsión de una persona razonable que se hallare en idéntica situación. Una persona media, ni demasiado previsora ni especialmente imprevisora.

Bastaría, en nuestra opinión, con la exigencia de una imprevisibilidad razonable en atención a criterios objetivos que tengan en consideración las circunstancias concretas de las partes y del negocio que han alcanzado, unido a la ajenidad en el cambio de las circunstancias o su resultado.

Sin duda, la sentencia de 30 de junio de 2014 constituye un avance encomiable en la configuración de la alteración sobrevenida de las circunstancias en el derecho español. Ese adelanto se materializa en el intento de normalizar dicha doctrina a través de la redefinición de sus requisitos de aplicación y, en particular, en la precisión de los efectos que estas vicisitudes provocan en el negocio afectado.

En ese entendimiento parece atinada y justa la solución dada al conflicto recurriendo a la readaptación prestacional para salvar la vida del acuerdo y distribuir con equidad las consecuencias negativas producidas por el cambio circunstancial sobrevenido.

IV.2. Reafirmación de la doctrina: Sentencia del Tribunal Supremo del 15 de octubre de 2014

En la sentencia del 15 de octubre de 2014 se pone a prueba la aplicación de la “renovada” doctrina *rebus sic stantibus* a un contrato de arrendamiento de un edificio destinado a la actividad hotelera y de su correspondiente aparcamiento.

La arrendataria, Accor Hoteles España S.A., interpuso demanda contra la propietaria del edificio y solicitó con carácter subsidiario, para el supuesto en que no se acogieran sus pretensiones de resolución por incumplimiento e indemnización de los daños y perjuicios, la aplicación de la doctrina *rebus sic stantibus*.

La alegación de la doctrina *rebus sic stantibus* se basó en la ruptura del equilibrio de las prestaciones ante la crisis económica sufrida en el sector hotelero en España desde la fecha de la firma del contrato (año 1999) y se concretó en la petición de reducción de las rentas a abonar por la locataria.

Tras el rechazo de todas las pretensiones de la actora tanto en primera como en segunda instancia, el Tribunal Supremo acogió la alegación de la doctrina *rebus sic stantibus* sobre la base de la importante crisis económica acontecida en aquel país durante el período de vigencia del contrato así como en la “imprevisibilidad del riesgo derivado y de la excesiva onerosidad resultante respecto de la prestación debida” (fundamento de derecho primero).

A la hora de valorar la imprevisibilidad del cambio de circunstancias, el Máximo Tribunal siguiendo lo ya establecido en el precedente de junio de 2014 no exige una

imprevisibilidad objetiva y absoluta, sino una razonable en atención a las circunstancias del caso y a la relación contractual subyacente.

Nuevamente relaciona este requisito con la doctrina de la base del negocio: "(...) con independencia de las expectativas de explotación del negocio, de claro riesgo asignado para la parte arrendataria, el contexto económico del momento de la celebración y puesta en ejecución del contrato (periodo del 1999 a 2004), de inusitado crecimiento y expansión de la demanda, acompañado, además, de una relevante promoción urbanística de la zona de ubicación de los hoteles, formó parte de la base económica del negocio que informó la configuración del contrato de arrendamiento suscrito por las partes en febrero de 1999. Desde esta perspectiva, y conforme a las prácticas negociales del sector en dicho contexto, no parece que pese a tratarse la parte arrendataria de una empresa relevante en el sector y, por tanto, conocedora del riesgo empresarial que entraña la explotación del negocio de hotelería, se le puede imputar, exclusivamente, la falta de previsión acerca de la crisis económica; de forma que por las circunstancias de su irrupción, de su especial impacto y trascendencia, su asignación como riesgo no puede caer sólo en la esfera de control de la parte en desventaja, ni tampoco cabe establecer que 'razonablemente' se hubiera debido tener en cuenta en la distribución natural de los riesgos derivados del contrato celebrado".

En otras palabras, si bien la composición del precio de la renta pactada es un riesgo a asumir por la inquilina, mucho más cuando ésta es una empresa relevante en el sector hostelero, no es menos cierto que este riesgo no puede atribuirse en forma exclusiva a ella dadas las circunstancias de irrupción de la crisis económica y de su especial impacto en todo el mercado.

Y tampoco cabe duda que la desactualización de la renta es un factor en principio previsible –aun en países de economía estable– y, por lo tanto atribuible a las partes. Por ello resulta indudable que en un contrato de vigencia tan amplia podrían haber pactado un índice para la actualización de la renta. La clave, sin embargo, como adecuadamente lo establece el Alto Cuerpo, no se sitúa en la previsibilidad –en sentido objetivo– de la crisis o en la posibilidad de que las partes pudieran haber sido más cautelosas mediante la inclusión de un pacto referente a la posible actualización de la renta, sino en la determinación de si, ante las condiciones concretas del contrato y del sector en el que se inserta, resultaba razonable que se hubiera previsto o asumido la posibilidad de una abrupta caída del sector hotelero en la ciudad de Valencia –donde se encuentra el hotel arrendado– superior al 40 %.

Asumiendo una postura, a nuestro juicio acertada y superadora del primer fallo que anotamos, en la sentencia del 15 de octubre de 2014 parece prescindirse del requisito de la extraordinariedad para la aplicación de la doctrina *rebus* en el apartado 7º del fundamento de derecho primero: "(...) la nota de imprevisibilidad no debe apreciarse respecto de una abstracta posibilidad de producción de la alteración o circunstancia determinante del cambio considerada en sí mismo, esto es, que la crisis económica es una circunstancia cíclica que hay que prever siempre, con independencia de las peculiares características y alcance de la misma en el contexto económico y negocial en el

que incide (STS de 26 de abril de 2013, núm. 308/2013); todo ello conforme, también, con la aplicación ya normalizada de esta figura que presentan los principales textos de armonización y actualización en materia de derecho contractual europeo, la ‘razonabilidad’ de su previsión en el momento de la celebración del contrato, y la aplicación de su alcance modificativo conforme al principio de conservación de los actos y negocios jurídicos, STS de 15 de enero de 2013 /núm. 827/2012”.

En este caso, el Tribunal Supremo hace estribar la excesiva onerosidad en las pérdidas acumuladas de los hoteles de la arrendataria con relación a los beneficios de la empresa arrendadora. A nuestro juicio, aunque ambas cuestiones estén relacionadas, la excesiva onerosidad debería haberse medido en este caso con relación al valor de las prestaciones y no en atención a los beneficios o pérdidas de los negocios de las partes. Esos beneficios o pérdidas, si bien pueden tenerse en cuenta, no son los factores para determinar la existencia de la excesiva onerosidad de un contrato oneroso, que siempre resulta alcanzado por eventualidades de tal jaez.

Respecto de los efectos de la doctrina *rebus sic stantibus*, reitera el tribunal su inclinación por los modificativos frente a los resolutorios, por las mismas razones ya apuntadas en la sentencia del 30 de junio al entrañar la solución más adecuada a un contrato de arrendamiento de larga duración y postula para el caso una reducción de la renta de un 29%. Justifica esta disminución en la circunstancia de que aun así empequeñecida, la renta seguía siendo superior a la de mercado y en el antecedente de otro contrato similar en el que la propietaria aceptó una rebaja del 50% de la renta.

En este supuesto en particular, la aplicación de la doctrina de la cláusula *rebus* parece un poco precipitada, pues resulta evidente que las partes debieron prever o asumir el riesgo de una posible desactualización de la renta. Además, la solución de modificación del contrato por vía de una moderación del alquiler imponía redefinir la institución contractual en sistema español, aspecto soslayado en la sentencia.

La verdadera y total superación de la doctrina tradicional exige que se relacione el fundamento de la excesiva onerosidad con su posible solución –renegociación, resolución o adaptación del contrato– y que se expliciten los alcances de los requisitos apuntados ahora por el Tribunal Supremo (imprevisibilidad razonable y no asunción de riesgos) frente a los requisitos tradicionales (imprevisibilidad absoluta y extraordinariedad del cambio de circunstancias), en vistas a una eventual incorporación de estas figuras específicas en el derecho interno adecuándolo al derecho comunitario.

V. Conclusiones

Las resoluciones comentadas, en cuanto provienen del Máximo Órgano Judicial peninsular, marcan un avance en la configuración de la alteración sobrevenida de las circunstancias en el derecho español.

Suponen un adelanto encomiable al normalizar dicha doctrina en el marco de ese ordenamiento jurídico a través de la redefinición de sus requisitos de aplicación, en

particular el de la imprevisibilidad y la asunción del riesgo, aspecto que resulta esencial si se propende a una adecuación entre el orden interno y el comunitario.

El Tribunal Supremo abandona la concepción tradicional de la doctrina *rebus sic stantibus*, objetiviza la aplicación de la excesiva onerosidad aportando los fundamentos del desequilibrio (que los finca en la causa y en la buena fe contractual), brinda las consecuencias que esa mutación provoca en el negocio afectado (adaptación por renegociación o resolución del contrato) y supera los requisitos tradicionales (imprevisibilidad absoluta y extraordinariedad del cambio de circunstancias).

Sin hesitación alguna, es este un buen comienzo en la ardua tarea de conceptualizar y definir el impacto de la mutación de las circunstancias fácticas existentes al tiempo del perfeccionamiento contractual, en pos de una eventual incorporación de la figura -a través de sus múltiples especies ya acogidas en el ordenamiento comunitario: imprevisión, presuposición, etc.- al sistema positivo español.