

“LA REBUS SIC STANTIBUS”



Autora: Miriam Faes Bellver es Abogada del I.C. Abogados de Alcoy y Master en Abogacía por Fundesem.

ÁREA JURÍDICO-FISCAL-LABORAL

UPDATE! 21 de marzo

Tabla de contenido

INTRODUCCIÓN.....	5
GENERALIDADES.....	7
CAMBIO DE CIRCUNSTANCIAS OBJETIVAS	8
TEORÍAS JURÍDICAS.....	10
CLÁUSULA REBUS SIC STANTIBUS.....	11
LA TEORÍA DE LA BASE DEL NEGOCIO	15
TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN.....	22
LA TEORÍA DE LA CONDICIÓN IMPLÍCITA.....	23
LA CAUSA, MODIFICACIÓN CONTRACTUAL Y LA INEXISTENCIA DE LA CAUSA.....	28
NORMATIVA LEGISLATIVA.....	35
REQUISITOS PARA LA MODIFICACIÓN.....	40
BILATERALIDAD	41
ONEROSIDAD Y CONMUTABILIDAD.....	42
EXISTENCIA DE UN FIN CONTRACTUAL.....	44
ALTERACIÓN DE LA BASE ECONÓMICA DEL CONTRATO.....	49
IMPOSIBILIDAD DE ALCANZAR EL FIN DEL CONTRATO.....	54
VOLUNTARIEDAD.....	58
ALTERACIÓN IMPREVISIBLE	60
TRACTO SUCESIVO.....	64
EFECTO DE LA FRUSTRACIÓN.....	65
SUPUESTOS EN QUE NO PUEDA MANTENERSE EL CONTRATO.....	67
QUIÉN DEBE TOMAR LA DECISIÓN.....	70

ÁREA JURÍDICO-FISCAL-LABORAL

UPDATE! 21 de marzo

LA REVISIÓN DEL CONTRATO.....	73
PLANTEAMIENTO GENERAL	73
BASES PARA LA REVISIÓN DEL CONTRATO	75
LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO.....	78
LA PRESCRIPCIÓN	88
ALTERACIÓN DE CIRCUNSTANCIAS EN EL ART. 1213 DE LA PROPUESTA DE MODERNIZACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL EN MATERIA DE OBLIGACIONES Y CONTRATOS	90
REVISIÓN Y RESOLUCIÓN DE CONTRATOS POR ALTERACIÓN DE LAS CIRCUNSTANCIAS EN EL ARTÍCULO 1213 DE LA PROPUESTA DE ANTEPROYECTO DE LEY DE MODERNIZACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL EN MATERIA DE OBLIGACIONES Y CONTRATOS, ELABORADA POR LA COMISIÓN GENERAL DE CODIFICACIÓN (2009)	90
LA CLÁUSULA REBUS SIC STANTIBUS EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO Y SU EXPLICACIÓN.....	100
DOCTRINA REBUS Y CAUSA DEL NEGOCIO	106
LA ALTERACIÓN EXTRAORDINARIA DE LAS CIRCUNSTANCIAS EN EL ART. 1213 DE LA PROPUESTA DE 2009	110
ONEROSIDAD EXCESIVA O FRUSTRACIÓN DEL FIN DEL CONTRATO E IMPEDIMENTOS AL CUMPLIMIENTO AJENOS A LA VOLUNTAD DEL DEUDOR O A SU ESFERA DE CONTROL	116
EXCESIVA ONERIDAD O HARDSHIP	116
FRUSTRACIÓN DEL FIN DEL CONTRATO Y DOCTRINA DE LA BASE DEL NEGOCIO (GESCHÄFTSGRUNDLAGE).....	120
DISTRIBUCIÓN DEL RIESGO DEL CONTRATO, REMEDIOS AL INCUMPLIMIENTO Y ANÁLISIS ECONÓMICO NORMATIVO DEL DERECHO DE CONTRATOS	124
EL MOMENTO DE LA RENEGOCIACIÓN DE LOS CONTRATOS: COSTES Y BENEFICIOS DE LA RENEGOCIACIÓN Y LA DOCTRINA DEL MEJOR ASEGURADO.....	137
JURISPRUDENCIA.....	142
FRANCIA	142
SUIZA.....	143

ÁREA JURÍDICO-FISCAL-LABORAL

UPDATE! 21 de marzo

AUSTRIA.....	145
EL DERECHO ANGLOSAJÓN.....	145
ESPAÑA.....	147
BIBLIOGRAFÍA.....	164

INTRODUCCIÓN

Rebus sic stantibus es una expresión **latina**, que puede traducirse como "estando así las cosas", que hace referencia a un **principio de Derecho**, en virtud del cual, se entiende que las estipulaciones establecidas en los **contratos** lo son habida cuenta de las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, esto es, que cualquier alteración sustancial de las mismas puede dar lugar a la modificación de aquellas estipulaciones.

Antiguamente, en el Derecho consuetudinario francés, se incluía expresamente en todos o casi todos los contratos de tracto sucesivo o con prestación diferida en el tiempo. Posteriormente, su inclusión se consideró innecesaria, por entender que estaba implícita, por deducirse de la voluntad de los contratantes: se estimaba que cada contrato contenía una cláusula tácita que, en caso de que se cambiasen las circunstancias presentes en el momento de la celebración del mismo, llevaba a la disolución del contrato. De ahí que a veces se diga cláusula *rebus sic stantibus*, aunque ahora la opinión mayoritaria contempla el principio como una norma objetiva, permitiéndole a la parte contratante perjudicada por el cambio de las circunstancias invocar la disolución del contrato.

Se dice, además, por alguna doctrina (PUIG BRUTAU, por ejemplo) que más que una cláusula, es un efecto más del contrato, que permite a los tribunales modificar e incluso resolver el contrato conforme a su arbitrio.

Esta frase suele utilizarse como complementaria del **brocardo** latino **pacta sunt servanda** (los pactos deben cumplirse) en la forma ***pacta sunt servanda rebus sic stantibus*** que significa *los pactos deben cumplirse, mientras las cosas sigan así* lo que habla de la obligatoriedad de cumplir los

ÁREA JURÍDICO-FISCAL-LABORAL

UPDATE! 21 de marzo

pactos (contratos) mientras las circunstancias existentes al momento de la celebración no varíen.

Se entiende la cláusula *rebus sic stantibus* como supuestos en que como consecuencia de la extraordinaria alteración de las circunstancias atinentes al contrato, no previstas por las partes, se producen efectos que atentan contra la equivalencia de las prestaciones establecidas originariamente en el momento de celebración del contrato. Para ello podemos poner un ejemplo de la posguerra en el que tras la guerra civil española, algunas personas que tenían pactado un contrato de suministro con los aceituneros de Jaén, pretendieron que éstos les siguieran entregando tan magnífico producto en las condiciones, cantidad y precios pactados con anterioridad. Aquí se entiende que cabría aplicar esta cláusula (así también el TS).

Por lo tanto la cláusula *rebus sic stantibus* “es el remedio al desequilibrio patrimonial que la alteración de las circunstancias contractuales comporta en caso de una extraordinaria modificación del entorno contractual”.

Para algunos autores dicho planteamiento es erróneo, y, además confuso, porque según ellos hay alumnos que acaban por creer que es necesario insertarla en el contrato. Para ellos la virtualidad propia de la cláusula *rebus sic stantibus* (ajustar el contenido contractual a las nuevas circunstancias o declarar su ineficacia para el futuro) no se deriva de pacto entendido alguno, ni de la voluntad presunta de las partes, ni por supuesto es una cláusula contractual en el sentido convencional de regla prevista e insertada en el contrato por las partes. Al contrario, para ellos se trata sencillamente de una aplicación concreta a los contratos de ejecución temporalmente diferida de las reglas de integración contractual imperativamente previstas por el artículo 1258 del código civil que, por

ÁREA JURÍDICO-FISCAL-LABORAL

UPDATE! 21 de marzo

principio, son indisponibles para la voluntad (presunta, implícita, tácita o declarada) de las partes.

Según algunos autores para explicar su operatividad concreta es innecesario acudir a esquemas de otros derechos, como según ellos se complacen en hacer algunos de nuestros mejores civilistas.

GENERALIDADES

No existe en nuestro ordenamiento jurídico ninguna regulación de la modificación, como tal, de los contratos y la posibilidad de la misma ha sido parcamente tratada, cuando no omitida, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia.

Después de sentado un principio general, el de la posibilidad de rescisión, en el artículo 1.290 del Código Civil, los artículos siguientes (1.291 y 1.292) señalan los supuestos en que los contratos son rescindibles: y tales supuestos con solamente puntuales, específicos, y de no aplicación general; todo ello sin tener en cuenta el carácter de subsidiaria que, para la rescisión, sienta el artículo 1.293 del Código Civil.

No vamos a tratar de la nulidad de los contratos ni del ejercicio de la acción de anulabilidad, que con el nombre de nulidad, es contemplada en los artículos 1.300 y siguientes del Código Civil, en los cuales, la causa de la ulterior ruptura existía, ya en el momento de celebrarse el contrato; mientras que el objeto de estas páginas son las modificaciones que los hechos ulteriores puedan introducir en los contratos válidamente concluidos.

En definitiva la pregunta que debemos hacernos es doble:

1º) ¿Un contrato válidamente concertado puede ser modificado por hechos acaecidos con posterioridad a su celebración?, y

2º) ¿Qué efectos tiene tal modificación?

En este punto cabe señalar que la doctrina (en Alemania sobre todo) y la jurisprudencia existente en derecho comparado (particularmente en la *Common Law*) se han ocupado de la posibilidad de que un contrato pierda su eficacia como consecuencia de los hechos que posteriormente hayan incidido en el, pero que casi en absoluto se han planteado la alternativa de la modificación del contrato.

CAMBIO DE CIRCUNSTANCIAS OBJETIVAS

Es claro que las circunstancias que tuvieron en cuenta los contratantes en el momento de suscribirlo pudieron cambiar ulteriormente e, incluso, de una forma importante y hasta radical.

Supongamos que siguiendo un ejemplo sumamente conocido en derecho inglés, el de los casos de la coronación, se alquila un piso con objetivo de contemplar el desfile de la coronación de un monarca. Por razones ajenas a la voluntad de los contratantes tal desfile es suspendido y, por tanto, parece que el contrato no tiene objeto ¿Qué hacer entonces?

Pero los supuestos de la vida real son variados y múltiples y es además bastante frecuente el que un contrato sea afectado como consecuencia de un hecho posterior. Tal vez en nuestro ordenamiento jurídico los ejemplos más

ÁREA JURÍDICO-FISCAL-LABORAL

UPDATE! 21 de marzo

típicos están en el campo del urbanismo: así el contrato de compraventa de un terreno para edificar cuando el terreno es posteriormente calificado como no edificable.

El Tribunal Supremo ha contemplado supuestos análogos al descrito en Sentencias de 24 de Noviembre de 1983 (Ar. 1932, 6499) y 30 diciembre de 1985 (Ar. 1985, 6680).

Otro ejemplo interesante es la opción de venta de un terreno con el fin de constituir un acceso para una propiedad concretado antes de que el optante se quedara sin el terreno el cual se destinaba el que fue objeto del contrato, supuesto analizado en la S. 30 junio 1948.

Ahora bien, las situaciones pueden cambiar yu alterar las contraprestaciones pero no tan radicalmente que exijan la ruptura del vínculo contractual.

Así si lo que sucede es que el volumen edificatorio –el cual ha servido de base para calcular el precio- es aumentado o disminuido como consecuencia de una modificación urbanística antes de que el contrato se ejecute, pero después de que éste se firme, no debe concluir que el contrato quede sin objeto.

Todos estos supuestos, e infinitos más, que se pueden dar en el orden fáctico, nos plantean el interrogante de qué hacer ante ellos y de si alguna

ÁREA JURÍDICO-FISCAL-LABORAL

UPDATE! 21 de marzo

forma el derecho puede, a la vista de la modificación de las condiciones, alterar los términos de l mismo.

TEORÍAS JURÍDICAS

El problema de la modificación del contrato, aun cuando de total actualidad, ha existido en épocas anteriores.

No obstante la importancia del mismo en estos momentos deriva, por una parte de la aceleración de los ritmos históricos, de los ritmos de la vida y, por otra de las devaluaciones que en gran medida, han afectado al siglo XX, haciendo disminuir el valor teórico de las contraprestaciones en metálico.

Es evidente, además, que la movilidad no sólo de hechos, sino también legislativa, es muy posterior en estos momentos y que circunstancias pensadas solamente hace unos meses han quedado desfasadas por una normativa o por unos hechos que las han envejecido prematuramente.

Pero, sin embargo, a lo largo de la historia jurídica se ha contemplado el problema de la modificación del contrato y podemos recopilar sobre el particular distintas teorías.

1ª) La que niega cualquier modificación posible en el contrato lícitamente concertado.

2ª) La tradicional de la cláusula “*rebus sic stantibus*”.

3ª) La teoría de la base del negocio de Oertmann y Karl Larenz.

ÁREA JURÍDICO-FISCAL-LABORAL

UPDATE! 21 de marzo

4ª) La teoría de la “Implied condition” o condición implícita del derecho anglosajón; aun cuando tal vez sea más conveniente llamarle fática jurisprudencial, la cual a su vez forma parte de la teoría anglosajona de la frustración del contrato.

5ª) La teoría francesa de la imprevisión.

6ª) La que relaciona el cambio de la situación existente con la falta de modificación de la causa.

7ª) Finalmente la posible aplicación de la legislación del error a estos supuestos.

Vamos a examinar tales teorías.

CLÁUSULA REBUS SIC STANTIBUS

La cláusula *rebus sic stantibus* es según Delgado González aquella cláusula, sobreentendida, en los negocios jurídicos, por virtud de la cual, si sobreviniera un cambio importante en el estado de hecho existente o contemplado por las partes al celebrarlo, podía el obligado resolver el negocio jurídico que se había hecho demasiado oneroso.

La cláusula *rebús sic stantibus* procede del derecho medieval –los iniciadores de la misma fueron Bartolo y Baldo basándose, parece ser, en un texto moral- pero ofrece diversidad de matices y variantes; y que en una primera interpretación se atenía a una voluntad intrínseca de las partes mientras que posteriormente se basó en normas de derecho objetivo pudiendo en esta segunda fase o hipótesis establecerse con independencia de la

ÁREA JURÍDICO-FISCAL-LABORAL

UPDATE! 21 de marzo

voluntad de las partes, mientras que en su primera y original interpretación no cabría cuando se podría demostrar que tal presunta voluntad de las partes no había existido.

Notemos que la teoría de la cláusula *rebus sic stantibus* fue formulada también por los comentaristas del derecho natural como Grocio y Puffendorf; y en el orden legislativo el derecho territorial prusiano recogió la teoría de la cláusula *rebus sic stantibus* y doctrinas similares respecto al precontrato tiene el artículo 936 del Código austriaco.

Según Lenel la cláusula *rebus sic stantibus* supone encuadrar los supuestos en una de estas tres alternativas:

- 1ª) Gran incertidumbre en cuanto a la contraprestación.
- 2ª) Imposibilidad del ejercicio del derecho.
- 3ª) Prestación exorbitante y desproporcionada con la inicialmente pactada.

Se ha criticado la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* por varios motivos: por una parte se ha alegado que la cláusula *rebus sic stantibus* se basaba en una implícita voluntad de las partes, lo cual no era cierto, pero tal argumento puede emplearse con otras teorías jurídicas que más adelante se examinarán; y también cabe señalar que la teoría de la cláusula *rebus sic stantibus* fue objetivando en sus más modernos intérpretes como antes se ha señalado.

ÁREA JURÍDICO-FISCAL-LABORAL

UPDATE! 21 de marzo

También se le ha reprochado a la cláusula *rebús sic stantibus* que pueda estar en la intención del deudor y no en el acreedor; apreciación que no comparte José Manuel Fernández Hierro ya que no se ve el porqué un acreedor, que certeramente, como señalan los propios Weill y Terré busca su seguridad, no pueda tener presente el contenido de la cláusula para una actualización ulterior del valor real de la contraprestación que tiene derecho a percibir.

Puig Peña alude al renacimiento de la teoría de la *rebús sic stantibus* y a como el Código italiano de 1942 se inspira en la misma, y recalca la teoría del Tribunal Supremo español que subordina la aplicación de la cláusula *rebús sic stantibus* a la concurrencia de determinadas circunstancias concluyendo que de acuerdo con el mencionado Tribunal “*las facultades rescisorias que no siempre se otorgan, pueden enervarse por virtud de equitativas modificaciones ofrecidas por el demandado*”.

Como luego se analizará el Tribunal Supremo ha admitido en España la cláusula *rebus sic stantibus*, si bien con una serie de limitaciones y matizaciones, y declarando siempre el carácter supletorio de la misma; aun cuando también sería pertinente el decir que el Tribunal Supremo no ha querido entrar en la polémica doctrinal, aceptando la posibilidad de la modificación del contrato, sin querer basarse exclusivamente en una de las teorías existentes.

Díez Picazo señala que la cláusula *rebus sic stantibus* no convence por dos motivos:

ÁREA JURÍDICO-FISCAL-LABORAL

UPDATE! 21 de marzo

- 1º) Por fundarse en una implícita voluntad de las partes, y
- 2º) Por ser vaga e improcedente.

En cuanto a lo primero me remito a lo manifestado anteriormente; y en cuanto a la segunda objeción su incidencia es cierta, si bien cabe añadir que tal vaguedad puede predicarse de otra de las teorías existentes, sino de todas, como a continuación se irá viendo.

Por otra parte en su fundamentación más reciente, la de Kaufmann, su aplicabilidad es posible aun cuando ninguno de los contratantes la haya acogido en su “voluntad empírica”, ya que la que determina las consecuencias jurídicas es la voluntad eficaz, más amplia que aquélla, que se deduce del sentir de la declaración y es por tanto, imputable al declarante; voluntad eficaz que tiene a la finalidad esencial de un determinado tipo contractual.

Así se debe e tener en cuanto como circunstancias que modifican el contrato aquellas que pongan en peligro la finalidad esencial del mismo, como por ejemplo, la destrucción de la relación de equivalencia entre las contraprestaciones, siendo una “reserva virtual del contrato”.

Tal actualización de la teoría analizada hace que deba considerarse tan objetiva como cualquier otra y, como reconoce Larenz, la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* sigue produciéndose; y tal apreciación, efectuada en relación al derecho alemán, es aun mucho mas válida si nos referimos al ordenamiento jurídico español y, concretamente, a al jurisprudencia emitida por el Tribunal Supremo, como más adelante se examinará

LA TEORÍA DE LA BASE DEL NEGOCIO

Otra de las teorías clásicas –aun cuando muy posterior a la de la cláusula *rebús sic stantibus*- para fundamentar la posibilidad de cambio en una relación jurídica ya concertada, es la de la base del negocio.

Dentro de esta teoría, que parte a la doctrina alemana, debemos separar la formulación clásica de la misma debida a Oertmann, de la revisión que con posterioridad a la segunda guerra mundial hizo el profesor Karl Larenz.

a) Teoría de Oertmann

La teoría de Oertmann, como los antecedentes en que se basa, parte de la base de la “presuposición”.

Windscheid entendía por presuposición “limitación de la voluntad, exteriorizada en el supuesto de hecho de la declaración negocial, de tal naturaleza que la voluntad negocial tenga validez sólo para el caso, que el declarante considera cierto y, por tanto, no puso como “condición” (en sentido técnico-jurídico) de que exista, aparezca o persista una determinada circunstancia. Si esta presuposición no se realiza, las consecuencias jurídicas corresponderán a la voluntad efectiva, pero no a la verdadera. La presuposición es, por consiguiente, una condición no desenvuelta y, al igual que la condición típica, una “autolimitación de la voluntad”, no de la voluntad efectiva, consciente, sino de la “voluntad verdadera”.

Oertmann entendía por base del negocio una representación psicológica real que hubiese determinado la decisión de una de las partes, exigiendo que la otra parte no sólo hubiese podido conocer esta representación (en su

ÁREA JURÍDICO-FISCAL-LABORAL

UPDATE! 21 de marzo

significado para la decisión de la parte contraria) sino que lo hubiese conocido realmente y al menos tácitamente la hubiese admitido.

Se distingue la presuposición de la base del negocio en que la presuposición es base de una declaración aislada y no del acto negocial unilateral.

b) Karl Larenz

Después de la segunda guerra mundial el civilista y filósofo Karl Larenz en su famosa obra “Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos” en la que pasa revista a las distintas doctrinas y a la jurisprudencia existente, no sólo del Tribunal del Reich sino también de los Tribunales de la zona de ocupación británica, y, en general, de los Tribunales Alemanes posteriores a 1945 per antes de la creación del Tribunal Supremo Federal y asimismo al Derecho Comparado.

Larenz parte del análisis jurisprudencial y doctrinal a los largo del Derecho Comparado, en especial de la doctrina y jurisprudencia austriaca, suiza, francesa e inglesa; y rechaza la doctrina de Oertmann, o sea la clásica en la base del negocio, porque acepta las objeción de Lenel “de que no hay ningún término medio” entre un simple motivo, por lo regular, irrelevante, y una condición convertida en contenido de negocio”.

La encuentra por un lado excesivamente amplia y por otro insuficiente y además poco clara, todo ello sin tener en cuta que –apunta Larenz- no puede lógicamente basarse en una voluntad negocial para alegar la representación de circunstancias que las partes no habían pensado y menos aun tratado de ellas.

ÁREA JURÍDICO-FISCAL-LABORAL

UPDATE! 21 de marzo

Por ello cabe dudar de si la doctrina de Karl Larenz es una doctrina de la base del negocio o realmente es una teoría de síntesis y de moderación de las distintas explicaciones y posiciones doctrinales que se habían barajado.

Las conclusiones que obtiene de su investigación Karl Larenz son las siguientes:

“I. La transformación de las circunstancias existentes a la conclusión del contrato tan sólo puede considerarse como desaparición de la base del negocio en caso de que:

- a) Ambas partes contratantes hubiesen celebrado el contrato precisamente en atención a determinadas circunstancias cuya aparición o persistencia era positivamente esperada por las partes (base del negocio “subjetiva”).
- b) La subsistencia de estas circunstancias es necesaria objetivamente para que el contrato (en el sentido de las intenciones de ambos contratantes) pueda existir como regulación dotada de sentido (base del negocio “objetiva”).

II. Una radical transformación de la situación económica del deudor no justifica sin más la admisión de la desaparición de la base del negocio. Tan sólo en el procedimiento de ejecución forzosa o, siempre que se cumplan los requisitos legales pertinentes, en el procedimiento de amparo para la revisión de contratos pueden tenerse en cuenta las repercusiones del cumplimiento del contrato en la capacidad para la prestación y en la posición económica del deudor.

III. El amparo judicial para la revisión de contratos no ha de admitirse con carácter general en virtud del 242 del Código Civil, sino tan sólo en los especiales casos legalmente determinados y en el procedimiento a tal fin establecido.

ÁREA JURÍDICO-FISCAL-LABORAL

UPDATE! 21 de marzo

IV. La posibilidad del procedimiento de amparo para la revisión de contratos no impide que se tenga en cuenta en un proceso ordinario la modificación del deber de prestación fundada en la desaparición de la base del negocio. Siempre que se haya extinguido el deber de prestación a consecuencia de la desaparición de la base del negocio se hace innecesario el amparo para la revisión de contratos y no es posible invocarlo.

V. Las consecuencias jurídicas de la desaparición de la base del negocio son diversas para los distintos grupos de casos (B y C), pero se fundan directamente en la ley (157 y 242 CC) y no han de fijarse por el juez en cada caso concreto atendido a criterios de equidad”.

Y Karl Larenz continúa haciendo las siguientes precisiones sobre la base del negocio subjetiva:

“VI. Por base del negocio subjetiva ha de entenderse una representación mental o esperanza de ambos contratantes por la que ambos se han dejado guiar al concluir el contrato. No es suficiente que la representación o esperanza haya determinado de modo decisivo la voluntad de una de las partes, aun cuando la otra parte hubiese tenido noticia de ello. El no esperar una futura transformación de las circunstancias no equivale a la positiva esperanza en la persistencia de determinadas circunstancias.

VII. Si falta o desaparece la base del negocio subjetiva, el contrato o la disposición contractual respectiva es, por regla general (por ejemplo, en los casos de inexacta base del cálculo, de inexistente base de la transacción y de que no se realiza un determinado acontecimiento), ineficaz.

VIII. No obstante, si la base del negocio consiste, como sucede de ordinario en los contratos de alimentos, en la expectativa de que las

ÁREA JURÍDICO-FISCAL-LABORAL

UPDATE! 21 de marzo

circunstancias personales y económicas de los interesados continúen siendo aproximadamente las mismas, la parte afectada por una modificación total de sus circunstancias puede alegarlo mediante una excepción. En tal caso está tan sólo obligada a realizar las prestaciones que correspondan a la equidad según las actuales circunstancias de ambas partes y teniendo en cuenta la proporción en que se funda el contrato”.

Y en cuanto a la base del negocio objetiva continúa y finaliza a la vez:

“IX. Por base del negocio objetiva ha de entenderse el conjunto de circunstancias y estado general de cosas cuya existencia o subsistencia es objetivamente necesaria para que el contrato, según el significado de las intenciones de ambos contratantes, pueda subsistir como regulación dotada de sentido. La base del negocio objetiva ha desaparecido:

- a) Cuando la relación de equivalencia entre prestación y contraprestación presupuesta en el contrato se ha destruido en tal medida que no puede hablarse racionalmente de una “contraprestación” (destrucción de la relación de equivalencia);
- b) Cuando la común finalidad objetiva del contrato, expresada en su contenido, haya resultado definitivamente inalcanzable, aun cuando la prestación del deudor sea todavía posible (frustración de la finalidad).

X. En los casos de destrucción de la relación de equivalencia la parte perjudicada, caso de no haber realizado la prestación, puede negarse a hacerlo en tanto que la otra parte no consienta un adecuado aumento de la contraprestación que restaure la equivalencia. Si se rechaza este aumento terminantemente, la parte perjudicada puede resolver o, en caso de una prestación de larga duración ya comenzada, denunciar inmediatamente el contrato. Si ha realizado su prestación puede, cuando no se admita un adecuado

ÁREA JURÍDICO-FISCAL-LABORAL

UPDATE! 21 de marzo

aumento posterior de la contraprestación, reclamar una indemnización por el importe del enriquecimiento de la otra parte.

XI. En los casos de frustración de la finalidad el acreedor de la prestación que resultó inútil puede rechazarla y negarse a realizar su contraprestación en tanto que sobrepase los gastos que la otra parte ha realizado para la preparación y ejecución del contrato y que podían considerarse indispensables. Si se trata de un contrato de arrendamiento de uso, o de uso y disfrute, se aplicarán los arts. 537 y 542 del Código Civil respectivamente.

XII. No han de tenerse en cuenta las transformaciones de las circunstancias que:

- a) sean personales o estén en la esfera de influencia de la parte perjudicada (en este caso opera como límite de “fuerza mayor”).
- b) repercutieron en el contrato tan sólo porque la parte perjudicada se encontraba, al producirse las mismas, en *mora solvendi o accipiendi*;
- c) porque, siendo previsibles, forman parte del riesgo asumido en el contrato.”

Prescindimos en estos momentos de los efectos de la desaparición de la base del negocio en Larenz, aun cuando se debe señalar desde ahora que Larenz es uno de los tratadistas que más atención da a las posibilidades de modificación parcial del contrato ya establecido.

¿Qué manifestar en relación a la teoría de Larenz? Podemos puntualizar lo siguiente:

1º) No cabe duda de que se trata de una obra importante y trascendente y que el autor hace un análisis exhaustivo de las distintas posturas doctrinales y jurisprudenciales habidas sobre el particular.

ÁREA JURÍDICO-FISCAL-LABORAL

UPDATE! 21 de marzo

2º) Que se consigue una atenuación de la teoría de la base del negocio, así como una depuración de la misma.

3º) Se busca objetivar más la primitiva teoría de la base del negocio, así como la de la cláusula *rebús sic stantibus*, precisándose en qué momento debe considerarse que falta la base objetiva del negocio o la base subjetiva del mismo; y en cuanto a ésta aquilatando el concepto de base subjetiva, y significando que no basta con la representación de uno de los contratantes, sino que pos base subjetiva debe entenderse la común aceptada por ambos, y que la base del negocio objetiva sólo se da en dos supuestos, el de destrucción de la relación de equivalencia o el de la finalidad común inalcanzable.

4º) Esta teoría, una cuando es en sí más objetiva y supone una aceptación mayor de las obligaciones de las partes que la de la cláusula *rebús sic stantibus*, así como un mayor planteamiento científico de la problemática de la modificación del contrato, no puede evitar, como cualquier otra, una carga de subjetivismo para la interpretación doctrinal del juez: por ejemplo en la determinación de cuándo puede hablarse racionalmente de destrucción de la equivalencia de las prestaciones, o de cuándo la representación o esperanza mental de ambos contratantes haya determinado la voluntad de los mismos para hacer el contrato, o la fijación de cuál era la a representación o esperanza mutua de los contratantes.”

5º) Habrá supuestos que pueden ser considerados en nuestro ordenamiento como casos de nulidad (por falta de los requisitos necesarios para concertar un contrato) o anulabilidad (debido a error) y no de desaparición de la base objetiva del contrato.

6º) En cualquier caso la teoría de Larenz ha supuesto una importante –y tal vez mayor- contribución de la ciencia jurídica a calificar las posiciones de modificación de los contratos.

ÁREA JURÍDICO-FISCAL-LABORAL

UPDATE! 21 de marzo

En cuanto a la aceptación de la teoría por la jurisprudencia nos remitimos a los que se expondrá más adelante sobre el particular.

TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN

La teoría de la imprevisión se debe, fundamentalmente a la doctrina francesa, aun cuando incluso conviene señalar desde el comienzo, que es una aportación exclusivamente doctrinal, ya que la jurisprudencia no ha aceptado, sino raramente y con vacilaciones, su puesto en práctica.

La teoría de la imprevisión ha sido sostenida por la doctrina francesa, entendiéndose que la aparición de las circunstancias que las partes no habían podido prever es similar a un supuesto de fuerza mayor. Así se manifiestan Planiol y Ripet para quienes la expresión “fuerza mayor” señala el carácter insuperable del obstáculo mientras que el caso fortuito es imprevisible –para otro sector doctrinal ambas figuras son afines y análogas- constituyendo el obstáculo insuperable de acuerdo con lo previsto en los arts. 1147 y 1148 del Código de Napoleón según los cuales no procede la indemnización de daños y perjuicios cuando el incumplimiento se encuentra en causa extraordinaria que no le puede ser imputada al obligado o cuando le resulte imposible por causa mayor o caso fortuito.

De todas formas Planiol y Ripert insisten tanto en el carácter obligatorio del contrato y en que el deudor debe hacer todo lo posible para darle cumplimiento con todos los medios a su alcance, sacrificando si es necesario la totalidad de sus recursos que, en la práctica, y casi en teoría, no deja lugar para la admisión de la imprevisión tal como lo admite por ejemplo Carbonnier.

No obstante conviene señalar que desde un fallo en el asunto del Canal Carponne el Tribunal de Casación francés ha rechazado la aplicación de tal teoría, que, en el caso concreto citado, estaba representado por la posible

ÁREA JURÍDICO-FISCAL-LABORAL

UPDATE! 21 de marzo

elevación de una renta fijada en un contrato nada menos que del siglo XVI en relación con la existencia y mantenimiento de un canal de riego.

LA TEORÍA DE LA CONDICIÓN IMPLÍCITA

La teoría de la condición implícita proviene del *Common Law*.

Como es sabido el derecho anglosajón tiene unas características espaciales de las cuales la más llamativa para un jurista continental tal vez sea la ausencia de Códigos y el papel creador de la jurisprudencia.

Dentro de estas coordenadas la teoría de la condición implícita es más que hipótesis doctrinal (que en Derecho inglés y norteamericano son menos importantes que en el continental) doctrina emanada de diversas decisiones jurisprudenciales.

Tal doctrina se inicia de manera importante, por no decir especular, con los famosos casos de la coronación de los que se han ocupado tanto Larenz como Díez Picazo y de manera extensa, al igual que Larenz, Espert Sanz.

Los mismos se derivaron del arrendamiento de habitaciones o ventanas para ver el desfile de la coronación la cual fue suspendida posteriormente por la enfermedad del rey; ante este hecho se planteó si el contrato era válido o no válido al haber cambiado las circunstancias y si procedía o no la continuación de las prestaciones efectuadas.

Previamente hay que señalar que el inicio de la actual teoría de los términos implícitos hay que hacerla remontar a la sentencia Teylor V. Caldwell.

En tal supuesto se había concertado un contrato para el uso de una sala de música y en unos días específicos, con el objeto de ver unos determinados conciertos.

ÁREA JURÍDICO-FISCAL-LABORAL

UPDATE! 21 de marzo

El local fue destruido por un incendio accidental seis días antes de la fecha del contrato, y el demandante pidió daños y perjuicios, oponiéndose el dueño del local que debía ser descargo de la obligación dado el cambio de la situación existente.

La tesis del demandando, que prosperó, es que ambas parte habían pensado, de modo implícito, que de haber un posible fuego la relación entre las mismas quedaba terminada.

La creación por tanto de la teoría puede atribuirse al juez Blackburn que fue quien dictó la sentencia en *Taylor V, Caldwell* dando la razón al demandado.

Y volviendo a los casos de la coronación el más importante de ellos, *Hrell v. Henry* se refiere a la celebración de un contrato de arrendamiento para ver el desfile de la coronación de Eduardo VII, comprendiendo en el contrato el uso de las ventanas de una casa los días 25 y 26 de julio de 1902, arrendamiento concetrtdo en 75 libras de las que 25 se pagaron en el momento del contrato y 50 tendrían que abonarse el día 24.

Ante la petición del dueño de la casa reclamando las 50 libras pendientes, a la que se opuso el arrendatario, reconviniendo por las 25 ya pagadas, los efectos de la sentencia fueron dejar las cosas como estaban, entendiendo que la imposibilidad de la prestación no afecta a los derechos ya adquiridos, siendo para esto clave el que el día 24 tuviera lugar el anuncio de la cancelación del desfile y que era ese mismo día 24 cuando el arrendatario tenía que pagar le resto del precio, porque el dueño no podía haber emprendido ninguna acción hasta el fin de ese día.

En *Tatem Ltd. V. Gamboa* se sostuvo la misma teoría. Se trataba de un acuerdo en virtud del cual el Gobierno de la República Española fletó un barco

ÁREA JURÍDICO-FISCAL-LABORAL

UPDATE! 21 de marzo

con objeto de evacuar civiles del norte de España con destino a puertos franceses, acuerdo concluido en junio 1937 por un precio de 250 Libras diarias.

El 14 de julio del mismo año el barco fue apresado en Bilbao por los nacionales donde estuvo retenido hasta el 14 de septiembre. Con base a estos hechos la propiedad del Barco reclamó el precio total del arrendamiento que estaba concertado por 30 días a contar desde el 1 de julio de 1937; mientras que la parte demandada alegó ue el plazo transcurrido desde la detención del Barco había alterado el contrato y puesto el fin al mismo, tesis que aceptada por el Tribunal , el cual reconoció que en efecto la larga interrupción había transformado la situación en un contrato distinto del que las partes habían previsto y que por tanto:

“La ejecución del contrato debe ser considerada como frustrada”.

Por tato se trata den este caso de aplicar la teoría de la frustración más que de la teoría de los términos implícitos constituyendo la citada sentencia un claro ejemplo de la primera de las dos teorías citadas y la que podría encabezar este grupo.

En cuanto a la teoría de los términos implícitos los tribunales parecen haberle abandonado últimamente si bien todavía, algunas fallos relativamente recientes lo admiten como el de *British Movietoneuws Ltd. V. London and District Cinemas Ltd.*

Es interesante observar cómo la jurisprudencia ha mantenido que no hace falta que ambas partes hayan querido descargarse del contrato, sino que basta la opinión del Tribunal de que ello debería haber sucedido; puesto que se ha propugnado que la teoría de los términos implícitos no debía ser excluida solamente por el hecho de los términos expresos del contrato.

ÁREA JURÍDICO-FISCAL-LABORAL

UPDATE! 21 de marzo

Como ejemplo puede indicarse que en Tantem Ltd. Gamboa las posibilidades de resolución habían estado obviamente presentes en la intención de ambas partes.

En definitiva será el Tribunal en casa caso el que escoja la teoría que pueda ser aplicable y el que impondrá la justa solución dentro del campo de la modificación de los contratos.

Como puede verse hay una cierta tendencia en derecho anglosajón a pasar por encima de la voluntad de las partes, dando más importancia a lo que el Tribunal estime justo que a lo que las partes hubieran previsto.

Ha quedado señalado anteriormente cómo todas las indicadas teorías son un grupo dentro de la categoría de la frustración del contrato, consistente en aquellos supuestos en el que el contrato pierde su eficacia como consecuencia de ciertos acontecimientos o circunstancias ocurridas con posterioridad a su celebración.

El término frustración es, como recalca Espert Sanz, un concepto amplio que en derecho anglosajón comprende toda la casuística que con posterioridad al otorgamiento del contrato da lugar a su ineficacia por acontecimientos posteriores.

Cabe también señalar las distintas teorías que hay para apoyar tal ineficacia contractual y la importancia de la causa objetiva del contrato que, en un proceso parecido, pero inverso al del derecho continental, va adquiriendo un matiz objetivista distinguiéndolo de los motivos de los contratantes.

En cualquier caso el derecho anglosajón pragmático y no dogmático, nos da una muestra de cómo desde mentalidades jurídicas distintas puede apuntarse con éxito el problema de la ineficacia contractual sobrevenida, teniendo que resaltar cómo se tomaron en cuenta algunos supuestos que no

ÁREA JURÍDICO-FISCAL-LABORAL

UPDATE! 21 de marzo

son contemplados por otros ordenamientos como el sugestivo de la ilegalidad sobrevinida de la materia del contrato.

Conviene señalar que Larenz considera como equivalentes la *implied condition* y la desaparición de la base del contrato.

En derecho inglés los casos en que según Anson los tribunales entienden que el contrato ha perdido eficacia son los siguientes:

1º) Supuestos de imposibilidad de la contraprestación del objeto del contrato a consecuencia de la destrucción de la cosa o bien específico en que consistía la prestación.

2º) *Implied condition*.

3º) Incapacidad para prestaciones personales de servicios.

4º) *Frustration of the adventure*. Supuestos de fuerza mayor; también se comprende en este grupo el cambio total de las condiciones preexistentes que hacen que el riesgo de la operación sea distinto y diferente.

Hay que hacer notar que siendo el common-law un derecho jurisprudencial, las variaciones sobre el caso contemplado pueden cambiar lo comentado anteriormente.

Así, por ejemplo, con motivo de la coronación de Eduardo VII fue dictada también la sentencia *Harne B ay Steam Boat v. Huttom*.

En ese caso también los propietarios habían arrendado un barco a un empresario que había fletado con el propósito de facilitar a los turistas la visión de revista naval que se iba a celebrar con motivo de la coronación de Eduardo VII. Con el mismo motivo de la enfermedad del Rey tal revista fue suspendida; sin embargo el Tribunal consideró que la suspensión de la revista no significaba la frustración del contrato ya que era el fin de una de las partes

ÁREA JURÍDICO-FISCAL-LABORAL

UPDATE! 21 de marzo

(esto es del empresario) pero no la base objetiva del contrato, por lo que el riesgo de la operación lo debía asumir el empresario quien debía pagar el precio convenido a la propiedad del barco, la cual lo destinaba con frecuencia a fines similares a unos y otros arrendatarios.

Una última particularidad hay que anotar respecto al derecho anglosajón. Mientras que en los derechos continentales, y concretamente en el nuestro, la posibilidad de cambio en una situación inmobiliaria es el ejemplo clásico de modificación de l contrato, se ha mantenido una polémica en derecho inglés sobre si el arrendamiento de inmuebles está o no excluida de la doctrina de la frustración, entendiend la doctrina mayoritaria que sí lo está y pronunciándose la mayoría de los fallos en tal sentido.

LA CAUSA, MODIFICACIÓN CONTRACTUAL Y LA INEXISTENCIA DE LA CAUSA

Uno de los puntos más discutidos por la doctrina jurídica es el relativo a la noción de causa. Las distinciones entre causa subjetiva, objetiva y motivos no hacen nada más que complicarlas.

Si bien los distintos ordenamientos jurídicos dan soluciones diferentes y, por tanto, existen variaciones doctrinales sobre el concepto de causa la normativa, en general, es bastante austera.

En derecho español, como es sabido, el art. 1275 del CC señala que:

“Los contrato sin causa, o con causa ilícita, no producen efecto alno. Es ilícita la causa cuando se opone a las leyes o a la moral”.

Y el art. 1276 del mismo texto legal precisa cómo la expresión de una causa falsa en los contratos dará lugar a la nulidad si no se prueba que estsban

ÁREA JURÍDICO-FISCAL-LABORAL

UPDATE! 21 de marzo

fundados en otra verdadera y lícita, concluyendo el 1277 con la presunción a favor de la existencia de la causa y de su licitud mientras no se demuestre lo contrario (a salvo lógicamente la excepción contenida en el 1276 citado).

Este trabajo no versa sobre la causa ni se está contemplando dentro de los límites de un tratado general de derecho civil. La referencia a la misma es mucho más circunstancial y anecdótica; sólo se hace, como lo efectúa también Espert Sanz para ver hasta qué punto el cambio de circunstancias fácticas puede cobijarse bajo el concepto de inexistencia o de modificación de la causa.

La causa es configurada por parte de la doctrina con suficiente amplitud como para englobar el error sustancial.

Algunas sentencias del Tribunal Supremo parecen relacionar la falta de causa con existencias de las condiciones previstas por los contratantes o, lo que en otras palabras podríamos llamar, la desaparición de las bases del contrato; todo ello sin precluir el examen jurisprudencial que más adelante se hará.

Es el derecho canónico medieval el que, rechazando el formulismo jurídico romano, da origen al nacimiento de la teoría de la causa; aun cuando ya en el derecho romano el deudor que estuviera obligado en virtud de una causa torpe o inexistente disponía de una acción –*conditio*– para obtener la devolución de la prestación realizada en concepto de enriquecimiento injusto.

La parición de la cusa en la Edad Media tiene relación con la preocupación de los moralistas y canonistas de que no existan obligaciones sin una contraprestación que le sirva de equilibrio y fundamento.

A este respecto conviene aclarar que la doctrina clásica sobre la causa fue simple: siguiendo a Pothier se ha insistido en que la causa es algo objetivo para cada contrato y se ha tratado de justificar de la siguiente forma:

ÁREA JURÍDICO-FISCAL-LABORAL

UPDATE! 21 de marzo

“Si el contrato es a título gratuito, necesariamente le informa la justicia distributiva y la causa de la obligación se encuentra en el espíritu de liberalidad (*animus donandi*). Entiéndase bien, que este *animus donandi*, según las ideas antes manifestadas, deben comprenderse incluso los deberes de reconocimiento o gratitud; las deudas de conciencia que, aunque se traduzcan en servicios patrimoniales, no se consideran como precios, salarios, mercedes, sino como premios y recompensas que no tienen valor permutable, pero que se pesan en la balanza más noble, de la justicia distributiva.

Si el contrato es a título oneroso, la *causa debendi* se halla, por el contrario, en el dominio de la justicia conmutativa, y consiste, en un servicio que le hace al mismo tiempo o que deberá hacerle después”.

Por tanto se ha concluido que la causa es algo prefijado y sólo a mediados del presente siglo (para ser más precisos en los años treinta) ha sido puesta en tela de juicio, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia de numerosos países, tal concepción objetiva de la causa.

En derecho español, como dice el profesor Díez Picazo el concepto de causa no lo ha elaborado el legislador con la precisión que requiere tan importante elemento contractual, ni utiliza una normativa unívoca pues unas veces habla de causa de obligación y otras de causa del contrato.

Aun cuando, insiste Díez Picazo, se ha tratado siempre de distinguir la causa de los propósitos empíricos de las partes, no duda en manifestar que la causa puede ser definida como el propósito de alcanzar un determinado resultado empírico con el negocio.

ÁREA JURÍDICO-FISCAL-LABORAL

UPDATE! 21 de marzo

Federico de Castro se muestra partidario del examen de la “causa concreta” o de “la incorporación” del motivo, puesto que señala como, sin necesidad de salir del corsé falseador de los esquemas, resulta de la misma ley y de los efectos del Código Civil. De esta forma identifica la causa subjetiva con los motivos y, para que sea relevante, separa de la misma todo aquello que sea jurídicamente indiferente a los efectos de caracterizar el negocio.

Al clasificar la jurisprudencia del Tribunal Supremo examina el profesor Castro lagunas sentencias en las que, según precisa, “sin distinguirse bien de la figura del error” (sobre la que ha visto su conexión con al de la causa) se entiende que el negocio carece de causa cuando no se da la circunstancia que era “fin del contrato mismo”.

El mismo profesor De Castro alude a la cláusula *rebus sic stantibus* y a la teoría de la base del negocio bajo el título de “la continuada influencia de la causa”.

Tanto Espert Sanz como Puig Brutau adoptan una postura ecléctica diciendo que:

“Que el carácter unitario del concepto de causa es un ilusión sin fundamento, y que el examen de la norma casuística jurisprudencial muestran que no han podido mantenerse unas separaciones rigurosas entre el concepto de causa y los motivos, y parece ser, tampoco en qué concepto objetivo y subjetivo de la causa”.

En efecto, no existe contrato sino cuando concurren los siguientes elementos (art. 1261 CC). Y por tanto la existencia o no o inexistencia de causa, por ley, es algo que debe darse en el momento de la conclusión del contrato y que no puede estar sujeta a los avatares de su vida posterior.

ÁREA JURÍDICO-FISCAL-LABORAL

UPDATE! 21 de marzo

Los cambios de la situación que influyan en la vida de éste no podrán nunca hacer dudar de que en su día hubo causa, si ralmente existió por lo que el problema de la falta de base del negocio no debe ser nunca asimilado a la inexistencia de causa, siquiera esta materia se preste a dudas y confusiones.

En definitiva se trata de una problemática diferente y que debe abordarse de una manera diferenciada: la causa como uno de los requisitos jurídicos que el negocio debe contener y la frustración del negocio o la falta de base del negocio a los cambios sobrevenidos con posterioridad a la confusión del mismo.

La línea de la jurisprudencia clásica en España ha sido la de entender la causa en un sentido objetivo esto es, que la obligación de cada contratante encuentra su causa en la prestación que hacía y tiene que ejecutar el otro contratante siendo numerosas las sentencias del Tribunal Supremo Español que aplican tal concepto objetivo de la causa.

Tales sentencias insisten en la distinción entre causa y motivos, señalando que los móviles particulares de cada contratante no son la causa del contrato, y que, porque tales móviles queden incumplidos, no se puede pedir la nulidad del convenio.

Sólo la jurisprudencia más reciente eleva los móviles a categoría relevante cuando son comunes a ambas parte y se incorporan a la declaración de voluntad en forma de condición, modo, etc. constituyendo parte integrante de la misma. En definitiva según el Tribunal Supremo para que los móviles tengan transferencia hace falta:

1º) Que sean mutuos.

2º) Que estén incorporados a la declaración de voluntad.

3º) Que no estén incorporados de una forma cualquiera, sino de una forma jurídica relevante, por ejemplo, como +condición de otra forma análoga.

Tal panorama ofrece un somero análisis de la jurisprudencia que ha examinado las relaciones entre causa y base del contrato; y en descargo de la confusión de conceptos que a veces tiene la jurisprudencia caba decir que la diferenciación entre causa y base del negocio es más fácil en teoría que en la práctica.

1.2. ERROR

De manera análoga a aquella en que se ha interrelacionado causa y falta de la base del negocio se ha manifestado también que un error puede ser encajado o calificado como cambio de la base del negocio o como frustración del mismo.

El artículo 119 BGB señala:

“Quien al emitir una declaración de voluntad estaba en error sobre su contenido, o en líneas generales no quiso emitir una declaración de tal contenido, puede impugnar la declaración si ha de entenderse que no la habría emitido con conocimiento de la situación verdadera, y con apreciación razonable del caso. Como error sobre el contenido de la declaración vale también el error sobre aquellas cualidades de la persona o de la cosa, que en el tráfico se consideran como esenciales”.

Y refiriéndose a la transacción concreta el 779 del mismo texto legal puntualiza que la misma es ineficaz si:

ÁREA JURÍDICO-FISCAL-LABORAL

UPDATE! 21 de marzo

“La situación del hecho, que dado el contenido del contrato, se ha tomado como base forme, no es conforme a la realidad y el pleito o la incertidumbre no hubiesen surgido de haber reconocido la realidad”.

Como señala Larenz la opinión mayoritaria de la doctrina reconoce que el 779 BGB reconoce legalmente la base del negocio en el sentido de una presuposición bilateral, y cree que la situación básica en que se puede aplicar el mencionado 779 BGB, así como sus consecuencias, son las siguientes:

“1) las partes ha supuesto que existía una situación de hecho determinada; 2) ambas han concluido en consideración a que esta situación de hecho existía, de tal modo que ninguna de ellas –suponiendo un legal proceder- hubiese concluido el contrato, de haber conocido la verdadera situación, tal como lo hizo. Esta situación de hecho, bilateralmente admitida, es, para nosotros, la base del negocio subjetiva a la que precisamente se refiere la base de la transacción, jurídicamente relevante según el 779. Por ello mantenemos que este precepto expresa un principio general, y no una particularidad de la transacción”.

Tales apreciaciones son aplicables al derecho alemán en el que el error en los motivos no es base suficiente para solicitar la nulidad de un contrato. Si pasamos a otros ordenamientos nos encontraremos con que el error de ser sustancial para que afecte al negocio jurídico, y para que pueda ser causa de la nulidad del mismo y así sucede en el derecho francés, en el código italiano y el suizo, en pareja situación al ordenamiento jurídico alemán.

El Código Civil español exige, como es sabido, en su artículo 1266 que el error sea sustancial para que afecte al negocio jurídico y sea causa de nulidad de l mismo.

ÁREA JURÍDICO-FISCAL-LABORAL

UPDATE! 21 de marzo

La jurisprudencia ha insistido, fuera de las numerosas polémicas doctrinales, en la cualidad de sustancial que requiere el error para que sea anulatorio del contrato indicando cómo el simple error en los motivos no es causa de nulidad del contrato.

Convenimos con Espert Sanz en que el error es un defecto de la voluntad de uno o de ambos contratantes en base a lo cual se puede obtener la anulación del contrato. Y con él también debemos preguntarnos ¿Un error en la formación del contrato que impide la consecución del fin del mismo y encaja en el tema objeto de nuestro estudio? ¿Puede hablarse con rigor de frustración del fin del contrato originado con error? Y concluye acertadamente Espert Sanz reconociendo una analogía entre ambas figuras jurídicas y en que un error puede impedir la consecución del fin del contrato; pero añade una diferencia fundamental:

“Esta diferencia no es ni mucho menos teórica; v. gr. El plazo de la prescripción de la acción en base del error durará cuatro años (art. 1301 del Código Civil) a contar desde que se celebró el contrato y opinó que una acción en base de frustración sólo podría ejercitarse durante un plazo distinto, a contar desde el acontecimiento frustrante”.

NORMATIVA LEGISLATIVA

Vamos a tratar de examinar brevemente los distintos preceptos legales que, en derecho comparado, existen sobre la posibilidad de revisión de los contratos.

Como antes se ha indicado, no existe ningún precepto específico en el Código Civil español no en el francés.

ÁREA JURÍDICO-FISCAL-LABORAL

UPDATE! 21 de marzo

Esto no quiere decir que en los citados ordenamientos jurídicos no existan normas que indiquen la teoría de la revisión de los actos jurídicos: lo que sucede es que no lo hacen de una manera general.

En Francia la Ley de 21 de Enero de 1918 estableció la facultad de resolver aquellas obligaciones que no siendo imposibles de cumplir resulten demasiado gravosas.

El art. 119 del Código de las Obligaciones Suizo y la *Law Reform Act* de 1943 en Inglaterra encaran desde el punto de vista legislativo el problema de los contratos frustrados. Dicha ley inglesa señala:

“Cuando una de las partes del contrato ha obtenido un beneficio valuable (distinto a un pago de dinero, al que se aplica la sección precedente) a causa de algo que el otro contratante ha hecho cumpliendo el contrato o ejecutando su prestación y antes de que se produzca el acontecimiento frustrante, será repetible el importe de tal beneficio y nunca por cantidad superior al mismo. Todo ello, si el Tribunal lo considera ajusto en cuenta todas las circunstancias del caso”.

La Ley también precisa que las sumas pagadas o pagaderas a una de las partes en cumplimiento del contrato y, por tanto de su prestación, serán repercutibles por quien las pagó, el tribunal puede autorizar a quien las recibió a retener alguna cantidad como indemnización necesaria por el resarcimiento de los gastos que hubiera hecho en ejecución del contrato de dicha parte.

Los Códigos Civiles que incorporan un precepto específico sobre la frustración del contrato son, lógicamente los más modernos.

El código Suizo de las Obligaciones no lo contiene, aun cuando en una interpretación analógica, y no extraordinariamente amplia lo que hubiera sido necesaria partiendo de determinados preceptos del derecho francés antes

ÁREA JURÍDICO-FISCAL-LABORAL

UPDATE! 21 de marzo

comentado, podría deducirse el art. 20 del Código de las Obligaciones que señala:

“El contrato es nulo si tiene por objeto una cosa imposible, ilícita o contraria a las costumbres”.

Los que sí contienen unos preceptos específicos son el Código italiano de 1942 y el Código portugués de 1966.

El Código italiano destina las secciones segunda y tercera del capítulo XIV dedicado a la resolución del contrato, respectivamente a la imposibilidad sobrevenida (arts. 1463 a 1466 sección segunda) y excesiva onerosidad (arts. 1467 a 1469 sección tercera).

El efecto de la imposibilidad parcial sobrevenida es interesante, porque señala los derechos de la otra parte a la reducción del precio o la rescisión del contrato, cuando no hubiera un interés apreciable en su cumplimiento parcial.

El art. 1465 se refiere a la imposibilidad en los contratos con efectos traslativos o constitutivos, y el art. 1466 a la imposibilidad en los contratos plurilaterales.

Lo más interesante para el objeto de estas páginas es la sección tercera del capítulo XIV del Título II que trata de la excesiva onerosidad, y concretamente el art. 1467. Dicho precepto, tomando como base el que una prestación se hiciera demasiado onerosa, siempre que fuera por causas sobrevenidas e imprevisibles, faculta al contratante para pedir la resolución del contrato.

El propio texto subraya este carácter de imprevisibilidad y de riesgo extraordinario, opuesto al riesgo normal del contrato.

ÁREA JURÍDICO-FISCAL-LABORAL

UPDATE! 21 de marzo

También es interesante la posibilidad de la otra parte de evitar la resolución ofreciendo modificar las condiciones contractuales, que se deducen del art. 1467 del mismo Código.

El art. 1468 se refiere a los contratos con obligaciones para una sola de las partes; y en él se prevé una posible reducción de la prestación en términos equitativos. Y finalmente el art. 1469 trata de los contratos aleatorios.

En Portugal el art. 790 del Código Civil señala cómo la obligación se extiende cuando la prestación se torna imposible por causa no imputable al deudor.

Un precepto análogo al contenido en el Código italiano aunque concreta más claramente la doble posibilidad de notificación o resolución señalando prioritariamente la opción por la modificación contractual.

En España la Ley de 5 noviembre de 1940 permita la resolución de los contratos en determinados supuestos –también excepcionales como consecuencia de la Guerra Civil- autorizando la revisión de los contratos de suministros y obras, con la modificación de sus precios, cuando circunstancias excepcionales hubieran creado una desproporción notable entre las correspondientes prestaciones.

El que el Código Civil no contenga ninguna norma genérica sobre la modificación de los contratos no significa que no exista en alguna de las legislaciones forales, concretamente la Ley 493 de la Compilación de Derecho Civil Foral de Navarra que señala.

“Ley 493. Cumplimiento de la obligación.- Las obligaciones se extinguen al quedar cumplidas. También se extinguen al hacerse imposible su cumplimiento por causa extraña al deudor y sin su

ÁREA JURÍDICO-FISCAL-LABORAL

UPDATE! 21 de marzo

culpa; en todo otro caso, el deudor deberá indemnizar por su incumplimiento.

Aunque la obligación sea divisible, el acreedor podrá rechazar una oferta de cumplimiento incompleto o de objeto distinto del debido. Sin embargo, puede completarse al acreedor a que acepte el pago parcial de una cantidad cuando el deudor garantice el pago de la cantidad restante. Asimismo, el acreedor de cantidad de dinero tendrá que aceptar un objeto distinto si el Juez estima justa la sustitución por haberse hecho excesivamente gravosa la prestación debida.”

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 se declare su resolución”.

Como puede verse hay una evolución legislativa para admitir el cambio de la base del negocio de circunstancias objetivas entre las causas de resolución o de modificación del contrato.

Notemos, en el sentido precisamente de estas páginas, como en esta evolución se tiende a admitir de manera primaria la modificación, y la resolución viene admitida solamente en el supuesto de que la modificación sea imposible bien objetivamente, bien por impedirlo una de las partes contratantes.

REQUISITOS PARA LA MODIFICACIÓN

Dado que nuestro ordenamiento, y nuestro sistema jurídico en general, parte de las bases de libertad contractual y respeto a las obligaciones libremente contraídas tanto la doctrina como la jurisprudencia están conformes en aplicar de manera restrictiva la posibilidad de modificar los contratos y reducirla a supuestos realmente, graves en los que el cambio de circunstancias haya trastocado las previsiones iniciales de los contratantes y al base misma del negocio.

¿Cuáles serían las circunstancias exigidas para que puedan aplicarse las teorías examinadas y pueda entenderse que un contrato se frustra? Vamos a examinar a continuación los siguientes requisitos como posibles condicionantes para que la frustración sea estimada:

- 1º) Existencia de un contrato bilateral.
- 2º) Onerosidad y conmutabilidad de tal contrato.
- 3º) Existencia de un fin contractual.
- 4º) Que exista una alteración de la base económica del contrato o una imposibilidad de alcanzar el fin en las condiciones que más adelante se expondrán.
- 5º) Que tal alteración o imposibilidad de alcanzar el fin contractual ocurra por causas no imputables a los contratantes.
- 6º) Que el contrato sea de tracto sucesivo y que no haya tenido todavía total cumplimiento.
- 7º) Que no haya otro medio para restablecer el equilibrio contractual.

Pasamos a continuación a ir analizando cada uno de tales requisitos.

BILATERALIDAD

Se ha mantenido que para la aplicación de la teoría de la frustración hace falta que nos encontremos con un contrato bilateral: así se manifiesta Espert Sanz.

Tal afirmación es paradójica ya que el contrato, en base a los que en nuestro ordenamiento se presupone por el art. 1254 del Código Civil, es, por esencia, bilateral, y así se pone de relieve por la doctrina.

El artículo 1254 del Código Civil en cuanto a la bilateralidad (o multilateralidad del contrato) es claro, siendo además reforzado por otros preceptos como el 1256 del Código Civil; de ahí las reservas jurisprudenciales hacia la auto contratación.

Por tanto la exigencia de que el contrato sea bilateral entendemos que es totalmente innecesaria dado que, por el mero hecho de ser contrato debe ser bilateral, sin que a este respecto sea suficiente obstáculo el fenómeno de la auto contratación pues en el mismo, aunque observamos a un solo contratante tenemos a dos obligados diferentes.

Otra cosa sería la extensión o no de la teoría de la frustración del fin del contrato porque no existirá tal contrato, ni siquiera un convenio entre las partes; pero ello no es impedimento para que pudiera hablarse de frustración del fin de la obligación,

La teoría jurídica se ha ocupado hasta la fecha de la frustración del fin de los contratos exclusivamente sin extender la misma a las obligaciones no

ÁREA JURÍDICO-FISCAL-LABORAL

UPDATE! 21 de marzo

contractuales; pero si en un supuesto hipotético se dieran todos los requisitos que se exigen para que tal doctrina fuera aplicable no cabe descartar de antemano la hipótesis de su extensión a las obligaciones no contractuales, dado que en principio la fundamentación será la misma e incluso puede hacerse el razonamiento, a fortiori, de que si se admite una modificación de lo pactado entre dos contratantes, más aún debe tolerarse que la persona que unilateralmente hizo una promesa la modifique, cuando cambien las circunstancias.

Los supuestos de modificación de la voluntad unilateral serán menos frecuentes y en algunos casos no necesitarán de ningún tratamiento jurídico especial porque la propio Ley prevé su modificación (pensemos en el caso de testamento, ejemplo típico de manifestación unilateral de voluntad); pero en los demás también podría existir un cambio en las circunstancias sobrevenidas, siempre que se den las demás condiciones para que pueda prosperar la doctrina de la frustración.

ONEROSIDAD Y CONMUTABILIDAD

El segundo requisito en examen es el de la necesidad o no de que se trate de una obligación oneroso además de bilateral, circunstancia que, evidentemente, no es un coincidente con aquélla.

La doctrina ha aludido a la necesidad de la onerosidad –subespecie de los contratos conmutativos- para que pueda aplicarse la teoría de la frustración: es decir, que se exige que haya un “trueque de prestaciones que tiene que realizarse en cumplimiento de un contrato oneroso”.

ÁREA JURÍDICO-FISCAL-LABORAL

UPDATE! 21 de marzo

Sin embargo la razón que da el mismo Espert Sanz para basar tal exclusión, esto es, la esencia de la justicia conmutativa se entiende que no es válida, ya que en virtud de los mismo principios de justicia si alguien se ha comprometido aun cuando sea unilateralmente, a entregar algo a otra persona, también queda obligada; y si ha cambiado la base objetiva de la obligación no se ve el porqué se puede negar a aplicar la doctrina de la frustración a tal supuesto que, ciertamente, será poco frecuente.

Supongamos que una persona se obliga a pasar un pensión de manera gratuita y sin contraprestación al hijo de un amigo fallecido para que curse unos estudios fundándose en la situación económica respectiva de ambas partes. Un cambio radical en ésta o una negativa del beneficiario a estudiar y su ocupación en un trabajo remunerado ¿no podrían dar origen a la aplicación de la doctrina de la base del negocio si se entiende válidamente constituida y exigible tal obligación? Entendemos que sí, aun cuando en tal supuesto, la obligación no fuera conmutativa.

El Tribunal Supremo se ha referido a la base económica del contrato y a la destrucción del equilibrio de mas mismas como requisito para la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* o a la desproporción exorbitante entre las pretensiones de las partes; y partiendo de tales decisiones jurisprudenciales resulta difícil acoplar a los supuestos de obligación unilateral y contrato no onerosos la teoría de la frustración; aun cuando tampoco base descartarlas a *propi* porque lo que no ha tenido posiblemente el Tribunal Supremo es un supuesto claro de pretensión de ruptura o alteración del vínculo contractual tal y como antes se ha expuesto, y cabe siempre la interrogante de si en tal hipótesis lo admitiría.

ÁREA JURÍDICO-FISCAL-LABORAL

UPDATE! 21 de marzo

Como corolario sobre este requisito sabe propugnar su innecesariedad aun cuando a la luz de la jurisprudencia actual parece ser exigible.

EXISTENCIA DE UN FIN CONTRACTUAL

Es requisito discutido que pueda aplicarse la doctrina de la frustración del contrato cuando tal contrato no tenga un fin.

Vicente Espert Sanz parte de la base de que para apreciar tal imposibilidad debe previamente señalarse la existencia de un fin y, admitiendo de ese fin, indicaba subespecies de imposibilidad:

- “1. Frustración por imposibilidad de alcanzar el fin del contrato.
2. Frustración porque el fin se haya obtenido por medios o caminos diferentes al contrato que se había celebrado para conseguir dicho fin”.

Hay que señalar cómo la doctrina da una importancia extraordinaria a la existencia de un fin de contrato, porque si se alude a la frustración del fin se presupone, lógicamente, la existencia de tal fin.

Señala a este respecto Espert Sanz que:

“Era fin del contrato aquel propósito que era básico para una de las partes y al que pensaba llegar mediante el contrato cuando dicho propósito había sido conocido por la otra parte contratante y esta la había aceptado o por lo menos no lo había rechazado”.

Aquí cabría plantearse una nueva serie de interrogantes:

ÁREA JURÍDICO-FISCAL-LABORAL

UPDATE! 21 de marzo

- 1º) Diferencias entre causa de la obligación y motivos del contrato.
- 2º) Si el fin del negocio coincide con lo que en nuestro ordenamiento jurídico se entiende por causa.
- 3º) Interpretación del concepto de base del negocio subjetiva.

Vamos a examinar tales interrogantes:

1º.- La doctrina ha insistido en diferenciar causa del negocio y motivos. Como señala Díez Picazo y Antonio Gullón las teorías sobre la causa se han empeñado siempre en distinguirla adecuadamente de los propósitos empíricos de las partes: la razón o razones que hayan movido a la voluntad de las partes, fuera de la consecución del fin abstracto y típico del contrato, son irrelevantes, todo ello según la concepción abstracta y clásica de la causa; aun cuando la teoría subjetiva piensa que la causa es un motivo pero que es el motivo o fin inmediato de quien realiza el negocio. A este respecto Federico de Castro pone el ejemplo de quien compra un objeto para el amigo que se casa tiene como causa la celebración del matrimonio, ya que el mismo ha motivado la compra, con lo cual si el matrimonio no llegara a contraerse el contrato quedaría sin causa.

Por su parte Jorge Giorgi señala:

“Si el contrato es a título oneroso, la causa *debendi* se halla, por el contrato, en el dominio de la justicia conmutativa, y consiste en un servicio que el otro contratante ha hecho ya al prominente, en un servicio que le hace al mismo tiempo o que deberá hacerle después. Por ejemplo: en el mutuo, la obligación del mutuario de restituir la suma recibida en préstamo, tiene por causa el

ÁREA JURÍDICO-FISCAL-LABORAL

UPDATE! 21 de marzo

suministro anterior de dinero que le hizo el mutuante. En la permuta, la obligación de uno de los permutantes de consignar la cosa permutada, tiene por causa la consignación de otra cosa que le hizo el otro permutante. En el arrendamiento, la obligación del arrendatario de pagar el alquiler, tiene por causa el *uti frui licere* en que el arrendador debe mantenerle”.

En definitiva los motivos de las partes podían ser la causa de la obligación al menos si seguimos la teoría subjetiva, mientras que tales motivos deberán ser coincidentes y exteriorizados para que sea la causa del contrato siguiendo siempre la teoría subjetiva, ya que de seguirse la teoría objetiva, y como queda dicho, los móviles nunca se confundirán con la causa.

En nuestro ordenamiento parece que el art. **1274** del Código alude al concepto de causa objetiva cuya eficacia y necesidad ha sido doctrinalmente puesta en duda, a pesar de las vacilaciones jurisprudenciales y de que algunas de las más recientes sentencias del Tribunal Supremo admiten un cierto subjetivismo en la causa cuando ésta haya sido aceptada mutuamente Opor ambos contratantes e incorporada al contrato.

2º.- Entendemos que el hacer coincidir el concepto de fin de contrato al que se refiere la doctrina que estudia la frustración del negocio con la causa del contrato es importante y necesario. Importante porque así se unifican conceptos jurídicos y necesario porque ninguna referencia existe en nuestra legislación al fin del contrato por lo que, si hay que basarlo en alguna apoyatura legal, necesitaremos hacer referencia al concepto de causa; siquiera dentro de ésta haya que aceptar por las interpretaciones subjetivas que se han indicado ya que de lo contrario no se resolvería el problema planteado.

ÁREA JURÍDICO-FISCAL-LABORAL

UPDATE! 21 de marzo

Se acuerdo con diversas de las sentencias del Tribunal Supremo –aun cuando hay que advertir que tal jurisprudencia no es uniforme y siguen existiendo fallos que insisten en la teoría de la causa objetiva al amparo de la literalidad de 1274 del Código Civil- parece que puede adaptarse sin excesivo esfuerzo a la teoría del fin del contrato, haciéndolo coincidir de esta forma con el concepto de causa legal y equiparando ambos a la base del negocio subjetivo; pero sin ocultar que no son todos los fallos del Tribunal Supremo los que autorizan esta interpretación y que, además, los que lo admiten aparentemente se muestran más rigurosos en cuanto a los requisitos necesarios para la trascendencia de los fines de la doctrina de la base del negocio.

3º.- No debe olvidarse el paralelo que de entrada podría observarse entre el concepto de la causa –entendida subjetivamente- y el que Karl Larenz sienta para la base del negocio subjetiva.

Karl Larenz entiende por base del negocio subjetiva:

“Una representación mental o esperanza de ambos contratantes por la que ambos se han dejado guiar al concluir el contrato. No es suficiente que la representación o esperanza haya determinado de modo decisivo la voluntad de una de las partes, aun cuando la otra parte hubiese tenido noticia de ello. El no esperar una futura transformación de las circunstancias no equivale a la positiva esperanza en la persistencia de determinadas circunstancias”.

Si tenemos en cuenta que el Larenz precisa cómo la finalidad de las partes enlaza de ordinario con una segunda, y aun con una tercera finalidad, y que éstas no interesan al derecho tal fin primero entendemos puede hacerse coincidir con el concepto de causa subjetiva, mientras que las ulteriores finalidades, como precisa el propio Larenz, aun cuando las conozca de otra

ÁREA JURÍDICO-FISCAL-LABORAL

UPDATE! 21 de marzo

parte y se le haya comunicado expresamente, no tienen relevancia jurídica, siendo el equivalente de los móviles que la jurisprudencia descarte como parte integrante de la causa.

Se opina que es aceptable la observación de Larenz de que finalidad objetiva del contrato es también la finalidad de una de las partes si la otra lo hace suya y en cambio que no debe de tenerse en cuenta los acontecimientos y transformaciones que:

“a) son personales o están en la esfera de influencia de parte perjudicada (en este caso opera como límite la “fuerza mayor”.

b) repercutieron en el contrato tan sólo porque la parte por ellos perjudicada se encontraba, al producirse lo mismo, en *mora solvendi* o *accipiendi*;

c) porque, siendo previsibles, forman parte del riesgo asumido en el contrato”.

Para finalizar este apartado queda por examinar si es suficiente que el fin del contrato se encuentre en grave peligro para entender que el mismo se haya frustrado como sostiene Krückmann.

A este respecto se comparte totalmente las dudas de Larenz sobre la aplicación extensiva que hace Krückmann de la teoría de la base del negocio e, incluso, se estima que mientras no haya una real imposibilidad de conseguir el fin del contrato, en aras del respeto que merece el mismo, no puede admitirse que se haya producido una frustración, puesto (entre otras razones) que el peligro de no cumplirse el fin del contrato podría no producir efectos ni tener ninguna trascendencia.

ÁREA JURÍDICO-FISCAL-LABORAL

UPDATE! 21 de marzo

Partiendo del concepto de finalidad que se acaba de exponer cabe propugnar que la ausencia de la misma impide aplicar la teoría de la frustración.

Se entiende la finalidad como se ha expuesto, la existencia de la misma será imprescindible para que pueda predicarse la aplicación de las teorías examinadas a los supuestos de frustración por imposibilidad de conseguir el fin contractual, pero no a las hipótesis en que el contrato se frustre por desequilibrio importante de las prestaciones, puesto que en esta última hipótesis la relevancia del fin aparece de forma totalmente secundaria.

ALTERACIÓN DE LA BASE ECONÓMICA DEL CONTRATO

Como se ha indicado anteriormente el cambio de circunstancias económicas no equivale a alteración de la base del negocio ya que la ruptura de la relación de equivalencia entre la prestación y la contraprestación es una de las dos causas para la desaparición de la base del negocio objetiva junto a las cuales hay que poner los supuestos de desaparición de la base del negocio subjetiva: se trata de uno de los dos requisitos que vamos a examinar como alternativo para la aplicación de la doctrina de la frustración del negocio.

Pero aunque no sea la única hipótesis para la aplicación de la doctrina de la base del negocio sí es una de las más trascendentes y, en el orden práctico, la que probablemente más supuestos le ha producido.

Dentro de nuestro ordenamiento la jurisprudencia del Tribunal Supremo que aplica tanto la teoría de la cláusula rebus sic stantibus como la de la base del negocio exige que se haya roto el equilibrio de las prestaciones o que haya

ÁREA JURÍDICO-FISCAL-LABORAL

UPDATE! 21 de marzo

una desproporción entre las mismas o, que sea el medio de restablecer el equilibrio de las prestaciones, o que la desproporción sea exorbitante: lo que supone que si no hay que restablecer tal equilibrio la cláusula *rebús sic stantibus* quedaría sin posibilidad de aplicación.

Para aplicar la doctrina de la frustración por alteración de la base económica del negocio es fundamental señalar la importancia que tal alteración debe revestir, para que pueda ser tenida jurídicamente en cuenta como motivo de la frustración.

Sobre este particular cabe precisar que de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Supremo la desproporción debe ser exorbitante y que debe haberse roto el equilibrio de las prestaciones con motivo de tan importante relación.

A pesar de alguna ligera diferencia de matiz en lo importante la jurisprudencia recogida coincide: de acuerdo con tales precisiones jurisprudenciales para que pueda aplicarse la teoría de la base del negocio sobre la cláusula *rebús sic stantibus* no basta una alteración económica ordinaria sino una alteración importante o exorbitante, una alteración fuera de lo común.

Y aquí, coincidiendo con las observaciones de Planiol cabe señalar que para que se produzca la aplicación de las medidas examinadas habrá de existir un *surprix*, esto es, una diferencia no, entre el precio convenido y las transformaciones previsibles sino entre éstas, y las que no son previsibles en el momento de la conclusión del contrato, y solamente estas últimas transformaciones pueden ser causa de la aplicación de las teorías analizadas.

No es posible lógicamente fijar una frontera en porcentajes del límite necesario para que la alteración sea estimada como fundamento del cambio de

ÁREA JURÍDICO-FISCAL-LABORAL

UPDATE! 21 de marzo

la base del contrato: serán los tribunales los que en su labor diaria tendrán que concretar tales límites evidentemente.

Con la afirmación anterior no se trata de aumentar el arbitrio judicial ni de invitar al juez a que actúe en tal supuesto con el legislador, tal y como señala el código austriaco; lo que sucede es que fijar un límite cuantitativo fijo es tarea imposible y ridícula. Y si tal intencionalidad, fijada en porcentajes, tendría que estar corregida, paliada y atemperada por los efectos de consideraciones distintas, parece más lógico que sea el juez quien, en cada caso, deberá aplicar tales premisas y consideraciones. Incluso la fijación de porcentajes parece imposible ya que el margen de beneficio en unas operaciones comerciales es totalmente distinto que en otras y un porcentaje que nunca sería muy significativo en otro es casi irrelevante.

Ello no quita para sentar un principio general, como queda dicho, que es el de la necesidad de una alteración en la situación económica base del contrato que sea extraordinaria,. Ya que si no lo fuera, si no tuviera una gran trascendencia, no podría dar origen a entender frustrado el contrato.

En resumen y en conclusión un cambio de circunstancias pequeñas no bastará que suponga una alteración no grave en el equilibrio de las prestaciones para provocar la frustración del contrato, tendrá que ser un cambio grave que las haga totalmente desproporcionadas y será el juez si no hubiera otros medios -como el propio acuerdo de los contratos o un arbitraje- quien deberá decidir cuándo el equilibrio de las prestaciones es tan trascendental como para justificar la aplicación de la doctrina de la frustración del contrato.

ÁREA JURÍDICO-FISCAL-LABORAL

UPDATE! 21 de marzo

Cabe añadir varios interrogantes:

1º) ¿Qué sucederá cuando inicialmente no exista equilibrio entre las prestaciones pro haberlo querido así los contratantes?

En esta hipótesis lo que no puede es ampararse nadie en las teorías examinadas para pretender una revisión del contrato; y es más, cuando en un supuesto en que inicialmente no exista una igualdad de las prestaciones se modifique como consecuencia de las circunstancias ulteriores la situación inicial (pensemos en un contrato de compraventa en el que el piso se vede a un 50 % de su valor en razón del parentesco que une a las partes) lo que puede solicitarse es que la situación inicial se restablezca pero no, en este caso concreto, que se altere la original relación contractual y se llegue a una igualdad total de las prestaciones.

2º) ¿Será aplicable la anterior solución a los supuestos que por circunstancias especiales la relación entre las prestaciones no es la que en teoría correspondiera sino una diferente?

Así, por ejemplo, si una persona debe vender por una necesidad económica urgente una joya por un 50 % de su valor, y con un precio aplazado; pero por parte del comprador tal joya va a suponer un regalo de boda y se hubiera roto el compromiso antes del pago del precio, ¿sería aplicable la teoría de la frustración?

La respuesta no es fácil, porque si por una parte el contrato debe mantenerse en su integridad y de acuerdo con las condiciones libremente pactadas (y no sería ocioso el empezar a preguntarse si aquí los contratantes tuvieron una verdadera libertad y, si una situación de angustiosa necesidad económica, por parte de una de ellos, no supuso una merma de la libertad contractual), por la otra parece contradictorio acudir al principio de equidad

ÁREA JURÍDICO-FISCAL-LABORAL

UPDATE! 21 de marzo

para mitigar el contrato en beneficio de uno de los contratantes y no aprovechar, al mismo tiempo, para corregirlo en provecho del otro.

Si la inicial relación entre las partes no tenía un sentido de igualdad, debido a motivaciones como las expuestas de necesidad económica por uno de los contratantes, cuando se aplique la cláusula *rebús sic stantibus* o la teoría de la base del negocio, la revisión del contrato se haga buscando un justo equilibrio de las prestaciones, en todos los sentidos, para ambos contratantes.

¿Cómo distinguir ambos supuestos, esto es, aquellos en que la relación entre las partes no obedece a una igualdad por deseo consciente deliberado y voluntario de ambas, de aquellos otros en los que uno de los contratantes no recibe la contraprestación adecuada a pesar de su deseo?

En los de la segunda categoría el contratantes ha firmado el contrato “*malgré lui*”, y aun cuando no ha sido forzado directamente al mismo su deseo hubiera sido obtener una relación más equitativa entre las prestaciones que, por circunstancias especiales, como pueden ser normalmente las angustias por obtener una liquidez monetaria, no ha podido conseguir: de hecho lo que en lenguaje comercial se llama una “mala operación”, aun cuando formalmente se reúnan los requisitos del consentimiento que, en nuestro ordenamiento recogen los artículos 1261 y siguientes del Código Civil.

En consecuencia cabría decir que en este segundo grupo entrarían los contratos en los que la relación de equivalencia no se ha obtenido, como norma, por motivos económicos, mientras que en el primero son razones de otro tipo, extraeconómicas, normalmente personales o familiares, las que hacen que voluntariamente tal relación no exista.

ÁREA JURÍDICO-FISCAL-LABORAL

UPDATE! 21 de marzo

Concluyendo:

- a) Con la teoría de la base del contrato y la cláusula *rebús sic stantibus* se debe mantener el equilibrio inicial de las prestaciones.
- b) Cuando tales prestaciones no fueran equivalente porque libre y voluntariamente los contratantes así lo han deseado, lo único que deb restablecerse es la situación inicial, aun cuando ésta no fuera de igualdad entre lo entregado y recibido por cada contratante.
- c) En los supuestos específicos en que claramente pueda acreditarse que la situación inicial de las prestaciones era de desequilibrio no buscado, aun cuando sí aceptado por ambos contratantes, por razones que generalmente son de tipo económico, si se aplica la teoría de la base del negocio o la teoría de la cláusula *rebús sic stantibus*, deberá buscarse un equilibrio nuevo ente las prestaciones de ambos contratantes, no restableciendo su situación inicial, sino la que en justicia deberían tener ambas prestaciones en el momento de la revisión contractual.

IMPOSIBILIDAD DE ALCANZAR EL FIN DEL CONTRATO

Entre los requisitos para que pueda entenderse frustrado un contrato y consiguientemente poder acceder a su revisión, en la enumeración antes recogida, se ha indicado de manera alternativa la desproporción sobrevenida de las contraprestaciones o, la imposibilidad de cumplir el fin inicial.

Hemos visto tanto Espert Sanz como Karl Larenz señalan cómo uno de los dos supuestos de frustración es el de imposibilidad de conseguir el fin contractual, siendo el otro el de desequilibrio manifiesto el de las prestaciones.

ÁREA JURÍDICO-FISCAL-LABORAL

UPDATE! 21 de marzo

Examinada la causa de frustración consistente en el desequilibrio sobrevendió de las prestaciones queda por ver si, alternativamente con el anterior, es también o no procedente en nuestro ordenamiento jurídico la aplicación de⁴ las teorías examinadas cuando el fin mutuo del contrato, entendiéndolo como se ha expuesto, resulte imposible de alcanzar.

Hay que diferenciar el concepto de imposibilidad de alcanzar el fin con el de imposibilidad de cumplir la prestación, aspecto este último del que se ocupa con extensión Espert Sanz.

La prestación puede realizarse y el fin no cumplirse y viceversa, no habiendo obstáculo al cumplimiento del fin contractual una de las partes puede no estar en condiciones de entregar su prestación.

Aquí interesa ocuparnos exclusivamente de la imposibilidad de conseguir el fin contractual, porque la imposibilidad de efectuar una de las prestaciones no será causa, en mi opinión, de modificación de la relación contractual; sin perjuicio del tratamiento específico que el ordenamiento jurídico dé a esta situación perfectamente diferenciada que se traduce en preceptos como el art. 1464 del Código Civil italiana, sin que en el ordenamiento jurídico español haya un precepto concreto para situación.

¿Sería aplicable a nuestro ordenamiento los supuestos de modificación de las circunstancias que ni supongan una desproporción de las prestaciones consideradas estrictamente como tal? Pensemos en el supuesto, por ejemplo, analizado en la jurisprudencia anglosajona del teatro alquilado para un intérprete que en el intervalo sufre un accidente: las prestaciones como tales no han cambiado de valor, el precio del alquiler sigue siendo el equivalente al disfrute durante el tiempo convenido de la sala.

ÁREA JURÍDICO-FISCAL-LABORAL

UPDATE! 21 de marzo

Pero tal sala, aun cuando pueda ser disfrutada, no se puede destinar al objeto previsto y mediante tal cambio de las circunstancias cabría invocar la aplicación de la teoría de la base del negocio o la más tradicional de la cláusula *rebus sic stantibus*, para entender que el contrato se ha frustrado.

Tal extensión es aconsejable y justa, siquiera sea tamizada y limitada su aplicación con las reservas que, para todos los distintos supuestos ha erigido la jurisprudencia; pero por razones de justicia, que son las que revalidan la aplicación tanto de la cláusula *rebus sic stantibus* como la de la teoría de la base del negocio, no debe en principio negarse la extensión de las mismas a supuestos como el del ejemplo comentado, aunque la equivalencia real en las prestaciones se haya alterado.

En cuanto a la valoración del fin del contrato Espert Sanz señala:

“la idea del fin del contrato se asocia a la pervivencia del contrato mismo. Cuando el propósito básico ha tomado cuerpo suficiente en el *iter* contractual ya influye en toda la vida del contrato y nunca más podrá ser desconocido a menos que por una cuerdo expreso o tácito, inducido de actos concluyentes, las partes acuerden excluirle relevancia,. Una vez el propósito básico de una de las partes ha adquirido relevancia, ya no puede pensarse en que el contrato se desligue de su tendencia a conseguir tal resultado y por consiguiente la imposibilidad de alcanzarlo sea causa suficiente para justificar la ineficacia del contrato alegando la frustración del fin contemplado”.

Espert Sanz estudia también la posibilidad de que se frustre el contrato debido a la obtención del fin por otros medios, partiendo la distinción entre débito y responsabilidad de la doctrina alemana (*Schuld* y *Haltung*) y cita los supuestos

ÁREA JURÍDICO-FISCAL-LABORAL

UPDATE! 21 de marzo

en que Andreoli considera como de frustración por cumplirse de otra forma el fin propuesto:

“1.- Cuando el interés del acreedor se realiza por un hecho natural; y cita el caso de que alguien se hubiese comprometido a derribar un edificio y éste se hunde por consecuencia de un terremoto o de una ruina.

2.- Cuando la realización del interés del acreedor se realiza por un hecho del propio acreedor, como en el caso de que el acreedor comprase la cosa que se le debía.

3.- Cuando el interés del acreedor se satisface a consecuencia del hecho de un tercero, que no actúa ni como representante ni como gestor de negocios del deudor”.

Espert analiza los casos que proponen Andreoli y Klein llegando a al conclusión de que varios de ellos encajan dentro del imposibilidad de efectuar la prestación, y no dentro de la teoría de la frustración, y sólo cuando por un hecho natural o por la acción independiente de un tercero se obtuviera el resultado contemplado por el contrato parece aplicable la teoría de la frustración.

Sin embargo no alcanzó a comprender la distinción entre esta posibilidad y la señalada por el propio Espert en el número 1 que tiene lugar:

“Si el fin del contrato se ha obtenido por medios independientes de su ejecución normal, y en base de este hecho, o a causa del mismo, la prestación no puede repetirse, es material o legalmente irrealizable de nuevo, entonces estaremos ante un supuesto de imposibilidad de la prestación, con la secuela destructora del caso respecto de la pervivencia del contrato. Liberado por imposibilidad del deudor de la prestación irrealizable de nuevo, por juego del

ÁREA JURÍDICO-FISCAL-LABORAL

UPDATE! 21 de marzo

art. 112 quedará liberada la contraparte y en ningún caso se tratará de un caso de frustración”.

Por eso se cree que más bien cabe hablar en todos los supuestos de que se alcance el fin por otros medios de imposibilidad de efectuar la prestación y no de frustración del contrato.

El tribunal Supremo ha admitido la posibilidad de aplicar las teorías analizadas pro frustrarse el fin contractual en las sentencias de 20 de junio de 1948 y 3 de noviembre de 1983.

VOLUNTARIEDAD

Si la actuación de los mismos es voluntaria y en base a tal actuación voluntaria se modifican las circunstancias es evidente que debe de rechazarse de plano la aplicación de las teorías de la base del negocio o de la cláusula *rebus sic stantibus*, ya que no sería equitativo, ni siquiera justo, que uno de los contratantes pueda argüir que la situación se modificado debido a su propia actuación y, en nuestro ordenamiento, tal pretensión chocaría frontalmente contra lo dispuesto en el art. 1256 del Código Civil que dispone que la validez y cumplimiento de los contratos no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes.

La aplicación de la doctrina de la cláusula *rebus sic stantibus* o la base del contrato no deja de ser efectuada para supuestos extraordinarios en que no cabe otro remedio para modificar equitativamente la relación contractual entre las partes; pero no lícito aplicarlas sin límites y, menos aún, a aquellos casos

ÁREA JURÍDICO-FISCAL-LABORAL

UPDATE! 21 de marzo

en que el cambio de circunstancias se debe, precisamente, a la actuación voluntaria (sea o no culposa o incluso dolosa) de uno de los contratantes.

Resulta necesario matizar cuando se hace referencia habitualmente a las doctrinas propuestas citando, de manera conjunta y como de igual valor y efectos a la doctrina de la base del negocio y de la cláusula *rebus sic stantibus*.

Ciertamente son distintas en su formulación y también en los supuestos a los que puede aplicarse; no obstante lo cual si aquí las menciono de manera conjunta se efectúa por dos razones fundamentales:

1º) La equivalencia práctica que, en la mayoría de los casos, tiene la aplicación de ambas teorías.

2º) El que la jurisprudencia del Tribunal Supremo español las equipara en cuanto a sus efectos creando un cuerpo de doctrina que las analiza conjuntamente y que fija los requisitos que para los Tribunales puedan decretar su admisión y pertinencia.

Por los mismos motivos aludió también, en toras ocasiones, con igual sentido, ala teoría de la frustración.

El único interrogante que se plantea sobre la exigencia de que la actuación no sea voluntaria es si cabe hacer una excepción al criterio que se acaba de indicar en aquello supuestos en que la modificación, aun procediendo de la actuación de uno de los contratantes, no ha sido buscada ni efectuada, de la actuación de una de las partes en la relación contractual originaria.

En tal hipótesis, siempre que no quepa duda racional de que la modificación contractual no ha sido buscada directa ni indirectamente por el

ÁREA JURÍDICO-FISCAL-LABORAL

UPDATE! 21 de marzo

contratante, y de que, en todo caso, éste es un efecto, no querido ni deseado, derivado de otros hechos, cabría aplicar las teorías expuestas; quedando el juez revestido de la facultad necesaria para analizar la prueba de si, efectivamente, el contratante con su actuación ha buscado directa o indirectamente la modificación contractual, y por tanto, si procede la aplicación o no de las doctrinas expuestas.

ALTERACIÓN IMPREVISIBLE

Otro requisito que, tanto la doctrina como la jurisprudencia, suele exigir para la aplicación de las teorías analizadas es que el cambio de circunstancias no sea previsible por los contratantes en el momento de constituir la relación contractual. Así se expresa Rafael Gómez Ferre refiriéndose al criterio sentado por el Tribunal Supremo.

¿Qué debe de entenderse por imprevisibilidad? La referencia, entiendo, nos la proporciona el art. 1.105 del Código Civil que señala:

“Fuera de los casos expresamente mencionados en la ley, y de los que en que así lo declare la obligación, nadie responderá de aquellos sucesos que no hubieran podido preverse, o que, previstos, fueran inevitables”.

Sabida es la polémica existente desde hace siglos sobre la distinción o no entre caso fortuito y fuerza mayor y los motivos de tal posible distinción.

Para unos la fuerza mayor hace referencia a un supuesto extraño que interrumpe en el ámbito contractual mientras que el caso fortuito hace

ÁREA JURÍDICO-FISCAL-LABORAL

UPDATE! 21 de marzo

referencia al hecho no culpable e imprevisible producido dentro del propio círculo de actividades del deudor.

Para otros, es una variante de lo anterior, fuerza mayor sería la violencia procedente de persona distinta del obligado o de un acontecimiento inevitable: así, en nuestro derecho, se expresa Manresa.

En contraposición con las teorías expuestas la teoría subjetiva ha tratado de diferenciar la fuerza mayor del caso fortuito en los acontecimiento que integran éste no puede preverse, pero que si hubieran sido previstos hubieran podido evitarse, mientras que la fuerza mayor en cualquier supuesto sería inevitable.

Finalmente otro sector doctrinal entiende que la diferenciación radica en los efectos de ambos.

El Código Civil español no menciona para nada las palabras caso fortuito ni fuerza mayor con lo cual la trascendencia práctica de la diferenciación entre los mismos es escasa y nula en el derecho español vigente a la luz del art. 1.105 del Código Civil.

Sí hay algún supuesto, como el de los arts. 1905 y 1784 del Código Civil, en los que sólo se alude a fuerza mayor, planteándose el interrogante de si en tales caso el código da como análogos ambos conceptos –caso fortuito y fuerza mayor- que es la tesis de Valverde o si, dando un concepto estricto de fuerza mayor, rechaza en tales supuestos la aplicación del caso fortuito (criterio que mantiene Pérez González y Alguer).

También hay que notar que la jurisprudencia del Tribunal Supremo equipara en sus efectos la fuerza mayor con el caso fortuito indicando que son dos expresiones que se relacionan con la idea de que, por causas extrañas al

ÁREA JURÍDICO-FISCAL-LABORAL

UPDATE! 21 de marzo

obligado, éste no puede cumplir sus compromisos, aun cuando en los supuesto de los arts. 1784 y 1905 sí hay que efectuar tal distinción según señala el Tribunal Supremo.

Desde esta óptica debe enfocarse la falta de previsión del suceso necesario para que pueda aplicarse la teoría de la base del negocio: y no es ocioso el resaltar que un acontecimiento clave e importante para la aplicación del caso fortuito, como es el hecho de la guerra, es recogido por el Tribunal Supremo para aplicar disyuntivamente el caso fortuito o la base del negocio en sentencias de 16 de mayo de 1941 y 24 de septiembre de 1953.

La imprevisibilidad no es definida en ningún momento por el código y ni siquiera los Tribunales en su función interpretativa determinan claramente que es imprevisible.

Las referencias a la imprevisibilidad más son circunstanciales o contienen alusiones a hechos concretos, que definitorias de la misma; no obstante a través de ellas sí podemos darnos una idea de lo que el legislador y los Tribunales entienden debe ser un acontecimiento imprevisible: el incendio a que aluden las Partidas, la Guerra que observada por el Tribunal Supremo, son supuestos en los que puede verse la gravedad del hecho y del carácter no previsible del mismo en un sentido normal de la palabra, sin tener que analizar que para un especialista en estrategia o en política tal guerra hubiera podido, desde algunas perspectivas de hecho, anticiparse o atrasarse.

En definitiva enlazando el concepto de imprevisibilidad con el de la diligencia del buen padre de familia contemplada en el derecho civil, será un acontecimiento previsible aquel que la diligencia ordenada bien por un padre de familia hubiera podido con lógica preverlo; sin que pueda ser exigible la posible e hipotética previsión de tal acontecimiento que algún especialista cualificado pudiera haber realizado.

ÁREA JURÍDICO-FISCAL-LABORAL

UPDATE! 21 de marzo

Observemos el carácter equivalente de la imprevisibilidad o inevitabilidad por operativo del art. 1105 del Código Civil y que subraya la doctrina española.

El Tribunal Supremo de España ha señalado que corresponde a los Tribunales de Instancia hacer las observaciones de hecho necesarias para calificar el caso fortuito.

La doctrina distingue entre imposibilidad física y jurídica: imposibilidades que tienen el mismo efecto liberatorio.

Para aplicar la teoría de la frustración la doctrina ha exigido que se trate de una modificación surgida bajo el imperio de circunstancias imprevisibles: así se manifiestan Rafael Gómez Ferrer.

En cuanto a la jurisprudencia de exigencia de imprevisibilidad para poder considerar frustrado un contrato resalta de una serie de fallos, como el de 23 de abril de 1991; y en orden legislativo así lo indican la Ley 493 de la Compilación de Derecho Civil Formal de Navarra y el art. 1467 del Código civil italiano.

La sentencia de 13 de octubre 1954 señala como es requisito para la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* que la alteración de las circunstancias no sea por causa atribuible a ninguno de los dos contratantes.

Y finalmente la sentencia de 15 de marzo de 1972 añade también a la sobrevenida de circunstancias radicalmente imprevisibles, frase que también recoge la sentencia de 27 de junio de 1984.

Como conclusión de este requisito para aplicación de la teoría de la frustración tiene que producirse un suceso imprevisible o inevitable, sucesos que no se hubieran podido prever ni evitar con la diligencia normal de un padre de familia; enlazando los concretos de imprevisión o inevitabilidad con los que

ÁREA JURÍDICO-FISCAL-LABORAL

UPDATE! 21 de marzo

contiene el art. 1105 del Código Civil en el sentido que habitualmente se interpreta por la doctrina y la jurisprudencia.

TRACTO SUCESIVO

Otro de los requisitos que pone de relieve la doctrina como necesario para que se aplique la teoría de la frustración es que se trate de un contrato de tracto sucesivo; y así se pronuncia Gómez Ferrer aun cuando Espert Sanz no la recoge entre los que señala como ineludibles.

La fundamentación lógica de tal exigencia se encuentra, como no se le oculta a nadie, en que el contrato que no reúne tales características cuando se haya producido un cambio de circunstancias está cumplido, ultimado y ejecutado y por tanto no debe de volverse sobre el mismo, o al menos, tal revisión sería mucho más compleja y plantearía probablemente, en el supuesto hipotético de su admisión, más problemas que los que con la misma pretendan paliarse.

La jurisprudencia para la aplicación de las doctrinas que facilitan la revisión del contrato ha partido casi siempre del supuesto de hecho de que éste es de tracto sucesivo y tal requisito explícitamente lo ha exigido el Tribunal Supremo en sentencias de 15 de marzo 1972 y 9 mayo 1983 que a su vez cita la de 6 de junio de 1959 y 23 de noviembre.

Ahora bien, dentro de esta no ejecución de las obligaciones, entiende que cabe distinguir dos supuestos distintos:

ÁREA JURÍDICO-FISCAL-LABORAL

UPDATE! 21 de marzo

- a) Que el contrato sea de tracto sucesivo.
- b) Que las prestaciones, por la razón que fuera, todavía no se hayan ejecutado.

Cualquiera de las dos hipótesis es suficiente, en principio, para la aplicación de las teorías expuestas, ya que de lo que se trata es de que el contrato no se haya ejecutado y cumplido.

Como de la jurisprudencia citada lo que desprende es la necesidad de que el contrato sea o de ejecución requerida o de tracto sucesivo no habría ningún inconveniente en aplicar ambas hipótesis.

En definitiva parece exigible que el contrato no estuviera ejecutado, al menos parcialmente, porque puede aplicarse tanto la teoría de la base del negocio como la de la cláusula *rebús sic stantibus*.

EFFECTO DE LA FRUSTRACIÓN

Una vez vistos los requisitos necesarios para que pueda considerarse un contrato frustrado nos queda examinar qué efectos jurídicos puede producir la frustración del mismo.

Los efectos pueden ser alternativamente dos:

- 1º) La revisión del mismo.
- 2º) La conclusión y terminación del contrato.

ÁREA JURÍDICO-FISCAL-LABORAL

UPDATE! 21 de marzo

Unidos a esos dos efectos principales, que se producirán de manera alternativa, existen otros secundarios relativos a los efectos de las prestaciones ya realizadas hasta la fecha.

En el orden legislativo tal disyuntiva aparece en la Compilación Civil formal de Navarra, en su Ley 493, señalando como primero de los términos alternativos el de la posibilidad de la revisión contractual y como segundo el de la resolución del vínculo que unía a las partes; y también tiene un sentido análogo, incluso más preciso, el art. 1467-3 del Código civil italiano.

Parece además concorde con la validez y eficacia de que deben revestirse los contratos, así como con el principio de respeto a los actos propios optar como primera solución por la modificación del contrato y sólo cuando éste no pueda ser revisado habría que ir, como segunda alternativa, a su resolución.

El Tribunal Supremo en una serie de fallos señala cómo hay que optar primero por la resolución y sólo cuando ésta sea imposible habrá que admitir la rescisión.

Así la sentencia 23 de abril de 1991 señala:

“En cuanto a sus efectos, hasta el presente, le ha negado los rescisorios, resolutorios o extintivos del contrato otorgándole solamente los modificativos del mismo, encaminados a compensar el desequilibrio de las prestaciones”.

En otros fallos, tratándose fundamentalmente de la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* el Tribunal Supremo ha señalado cómo la resolución solamente debe contemplarse *in extremis* cuando no pueda solucionarse la frustración operada mediante una modificación contractual.

Y aquí se abren de nuevo dos interrogantes:

ÁREA JURÍDICO-FISCAL-LABORAL

UPDATE! 21 de marzo

- 1º) ¿Cuándo debe entenderse que el contrato no resulta posible mantener? Y,
- 2º) ¿Quién debe decidir sobre la calificación de que el contrato es o no de imposible mantenimiento?

SUPUESTOS EN QUE NO PUEDA MANTENERSE EL CONTRATO

No es fácil la determinación a priori de los supuestos en que el contrato deba continuar y, mucho menos, hacer una casuística de los mismos.

No obstante puede intentarse una aproximación desde distintos ángulos.

Si nos atenemos a la teoría de Karl Larenz hay que diferenciar los supuestos de frustración del contrato por desigualdad de las prestaciones de aquellos que el contrato deviene frustrado por no poderse alcanzar el fin común propuesto por ambos contratantes.

Si lo que falla es el común propósito de los contratantes, entendido tal propósito como base del contrato, no se trata de corregir el mismo, sino de darlo por concluido, ya que no puede mantenerse la situación contractual en tales circunstancias.

Cuando se trata de la finalidad objetiva y común de las partes y no de la finalidad de una sola y tal finalidad no puede alcanzarse es evidente que el contrato se frustra, poniendo el propio Larenz una serie de ejemplos; aun

ÁREA JURÍDICO-FISCAL-LABORAL

UPDATE! 21 de marzo

cuando advierte que en el contrato más usual, el de la compraventa, la mayoría de las controversias han sido encajadas en algunos de los párrafos del Código Civil alemán.

Y continúa precisando Larenz:

“Si la consecución de la finalidad última de ambas partes ha resultado imposible, cada una de ellas puede resolver el contrato, y tan sólo habrá lugar a la indemnización de daños y perjuicios cuando una parte haya producido la transformación de las circunstancias “por sus actos libres” y deba, por consiguiente, responder de ella”.

“En cambio, si se trata únicamente de la finalidad última de un contratante, aquel cuya finalidad ha resultado frustrada puede también resolver el contrato, pero tiene que indemnizar a la otra parte en caso de que la transformación “se haya producido por otra suya” o por obra de la otra parte cuando “motivó la transformación””.

La segunda posibilidad de que el contrato sea definitivamente frustrado es la que ofrece la postura de una de las partes de negarse a una reconsideración de las prestaciones, cuando la relación de equivalencia se hubiera alterado gravemente, si no hubiera otro medio para reconstruirla.

En ese sentido el Código Civil italiano de 1942, en su artículo, tantas veces citado, 1467 señala cómo la parte que no pide la resolución puede evitarla ofreciendo modificar equitativamente las condiciones del contrato; normativa paralela a al que, aun cuando sea ésta más concreta y específica, contiene la Ley 493 de la Compilación del Derecho Foral Civil de Navarra

ÁREA JURÍDICO-FISCAL-LABORAL

UPDATE! 21 de marzo

cuando señala cómo se puede solicitar la revisión judicial para modificar la obligación en términos de equidad o declarar su extinción.

En consecuencia el segundo supuesto estaría constituido por aquellos casos en que, rota la relación de equivalencia, una de las partes se negara a modificarla si no se le confieren al juez facultades para hacerlo, o si éste entiende que no es posible dado los términos del contrato.

Cuando se constate que no es posible modificar la relación de equivalencia sin que el contrato pierda sus características específicas esta característica puede ser señalada por las partes o bien, por el juez cuando a éste se le confiera la facultad de modificar el contrato.

En síntesis los supuestos en que el control no puede mantenerse son:

1º) Cuando falla el común propósito de los contratantes entendiendo tal propósito como base del contrato.

2º) Cuando se rompe la relación de equivalencia y una de las partes se niega a modificarla si el juez no tiene facultades para hacerlo.

Hay que señalar que este supuesto no parece aplicable al derecho positivo español.

3º) Cuando rota la relación de equivalencia el juez determine que no es posible modificarla sin que el contrato pierda sus características específicas.

En todo caso habrá que tener siempre en cuenta que la interpretación deberá ser favorable al mantenimiento del contrato y que en caso de duda habrá que optar por tal continuación y sólo en los supuestos en que claramente se vea la misma que no es posible habrá que rechazar la permanencia del contrato.

ÁREA JURÍDICO-FISCAL-LABORAL

UPDATE! 21 de marzo

Para terminar este apartado queda resaltar la postura de la jurisprudencia que ha señalado en algunos fallos que las teorías examinadas conducen a la modificación del contrato y no a su ruptura.

A la vista de tales precisiones jurisprudenciales parecería que, en el derecho español no podría ser aplicable la rescisión del contrato, y, por tanto, las alternativas que se acaban de examinar.

Sin embargo, tal primaria conclusión debe descartarse porque, en primer lugar, los fallos anteriores no descartan que la Jurisprudencia en otras ocasiones haya admitido la posibilidad de rescisión definitiva del contrato y, además, porque el Tribunal Supremo en ningún momento ha creado una doctrina global y sistemática que haga referencia a los supuestos en que el contrato debe de ser modificado y aquellos en que no es posible mantener; razones todas ellas que hacen aplicable las anteriores observaciones al ordenamiento jurídico español, por lo menos mientras no exista una jurisprudencia concreta que las haga inviable o que las modifique parcial o totalmente.

QUIÉN DEBE TOMAR LA DECISIÓN

Partiendo de la base de que el contrato debe mantenerse siempre que sea posible hay que determinar quién será la persona u organismo encargado de decidir si el contrato puede y debe o no ser mantenido.

1º) En primer lugar deberán ser los propios contratantes quienes lo pueden decidir de acuerdo con la libertad de pactos que la Ley les otorga (art. 1261 del

ÁREA JURÍDICO-FISCAL-LABORAL

UPDATE! 21 de marzo

Código Civil, art. 1134 Código francés, art. 2 Código Suizo de las obligaciones etc.)

Tal acuerdo de los contratantes puede darse de dos formas:

- a) Mediante una cláusula específica, preventiva, que indique el modo y la forma de la modificación contractual.
- b) Mediante un acuerdo entre los propios contratantes después de que hayan surgido los hechos modificativos: son pues dos posibilidades, una la de una cláusula contractual preventiva y la otra alternativa esto es la de un acuerdo posterior de los contratantes al cambio de circunstancias sin previsión contractual.

Debe, no obstante, decirse que el acuerdo de los contratantes no cierra totalmente el paso a al vía judicial, que sea necesaria si habiendo una cláusula que rija entre las partes, en las que se indique cómo debe de modificarse el contrato, la mismo no es cumplida por los contratantes o si, siendo de amplio contenido o pudiendo dar origen a interpretación divergentes, los contratantes no sostienen una interpretación unívoca de la misma y no hay otro modo de resolver las diferencias sufridas.

2º) El segundo medio para resolver las diferencias sufridas sería el arbitraje con arreglo a la Ley de Arbitraje de 5 de diciembre de 1988 la cual, como es sabido amplía el arbitraje y robustece el sentido de los compromisos preliminares de arbitraje.

Desde tal óptica cabría señalar que la posibilidad de arbitraje, en su doble faceta de derecho y equidad, queda abierta, tanto por el compromiso previo de

ÁREA JURÍDICO-FISCAL-LABORAL

UPDATE! 21 de marzo

las partes con la cláusula correspondiente, como por el compromiso ex - post de que surjan las diferencias como consecuencia del cambio de circunstancias.

3º) La tercera hipótesis, y tal vez la práctica sea la más común, es la de la intervención judicial: y se dice la más común porque, si previamente no ha habido una cláusula compromisoria que fije el modo de resolver el problema que se podría presentar, es muy difícil que los contratantes lleguen a un acuerdo para solucionar las divergencias, y es más que probable que las mismas acaben ante un Juzgado o Tribunal.

Salvo lo dispuesto de la existencia de una cláusula compromisoria en virtud de lo dispuesto en la Ley Orgánica del Poder Judicial el Juez Tribunal tendrá la obligación de resolver las controversias planteadas y de indicar si procede o no modificar el contrato, y, en su caso, efectuar tal modificación; sin que pudiera argüirse que no se trata de juicio no de controversia, sino modificar un contrato: puesto que desde que existen dos posturas encontradas hay enfrentamiento, y por tanto, controversia judicial.

Podemos ver cómo las partes, para solucionar sus posibles futuros problemas, puede preverlos de dos formas:

- a) Señalando la forma en que el contrato deba ser modificado o,
- b) Sometiéndose previamente a un arbitraje.
- c) Tal disyuntiva no es rígida, esto es, cabe la acumulación de las mismas – y posiblemente sea lo más práctico para las partes- anticipando las pautas a seguir por los propios contratantes en el supuesto de modificación de las circunstancias; y como remedio segundo, para el

ÁREA JURÍDICO-FISCAL-LABORAL

UPDATE! 21 de marzo

supuesto de que ambos contratantes no se pusieran ulteriormente de acuerdos en cómo cumplir el contenido de la cláusula o cómo interpretarla, un arbitraje comprometido previamente en el contrato.

LA REVISIÓN DEL CONTRATO

PLANTEAMIENTO GENERAL

Hemos visto en las diversas teorías que justifican la modificación de la originaria relación contractual cuando las circunstancias sobrevenidas destruyan la relación de equivalencia y, consiguientemente, la base del negocio.

Puede observarse cómo este cambio de la originaria situación contractual ha sido el punto de arranque y el fundamento tanto de la teoría de la base del negocio como de la cláusula *rebus sic stantibus*.

En el orden positivo la jurisprudencia en nuestro país ha aceptado, no sin renuncias, la aplicación de ambas teorías, equiparándolas y exigiendo previamente una serie de requisitos que se han enumerado anteriormente.

Hemos examinado cómo la mayoría de la jurisprudencia se inclina a aceptar la posibilidad de la revisión contractual en supuestos extremos de rotura del equilibrio de las prestaciones, siempre que fuera un contrato de tracto sucesivo, y cuando no hubiera otro remedio para restablecer tal equilibrio roto.

Partiendo de tales premisas también es evidente que la jurisprudencia ha propugnado que debe mantenerse el contrato siempre que se pueda, y por

ÁREA JURÍDICO-FISCAL-LABORAL

UPDATE! 21 de marzo

tanto, es preferible modificar el contenido del mismo a romper totalmente la relación contractual.

En la adopción de esa línea no aparece aislada la jurisprudencia española: en similar sentido se orienta la ley inglesa y el art. 1467 del Código italiano e incluso, en nuestro ordenamiento la Ley 456 de la Compilación Foral de Navarra.

En el orden doctrinal una postura análoga mantiene, con referencia al Derecho alemán, Karl Larenz.

Ahora bien, partiendo de tales premisas ¿en qué sentido debe modificarse el contrato?

La respuesta a este interrogante no es nada fácil.

Como se acaba de ver el Código italiano puntualiza que la parte beneficiado por la alteración de las circunstancias puede evitar la resolución del contrato ofreciendo una modificación equitativa de las condiciones mismo. Y en sentido paralelo se pronuncia la Compilación Foral de Navarra –aún cuando con unas importantes variantes- cuando posibilita a la parte perjudicada para pedir la revisión judicial del contrato.

Karl Larenz se refiere a la integración judicial del contrato, señalando como criterio decisivo el desenvolver lo que de alguna forma ya está implícito en el contrato, con lo que se le concede al Juez una facultad, no para modificar éste, sino para desarrollarlo siguiendo la intención expresa, o al menos presunta de los contratantes.

La pregunta que entonces no s podemos formular se desdobra de la siguiente forma:

1º) ¿Pueden sentarse unas bases objetivas para la revisión del contrato?

2º) ¿Cuál serían en caso éstas?

3º) Y finalmente, ¿cuál es el método para la revisión del contrato?

Vamos a analizar separadamente tales interrogantes:

BASES PARA LA REVISIÓN DEL CONTRATO

En los supuestos extremos en que se haya destruido la base del contrato es claro que ofrece una situación ventajosa que el mismo pueda ser modificado con arreglo a unos criterios objetivos que eviten, en primer lugar, la controversia entre las partes y, subsidiariamente la necesidad de una intervención judicial con el tiempo y los riesgos que ello conlleva.

Tales consideraciones cobran aún más importancia tratándose de contratos que afectan, en gran parte, a actuaciones mercantiles en las cuales la rapidez es importante y el evitar una intervención judicial, si es posible, es ventajoso, y si no lo fuera, convendría al menos sentar las bases claras para que los presuntos litigantes se vieran influenciados a desistir de un procedimiento.

Karl Larenz, como queda dicho, se refiere a desarrollar los términos implícitos del contrato: pero ello, evidentemente, no es suficiente para aclarar en qué sentido debe modificarse el contrato; ni aunque tal afirmación la complementemos con la de que no debe tenerse en cuenta elementos ajenos al propio contrato.

ÁREA JURÍDICO-FISCAL-LABORAL

UPDATE! 21 de marzo

Debe admitirse como lícita y válida la existencia de una cláusula expresa de revisión que indique en qué condiciones y en qué casos la revisión pueda hacerse y cuál sería el contenido de la misma: tales supuestos no ofrecen dificultad para a los que no se referimos a continuación son a aquellos cuya modificación no ha sido prevista contractualmente.

El núcleo del problema es, efectivamente, en qué sentido debe modificarse el contrato y cuáles son los criterios objetivos que hay que admitir para ello.

Pero, en segundo lugar, habría que tener en cuenta lo que señalan Planiol y Ripert de que la indemnización en ese caso no es la diferencia entre el precio convenido y el “*prix courant*”: porque cada parte soporta el riesgo de las transformaciones previsibles en el momento de efectuar la conclusión del contrato.

Por tanto no es la totalidad sino solamente el “*surplus*”, el que será objeto de modificación, ya que las transformaciones previsibles en el momento de la conclusión del contrato las asume cada parte; y, por tanto, la previsión sólo deberá afectar a aquella parte del daño que exceda de la normalmente previsible o admisible.

Ciertamente habrá que tratar de desenvolver el contenido del contrato y la intención presunta de los contratantes tratando de evitar, en cualquier caso, que elementos ajenos al contrato y a lo querido por las partes, configuren sus futuras cláusulas.

Ahora bien, tal afirmación hay que tenerla en cuenta, como antes se ha indicado, no solamente respecto de los términos explícitos del contrato, sino también de los términos implícitos o, lo que es lo mismo, de las consecuencias que partiendo de sus cláusulas originales y de la imposibilidad de su

ÁREA JURÍDICO-FISCAL-LABORAL

UPDATE! 21 de marzo

cumplimiento se pudieran obtener y derivar. El principio anterior nos lleva al corolario de que el contrato no deberá contener obligaciones de naturaleza distinta a las previstas en el texto del mismo: sólo en supuestos extraordinarios podrá reconducirse la obligación inicial a una análoga alternativa cuando la primera sea imposible de alcanzar y la segunda, que el obligado a ella pueda cumplir, sea aceptable para la otra parte contratante.

Como norma habrá que estar a una modificación de las prestaciones en función de la alteración de una de ellas, reduciendo la otra proporcionalmente a la disminución de su contraria, una vez que se haya deducido de la misma el riesgo ordinario según queda señalado.

Todo ello sin excluir que hay supuestos extraordinarios en los que no podrá evitarse la resolución del contrato, porque cualquier otra alternativa no sería justa para el acreedor que sólo desea obtener la prestación original.

En definitiva los criterios básicos para la revisión del contrato entiendo que serían:

- 1º) Atenerse a las cláusulas en que se prevea tal previsión cuando existan.
- 2º) Si no existe cláusula de actualización como paso preliminar habría que ver si la prestación, modificada por las circunstancias, de una de las partes conserva su interés para la otra que sí puede realizar la suya tal como se había pactado.

En el supuesto que en el texto o de las circunstancias del contrato se deduzca que tal prestación carece de interés habría que optar por la disolución de vínculo contractual.

ÁREA JURÍDICO-FISCAL-LABORAL

UPDATE! 21 de marzo

3º) En los demás supuestos la revisión sería posible y como criterio primordial tendríamos que admitir la no creación de nuevas obligaciones.

4º) También habría que entender que la fundamental revisión consistiría en la modificación de la prestación de la parte que puede cumplir su obligación como inicialmente estaba prevista.

5º) La reducción de la prestación sería proporcional a la disminución de los que tiene que entregar el afectado por el cambio.

6º) En supuestos extraordinarios, cuando ambas partes lo aceptan, podría sustituirse la prestación original por otra alternativa.

LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO

Al tratar de los efectos de la frustración del contrato debemos distinguir dos supuestos radicalmente diferentes: aquellos en que el contrato se modifica de aquellos en que el contrato queda definitivamente resultado.

Los efectos de los primeros serán los propios de las modificación del contrato: si el contrato se modifica tal modificación señala sus límites y sus futuras obligaciones, siendo las partes, o en su defecto el árbitro o el juez, quienes deberán fijar, al lado de las relaciones futuras la intensidad con que la modificación afecte, en su caso a las prestaciones ya ejecutadas, siquiera sea parcialmente.

No es fácil encontrar en derecho comparado una teoría de los efectos de la frustración siendo habitualmente, en los supuestos de frustración definitiva y no de modificación del contrato, los efectos de la misma análogos a los de la extinción del contrato por cualquier otra causa.

ÁREA JURÍDICO-FISCAL-LABORAL

UPDATE! 21 de marzo

Observemos cómo algún ordenamiento, como el Código Suizo de las Obligaciones en su art. 119, remite específicamente a las normas de enriquecimiento injusto, ordenando cómo debe restituirse lo que se ha recibido y aclarando que no se puede reclamar lo que quedaba por entregar.

En el Derecho italiano es de observar cómo el art. 1467 del Código Civil se⁴ remite al 1458 el cual indica que la resolución del contrato por incumplimiento tiene efectos retroactivos, salvo el caso del contrato de ejecución periódica en el que la resolución no ese extiende a las prestaciones ya ejecutadas; terminando con la precisión de que la resolución no perjudica a los derechos de terceros.

También el art. 289 del Código Portugués señala al efecto retroactivo, tanto de la nulidad como de la anulación del negocio jurídico, debiendo restituirse las prestaciones como norma general.

En derecho anglosajón aun cuando ha habido discrepancia entre los distintos fallos el criterio mayoritario es el de que la frustración no afecta a los derechos legítimamente adquiridos: así *Krell V. Henry*.

Es de resaltar que nuestro ordenamiento jurídico no contiene, tampoco, una teoría general de los efectos de la ruptura contractual habiéndose habitualmente extendido la teoría de los códigos contiene para la nulidad del contrato, a los demás supuestos de invalidez, y de modificación contractual que son construcciones doctrinales de los textos legales.

Así manifiesta Díez Picazo:

“...la terminología no fue sin embargo uniforme. Los textos hablan de actos o de negocios que son inútiles, viciosos, imperfectos, etc. En ocasiones se dice también “*nullius ese*”, pero la palabra *nullius* no comporta un calificativo especial, sino que originariamente ha significado sólo que no existe ningún negocio. Todo ello condice a un heterogéneo mundo conceptual, en el cual es

ÁREA JURÍDICO-FISCAL-LABORAL

UPDATE! 21 de marzo

preciso poner una cierta claridad. Por lo pronto, algo parece claro: la idea de ineficacia no detecta un fenómeno real, sino que alude a una determinada valoración jurídica que debe ser asignada a determinados actos humanos. Esto quiere decir que cuando denominamos a un contrato nulo, inválido o ineficaz, no estamos diciendo que en el mundo de la realidad no se produzcan a virtud de él consecuencias jurídicas, sino que debe recibir un determinado tratamiento y que las consecuencias jurídicas que debían de ser fundadas en eí no merecen amparo o incluso que han de borrarse y desaparecer. La idea de la ineficacia no pertenece al mundo del ser sino al mundo del deber ser. Constituye por ello una fórmula abreviada para designar un determinado tratamiento jurídico. Sin embargo, aquí también la rama de posibilidades es muy grande y conviene introducir dentro de ella algunas matizaciones”.

En el mismo sentido que Díez Picazo se pronuncian, refiriéndose al derecho francés Weil y Terré los cuales aluden a una noción general de invalidez que abarca las nulidades absolutas y relativas y los demás supuestos de ineficacia, a pesar de que el Código Civil francés no contiene, como los mismo reconocen, una teoría general y completa de la nulidad.

Carbonier señala como efecto de la nulidad la invalidez del contrato con efectos retroactivos entre las partes y la restitución de las prestaciones habidas.

Espert Sanz rechaza la posibilidad de que la frustración del fin del contrato sea un caso de inexistencia o de nulidad del mismo ni tampoco de anulabilidad, siendo por tanto proclive a compararlo con la rescisión. Ciertamente hay una gran diferencia entre resolución que es reducción a la nada de un contrato válido y nulidad, que es constatación de la no existencia

ÁREA JURÍDICO-FISCAL-LABORAL

UPDATE! 21 de marzo

del contrato por falta de requisitos necesarios; pues, como señala la doctrina la resolución tiene a poner las cosas en el estado en que se encontraban antes de contratar y, por tanto, tiene, en general, carácter retroactivo.

Para regular los efectos de la rescisión sólo existe en el Código Civil un artículo que es el 1295 el cual señala:

“La rescisión obliga a la devolución de las cosas que fueron objeto del contrato con sus frutos, y del precio con sus intereses; en consecuencia, sólo podrá llevarse a efecto cuando el que la haya pretendido pueda devolver aquello a que por su parte estuviese obligado.

Tampoco tendrá lugar la rescisión cuando las cosas, objeto del contrato, se hallaren legalmente en poder de terceras personas que no hubiesen procedido de mala fe.

En este caso podrá reclamarse la indemnización de perjuicios al causante de la lesión”.

A la vista del mismo, y dado que contiene una grave limitación como es que la rescisión sólo pueda llevarse a efecto cuando el que lo haya solicitado pueda devolver aquella a que por su parte se hubiera obligado, se cree más conveniente acogerse por analogía a la regulación de la nulidad, máxime cuando el contenido del art. 1295 del Código Civil ha sido criticado por la doctrina. No hay que olvidar que los efectos más repudiados por la doctrina del art. 1295 son aquellos que se refieren a contratos con prestaciones en las que el transcurso del tiempo puede incidir y que, por esencia, los contratos frustrados son contratos con prestaciones periódicas.

Aceptando como preceptos generales, y no sólo como reguladores de los efectos de la nulidad, los arts. 1300 y siguientes es fundamental para la teoría de la frustración el contenido del art. 1303 que señala:

ÁREA JURÍDICO-FISCAL-LABORAL

UPDATE! 21 de marzo

“Declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses, salvo lo que se dispone en los artículos siguientes”.

Es de resaltar cómo la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha precisado que la nulidad de los contratos lleva como consecuencia ineludible el volver la cosas al estado anterior a la celebración del mismo, incluyendo la devolución de los bienes, muebles e inmuebles, señalando que es obligación legal y no convencional y calificando a tales devoluciones de “restitutio in integrum”.

Dadas las posibles concomitancias entre la problemática de la frustración de los contratos y la ausencia de causa no es ocioso recordar el contenido de los arts. 1305 y 1306 del propio Código civil que señalan:

“Art. 1305.- “Cuando la nulidad provenga de ser ilícita la causa u objeto del contrato, si el hecho constituye un delito o falta común a ambos contratante, carecerán de toda acción entre sí, y se procederá contra ellos, dándose, además, a las cosas o precio que hubiesen sido materia del contrato, la aplicación prevenida en el [Código Penal](#) respecto a los efectos o instrumentos del delito o falta.

Esta disposición es aplicable al caso en que sólo hubiere delito o falta de parte de uno de los contratantes; pero el no culpado podrá reclamar lo que hubiese dado, y no estará obligado a cumplir lo que hubiera prometido”.

“Art. 1306.- “Si el hecho en que consiste la causa torpe no constituyere delito ni falta, se observarán las reglas siguientes:

ÁREA JURÍDICO-FISCAL-LABORAL

UPDATE! 21 de marzo

1. *Cuando la culpa esté de parte de ambos contratantes, ninguno de ellos podrá repetir lo que hubiera dado a virtud del contrato, ni reclamar el cumplimiento de lo que el otro hubiese ofrecido.*
2. *Cuando esté de parte de un solo contratante, no podrá éste repetir lo que hubiese dado a virtud del contrato, ni pedir el cumplimiento de lo que se le hubiera ofrecido. El otro, que fuera extraño a la causa torpe, podrá reclamar lo que hubiera dado, sin obligación de cumplir lo que hubiera ofrecido”.*

No obstante, a los efectos de frustración del contrato, sea por modificación del mismo, sea por su definitiva extinción y resolución no le es aplicable el contenido de los arts. 1.305 y 1.306 del Código Civil ya que el supuesto de la ilicitud de la causa, con toda la problemática que conlleva y las polémicas que ha suscitado, es diferente al de la imposibilidad de cumplir un contrato o el de la sobreveniencia de la ruptura del equilibrio entre las prestaciones.

Como norma complementaria también debemos tener en cuenta el contenido del art. 1.307 del Código Civil que señala:

“Siempre que el obligado por la declaración de nulidad a la devolución de la cosa no pueda devolverla por haberse perdido, deberá restituir los frutos percibidos y el valor que tenía la cosa cuando se perdió, con los intereses desde la misma fecha”.

Y el art. 1.308 del mismo texto legal continúa:

“Mientras uno de los contratantes no realice la devolución de aquello a que en virtud de la declaración de nulidad esté obligado, no puede el otro ser compelido a cumplir por su parte lo que le incumba”.

ÁREA JURÍDICO-FISCAL-LABORAL

UPDATE! 21 de marzo

En numerosos fallos la jurisprudencia ha precisado como la aplicación del art. 1303 del Código Civil lleva consigo la obligación de devolver las prestaciones:

“...toda declaración de nulidad de un contrato lleva consigo la obligación recíproca de devolver el comprador al vendedor la cosa a que fue objeto del mismo, y éste a aquél el precio, aunque hayan pasado a adquirentes terceros, para quienes les es extensiva la obligación de restituir, con sus frutos e intereses, según doctrina de la jurisprudencia en armonía con el artículo 1303 y concordantes del Código Civil”.

Otras sentencias aplican la normativa de la nulidad imputable a uno de los contratantes supuesto que no es procedente en los casos de frustración del fin del contrato; aun cuando tal situación afecte más a una de las partes contratantes por el desequilibrio mayor que el que proporciona en su prestación.

Por supuesto la anulación no afecta a los derechos legítimamente adquiridos por aquellos en quien se reúna la condición de tercero hipotecario, aun cuando si el tercer adquirente tuvo conocimiento de las causas de nulidad, a pesar de que no aparezcan en el registro, puede alegar con éxito su condición de tercero hipotecario, pues uno de los requisitos de esta figura es la buena fe que desaparecería cuando se probara tal conocimiento.

También ha precisado la jurisprudencia que por efecto de la nulidad de la venta procede la devolución de la cosa y el precio, no siendo aplicable el art. 1306 si sólo uno de los contratantes efectuó una entrega.

ÁREA JURÍDICO-FISCAL-LABORAL

UPDATE! 21 de marzo

En un contrato parcialmente ejecutado, ¿hay obligación de efectuar la devolución de la totalidad de tales prestaciones?

Si atendemos a la letra del art. 1.303 del Código Civil así parece, dado que no contiene la salvedad como algunos ordenamientos, de referirse, como excepción, a los contratos de cumplimiento diferido.

Específicamente en un supuesto de frustración el Tribunal Supremo manifestó que cesa la obligación de pago de una de las partes al no ser la prestación de la otra aceptable, y poder considerarse como tal prestación, precisiones que hace le Tribunal Supremo en su sentencia de 3 de noviembre de 1983.

No obstante, habría que distinguir qué tipo de prestación se ha efectuado y sobre todo si a cambio de dicha prestación se ha tenido ya algún derecho de uso o cualquier otro, porque en tal supuesto lo que habría habido no es sólo una entrega, sino una reciprocidad de las prestaciones, de las cuales algunas serían irrepetibles; y aun cuando pudiera ser aplicado el contenido del art. 1.307 del Código Civil parece más lógico declarar la innecesidad, en tal supuesto, de devolver las mutuas prestaciones.

Notemos además el carácter extraordinario de tales restituciones por lo cual se presta más a que, juntamente con la teoría de la cláusula *rebus sic stantibus* o la de la base del negocio, se adapten a las mismas las normas de la nulidad pero de una manera ampliada y corregida, si fuera necesario.

Por eso mismo el art. 1.307 deberá entenderse con una cierta amplitud, admitiendo junto a la pérdida física, la pérdida legal.

ÁREA JURÍDICO-FISCAL-LABORAL

UPDATE! 21 de marzo

No hay que olvidar que, como antes se ha visto, uno de los requisitos necesarios para que pueda hablarse de frustración del contrato es que éste contenga prestaciones periódicas o que sea de tracto sucesivo.

Lo habitual es que tales prestaciones periódicas correspondan a ambos contratantes.

Y también es lógico pensar que cronológicamente las partes han previsto unas contraprestaciones parciales pero equivalentes entre sí: si tomamos el ejemplo del arrendamiento la renta mensual o anual que las partes prevén es, en teoría y salvo supuestos especiales, el equivalente calculado del uso del bien entregado.

Parece ilógico el que los contratantes tuvieran que devolverse unas prestaciones que en su tiempo fueron equivalente, pues es complicar innecesariamente los efectos de la frustración.

Además hay que tener en cuenta los supuestos en que una de las prestaciones ya realizadas es irrepetible.

Esper Sanz concreta los efectos de la frustración de la siguiente forma:

“a) Si el contrato no ha empezado a ejecutarse, se decretará su resolución total, quedando liberadas las partes de toda prestación.

b) Si el contrato ha empezado a ejecutarse, las prestaciones realizadas, bien realizadas están. Los plazos de precios pagados o simplemente devengados, se dan por buenos, y estos últimos han de ser pagados. Pero dejarán de realizarse y de devengarse nuevas prestaciones.

c) La parte frente a la que se arguye frustración tendrá derecho a ser reembolsada de los gastos que haya realizado para prepararse a cumplir el

ÁREA JURÍDICO-FISCAL-LABORAL

UPDATE! 21 de marzo

contrato: proyectos, planos, estudios, compras de materiales, en cuanto no le sean útiles para otro fin, etc. Puede incluso pensarse en concederle una indemnización por el quantum meruit si por el contrato frustrado se apartó de otras actividades o contratos que ya no puede reemprender o sólo puede reemprender con desventaja”.

Aplicando los principios anteriores se señalan como conclusiones de los efectos de la frustración del contrato los siguientes:

- 1) Será de aplicación en nuestro ordenamiento en primer lugar, y al amparo de la libertad contractual, lo que los contratantes hubieran podido prever a tal efecto.
- 2) De no existir una regulación en el propio contrato habría que acudir subsidiariamente al contenido del art. 1303 y concordantes del Código Civil relativos a la nulidad.
- 3) Entiendo que no serían aplicables, como norma en los supuestos de frustración, los arts. 1305 y 1306 del Código Civil.
- 4) Cuando ambas partes han realizado prestaciones periódicas y hayan sido equivalente entre sí, no será necesario la restitución de las mismas.
- 5) Si las prestaciones realizadas no eran equivalente sólo habrá que reintegrar la diferencia entre las mismas.
- 6) Si sólo una de las partes hubiera realizado una prestación procederá la devolución de la misma.
- 7) Cuando sólo una de las partes hubiera realizado una prestación que sea irrepetible deberá calcularse su contraprestación económica, que es lo que deberá devolver el otro contratante.
- 8) También habría que investigar si una prestación tiene un valor diferente al ser aislada del conjunto de las entregas convenidas.

ÁREA JURÍDICO-FISCAL-LABORAL

UPDATE! 21 de marzo

- 9) Ambas partes deberán ser indemnizadas de los gastos que hubieren hecho para preparar o ejecutar el contrato y de los perjuicios que cada parte demostrara haber tenido como consecuencia del mismo.
- 10) En todo caso debería revestirse al Juez o al Árbitro de una amplia facultad para modificar, extinguir u ordenar la devolución total o parcial de las prestaciones habidas.

LA PRESCRIPCIÓN

Problemas aparte es el de si deben estimarse o no los supuestos de prescripción para el ejercicio de la petición de modificación de la relación contractual.

Partiendo de la base que sienta el art. 1961 del Código Civil que proclama cómo las acciones prescriben por el mero lapso del tiempo marcado por la Ley, y no estando excluidas específicamente de prescripción las acciones de revisión contractual es obvio que existe un plazo de prescripción para poder reclamar la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* o de la teoría de la base del negocio.

Si para la teoría de la cláusula *rebus sic stantibus* a la jurisprudencia acude subsidiariamente a los preceptos de la nulidad y, a los de la anulabilidad, parece también que debería ser aplicable el contenido del art. 1301 del Código Civil, esto, el plazo de cuatro años.

Dicho artículo señala:

“La acción de nulidad sólo durará cuatro años.

Este tiempo empezará a correr:

En los casos de intimidación o violencia, desde el día en que estas hubiesen cesado.

En los de error, o dolo, o falsedad de la causa, desde la consumación del contrato.

Cuando la acción se refiera a los contratos celebrados por los menores o incapacitados, desde que salieren de tutela.

Si la acción se dirigiese a invalidar actos o contratos realizados por uno de los cónyuges sin consentimiento del otro, cuando este consentimiento fuere necesario, desde el día de la disolución de la sociedad conyugal o del matrimonio, salvo que antes hubiese tenido conocimiento suficiente de dicho acto o contrato”.

¿Cuál es el momento en que debe contarse dicho plazo? Evidentemente ninguno de los párrafos del 1.301 nos supone la solución a este interrogante, aun cuando sí el art. 1.969 del Código Civil que manifiesta que la prescripción se contará desde el día en que pudieron ejercitarse las acciones; y, aplicando tal principio al supuesto analizado, nos encontraríamos con que la prescripción habría que comenzarlas desde el momento en que se supo el desequilibrio radical de las prestaciones o la imposibilidad de cumplir el fin objetivo del contrato y no hubo ningún obstáculo al ejercicio de la correspondiente acción.

ÁREA JURÍDICO-FISCAL-LABORAL

UPDATE! 21 de marzo

Lógicamente antes de ejercitar una acción judicial o arbitral, según los casos habrán de hacerse los trámites previos para tratar de reconvertir la obligación, cuando proceda, por consentimiento de los contratantes.

Legalmente tales trámites interrumpirán la prescripción por imperativo de lo dispuesto en el art. 1973 del Código Civil.

ALTERACIÓN DE CIRCUNSTANCIAS EN EL ART. 1213 DE LA PROPUESTA DE MODERNIZACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL EN MATERIA DE OBLIGACIONES Y CONTRATOS

REVISIÓN Y RESOLUCIÓN DE CONTRATOS POR ALTERACIÓN DE LAS CIRCUNSTANCIAS EN EL ARTÍCULO 1213 DE LA PROPUESTA DE ANTEPROYECTO DE LEY DE MODERNIZACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL EN MATERIA DE OBLIGACIONES Y CONTRATOS, ELABORADA POR LA COMISIÓN GENERAL DE CODIFICACIÓN (2009)

El Código Civil de 1889 no incluyó ninguna disposición general sobre revisión o resolución del contrato por alteración sobrevenida de las circunstancias, ni, en particular, recibió la doctrina medieval, de origen canónico, de la cláusula *rebus sic stantibus*, conforme a la cual, pueden surgir

ÁREA JURÍDICO-FISCAL-LABORAL

UPDATE! 21 de marzo

circunstancias posteriores a la celebración del contrato que justifiquen el incumplimiento del deudor perjudicado por ellas: “ningún deudor está obligado”, enseñaba el *Decretum* de Graciano, “a restituir la espada al acreedor que se volvió loco”. En esta materia, como en tantas otras, el Código español siguió la estela del *Code Civil* francés de 1804, bajo cuya vigencia se había rechazado la doctrina de la *imprévision*. Tampoco el *Bürgerliches Gesetzbuch* alemán de 1896 recibiría con carácter general la doctrina de la cláusula, que en la época se consideraba contraria al principio general de vinculación de los contratos (“*pacta sunt servanda*”).

Con posterioridad a la Guerra Civil (1936-1939), el Tribunal Supremo recuperó la doctrina *rebus*, con carácter rigurosamente excepcional, “por razones de equidad, pero de forma muy estricta” y, como tendremos ocasión de ver, muy sesgada. En su jurisprudencia posterior, el Tribunal ha tendido a considerar que la cláusula *rebus* es un remedio extralegal, peligroso, de última instancia, admisible sólo en casos de cambios extraordinarios, imprevisibles y generadores de un desequilibrio causal exorbitante, de una desproporción inusitada en la economía contractual. Adicionalmente, la revisión se ha considerado preferible a la resolución, que es, por tanto, subsidiaria. Y por último, entre el normal cumplimiento de las obligaciones y la doctrina legal sobre revisión y resolución del contrato por cambio de las circunstancias, nunca se ha incluido pauta normativa alguna sobre la renegociación contractual.

En sus orígenes, la jurisprudencia estuvo muy condicionada por el desenlace de la Guerra Civil y por las disposiciones –de asimétrico rigor- que liquidaron sus consecuencias. Con posterioridad, la estabilización de la doctrina legal sobre la cláusula *rebus* se explica como una reacción razonable a la tendencia a alegarla con escasa o nula justificación, casi como un fundamento

de derecho por defecto, en las contestaciones a demandas por incumplimiento de contrato.

Sin embargo, defendemos en este trabajo la tesis normativa según la cual la formulación jurisprudencial de la doctrina de la cláusula *rebus sic stantibus* debería ser revisada, el supuesto de hecho de su aplicación habría de ser precisado y, por último, sus consecuencias de derecho, flexibilizadas. En particular, conviene referirse al momento de la renegociación de los contratos por alteración de sus circunstancias, como instrumento alternativo de resolución del conflicto que el cambio imprevisto genera.

En 2009-2010, las circunstancias –de hecho y de derecho- resultan propicias a la revisión normativa que se propone en este trabajo.

En cuanto a las primeras, la recesión que la economía mundial y española han experimentado desde 2008 ha llevado a un incremento extraordinario de la revisión de contratos. En estos tiempos, la renegociación de los contratos ha estado y sigue estando en el orden del día.

En cuanto a las segundas, no cabe duda de que la regulación originaria del derecho de obligaciones y contratos en el Código civil de 1889 se ha quedado atrás. Si algo precisa de urgente revisión en nuestro sistema general de derecho privado es el Libro IV del Código civil. En este trabajo, abordaremos únicamente la cuestión planteada por la doctrina jurisprudencial sobre la cláusula *rebus*.

Desde 1973, el derecho civil navarro incluye una regla general sobre alteración de las circunstancias en el apartado tercero de la Ley 493 (Cumplimiento de la obligación) del Fuero Nuevo, Compilación del derecho civil foral de Navarra:

ÁREA JURÍDICO-FISCAL-LABORAL

UPDATE! 21 de marzo

“Cuando se trate de obligaciones de largo plazo o de 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 onerosos 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”.

Al efecto, en enero de 2009, el MINISTERIO DE JUSTICIA ha publicado una *Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos*, elaborada por la COMISIÓN GENERAL DE CODIFICACIÓN. Entre otras novedades de nota, el Anteproyecto propone incluir en el Libro IV (De las Obligaciones y Contratos) un Capítulo VIII (De la alteración extraordinaria de las circunstancias básicas del contrato) con un nuevo artículo 1.213:

“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”.

ÁREA JURÍDICO-FISCAL-LABORAL

UPDATE! 21 de marzo

Analizaremos, pues, tanto la significación que podría tener el cambio anunciado de nuestro derecho privado general de las obligaciones y contratos, como la conveniencia de añadir al art. 1213 una mención específica a la renegociación de los contratos.

Antes de ello, conviene recalcar que, tanto en el Código Civil de 1889, como en la Propuesta de 2009, el punto de partida del derecho y de la teoría del contrato es el principio de vinculación contractual. Así, el actual artículo 1.258 del CC y el prácticamente idéntico [salvo la expresión que aparece entre corchetes] art. 1.243 de la Propuesta dicen:

“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”.

Por tanto, en la *Propuesta*, la relación entre el principio de vinculación, por un lado, y la posibilidad de reclamar la revisión o resolución del contrato sigue siendo la que media entre la regla y la excepción: la alteración de circunstancias ha de ser “extraordinaria”, es decir, “fuera del orden o regla natural o común”.

De qué orden de magnitud habría de ser el cambio para poder ser calificado como extraordinario es una pregunta que no admite respuesta a priori: los contratos son autorregulaciones de intereses privados y la medida de lo extraordinario estará en función de cada contrato concreto, de las circunstancias en las que se haya celebrado y de sus vicisitudes posteriores.

Sin embargo, defenderemos que el sistema de derecho de obligaciones y contratos diseñado en la Propuesta y, en particular, la proyectada regulación

ÁREA JURÍDICO-FISCAL-LABORAL

UPDATE! 21 de marzo

de los remedios al incumplimiento, permiten precisar las condiciones de aplicación del precepto: el artículo 1243 de la Propuesta (como el art. 1258 del CC) establecería un límite a la negativa de la parte favorecida por el cambio a acoger la pretensión de la contraparte perjudicada. Si la negativa es de mala fe, deberá ser rechazada y el Tribunal accederá a la pretensión de revisión o terminación. Una negativa es de tal condición siempre que pueda ser calificada como arbitraria, contraria a las prácticas o usos del sector de que se trata y no encuentre justificación en las circunstancias específicas del contrato concreto.

De forma similar, la regulación contractual concreta de los remedios al incumplimiento y la regulación legal por defecto delimitan ulteriormente el ámbito de aplicación de la regla en estudio. También lo hace la distribución contractual o legal de los riesgos del contrato. Y, finalmente, el tipo de contingencia de que se trate -según pueda concretarse en un riesgo prevenible, o en otro que al menos resulte asegurable, o en un tercero que, por su carácter general o sistémico no pueda ser asegurado- ofrecerá también un indicio que, sumado con otros, puede ayudar al Tribunal a resolver sobre la pretensión de revisión o de resolución.

Si el legislador resuelve, como también normativamente se propone en este trabajo la muy meritoria iniciativa de la Comisión, la relación entre el principio de vinculación contractual y el de revisión o resolución por alteración de las circunstancias será, valga la paradoja, más previsible.

En efecto, la eventual incorporación del texto del art. 1213 de la Propuesta al Código civil supondría cambios de nota en la parte general de nuestro sistema de derecho de contratos:

1

La regla sobre alteración de las circunstancias se incorporaría al derecho positivo y dejaría de ser doctrina legal, es decir, jurisprudencia, la cual y por su

ÁREA JURÍDICO-FISCAL-LABORAL

UPDATE! 21 de marzo

propia naturaleza está sujeta a cambios –precisamente jurisprudenciales- por motivos razonados, a juicio de la Sala 1ª del Tribunal Supremo.

Y, consecuentemente, la positivación de la regla conllevaría la desaparición de la primera y fundamental cautela sobre el carácter alegado de la cláusula, tradicionalmente antepuesta por el Tribunal Supremo a cualquier otra consideración sobre su aplicabilidad.

Por la misma razón, dejaría de ser una doctrina basada en la equidad (art. 3.2 CC). Pasaría a estarlo en el derecho positivo y bastaría la referencia al art. 1213 o a su equivalente en el texto definitivo para constituir un Fundamento de Derecho.

Además y dado el tenor del proyectado art. 1213, desaparecerían varios rasgos calificativos, que, como enseguida tendremos ocasión de ver, estaban presentes en la doctrina jurisprudencial sobre la cláusula *rebus sic stantibus*: “cláusula peligrosa”, “desproporción exorbitante, fuera de todo cálculo”, entre las prestaciones de las partes contratantes que “verdaderamente derrumben” el contrato por “aniquilación del equilibrio” de las prestaciones; por la sobrevenida de circunstancias “radicalmente” imprevisibles” (STS, 1ª, de 25 de enero de 2007 (RJ 592), FD 3). Habría un cambio de significados interpretativos, no sólo de énfasis.

La inclusión en el CC de la regla propuesta del art. 1213 enriquecería nuestro derecho general de los contratos con los resultados de casi un siglo de experiencia comparada: el texto acumula referencias a doctrinas históricas y comparadas basadas en tradiciones culturales además de la tradicional de la cláusula *rebus sic stantibus*. Así, incluye una alusión a la “base del contrato”,

ÁREA JURÍDICO-FISCAL-LABORAL

UPDATE! 21 de marzo

tomada de la *Geschäftsgrundlage* alemana (parágrafo 313 del Código Civil alemán, reformado en 2002); habla de “ejecución (...) *excesivamente onerosa*” (referencia procedente de la regla sobre *excessiva onerosità* del art. 1467 del Código Civil italiano de 1942), que, además, traduce del inglés la expresión *hardship* en el art. 6.2 de los Principios UNIDROIT de Contratos Mercantiles Internacionales; alude –alternativamente- a que “se haya *frustrado* el fin del contrato” (apelación a la doctrina de la *frustration* del *Common Law*); dice que hay que atender a las “circunstancias del caso”, pero “especialmente [a] la *distribución contractual o legal de riesgos*”, criterio que se hace eco de la doctrina normativa del análisis económico del derecho, según la cual, debe estarse a la asignación *ex ante* de los riesgos contractuales realizada por las partes en el momento de la perfección del contrato.

Prima facie, pues, hay motivos para defender la primera tesis expuesta en este trabajo, según la cual, la relación entre el principio general de vinculación contractual y la excepcional revisión o terminación del contrato por alteración de las circunstancias debe reconsiderarse: estaríamos ante dos disposiciones de un mismo sistema de derecho positivo, cuya aplicabilidad al caso estaría en función de la concurrencia de sus respectivos supuestos de hecho. La revisión del contrato seguiría siendo excepcional, pero dejaría de estar fuera de los confines de la ley. La distancia, en cada contexto, entre regla y excepción se habría reducido o, por lo menos, sería más fácilmente predeterminable: la excepción se habría estabilizado en el sistema, como parte integrante de su conjunto.

La segunda tesis defendida en este trabajo es aún más claramente normativa que la anterior -aunque, queda igual y gustosamente sujeta a las más fundadas opiniones de sus lectores-: conviene añadir, a la proyectada

ÁREA JURÍDICO-FISCAL-LABORAL

UPDATE! 21 de marzo

redacción del art. 1213, una referencia explícita a la renegociación de los contratos. La revisión o resolución judiciales deben seguir al fracaso de la renegociación y tener en cuenta tal circunstancia. Así y para adelantar un ejemplo, la negativa injustificada a aceptar una propuesta suficientemente precisa de revisión puede ofrecer un indicio de su medida y alcance.

Al efecto, hay que observar que, de concurrir los requisitos del supuesto de hecho de la regla proyectada, la parte perjudicada por el cambio de circunstancias tendría una pretensión preferente de revisión y, si ello no fuera posible o no pudiera imponerse a la otra parte, una pretensión subsidiaria de resolución o terminación del contrato. Mas los autores de la Propuesta no han considerado oportuno anteponer a ambas una tercera pretensión de renegociación del contrato. Habría que reconsiderar esta decisión:

1

Algunos textos muy influyentes incluyen una pretensión de renegociación, señaladamente, el art. 6.2.3 (1) de los Principios de Unidroit sobre contratos mercantiles internacionales (*Unidroit Principles of International Commercial Contracts, PICC: Effects of Hardship*), en cuya virtud, y en “caso de ‘excesiva onerosidad’ (*hardship*), la parte en desventaja puede reclamar [sin demora injustificada y con indicación de los fundamentos en que se basa] la renegociación del contrato”.

Lo propio hacen algunas propuestas -muy reputadas y próximas a nuestro entorno cultural- de introducir una regla sobre la renegociación de los contratos, en el *Code civil* francés (arts. 1135-1, 2 y 3 del *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, e-publicados por la

ÁREA JURÍDICO-FISCAL-LABORAL

UPDATE! 21 de marzo

Association Henri Capitant) o en otros textos relevantes para el debate sobre un futuro derecho europeo de contratos.

El acogimiento, además, de una pretensión de renegociación sería congruente con el respeto al principio de buena fe, del ya citado art. 1243 de la Propuesta. Como se ha apuntado, la negativa injustificada de una de las partes a renegociar el contrato violaría el principio de buena fe contractual.

Recíprocamente, el rechazo a entablar todo tipo de negociación sobre la relación contractual resultaría con frecuencia contrario a la naturaleza de las cosas: el que las partes mismas renegocien el contrato para revisarlo en lugar de que lo haga el Juez tiene pleno sentido si se tiene en cuenta que aquéllas tenderán a estar mucho mejor informadas que éste sobre la naturaleza y circunstancias de la relación que media entre ellas.

Por ello, la inclusión de una referencia específica a la renegociación acercaría el art. 1213 al art. 1243, reforzaría la positivación de los institutos jurídicos que constituyen el objeto de este apunte y mejoraría nuestro sistema del derecho contractual.

Hay, pues, un ámbito específico abierto a la renegociación del contrato que, en nuestra cultura jurídica, precisa de un tratamiento específico, pues añade una nueva dimensión a la tensión tradicional entre la normal u ordinaria vinculación contractual, por un lado, y la extraordinaria revisión judicial de su contenido o la aún más extraordinaria resolución, también judicial, por el otro.

Así pues, el principio de vinculación contractual está en la base de las dos tesis defendidas en este apunte. Conviene entonces referirse a él en primer lugar.

LA CLÁUSULA REBUS SIC STANTIBUS EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO Y SU EXPLICACIÓN

La doctrina de la cláusula *rebus sic stantibus et aliquo de novo non emergentibus* –literalmente, “mientras las cosas sigan como eran [en el momento de la celebración del contrato] y no surja algo nuevo”- tiene su origen en el derecho canónico. Su *sedes materiae*, han explicado Reinhard ZIMMERMANN Jim GORDLEY, se encuentra en un pasaje de Cicerón, citado primero por San Agustín y recogido luego en el *Decretum* (1140-42) de Graciano, en el cual se dice que el deudor no está obligado a restituir la espada al acreedor que, en el ínterin, ha perdido la razón (“*Hic ideo non habet duplex cor, quia ille, cui commendatus est gladius, cum promittebat, se redditurum poscenti, non cogitabat furem posse repetere*”) y permitía la modificación o resolución judicial de un contrato por alteración sobrevenida de las circunstancias de su celebración.

Esta doctrina, acogida por la Escuela del Derecho Natural, cayó en descrédito durante el siglo XIX, con el auge de las teorías de la voluntad (una circunstancia o condición implícita no integra la voluntad común de los contratantes), fue singularmente rechazada por el *Code Civil* francés de 1804, por la Escuela de la Exégesis y por la jurisprudencia de la *Cour de Cassation* circunstancias que explican su ausencia en el Código Civil español de 1889: resultaba ajena al *Zeitgeist*.

ÁREA JURÍDICO-FISCAL-LABORAL

UPDATE! 21 de marzo

Mas las circunstancias cambiaron, valga la redundancia, con el fin de la bonanza económica del largo siglo de la “Primera Globalización” económica y comercial, que había comenzado tras las Guerras Napoléonicas (1815) y finalizó abruptamente con el estallido de la Primera Guerra Mundial (1914). Finalizadas las hostilidades (1918), la revisión doctrinal siguió a la crisis económica de la Alemania derrotada en la Guerra y arruinada tras ella con una famosa monografía de Paul OERTMANN (1865-1938), publicada en 1921, sobre la base del negocio, doctrina acogida ahora por el art. 1213 de la Propuesta y a la que nos referiremos *infra* en el apartado octavo del trabajo.

En el *Common Law*, el principio de vinculación (*sanctity of contract: pacta sunt servanda*) dejó originalmente muy poco espacio a la doctrina *rebus* por dos razones, como explicó clásicamente Treitel: en primer lugar, la mayor parte de los sistemas del *Common law* no aceptaron el principio general del *Civil law*, de acuerdo con el cual no puede haber contrato con un objeto imposible (*ad impossibilia nemo tenetur*), pues se consideró que si el deudor se compromete a dar o hacer una cosa imposible, aunque no quepa ejecución forzosa específica, siempre podrá pagar una indemnización; como, además el remedio primario al incumplimiento es la indemnización de daños y perjuicios y no el cumplimiento *in natura*, la aceptación de las obligaciones imposibles se vio muy facilitada. En segundo lugar, la responsabilidad contractual en el *Common law* es objetiva y no por culpa, como en cambio sucede mayormente en el sistema europeo continental, circunstancia que también coadyuva a reforzar el principio de vinculación contractual. Ilustra la doctrina *Paradine v. Jane* un caso de 1647 en el cual el juez no excusó de pagar las rentas al arrendatario de una finca rústica quien había sido desposeído por los enemigos del Rey. El origen de la doctrina que excusa el incumplimiento por la acontecimientos sobrevenidos con posterioridad al contrato tuvo lugar

ÁREA JURÍDICO-FISCAL-LABORAL

UPDATE! 21 de marzo

tardíamente, en 1863, con *Taylor v. Caldwell*, un caso en el cual el tribunal consideró que el incendio del local donde debían celebrarse unos conciertos excusaba al deudor demandado que se lo había alquilado a los demandantes.

En España, la doctrina de la cláusula *rebus* fue recuperada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo después de la catástrofe de la Guerra Civil (1936-39), pero su reconstrucción conceptual tuvo lugar con un rigor, formal y de contenido, exorbitante. Tanto es así, que a priori, los elementos de su supuesto de hecho, es decir, de su reconocimiento y aplicación cristalizaron en una formulación draconiana que ha sobrevivido hasta nuestros días. Así, todavía en 2007, el Tribunal Supremo reproducía el enunciado originario de la doctrina, formulado por una sentencia de 1957- y en cuya virtud:

“A) (...) la cláusula *rebus sic stantibus* no está legalmente reconocida; B) Que sin embargo, dada su elaboración doctrinal y los principios de equidad a que puede servir, existe una posibilidad de que sea elaborada y admitida por los Tribunales, C) Que es una cláusula peligrosa, y, en su caso, debe admitirse cautelosamente; D) Que su admisión (...) requiere como premisas fundamentales: a) alteración extraordinaria de las circunstancias en el momento de cumplir el contrato en relación con las concurrentes al tiempo de su celebración; b) una desproporción exorbitante, fuera de todo cálculo, entre las prestaciones de las partes contratantes que verdaderamente derrumben el contrato por aniquilación del equilibrio de las prestaciones; y c) que todo ello acontezca por la sobrevenida de circunstancias radicalmente imprevisibles” (STS de 25 de enero de 2007 (RJ 592), FD 3).

Hay –o ha habido, al menos,- dos buenas razones para una formulación tan estricta y cautelosa.

ÁREA JURÍDICO-FISCAL-LABORAL

UPDATE! 21 de marzo

En primer lugar, el Tribunal Supremo aplica justamente tal rigor formal ante alegaciones –como probablemente fue el supuesto resuelto en esta ocasión- nada o escasamente fundadas. Con alguna frecuencia, la cláusula es alegada, por vía subsidiaria, casi como un comodín, como una pretensión de defecto para el caso en que las pretensiones principalmente ejercitadas no resulten admitidas o como complemento de ellas. En el caso resuelto en casación por la Sentencia que se acaba de citar, la circunstancia sobrevenida habría consistido en la alteración, posterior al contrato, del precio del aceite vendido. Pero el Tribunal, siguiendo a la Audiencia Provincial, no la consideró imprevisible y, además, juzgó que había sido “compensada (...) en sucesivas correcciones a la baja del precio mínimo de garantía estipulado originariamente, fruto de posteriores negociaciones entre las partes”.

Resoluciones contemporáneas del Tribunal Supremo -de los últimos veinte años- muestran que el rigor sigue –inexorablemente- a alegaciones no suficientemente sustanciadas; o fueron proyectadas sobre casos en los cuales el cambio de circunstancias fue previsto, o era previsible -pues entraba dentro de la esfera de influencia de quien la alegaba-; o ya habían llevado, efectivamente, a una renegociación, pero que, luego y a ojos del reclamante, no había resultado suficiente para reequilibrar la relación; o, sencillamente, a circunstancias que delataban la imputabilidad del incumplimiento a quien pretendía excusarse indebidamente.

Por otro lado, una segunda explicación del rigor formal, casi del anquilosamiento expresivo de la formulación tradicional de la cláusula *rebus* consiste en el hecho de que la jurisprudencia originaria del Tribunal sobre ella fue precisamente conformada después de la Guerra Civil (1936-1939) y estuvo muy condicionada por su desenlace.

ÁREA JURÍDICO-FISCAL-LABORAL

UPDATE! 21 de marzo

El mismo Tribunal Supremo, en alguna Sentencia muy significativa de la postguerra civil, reconoció esta circunstancia. Así, la STS, 1ª, 5.6.1945 rechazó un recurso de casación interpuesto por los demandados, quienes habían sido condenados en ambas instancias, en un caso de arrendamiento celebrado antes de la Guerra, en 1929, de fábrica de chapas y tableros, por doce años de duración y con opción de compra por precio de 286.332 pesetas. La opción fue ejercitada en 1941 y los demandados se habían negado a otorgar escritura de venta. En palabras del Tribunal Supremo:

“Aunque esta Sala, principalmente en sus SS de 14 de diciembre de 1940 y 17 de mayo de 1941, ha señalado la conveniencia y no ha excluido la posibilidad de construir, en el ámbito del derecho vigente, la cláusula rebus sic stantibus (...) si lo demandasen, imperiosa e inexcusablemente, circunstancias muy calificadas, y no ha desconocido (...) que lo mismo en el CC que en la legislación de emergencia nacida por imposición de situaciones que la guerra y la revolución crearon, hay atisbos, y aun aisladas aplicaciones, se ha cuidado de subrayar, sin embargo, la cautela con que en materia tan quebradiza debe obrarse, atenta al designio de que, por falta de prudencia en la aplicación, o por excesiva anormal generalización de la doctrina, pudiera padecer la seguridad jurídica, sin motivo bastante, o atacarse, sin sobrada razón, la estabilidad de las convenciones, tal como inicialmente se establecieron, según la patente e inequívoca voluntad de las partes; posición esta que conviene traer a capítulo (...) porque si en las más modernas ordenaciones positivas que rindiéndose a esta legítima preocupación doctrinal dieron paso a la cláusula en cuestión en los contratos de ejecución diferida cuidó de subordinarse su aplicación, tanto a la concurrencia de circunstancias extraordinarias e imprevisibles, como medio de templar su excesiva onerosidad para el obligado, y, aun y así, las facultades

ÁREA JURÍDICO-FISCAL-LABORAL

UPDATE! 21 de marzo

rescisorias, que no siempre se otorgan, pueden enervarse por obra de equitativas modificaciones ofrecidas por el demandado (...)”.

Hubo, efectivamente, una legislación especial que ajustó el derecho contractual al desenlace de la Guerra Civil. Al efecto, hay que tener muy en cuenta, la Ley de 5 de noviembre de 1940 sobre “contratación en zona roja”. Esta disposición permitía anular los “contratos celebrados en lugar sometido a la dominación roja con posterioridad al 18.7.36, al amparo de disposiciones emanadas de su ilegítimo poder y contrarios al régimen jurídico subsistente en dicha fecha”, así como modificar el precio del contrato de suministro o contrato de obra. Al efecto, se modificó la competencia de los depurados tribunales ordinarios, estableciéndose un “Tribunal Especial radicante en Madrid” compuesto por tres Magistrados que conocería de los recursos de apelación contra las resoluciones de primera instancia, Tribunal “cuyo fallo pondrá fin al pleito”.

No faltaron, así, la resolución y revisión de contratos al amparo de la legalización de la cláusula *rebus*, pero pensadas para los vencedores de la Guerra Civil. De rebote, pudo considerarse entonces que la cláusula era inaplicable con carácter general a la casuística ordinaria, es decir a aquella no derivada de la liquidación de la contienda.

Tal es el sesgo originario, que conviene tener en cuenta para la discusión sobre esta temática en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, incomprensible fuera del contexto en que se originó. Con el tiempo, ha quedado la formulación de la cláusula *rebus* que se reproduce en el texto, pero, hoy, valga de nuevo la paradoja, las circunstancias son muy otras a las del largo ventenio de la posguerra española.

ÁREA JURÍDICO-FISCAL-LABORAL

UPDATE! 21 de marzo

Permanece, con todo, la primera razón, la cual ampara en buena medida la continuada cautela del Tribunal Supremo a la hora de admitir la alegación de la cláusula. Su aceptación ha sido, en la práctica, poco frecuente.

DOCTRINA REBUS Y CAUSA DEL NEGOCIO

Con anterioridad a la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos de la Comisión General de Codificación de 2009, el intento más logrado de revisión de la doctrina de la cláusula *rebus* tuvo lugar con la aportación clásica, publicada en 1967, por Federico DE CASTRO Y BRAVO (1903-1983). El autor recondujo la cláusula a la regulación de los arts. 1261 y 1274 y ss. CC sobre el requisito de la causa de las obligaciones y del contrato –hablaba de “la continuadora influencia de la causa”- concluyendo que el “remedio de la cláusula se reduce a tener (...) en cuenta la causa durante el funcionamiento de la relación negocial. Lo que estará permitido sólo cuando un cambio imprevisto de circunstancias haga que el mantenimiento de la relación negocial resulte en contradicción con el propósito negocial”. En la concepción causalista del autor, la idea rectora era que la influencia de la causa no se limita a controlar la autonomía privada en el momento de la celebración del contrato sino que influye sobre sus vicisitudes posteriores:

“Puede entenderse que la relación jurídica quedó fijada en sus términos, de una vez para siempre, al concluirse el negocio y que, por tanto, le será indiferente que por el advenimiento de nuevas circunstancias haya dejado de conseguirse la finalidad práctica propuesta la finalidad práctica propuesta. Por ejemplo, arrendada una mina de oro por veinte años, la devaluación de la moneda (caso de Alemania y Austria después de la primera guerra mundial) hace que la renta quede reducida prácticamente a la nada. Es posible, por el contrario, entender que no se puede romper la conexión con la causa y que,

ÁREA JURÍDICO-FISCAL-LABORAL

UPDATE! 21 de marzo

dada la frustración del propósito concreto del negocio, queda abierta la posibilidad de acudir al Juez para que dé por resuelto el negocio o para que lo adapte equitativamente a las nuevas circunstancias”.

DE CASTRO analizó la jurisprudencia de la época, evitando limitar la búsqueda de casos relevantes a aquellos en los que el Tribunal Supremo realizaba una referencia textual a la expresión “cláusula *rebus sic stantibus*” y ampliándola a la de los supuestos relacionados con la causa entendida como propósito comercial concreto. Analizada de esta forma la jurisprudencia sobre renegociación y revisión de los contratos, el panorama, ya entonces, era más flexible de lo que la jurisprudencia había dado a entender, como señalaría la doctrina posterior hasta la actualidad.

Sin embargo, hasta la fecha, el legislador del Código Civil no ha considerado oportuno renovar nuestro derecho de obligaciones y contratos. No hay –en espera de la suerte del art. 1213 de la Propuesta comentada- ninguna regla general que establezca la revisabilidad de los contratos por alteración de las circunstancias, ni, por consiguiente, se ha concretado tampoco ningún criterio legal de relevancia del cambio mismo.

Así, en 1989 -justamente un siglo después de la aprobación del CC de 1889- las circunstancias habían cambiado, pero la legislación de nuestro derecho general de contratos no lo había hecho y el panorama doctrinal continuaba ofreciendo una amplia pluralidad de justificaciones para la revisión o terminación del contrato por alteración de las circunstancias. En aquel año, el Profesor ALBALADEJO resumía el estado de la cuestión del modo siguiente:

“Lo equitativo de la modificación o de la extinción (...) ha llevado a la doctrina a adoptar diversas teorías (...):

ÁREA JURÍDICO-FISCAL-LABORAL

UPDATE! 21 de marzo

A) 1ª. Según unos autores, se trata de que, al alterarse las circunstancias, sobreviene una lesión, a aquel a quien la alteración perjudica (...).

2ª. Según otros (...) tal alteración, rompiendo el equilibrio de las prestaciones recíprocas, deja sin causa (¿o reduce ésta?) que la justifique a la obligación que deviniendo excesivamente onerosa, no encuentra ya verdadera contraprestación en la de la otra parte.

3ª. Unos terceros opinan que en los contratos a que se puede afectar la alteración de circunstancias, se sobreentiende establecida la cláusula *rebus sic stantibus* (...).

4ª. Hay quien entiende que (...) de no modificar o extinguir el contrato, se produce un enriquecimiento sin causa.

5ª. Mantienen algunos (...) que cuando se exige, por el contratante a quien favorece la alteración de las circunstancias, el cumplimiento del contrato, tal cual se pactó, se está ante un caso de abuso de derecho.

6ª. Ha parecido a otros que es por ser contraria a la buena fe (...) por lo que debe rechazarse la petición de que el contrato se cumpla tal cual se pactó.

7ª. Finalmente (...) no falta quien cree que en la alteración de las circunstancias, al hacer muy gravoso el cumplimiento del contrato para una de las partes, constituye un caso de fuerza mayor.”

ÁREA JURÍDICO-FISCAL-LABORAL

UPDATE! 21 de marzo

“En mi opinión”, concluía el maestro ALBALADEJO, “el único camino seguro para conseguir una adecuación entre los imperiosos dictados de la realidad y los preceptos jurídicos es acoger legislativamente (con todas las cautelas y cortapisas que se quiera) la regla de la revisabilidad de los contratos por alteración de las circunstancias.

A) *La misma conclusión puede leerse, más recientemente, en la monografía de Cristina DE AMUNÁTEGUI: “En nuestro Derecho (...) al no existir normas dentro del Código que regulen las situaciones de onerosidad sobrevinida y frustración de la finalidad del contrato son los jueces los encargados de intentar dar respuesta a estos planteamientos. (...) se trata básicamente de una opción que corresponde al legislador, que será quien tenga que valorar la postura que debe adoptar cada ordenamiento (...) por la que se distribuya el riesgo entre los contratantes”.*

Mas como ya había advertido el Prof. Antonio-Manuel MORALES MORENO, “la posible impugnación del negocio por la caída de su causa subjetiva no está expresamente admitida, con carácter general, en nuestro Código, a través de un mecanismo de impugnación directamente ligado a esa razón”, y aunque se vea facilitada “de modo indirecto” por figuras como el error vicio o la resolución por incumplimiento, la cuestión es “¿han de considerarse especiales o excepcionales, o deben interpretarse como expresión de un criterio general, el de atender a las circunstancias que impidan lograr el propósito concretamente perseguido por el negocio?”. “El problema”, respondía el autor, “de la insatisfacción del adquirente por las anomalías de la cosa puede ser contemplado, aproximándonos a él desde una perspectiva económica,

como un problema de distribución de riesgos”, un problema fundamentalmente económico que –añadía, con referencia al error,- “el análisis económico del Derecho” aborda con “criterios de eficiencia”, criterios que el Derecho “no (...) puede aceptar sin más, como si se tratara de algo necesario, impuesto por la naturaleza de las cosas; debe valorarlos”.

LA ALTERACIÓN EXTRAORDINARIA DE LAS CIRCUNSTANCIAS EN EL ART. 1213 DE LA PROPUESTA DE 2009

En cualquier caso, la formulación de la doctrina tradicional de la cláusula “*rebus sic stantibus*”, inalterada desde hace más de medio siglo, ha dificultado a abogados y tribunales la ya de por sí ardua tarea de evaluar *ex ante* su aplicabilidad al caso que se le consulta o que ha de resolver y requiere franca revisión. La generalidad –y, por tanto, vaguedad- de la formulación misma, así como la cualificación casi paroxística de la alteración de las circunstancias que justificarían la modificación judicial del contrato –alteración *extraordinaria*, desproporción *exorbitante*, circunstancias *radicalmente* imprevisibles- han actuado con un efecto indudablemente restrictivo de su aplicabilidad y, sobre todo, de la ponderación razonada de las probabilidades de su aplicación misma en el caso concreto. Y tal efecto, por último, se ve reducido al absurdo interpretativo si se han de tomar en consideración las condiciones previas del análisis: la cláusula, dice y repite el Tribunal Supremo “*no está legalmente reconocida*”, la posibilidad de que sea admitida debe tener en cuenta que se trata de una “*cláusula peligrosa*” por lo que, en su caso, “*debe admitirse cautelosamente*”.

ÁREA JURÍDICO-FISCAL-LABORAL

UPDATE! 21 de marzo

El art. 1.213 de la Propuesta mejoraría, sin duda alguna, el estado de cosas descrito. El nuevo artículo recibe la doctrina tradicional, pero la despoja de todo paroxismo interpretativo.

Sigue tratándose de alteración o cambio de las circunstancias, como resulta del título mismo del Capítulo VIII (“De la alteración (...) de las circunstancias (...) del contrato”) y de la doble referencia a la expresión “circunstancias” en el texto del art. 1213 (“Si las circunstancias (...) hubiesen cambiado (...) el contratante al que, atendidas las circunstancias [alteradas] del caso”). La expresión “circunstancias” -“accidente[s] de tiempo, lugar, modo, etc., que está[n] unido[s] a la sustancia de algún hecho o dicho”⁴⁸- es la mayor concesión que la Propuesta hace a la doctrina histórica, pero los términos utilizados (“Si las circunstancias que sirvieron de base al contrato hubieren cambiado”) recogen la formulación inicial de la doctrina de la base del negocio, recientemente positivada por el legislador alemán (parágrafo 313.1 del BGB: “Si las circunstancias en que consistió la base del contrato se modifican”), aunque el texto español conserva la modalización propia de la cláusula *rebus* (“de forma extraordinaria o imprevisible”) mientras que el alemán prefiere apuntar a la idea de modificación muy importante o significativa –esencial– (“*schwerwiegend*”).

También, como en la jurisprudencia, la alteración o cambio han de ser extraordinarios (Título: “alteración extraordinaria”; texto del artículo: “Si las circunstancias (...) hubiesen cambiado de forma extraordinaria”). Pero desaparecen las referencias a la naturaleza “alegal”, al carácter “peligroso” de la doctrina y a las imprescindibles “cautela” o prevenciones con podría admitirse: ya no es una doctrina alegal, ha dejado de ser un cuerpo extraño al sistema del derecho de contratos contemplado por la Propuesta; tampoco es

ÁREA JURÍDICO-FISCAL-LABORAL

UPDATE! 21 de marzo

un remedio de “equidad”, es decir, un fundamento de la resolución judicial cuya aplicación requiere “que la ley expresamente lo permita” (art. 3.2 CC), sino un instituto legal, una herramienta más puesta a disposición de los Tribunales ordinarios, los cuales están llamados por la ley a considerar la concurrencia de los elementos del supuesto de hecho. Su inclusión en el sistema del derecho general de contratos restaría base positiva a las construcciones doctrinales que tienden a marginar al Poder Judicial de la revisión *ex post* de los contratos por cambio de las circunstancias.

Temporalmente, el cambio debe haberse producido “durante su ejecución [del contrato]”, es decir, no habría debido tener lugar en el momento de su celebración: parecería así que el texto toma así partido en cuanto a la distinción entre vicios de la voluntad –error, disenso- relevantes en sede de celebración del contrato (contrato como acto) y vicisitudes, posteriores a la celebración válida, pero relevantes en sede de remedios y excepciones (contrato como regla y su régimen jurídico). Pero la cuestión no es indiscutible: a una modificación de las circunstancias equivale la ausencia originaria de la base subjetiva del negocio, como –expresamente- sucede en el derecho alemán (parágrafo 313.2 BGB) y sobre todo en los casos de error bilateral o, aunque más difícilmente, en el de error vicio o en los motivos. Como, con acierto, se había señalado en relación con el CC, “la posible impugnación del negocio por la caída de la causa subjetiva no está expresamente admitida, con carácter general, en nuestro código, a través de un mecanismo de impugnación directamente ligado a esa razón. Se facilita [sin embargo], de modo indirecto, por medio de ciertas figuras, como, por ejemplo, el error vicio”. Parecidamente, el cambio latente puede concurrir en el momento de la celebración del contrato y, en tal caso, habrá que estar a la nota de la imprevisibilidad, pues si la alteración, por más que latente en el momento de la celebración, era entonces

ÁREA JURÍDICO-FISCAL-LABORAL

UPDATE! 21 de marzo

imprevisible y sólo *ex post* se revela como relevante, la latencia misma no obsta a la aplicabilidad de la regla del art. 1213. Sin embargo, es innegable que los autores de la Propuesta evitaron referencias explícitas a la base subjetiva del contrato, aunque –de nuevo- las alusiones a la “frustración del fin” del contrato o a la “distribución contractual (...) de los riesgos” puedan entenderse en clave subjetiva.

Permanece la exigencia de que el cambio debe ser “imprevisible” en el texto del artículo, recogiendo así la doctrina de la imprevisión que tradicionalmente rechazara la jurisprudencia civil francesa sobre el Code civil de 1804. “Imprevisible” significa “que no se puede prever”, verbo este último con varias connotaciones:

En una primera y segunda acepción “prever” es “ver con anticipación” y “conocer o conjeturar por algunas señales o indicios lo que ha de suceder”. Ello apela a un criterio objetivo, anclado en saberes descriptivos o científicos: lo predecible llama a la predicción –no a la profecía-, pues ha de fundamentarse en “señales o indicios”, es decir, en datos empíricos y relevantes para prever el cambio de circunstancias de que se trata. Por ello, la denotación o –si se prefiere- la referencia de aquello que se califica como previsible ha de ser objetivo y susceptible de prueba: la alegación de imprevisibilidad no exige una imposible prueba negativa, pero sí una razonable prueba de que, al menos *prima facie*, el cambio de circunstancias no era objetivamente anticipable por la parte desfavorecida por la alteración. Corresponderá entonces al demandado poner de manifiesto las “señales o indicios” objetivos que permitían anticipar el cambio mismo y bastará para ello mostrar cómo su existencia, en el momento de la celebración del contrato, resultaba del conocimiento ordinario o científico y tecnológico.

ÁREA JURÍDICO-FISCAL-LABORAL

UPDATE! 21 de marzo

Pero, además, en una tercera acepción, “prever” es “disponer o preparar medios contra futuras contingencias”. Quien contrata ha de ser, en tal sentido, “previsor” y de ningún modo puede repercutir sobre la otra parte las consecuencias de su propia imprevisión cuando, por hipótesis, había indicios o señales que permitían anticiparse a la contingencia de que se trate. Conviene insistir en que se trata de tanto de riesgos como de incertidumbres, es decir, de cambios posibles de estados de cosas, aunque no se pueda cuantificar, con un juicio de probabilidad, cuál es el riesgo de que el cambio mismo tenga lugar: ciertamente, el texto de la Propuesta habla luego de “distribución (...) de riesgos”, pero el predicado “imprevisible” incluye, en sus sentidos comunes (RAE) tanto a riesgos como a incertidumbres, en el conocido sentido que esta distinción tiene desde el artículo pionero, de 1921, de Frank Knight. Hay, con todo, un límite normativo: el art. 1213 dice luego que el cambio ha de ser tal que la permanencia o vinculación del contrato en sus términos históricos “no (...) sea razonablemente exigible” a la parte desfavorecida. El juicio de razonabilidad –similar al de la negligencia en derecho de daños- requiere que los indicios o señales de que se trate sean suficientemente indicativos de la posibilidad de la alteración de circunstancias.

El art. 1.213 propuesto dice “imprevisible”, no “imprevisto” (compárese, con todo, art. 1.208 de la Propuesta), y aunque lo primero implica lo segundo, es mucho más amplio: para que el cambio de circunstancias sea previsible basta la concurrencia de datos empíricos relevantes y dados en el momento de la celebración del contrato conducentes a tal alteración. Aunque el criterio es, como hemos señalado, objetivo, se refiere a conocimiento, al menos conjetural, de lo que puede suceder y ello requiere accesibilidad: si los indicios o señales en que se basa el juicio de previsibilidad no eran materialmente asequibles –o,

ÁREA JURÍDICO-FISCAL-LABORAL

UPDATE! 21 de marzo

probablemente, sólo lo eran a un coste excepcional-, el cambio de circunstancias puede calificarse como imprevisible.

En sede de cláusula *rebus*, la jurisprudencia proyectaba la exigencia de “radical imprevisibilidad” no sólo sobre el cambio de circunstancias, sino además sobre sus consecuencias: que tal cambio produjera “una desproporción exorbitante, fuera de todo cálculo, entre las prestaciones de las partes (...) que verdaderamente derrumben el contrato por aniquilación del equilibrio de prestaciones”.

El proyectado art. 1.213 es mucho más moderado, pues se limita a exigir que la ejecución “se haya hecho excesivamente onerosa para una de las partes o se haya frustrado el fin del contrato”, que, como señalábamos hace un momento, la permanencia de la vinculación “no (...) sea razonablemente exigible” a la parte desfavorecida.

También de la doctrina jurisprudencial de la cláusula *rebus* se respeta la preferencia de la pretensión revisión sobre la de resolución del contrato que, como veremos *infra*, apartados noveno y décimo, se establece explícitamente con carácter subsidiario: “sólo podrá ser estimada cuando no quepa obtener de la propuesta o propuestas de revisión ofrecidas por cada una de las partes una resolución que restaure la reciprocidad de intereses” (art. 1213.2). Al parecer, el tenor del texto excluye o limita la posibilidad de que el Tribunal, de oficio, establezca una solución distinta, siguiendo –de nuevo- el criterio alemán del legislador de 2002.

ÁREA JURÍDICO-FISCAL-LABORAL

UPDATE! 21 de marzo

ONEROSIDAD EXCESIVA O FRUSTRACIÓN DEL FIN DEL CONTRATO E IMPEDIMENTOS AL CUMPLIMIENTO AJENOS A LA VOLUNTAD DEL DEUDOR O A SU ESFERA DE CONTROL

En el supuesto de hecho del art. 1213.1, la Propuesta exige, alternativamente, que el cambio de circunstancias, alternativamente, “haya hecho” la ejecución del contrato “excesivamente onerosa para una de las partes” o bien “se haya frustrado el fin del contrato” mismo. Al menos terminológicamente, es patente la doble influencia del art. 1467 del *Codice civile* italiano de 1942 (“En los contratos de ejecución continuada o periódica y en los de ejecución diferida, si las prestaciones de una de las partes ha devenido excesivamente onerosa por la verificación de acontecimientos extraordinarios e imprevisibles (...)”) y de la doctrina de la *frustration* del *Common Law*.

Negativamente, ambas alternativas presuponen que la ejecución no es imposible porque “el incumplimiento haya obedecido a un impedimento ajeno a [la] voluntad [del deudor] y extraño a su esfera de control” (art. 1209 de la Propuesta, inspirado en el art. 79.1 del Convenio de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías-. Si efectivamente lo es, entonces el deudor afectado quedaría exonerado de responsabilidad en la medida y alcance – también temporal- del impedimento.

EXCESIVA ONERIDAD O HARDSHIP

Positivamente, hay que distinguir: la primera alternativa -onerosidad excesiva- afecta a una de las partes, perjudicándola o desfavoreciéndola, aunque no se precisa además que beneficie a la otra (así, puede tratarse de un

incremento exorbitante de los costes de fabricación del producto sin consecuencias en su precio de reventa).

El sustantivo “onerosidad” tiene un sentido común (condición de “pesado, molesto, gravoso”, RAE), el cual, en derecho de contratos, se relaciona con el equilibrio contractual y su alteración. La Propuesta acoge la idea de *hardship* tal como resulta, ejemplarmente, del art. 6.2.1. de los Principios Unidroit sobre los Contratos Comerciales Internacionales 2004, en cuya versión en español aquella expresión se traduce precisamente como “onerosidad sobrevenida”:

SECCIÓN 2: EXCESIVA ONEROSIDAD (*HARDSHIP*)

ARTÍCULO 6.2.1

(Obligatoriedad del contrato)

Cuando el cumplimiento de un contrato llega a ser más oneroso para una de las partes, esa parte permanece obligada, no obstante, a cumplir sus obligaciones salvo lo previsto en las siguientes disposiciones sobre “excesiva onerosidad” (*hardship*).

Ambas expresiones se refieren a acontecimientos que alteran fundamentalmente el equilibrio contractual, sea ya porque incrementan el coste de la prestación para una de las partes o reducen su valor para la otra y, además, concurren circunstancias adicionales:

ARTÍCULO 6.2.2

(Definición de la “excesiva onerosidad” (hardship))

ÁREA JURÍDICO-FISCAL-LABORAL

UPDATE! 21 de marzo

Hay “excesiva onerosidad” (*hardship*) cuando el equilibrio del contrato es alterado de modo fundamental por el acontecimiento de ciertos eventos, bien porque el costo de la prestación a cargo de una de las partes se ha incrementado, o porque el valor de la prestación que una parte recibe ha disminuido, y:

- (a) dichos eventos acontecen o llegan a ser conocidos por la parte en desventaja después de la celebración del contrato;
- (b) los eventos no pudieron ser razonablemente tenidos en cuenta por la parte en desventaja en el momento de celebrarse el contrato;
- (c) los eventos escapan al control de la parte en desventaja; y
- (d) el riesgo de tales eventos no fue asumido por la parte en desventaja.

El calificativo “excesivo” (“que excede y sale de la regla”, RAE) apela, como antes “extraordinaria” (“fuera del orden o regla natural o común”, RAE) a la idea de excepcionalidad (“exceptuar”: “excluir a alguien o algo de la generalidad de lo que se trata o de la regla común”, RAE) que preside el artículo propuesto, pues la regla común es la vinculación contractual. Unidroit usa “fundamental” (“que sirve de fundamento o es lo principal en algo, RAE), expresión, a su vez, que guarda relación con el fundamento o base del contrato (sobre ello, *infra*, apartado octavo).

La naturaleza del evento origen de la alteración no es relevante –salvo que resulte imputable a una de las partes-, pero debe provocar efectivamente un cambio fundamental en el equilibrio contractual y debe proyectarse sobre obligaciones todavía no cumplidas. Mas la *crux* interpretativa está en falta de

ÁREA JURÍDICO-FISCAL-LABORAL

UPDATE! 21 de marzo

concreción de “fundamental”, omisión de los redactores de los Principios que deja perplejos a los comentaristas, pero que es intrínseca al sistema mismo: de la doctrina *rebus*, la Propuesta y sus fuentes de inspiración asumen la naturaleza extraordinaria de la doctrina tradicional. De ser aceptada, la regla del art. 1213 de la Propuesta involucrará al Poder Judicial en tal labor de concreción, pero siempre bajo la prevención de que la decisión se condicionará a la superveniencia de un acontecimiento que está fuera del orden natural o común, extraordinario.

Los restantes requisitos del art. 6.2.2 de los Principios están a caballo entre la regla comentada del art. 1213 de la Propuesta (art. 6.2.2. letra a): eventos que acontecen durante la ejecución, es decir, después de la celebración; d): distribución del riesgo contractual) y el sistema de la Propuesta misma sobre el cumplimiento y los remedios al incumplimiento, arts. 1208 (letra b): eventos que no pudieron ser razonablemente previstos) y 1209, nº 1, ya citado (letra c): eventos extraños a la esfera de control del deudor). Se refuerza así la idea, sobre la cual volveremos enseguida, de que la regulación de la alteración extraordinaria de circunstancias debe interpretarse en el marco del sistema de los remedios al incumplimiento contractual.

Sobre los efectos de la excesiva onerosidad (*hardship*) en el art. 6.2.3. de los Principios, comparados con los previstos en el artículo 1213 de la Propuesta comentada habremos de volver en el apartado 10 de este trabajo. Baste adelantar aquí que los Principios anteponen la posibilidad del reclamo de renegociación a las pretensiones estrictamente judiciales de resolución y adaptación (art. 6.2.3).

FRUSTRACIÓN DEL FIN DEL CONTRATO Y DOCTRINA DE LA BASE DEL NEGOCIO (GESCHÄFTSGRUNDLAGE)

En la Propuesta, la segunda alternativa, sobre frustración del fin del contrato (“o se haya frustrado el fin del contrato”) se puede relacionar con la citada doctrina española sobre la influencia de la causa del negocio, pero - sobre todo- se presenta con un perfil marcadamente objetivo: el contrato, considerado como un todo, ha quedado privado de base o fundamento y, por tanto, no puede alcanzar su fin. Dos razones llevan a la consideración anterior: la frustración del fin se proyecta ahora sobre el contrato, en contraposición a la sobrevenida onerosidad de la ejecución del contrato que lo había devenido “para una de las partes”; pero, en segundo lugar, reforzaría tal línea interpretativa la clara –pero parcial- referencia del texto español a la doctrina alemana de la base del negocio (“*Geschäftsgrundlage*”), expresamente recogida por el legislador alemán en 2002 en el nuevo parágrafo 313.1 del Código Civil alemán (“Si las circunstancias en que consistió la base del contrato se modifican sustancialmente después de su celebración”), quizás la principal fuente de inspiración de la Propuesta española para el comienzo del art. 1213.1 (“Si las circunstancias que sirvieron de base al contrato hubiesen cambiado de forma extraordinaria e imprevisible durante su ejecución”).

Obsérvese, en efecto, que los autores del texto español han recogido únicamente la referencia del Código alemán a la denominada base objetiva del negocio (parágrafo 313.1 BGB: alteración, posterior a la celebración, de las circunstancias) pretiriendo hacer lo propio con la regulación de la base subjetiva (parágrafo 313.2: falsedad de las representaciones esenciales de las partes y que fundamentaron la celebración). El texto íntegro del Código alemán dice:

ÁREA JURÍDICO-FISCAL-LABORAL

UPDATE! 21 de marzo

“Si las circunstancias en que consistió la base del contrato se modifican sustancialmente después de su celebración y las partes no habrían celebrado el contrato o lo habrían celebrado de otro modo de haber previsto tal alteración, puede exigirse una adecuación del contrato, en la medida en que, consideradas todas las circunstancias del caso concreto y, en particular, la distribución contractual o legal de los riesgos, la sujeción al contrato originario no sea exigible a una de las partes”.

1

“La falsedad de las representaciones esenciales de las partes sobre el contrato y que constituyeron su fundamento equivale a una alteración esencial de las circunstancias”.

“Si la adecuación del contrato no es posible o no es exigible, la parte perjudicada puede resolver el contrato. En las relaciones jurídicas de tracto sucesivo, en lugar de la resolución, rige lo dispuesto para la denuncia”.

La inclusión, en tercer lugar, de la acotación temporal (“durante su ejecución”) en el art. 1.213.1 del texto español podría reforzar una lectura que dejaría fuera de su supuesto de hecho los casos de falsedad de las representaciones esenciales de las partes sobre la base del contrato, que quedarían, su caso, sujetos a la regulación general de los requisitos del contrato -de su válida formación- y, en particular, de los vicios de la voluntad y de la causa. En la práctica, con todo, la referencia al “fin” del contrato puede relacionarse con el propósito común o resultado económico querido o pretendido por ambas partes con el programa contractual y, como ya mostrara

ÁREA JURÍDICO-FISCAL-LABORAL

UPDATE! 21 de marzo

DE CASTRO, no habría ningún obstáculo textual insuperable para que la jurisprudencia considerara, bajo la regla propuesta, los casos de frustración de tal propósito por la falsedad de las representaciones esenciales de las partes. Permanecería el principio de prioridad del contrato, pues la regla del art. 1213 está pensada para un contrato válidamente formado y, por lo tanto, válido y eficaz. Confirma esta interpretación el párrafo segundo del artículo propuesto: si es posible, el contrato se adapta para restaurar la reciprocidad de intereses; si no lo es, se resuelve, pero en todo caso, no se declara su nulidad.

Por otro lado, las referencias, en ambos textos, a la inexigibilidad (*Unzumutbarkeit*) del contrato originario, dadas las circunstancias y, en particular, la distribución contractual o legal de los riesgos (*unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls, insbesondere der vertraglichen oder gesetzlichen Risikoverteilung*) ponen adicionalmente de manifiesto el interés con el cual los redactores del texto español han considerado la doctrina alemana y los presupuestos de su aplicación. Así, de ser aceptada la regla del art. 1213 de la Propuesta por el legislador español, la influencia en ella de la positivación alemana de la doctrina de la base del negocio incrementaría las diferencias del nuevo derecho español con la doctrina de la cláusula *rebus*. Y aunque no procede trasladar miméticamente la exégesis del parágrafo 313 del BGB a nuestro proyectado sistema legal, cabe destacar la generalidad y rotundidad de la formulación del derecho alemán: la moderna regulación del derecho de obligaciones y contratos de una nación - que, en 2007, todavía era la primera exportadora de productos manufacturados del mundo- acoge la doctrina de la revisabilidad de los contratos sin configurarla como un cuerpo extraño al sistema, sino como una respuesta flexible del legislador ante la posibilidad de cambios en las circunstancias esenciales que fundamentaron el contrato. La jurisprudencia española sobre la

ÁREA JURÍDICO-FISCAL-LABORAL

UPDATE! 21 de marzo

cláusula *rebus* quedaría así muy alejada de la formulación de la doctrina de la base del negocio, cuya aplicación requiere la concurrencia de los cinco elementos de su supuesto de hecho: 1) cambio o alteración de determinadas circunstancias posterior a la celebración del contrato; 2) tales circunstancias integraron la base o fundamento del contrato; 3) las partes no previeron la alteración; 4) hipotéticamente, las partes no habrían celebrado el contrato de haber previsto el cambio de circunstancias; y 5) la alteración es esencial, de forma que la ejecución del contrato originario no es exigible a una de las partes, dadas las circunstancias del caso concreto y, en particular, la distribución contractual o legal de los riesgos.

La doctrina alemana, codificada en esta década, de la base del negocio admite una crítica obvia: está sesgada a favor de partes contratantes cuyas prestaciones –de hacer, de dar o de prestar servicios (no financieros)- son características y en contra, al menos normalmente, de sus contrapartes, importadores y compradores, que deben pagar un precio en dinero, es decir, está pensada para una cultura de fabricantes, vendedores y exportadores. Para contrarrestar tal sesgo, habría que limitar la aplicación del parágrafo 313 cuando el riesgo concretado había sido previsto por las partes, es decir, cuando estaba en su distribución de probabilidades, aunque en su extremo. Sin embargo, limitar la aplicabilidad de la cláusula a los *shocks* externos, a los cambios de la distribución misma traicionaría su tenor literal. Como se me ha señalado en las discusiones de los borradores de este trabajo –siempre sujeto a la mejor opinión de sus lectores- faltan instrumentos analíticos que nos permitan distinguir con claridad entre un tipo y otro de cambio. La noción de riesgo sistémico ayuda, pero no cubre todos los casos. Conviene por ello acometer la problemática que las referencias de los textos alemán y español realizan a la distribución contractual y legal de los riesgos del contrato para

ÁREA JURÍDICO-FISCAL-LABORAL

UPDATE! 21 de marzo

tratar de arrojar luz sobre los presupuestos de su aplicabilidad. Al efecto, cabe recurrir a los instrumentos y resultados del análisis económico del derecho.

DISTRIBUCIÓN DEL RIESGO DEL CONTRATO, REMEDIOS AL INCUMPLIMIENTO Y ANÁLISIS ECONÓMICO NORMATIVO DEL DERECHO DE CONTRATOS

Como es sabido, positivamente, el análisis económico del derecho construye modelos para explicar y predecir las consecuencias de su aplicación.

Pero, normativamente, conforma sólo propuestas evaluables en términos de eficiencia económica que ciudadanos, legisladores y jueces pueden aceptar o rechazar, en todo o en parte. Sin embargo, el conocimiento de tales consecuencias probables parece un estado de cosas preferible a la ignorancia y, a la postre, si la eficiencia económica dejara de ser relevante, los contratos – instrumentos jurídicos por antonomasia del tráfico económico- tenderían a desaparecer.

Como hemos visto que señalaban los profesores Morales-Moreno y Amunátegui, la asignación del riesgo del cambio de circunstancias es el punto crucial de toda doctrina sobre revisabilidad de los contratos. Efectivamente, la aparición de una contingencia no prevista en el contrato puede reducir el valor de su cumplimiento para el acreedor o incrementar el de su coste para el deudor. Atribuir mayor o menor grado de relevancia jurídica a una alteración sobrevenida de circunstancias, concediendo al deudor desfavorecido por tal cambio una pretensión de revisión o resolución del contrato, produce un efecto equivalente, pero inverso, de reducción de la intensidad de los remedios al incumplimiento puestos a disposición del acreedor.

ÁREA JURÍDICO-FISCAL-LABORAL

UPDATE! 21 de marzo

En análisis económico, suele partirse de la idea de que condición necesaria de la celebración de un contrato es que la operación económica articulada por éste les parezca a ambas partes mutuamente ventajosa.

Así, si suponemos la posibilidad de un contrato de obra entre Comitente y Fabricante, cuyo objeto consista en la fabricación y entrega, por el segundo, de un bien de equipo único al primero, para que se celebre el contrato es necesario que el valor, V , que Comitente atribuye al futuro bien, sea superior al precio, P , que está a punto de pactar con Fabricante y que tal precio sea, a su vez, superior al Coste, C , de fabricación, transporte, entrega e instalación del equipo: para que haya contrato es necesario que $V > P > C$. En tales circunstancias, el contrato es posible; para que, además, resulte efectivamente celebrado, habrán de concurrir otras adicionales y, en lo fundamental, que concurren los requisitos legales, según el derecho aplicable, para que la celebración del contrato sea válida –básicamente, determinación del objeto y precio, ausencia de vicios del consentimiento y cumplimiento de las formalidades eventualmente requeridas-.

Un cambio posterior de las circunstancias como consecuencia de la concreción de una contingencia no prevista puede afectar a las tres variables básicas consideradas, pero, en línea con la breve descripción realizada en el epígrafe anterior de la doctrina de la base del negocio y con el ejemplo que ahora acabamos de presentar, únicamente consideraremos, con Miceli, la posibilidad de que los costes de fabricación del equipo resulten superiores a los que fabricante previó en el momento de la celebración del contrato. Es, pues, imaginable, que, ante un aumento de los costes previstos, el precio P quede por debajo de los costes C , es decir, $P < C$, que, entonces, Fabricante se plantee la posibilidad de incumplir el contrato y Comitente la de accionar judicialmente y esgrimir ante el Juez los remedios al incumplimiento previstos

ÁREA JURÍDICO-FISCAL-LABORAL

UPDATE! 21 de marzo

en el contrato mismo o, en su defecto, por la ley del contrato. En el caso supondremos también que los remedios disponibles consisten exclusivamente en una indemnización de daños, D . En esta tesitura, Fabricante sólo incumplirá si $C > P + D$. Nótese que si, efectivamente, D incorpora fielmente el remedio contractual previsto, el incumplimiento resultará privadamente eficiente. Para que, además, lo sea socialmente, se requerirá que $V < C$, es decir, que el valor del equipo para Comitente sea más reducido que el de los recursos empleados por Fabricante en construirlo.

La cuantía de la indemnización, D , adicional al precio P de la prestación incumplida y que, en principio, haría coincidir beneficio privado con beneficio social sería aquella que dejara al acreedor perjudicado por el incumplimiento igual que si éste no hubiera tenido lugar, es decir, $D = V - P$, el acreedor obtiene los denominados daños de la expectativa o *expectation damages*, una indemnización tal que le deja indiferente entre el cumplimiento o el incumplimiento. Obsérvese, señala Miceli, que un sistema de remedios contractuales que operara de este modo sería equivalente al modelo de la negligencia en causación unilateral de daños, en el cual, la víctima tiene derecho a una indemnización por la estimación del daño causado por el dañador negligente.

Una regla o medida distinta de la indemnización, inferior a la anterior, podría limitarse a cubrir los daños de la confianza o *reliance damages*, es decir, los gastos incurridos y daños sufridos, R , por el acreedor contractual por el hecho mismo de la celebración del contrato: satisfecha la indemnización el acreedor quedaría igual que si nunca hubiera contratado, $D = R$. Sería una regla equivalente grosso modo a la de la responsabilidad precontractual por *culpa in contrahendo*. Mas una indemnización ceñida a los daños de la confianza, R , no

generará en el deudor incentivos eficientes para el cumplimiento siempre que $P+R < V$.

Por último –y en relación con la posibilidad, objeto de este estudio, de ejercer una pretensión de resolución del contrato por alteración sobrevenida de las circunstancias- hay que considerar, siempre siguiendo a Miceli, una regla de ausencia de responsabilidad, es decir de indemnización de daños igual a cero, $D=0$. En tal caso, el Fabricante de nuestro ejemplo incumplirá siempre que sus costes reales excedan el precio pactado, $C > P$, es decir, con excesiva frecuencia.

Permanece, pues, la idea de que la primera regla, según la cual el incumplidor ha de indemnizar por los daños de la expectativa, es superior a las otras dos.

En el derecho español vigente (art. 1.107 CC) y en la Propuesta comentada (art. 1.208), el punto de partida, en materia de remedios contractuales, es la regla –tradicional en el *Civil Law* y en el *Common Law* de la responsabilidad del deudor por los daños previstos y previsibles en el momento de la celebración del contrato, por ambas partes:

Art. 1.107 CC:

“Los daños y perjuicios de que responde el deudor de buena fe son los previstos o que se hayan podido prever al tiempo de constituirse la obligación y que sean consecuencia necesaria de su falta de cumplimiento.

En caso de dolo responderá el deudor de todos los que conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento de la obligación.”

ÁREA JURÍDICO-FISCAL-LABORAL

UPDATE! 21 de marzo

Art. 1.208 de la Propuesta de la Comisión General de Codificación:

“El deudor responde de los daños y perjuicios que sean objetivamente imputables a su incumplimiento; pero si éste no hubiera sido doloso, sólo responderá de los daños que se hubiesen previsto o podido prever razonablemente como consecuencia probable de la falta de cumplimiento en el momento de la celebración del contrato.”

Entonces, el acreedor contractual cuyas expectativas razonables de cumplimiento según el programa contractual resultan frustradas por el incumplimiento del deudor tiene una pretensión por la estimación de tales expectativas (*expectation damages*). Las reglas mencionadas admiten interpretaciones que maximizan el valor social conjunto del contrato, ajustando la inversión en confianza, R , del acreedor, y la indemnización que habría de pagar el deudor, D , de acuerdo con las expectativas de ambas partes incorporadas en el contrato o razonablemente cubiertas por el programa contractual –con la salvedad tradicional de la responsabilidad por dolo, que es ilimitada y que cubre todas las consecuencias del incumplimiento.

La intuición básica del modelo del Código, seguido por la Propuesta, es que hay que incentivar al candidato a acreedor a revelar el valor, V , que atribuye al cumplimiento de la prestación, en particular, si se trata de un valor tal que está por encima del valor promedio que pagaría un acreedor medio si es un valor que, a la inversa, está por debajo del promedio. Este valor, naturalmente, tenderá a reflejarse en el precio de la operación, pues a mayor confianza del acreedor en el cumplimiento del deudor, mayor precio estará dispuesto a pagar. La comparación del modelo de la responsabilidad contractual con el de la causación bilateral de daños en derecho de

ÁREA JURÍDICO-FISCAL-LABORAL

UPDATE! 21 de marzo

responsabilidad extracontractual es inmediata: dada la circunstancia de que tanto la víctima como el dañador adopten precauciones conducentes a evitar el accidente, a disminuir su probabilidad o su gravedad, es razonable incentivar a ambas partes a adoptar tales precauciones, pero no lo es permitir a la víctima potencial confiar ilimitadamente en que el dañador adoptará todas las cautelas imaginables, incluidas aquellas que la víctima podría haber adoptado a mínimo coste.

De esta forma, en sede de remedios –es decir, sin necesidad todavía de acudir a la doctrina de la alteración de circunstancias y a su posible relevancia jurídica-, queda claro que el acreedor contractual no puede confiar ilimitadamente en que o bien su deudor cumplirá a toda costa –sea cual fuere el coste del cumplimiento-, o bien pagará por los daños de la expectativa frustrada por el incumplimiento: carecería de sentido económico y resultaría contrario a la buena fe jurídica permitir una confianza ilimitada –y no revelada- del acreedor y exigir que el deudor cargara con costes extraordinariamente elevados en prevención del propio incumplimiento.

Y tal es particularmente el caso, cuando una inversión razonable del acreedor en evitar el incumplimiento o en mitigar sus consecuencias puede permitir al deudor concentrar su precaución en afrontar aquellas circunstancias que normalmente lo obstaculizarán, dejando a un lado aquéllas que, siendo infrecuentes o simplemente imprevisibles, multiplican exponencialmente el coste del cumplimiento.

Otras reglas de la Propuesta, además de la ya citada de su art. 1208, refuerzan la misma conclusión. Así, la doctrina conforme a la cual el acreedor contractual tiene un deber razonable de mitigar los daños que el incumplimiento del deudor

ÁREA JURÍDICO-FISCAL-LABORAL

UPDATE! 21 de marzo

ocasiona (STS, 1ª, 15 de noviembre de 1994 (RJ 8488)) es acogida ahora con carácter general –y vinculada de nuevo con la buena fe- por el art. 1211 de la Propuesta:

Art. 1.211:

“No responderá el deudor del daño que el acreedor hubiera podido evitar o reducir adoptando las medidas requeridas por la buena fe (...)”.

Aún más claramente, si cabe, para los casos más graves de obstaculización al cumplimiento del deudor provocados por del acreedor, el art. 1188.2 de la Propuesta prevé:

“Nadie podrá invocar el incumplimiento que haya sido causado por la acción u omisión del que lo invoque”.

Y, en tercer lugar, está la posibilidad abierta a la partes de establecer *ex ante* una medida de la responsabilidad contractual, mediante la adopción de una cláusula penal (art. 1.154 CC), que recogen los arts. 1.146 a 1.152 de la Propuesta. En particular, el art. 1.147 señala:

Art. 1.147:

“La fijación convencional de la indemnización impide al acreedor exigir una cantidad mayor por el daño excedente, salvo que otro hubiera sido el pacto de las partes”.

Esta regla responde al principio general sobre autonomía de las partes de predeterminar las condiciones y alcance de la responsabilidad por

ÁREA JURÍDICO-FISCAL-LABORAL

UPDATE! 21 de marzo

incumplimiento, implícito en los actuales arts. 1.102 y 1.103 CC, y que ahora recoge la Propuesta en su art. 1.212, justamente antes de establecer –en el siguiente 1.213- la nueva regla sobre alteración extraordinaria de las circunstancias del contrato:

Art. 1.212:

“Las partes podrán ampliar, reducir o suprimir el deber de indemnizar los daños y perjuicios en la forma que estimen procedente, y de acuerdo con los preceptos correspondientes del Capítulo IV de este Título.”

“Son nulas las exclusiones o limitaciones de la responsabilidad procedente del dolo.”

Este art.1.212 se relaciona, como acabamos de mencionar, hasta en el mismo sistema externo de la Propuesta, con la siguiente, el art. 1213, sobre revisión del contrato por alteración sobrevenida de las circunstancias, artículo que, en la parte que aquí interesa, dice:

“(…) 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 (…)” (Énfasis añadido).

ÁREA JURÍDICO-FISCAL-LABORAL

UPDATE! 21 de marzo

Así, el sistema de la Propuesta parte de la idea de que, entre las funciones básicas del contrato y del derecho de contratos, está la de asignar recíprocamente los riesgos de contingencias imprevistas.

A este respecto, desde un famoso trabajo, publicado en 1977 por Richard A. POSNER y Andrew M. ROSENFELD, se defiende el criterio del asignar tales riesgos a aquella de las partes que lo pueda soportar o sobrellevar mejor (*superior risk bearer*): de acuerdo con un principio normativo de eficiencia económica, la parte que esté en mejores condiciones para prevenir o, subsidiariamente, para asegurar el riesgo debería cargar con las consecuencias de su concreción. Si, en efecto, una de las dos partes puede prevenir la contingencia de que se trata mejor que la otra, imputarle el riesgo en cuestión a esta última contrariaría el buen sentido. Y si ninguna de las dos puede influir sobre la magnitud o probabilidad de la contingencia, queda la posibilidad de inquirir sobre cuál de ellas podría haberlo asegurado a menor coste. Por último y más allá de la tesis Posner-Rosenfeld, hay que considerar la hipótesis de que ninguna de las partes estuviera *ex ante* en condiciones de asegurar, ni mejor ni peor que la otra, la contingencia de que se trate. Hay, pues, tres escalones:

a) En primer lugar, una de las partes puede soportar mejor el riesgo que la otra si puede prevenirlo de manera más eficiente, en cuyo caso excusar el incumplimiento infracentivará al deudor a adoptar las precauciones óptimas tendentes a cubrir el riesgo de que se trata. Típicamente, el deudor de la prestación característica en un contrato estará en mejores condiciones que su contraparte, obligada a pagar el precio, en relación con las circunstancias que afecten a los costes de su propia prestación. Claro que éste no será siempre y

ÁREA JURÍDICO-FISCAL-LABORAL

UPDATE! 21 de marzo

necesariamente el caso: un fabricante y vendedor de equipos que hayan de instalarse en locales del comprador estará normalmente en peores condiciones que este último para controlar los riesgos de incendio, accidente, robo u otros similares que se puedan producir en un lugar que, por hipótesis, está en la esfera de influencia del comprador y bajo su control. Además y, como hemos indicado, hay circunstancias que no son prevenibles como podría llegar a ser, en el caso, un incendio que se originara fuera del círculo de influencia del comprador y que se propagara afectando a sus locales.

b) Por ello y en segundo lugar, el criterio Posner-Rosenfield se refería al mejor asegurador, es decir, a la parte que estuviera, en el momento de la celebración del contrato, en mejor situación para asegurar el riesgo de que se trate. Tal asignación puede resultar, de nuevo, de la naturaleza misma de la prestación o de la posición de la industria o, incluso, de la empresa o de la parte en cuestión para asegurar la contingencia a menor coste. Como en el supuesto anterior, son cuestiones de hecho. Así, una empresa agraria podrá usualmente contratar seguros de cosecha mejor que su comprador, pero no siempre será el caso: si, como escribe Miceli, el comprador es un mayorista que puede diversificar geográficamente sus compras, podría ser que fuera el mejor asegurador o autoasegurador del riesgo. En todo caso, la prueba relativa sobre cuál de las partes pudo asegurar o autoasegurar mejor la contingencia puede resultar costosa para las partes y generar, a su vez, serias contingencias de error de apreciación en los tribunales. El contrato puede ofrecer, con todo, índices para la apreciación de tal mayor capacidad. Señaladamente, el precio pactado: si, *caeteris paribus*, fue más elevado mayor que el usual en la industria y en el momento de la celebración del contrato, ello indicaría que el acreedor estaría pagando mayor seguridad.

ÁREA JURÍDICO-FISCAL-LABORAL

UPDATE! 21 de marzo

c) Más, en tercer lugar, ¿qué ocurre en los casos en los cuales ninguna de las partes pudiera prevenir ni asegurar el riesgo mejor que la otra? Ya en 1991, Pietro Trimarchi puso de manifiesto que hay riesgos que, además de no resultar susceptibles de prevención, tampoco son asegurables. Cuando la alteración de las circunstancias es efecto de la concreción de riesgos muy generales, sistémicos, e imprevisibles, los criterios anteriores no resultan aplicables. Hay, pues, que distinguir entre “riesgos que solamente afectan a individuos y no la sociedad como un todo”, que son en principio asegurables, y “eventos extraordinarios e imprevisibles que afectan a toda la sociedad o a una parte amplia de ella”, como, por ejemplo, “una repentina espiral inflacionaria, un incremento muy grande del precio de un producto o una caída comparable del mismo, como consecuencia de una guerra, de una crisis internacional o de algún otro acontecimiento similar”. En relación con este segundo grupo de contingencias, las doctrinas de la impracticabilidad, de la revisión de los contratos por alteración de la doctrina de la alteración de circunstancias cobra su pleno sentido, pues se trata de amortiguar las consecuencias de la concreción del riesgo no asegurable distribuyéndolas –también- entre las partes de la relación.

La reflexión de Trimarchi, jurista del *Civil Law* latino y pionero en la aplicación del análisis económico al derecho privado, permite relacionar la doctrina de la revisión del contrato por cambio en las circunstancias con la formalmente establecida en culturas legales –como la francesa- tradicionalmente reacias a admitir la doctrina de la imprevisión, pero que, en cambio, admiten la excepción de fuerza mayor. Funcionalmente, los ejemplos de Trimarchi son pensables como casos de fuerza mayor. Interesa entonces respetar la distinción básica entre riesgos asegurables o autoasegurables y aquellos que no lo son porque, funcionalmente, esta distinción permite reconducir los segundos al ámbito de la

ÁREA JURÍDICO-FISCAL-LABORAL

UPDATE! 21 de marzo

force majeure en sistemas legales que no acogen la doctrina de la imprevisión, de la onerosidad sobrevenida, de la base del negocio, de la impracticabilidad mercantil o de la cláusula *rebus*. También en el esquema de la Propuesta, su art. 1208, aquí comentado, no se limita a acoger una única tradición cultural de la doctrina de la alteración de las circunstancias, sino que, como ya hemos señalado repetidamente, su texto, muy abierto, da cabida a las más influyentes: la alteración de circunstancias no es una *questio nominis*, sino un problema funcional. En tal sentido, la Propuesta es realista, no formalista.

Este tercer escalón, integrado por los casos caracterizados por la inasegurabilidad de la contingencia, apunta a una de las limitaciones del test Posner-Rosenfield: sus críticos siempre han destacado que descuida un elemento esencial de doctrina de la imprevisión, esto es, la imposibilidad o extraordinaria dificultad de prever la contingencia de que se trata: difícilmente cabe asignar a una de las partes riesgos que las partes mismas no han podido prever. Y, subsidiariamente, la idea de que, en caso de que ninguna de las partes pueda gestionar mejor que la otra el riesgo de que se trate, aún quedaría la posibilidad de considerar cuál podría haberlo asegurado mejor encuentra el obstáculo, acaso insuperable, de que muchos de los eventos que están en la raíz de la regla de la revisión por cambio de las circunstancias son típicamente inasegurables: los daños que ocasionan están excluidos del seguro. El ejemplo más claro –pero, desde luego, no el único– es el de los riesgos sistémicos, es decir, de aquéllos en cuya virtud, “(i) un *shock* económico tal como un fallo institucional o un fallo del mercado desencadena (...) sea ya el desplome de una cadena de mercados o instituciones, sea una cadena de pérdidas financieras de instituciones financieras, (ii) con la consecuencia de incrementos en el coste del capital o la disminución de su disponibilidad (...). Como señala Melvin EISENBERG, “la mayor parte de los

ÁREA JURÍDICO-FISCAL-LABORAL

UPDATE! 21 de marzo

casos de circunstancias inesperadas surgen precisamente porque las partes tácitamente asumieron que un tipo determinado de circunstancias no ocurriría durante la vigencia del contrato” y, “a menudo, el mercado no ofrece seguros para cubrir las expectativas y responsabilidades que los casos de alteración de las circunstancias plantean”. En segundo lugar, EISENBERG ha criticado, en un trabajo polémico, la equivalencia –en la tesis considerada- entre seguro y autoseguro: “el autoseguro (...) no es ningún tipo de seguro”, pues, en aquél, no hay “transferencia de un riesgo de una entidad independiente a otra, usualmente mediante una transacción mercantil”.

Por su parte, GOLDBERG, ha criticado el test Posner-Rosenfield por otra razón, en cuanto no tiene en cuenta la distinción, crucial en la construcción de aquel autor, entre incremento de costes que derivan de circunstancias específicas que imposibilitan o dificultan extraordinariamente el cumplimiento del deudor, de aquellas otras –que no habrían de ser relevantes- que derivan generalmente de cambios en las condiciones del mercado.

Sea como fuere, el principio de renegociación se proyectaría, muy señaladamente, sobre las contingencias no asegurables, en conjunción con el principio de buena fe: la parte no afectada por un riesgo no asegurable y probablemente sistémico que se negara a renegociar el contrato en el marco de una industria que, por el contrario, renegocia masivamente contratos similares, actuará, en ausencia de justificación específica, con mala fe.

EL MOMENTO DE LA RENEGOCIACIÓN DE LOS CONTRATOS: COSTES Y BENEFICIOS DE LA RENEGOCIACIÓN Y LA DOCTRINA DEL MEJOR ASEGURADO

En el art. 1.213.1 de la Propuesta de la Comisión General de Codificación, “*el contratante al que (...) 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 aquel pedir su resolución*”. Añade el art. 1.213.2 que “*[l]a pretensión de resolución solo podrá ser estimada cuando no quepa obtener de la propuesta o propuestas ofrecidas por cada una de las partes una solución que restaure la reciprocidad de intereses del contrato*”.

Así, la resolución es subsidiaria de la revisión o adaptación, pero, aunque el texto no prevé una fase previa de renegociación del contrato, presupone – “*cuando*”- que habrá habido “*propuesta o propuestas*” de una o ambas partes tendentes a “*una solución que restaure la reciprocidad de intereses*”. La cuestión será, naturalmente, de hecho: el texto no establece un deber o una carga de pedir la renegociación del contrato, ni condiciona el ejercicio de las pretensiones de adaptación o resolución al reclamo de renegociación, pero característicamente, la oración temporal implica que ambas partes o, al menos, una de ellas lo habrán intentado.

Un paso más allá lo dio efectivamente el art. 6.2.3 de los Principios Unidroit (PICC), en cuyo supuesto de hecho el reclamo de renegociación condiciona la pretensión judicial:

ARTÍCULO 6.2.3

(Efectos de la “excesiva onerosidad” (hardship))

ÁREA JURÍDICO-FISCAL-LABORAL

UPDATE! 21 de marzo

(1) En caso de “*excesiva onerosidad*” (*hardship*), la parte en desventaja puede reclamar la renegociación del contrato. Tal reclamo deberá formularse sin demora injustificada, con indicación de los fundamentos en los que se basa.

(2) El reclamo de renegociación no autoriza por sí mismo a la parte en desventaja para suspender el cumplimiento.

(3) En caso de no llegarse a un acuerdo dentro de un tiempo prudencial, cualquiera de las partes puede acudir a un tribunal.

(4) Si el tribunal determina que se presenta una situación de “*excesiva onerosidad*” (*hardship*), y siempre que lo considere razonable, podrá:

(a) resolver el contrato en fecha y condiciones a ser fijadas; o

(b) adaptar el contrato con miras a restablecer su equilibrio.

La presuposición fáctica del texto español responde casi intuitivamente a la exigencia de respeto al principio de la buena fe contractual (art. 1243 de la Propuesta), como, explícitamente también, se encarga de hacer notar la doctrina que ha comentado los Principios citados: “En caso de onerosidad excesiva, la parte perjudicada tiene derecho a pedir negociaciones. La petición debe dirigirse a la contraparte. No hay una obligación expresa impuesta sobre la otra parte, en cuya virtud ésta deba positivamente entrar en negociaciones con la parte perjudicada. Pero debe tenerse en cuenta que los PICC incluyen un principio general de buena fe (art. 1.7) y un deber de cooperación mutua (art. 5.1.3).

Y una propuesta de política legislativa similar se incluye en los ya citados arts. 1135-1, 2 y 3 del *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, e-publicados por la Association Henri Capitant:

ÁREA JURÍDICO-FISCAL-LABORAL

UPDATE! 21 de marzo

Art. 1.135-1:

“En los contratos de tracto sucesivo o escalonado, las partes pueden obligarse a negociar una modificación de lo acordado para el caso en el que, por efecto de las circunstancias, el equilibrio inicial de las prestaciones recíprocas hubiera resultado alterado hasta el punto de que el contrato perdiera todo interés para una de las partes.”

Art. 1.135-2:

“En defecto de tal pacto, la parte que ha perdido su interés en el contrato puede pedir al presidente del tribunal de gran instancia que ordene una nueva negociación.”

Art. 1.135-3:

“En tal caso, se aplicaría a las negociaciones lo dispuesto en el capítulo primero de este título.

El fracaso de las negociaciones, sin mala fe, facultará a cualquiera de las partes para reclamar la rescisión del contrato sin tener que pagar gastos ni indemnización por daños y perjuicios.”

Característicamente, el anteproyecto elude referirse a la doctrina de la imprevisión: el supuesto de hecho de la regla de la renegociación es el pacto y la alteración del equilibrio contractual, no ésta cuando no hubiera sido prevista por las partes o no hubiera podido serlo. El texto manifiesta, con todo, un punto de inflexión en la tradición legal del derecho civil francés, generoso con la fuera mayor, pero contrario a la *imprevisión*.

ÁREA JURÍDICO-FISCAL-LABORAL

UPDATE! 21 de marzo

Por su parte, los *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law (Draft Common Frame of Reference, DCFR)* prevén, para el caso de variación o terminación judicial del contrato por cambio de las circunstancias, que el tribunal podría adoptar una de tales determinaciones si, entre otros, requisitos, “el deudor ha intentado, razonablemente y de buena fe, conseguir, mediante una negociación, una adaptación razonable y equitativa de los términos que regulan la obligación”.

Naturalmente, como ha señalado la doctrina alemana sobre el parágrafo 313 BGB, la imposición de una obligación, en sentido estricto, de renegociación carece de sentido: la renegociación del contrato es, como el contrato mismo, voluntaria. Sin embargo, dados los presupuestos de la revisión y adaptación del contrato por alteración de las circunstancias, la posibilidad de ejercer con éxito la pretensión correspondiente incentivará a la parte reacia a entablar negociaciones.

Esta regla de buen sentido ha sido tomada en cuenta por los autores del comentado art. 1213.2, el cual se refiere expresamente a “la propuesta o propuestas de revisión ofrecidas por cada una de las partes” de las cuales “quepa obtener (...) una solución que restaure la reciprocidad de intereses del contrato”. Las partes tienen así un incentivo para proponer soluciones máximamente razonables, dadas las circunstancias.

Y el incentivo sería mayor si el derecho procesal español, en lugar de seguir el principio de vencimiento en las costas (art. 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), adoptara una regla tal como la establecida por el art. 68 de las *Federal Rules of Civil Procedure* estadounidenses: si una de las partes en un litigio rechaza la oferta de transacción prejudicial formulada por la otra, pero luego obtiene, por sentencia, un resultado menos favorable que el hubiera derivado de la transacción, deberá pagar las costas del juicio.

ÁREA JURÍDICO-FISCAL-LABORAL

UPDATE! 21 de marzo

Este tipo de reglas responde al buen sentido y, desde luego, a las exigencias del principio de buena fe: normalmente, las partes estarán mejor informadas que el Juez para adaptar el contrato y sus costes de hacerlo así serán, al menos en principio, menos elevados que los de un litigio; conviene además alinear los intereses de abogados y clientes evitando el optimismo interesado o ignorante y la autonegación de la probabilidad de obtener un resultado negativo en el pleito.

En efecto, con frecuencia, convendrá a ambas partes renegociar el contrato aunque sólo sea porque como consecuencia de su trato continuado, habrá mejorado el conocimiento mutuo de sus organizaciones, productos y servicios respectivos. También y muy particularmente porque todos los contratos, por precisos que parezcan, son incompletos: ninguno prevé al 100% la miríada de contingencias que pueden llegar a producirse –pactarlo todo resultaría infinitamente costoso- ni, por tanto, anuda algún efecto a la ocurrencia de todas ellas.

Antes de continuar, conviene aclarar que hay dos supuestos básicos y muy distintos de renegociación posible: en primer lugar, aquéllos en los cuales, ha sido preestablecida por las partes –como acabamos de ver que prevé el art. 1.135.1 del anteproyecto francés- o la negociación es entablada voluntariamente por ambas después de la celebración del contrato. Pero están también y en segundo lugar aquellos otros en los cuales una parte pide o reclama de la otra la renegociación porque alega un cambio en las circunstancias que la perjudica o que la beneficia en menor medida de lo que resultaría del nuevo arreglo contractual. Los casos problemáticos son, evidentemente, estos segundos.

Parecidamente, la relación entre renegociación –voluntaria- del contrato y revisión –impuesta- judicial sólo es directa si se entiende que las partes han

ÁREA JURÍDICO-FISCAL-LABORAL

UPDATE! 21 de marzo

podido excluir la segunda *ex ante*, adoptando un compromiso inequívocamente irrevocable. Pero si no fue así, entonces la integración judicial del contrato opera o puede operar de modo similar a los casos en los cuales las partes han escogido, siempre *ex ante*, desplazar las posibles cuestiones relacionadas con el cambio de circunstancias desde el *front-end* al *back-end* de su relación.

Ocurre así algo similar a lo que sucede cuando las partes, en el momento de la celebración del contrato, renuncian a establecer una regulación detallada (“*rules*”) y optan por establecer principios generales (“*standards*”), que, en caso de discrepancia posterior habrán de ser desarrollados por el juez o el árbitro.

JURISPRUDENCIA

Como en otros campos del derecho en los países en que no ha habido una evolución legislativa hacia una necesidad, que la vida y la sociedad demandaban, esta adaptación ha sido realizada por la jurisprudencia.

Sin embargo, en el punto concreto que comentamos la evolución jurisprudencial ha sido más parca –y no unánime en los distintos países- que en otros puntos conflictivos del derecho como a continuación examinaremos.

FRANCIA

Como antes ha anticipado la jurisprudencia francesa ha sido reacia a admitir la teoría de la imprevisión, en virtud de la cual y en base a las

ÁREA JURÍDICO-FISCAL-LABORAL

UPDATE! 21 de marzo

cambiantes circunstancias no previstas, se pudiera modificar o resolver el contrato.

En la importante sentencia relativa al Canal de Craponne el Tribunal de Casación rechazó la posibilidad de la aplicación de la teoría de la imprevisión o de cualquier otra análoga.

En la época de la Primera Guerra Mundial, y a pesar de los cambios económicos que la guerra y la posguerra originaron, la Corte de Casación siguió siendo hostil a la admisión de la teoría de la imprevisión, aun cuando determinados tribunales la aceptaron.

Solamente mediante la aplicación de la teoría de la causa parcial para autorizar la modificación de los efectos previstos en el contrato se atenúa la rigidez de esta postura.

En cambio la jurisprudencia administrativa en Consejo de Estado ha admitido reiteradamente la teoría de la imprevisión.

Finalmente hay que señalar que la jurisprudencia ha admitido la validez de las cláusulas de revisión incluidas por los contratantes en sus documentos.

SUIZA

La jurisprudencia del Tribunal Supremo Federal y de los demás Tribunales suizos se ha hecho, en general al amparo de lo dispuesto en los arts. 23 y 24 del Código de las Obligaciones que dispone, como se ha indicado que el contrato no es obligatorio para aquel que al concluirlo incurrió en un error esencial y que define los supuestos de error esencial.

En aplicación de tales preceptos la errónea suposición del vendedor de que podía disponer inmediatamente de las mercancías y el error del rematante

ÁREA JURÍDICO-FISCAL-LABORAL

UPDATE! 21 de marzo

de un inmueble de que había sido cancelada una importante parte de la hipoteca que lo gravaba, y, en un supuesto importante y similar al examinado en otros fallos por el Tribunal Supremo español, el Tribunal Federal suizo señaló que el hecho de que la compra se hubiera concretado en base a la creencia de que se podía construir sobre los solares objeto de la compraventa ciertos edificios de un determinado coste, con arreglo a un contrato fijado previamente por un Arquitecto, y que luego no fuera posible por haber sido denegada la autorización de la inspección de edificaciones, no es suficiente para entender que hay un error jurídicamente trascendente.

En tal fallo precisa el Tribunal Federal que la impugnación del negocio sólo podría deducirse en el caso de que al comprador le interesara la compra del terreno para un fin especial; y en caso de no ser así sólo se puede exigir en la venta de solares la aptitud de la finca para la edificación en general, pero no la aptitud para la construcción de unos edificios en concreto.

En derecho suizo la cláusula *rebus sic stantibus* está reconocida explícitamente en materia de contrato de obra: artículo 373, II, OR y según otro fallo del Tribunal Federal su campo de aplicación se circunscribe al ámbito contractual.

También han admitido los tribunales suizos la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*, señalando cómo en unos contratos concluidos para un tiempo de vigencia largo debe entenderse que los contratantes quisieron acudir al imperio de la referida cláusula.

ÁREA JURÍDICO-FISCAL-LABORAL

UPDATE! 21 de marzo

AUSTRIA

Según el 1.447 A.B.G.B. el deudor puede librarse cuando el objeto individualmente determinado del contrato perezca o cuando la prestación resulte imposible por causa no imputable al deudor.

Por otra parte el acuerdo con el 936 del citado Código austriaco A.B.G.B. el precontrato sólo es obligatorio cuando *“las circunstancias no se hayan modificado de tal modo que la finalidad se frustre a consecuencia de ellos o desaparezca la confianza de una u otra parte”*.

La jurisprudencia austriaca ha reconocido la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* en una sentencia del Tribunal Supremo del 1925.

EL DERECHO ANGLOSAJÓN

Dada la simbiosis que en el Common Law existe entre doctrina y jurisprudencia, ésta ha sido examinada y analizada al hablar de la doctrina inglesa.

No obstante se pueden señalar algunos otros supuestos y fallos jurisprudenciales.

Es interesante por ejemplo el fallo *Fibrosa Spolka Akcyjna v. Fairbairn Lawson Combe Barbour Ltd.*

En el supuesto de hecho en que se basó la correspondiente sentencia se trataba de que una empresa polaca había encargado ciertas máquinas a una empresa inglesa que tenía que entregárselas en Polonia; y a causa de la guerra fue imposible la entrega.

ÁREA JURÍDICO-FISCAL-LABORAL

UPDATE! 21 de marzo

El fallo resolvió que la demandante podía reclamar la devolución de lo pagado, puesto que había desaparecido el deber de entrega del vendedor.

Y la importancia de la sentencia Firbrosa estuvo en que probablemente fue la causa de Ley de Reforma sobre Contratos Frustrados de 1943, la cual fue dictada siguiendo las recomendaciones del Comité para la Reforma de la Ley.

Como muestra del desenvolvimiento judicial de la teoría de la condición implícita, puede citarse la sentencia de F.A. Tamplin Steamship Co., Ltd. v. Anglo Mexicana Petroleum Co. Ltd.

Notemos que para algunos tratadistas, Lor Wright la frustración es algo que afecta, no a los hechos sino al derecho, constituyendo por tanto una particular regla jurídica y siendo el Tribunal el que decide cuál es la verdadera situación entre las partes.

De ahí las posibilidades que adquiere la jurisprudencia no sólo como medio de anulación de un contrato –quiera el nombre sea otro- sino como forma de fijar las prestaciones sucesivas, o, en definitiva, de modificar el contrato.

Hay que hacer notar que según la jurisprudencia anglosajona el hecho de que las partes hubieran excluido o tratado la posibilidad de la frustración, o del evento que la justificara, no empece la aplicación de tal doctrina; así se precisó por la Cámara de Loes en Bank Line v. Capel Co.

Unas importantes matizaciones sobre la aplicación de la doctrina citada de acuerdo a las precisiones jurisprudenciales:

- a) Hay que distinguir, a los efectos de la aplicación de la teoría de la frustración, objeto y motivo; y así en Herne Bay Stean Bot co. V. Uton el Tribunal concretamente no accedió a la aplicación de la doctrina de la

ÁREA JURÍDICO-FISCAL-LABORAL

UPDATE! 21 de marzo

frustración por entender que el alquiler del barco era el motivo, pero no el objeto, del contrato que tenía entidad suficiente para continuar aun habiendo sido suspendido el desfile.

- b) La intervención gubernamental haciendo imposible la continuación de la actividad objeto del contrato libera a la parte que tenía que efectuar la prestación.
- c) Igualmente libera a la persona la incapacidad sobrevenida en los supuestos de contratos de servicios personales.
- d) La doctrina de la frustración nunca se puede aplicar a quien ha provocado los acontecimientos.
- e) Otra particularidad del derecho inglés es que, al contrato de lo que ocurre en otros ordenamientos, la teoría de la frustración no parece aplicable, o a al menos es profundamente discutida su posible aplicación, a los supuestos inmobiliarios y así la Cámara de los Lores resolvió rechazar la aplicación de tal doctrina a los contratos inmobiliarios.

ESPAÑA

La jurisprudencia del Tribunal Supremo en materia de modificación del contrato se inicia con, la sentencia de 14 de diciembre de 1940 que se ocupa de la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*, aunque indica que no existe suficiente causa para aplicarla en el caso de autos.

También hace una alusión dicha sentencia a la teoría de la causa señalando que hay que referir su existencia, como la de demás elementos

ÁREA JURÍDICO-FISCAL-LABORAL

UPDATE! 21 de marzo

constitutivos del contrato, al momento creador del vínculo, y termina puntualizando cómo la cláusula *rebus sic stantibus* no está admitida como de aplicación general y bien perfilada en el derecho español.

La sentencia de 17 de mayo de 1941 insiste en que la teoría de la cláusula *rebus sic stantibus* no está admitida hasta el presente en derecho español y la califica como aquella a la que:

“Se le asigna la eficacia de producir la revisión o la resolución y hasta la suspensión de los contratos, por acontecimiento sobrevenidos después de su celebración y en virtud de supremos principios de equidad que aprecian y ponderan los tribunales”.

La sentencia de 23 de junio de 1944 afirma que:

“Es preciso reconocer al facultad judicial de modificar el contrato”.

La sentencia de 5 de junio de 1945 alude a la cláusula *rebus sic stantibus* indicando que:

“...aunque esta Sala, principalmente en sus sentencias de 14 de diciembre 1940 y 17 de mayo de 1941, ha señalado la conveniencia y no ha excluido la posibilidad de construir, en el ámbito del derecho vigente la cláusula “rebus sic stantibus”, como medio de restablecer equitativamente el equilibrio de las pretensiones, si lo demandasen, imperiosa e inexcusablemente, circunstancias muy calificadas, y no ha desconocido, en otro aspecto, que lo mismo en el Código Civil que en la legislación de emergencia nacida por imposición de situaciones que la guerra y la revolución crearon, hay atisbos y aun aisladas

ÁREA JURÍDICO-FISCAL-LABORAL

UPDATE! 21 de marzo

aplicaciones de subrayar, sin embargo, la cautela con que en materia tan quebradiza debe obrarse, atenta al designio de que, por falta de prudencia en la aplicación, o por excesiva y anormal generalización de la doctrina, pudiera padecer la seguridad jurídica, sin motivo bastante, o atacarse, sin sobrada razón la estabilidad de las convenciones, tal como inicialmente se establecieron según la patente e inequívoca voluntad de las partes.”

La sentencia de 30 de junio de 1948 es la célebre, por los múltiples comentarios de que ha sido objeto, de Mas contra Carsi. En ella se distinguen motivos de cada parte y motivos contractuales y fin del contrato señalando el Tribunal Supremo que:

“CONSIDERANDO: Que en el encabezamiento del repetido documento contractual se dice textualmente “y a fin de que los terreno que las Sras. Mas poseen en su finca Manso Balleca con fachada a la calle Ganduxer, puedan tener también fachada en la calle de la Industria, el día en que éstas se abra en aquel trozo, pactan y convienen...” palabras que revelan un hecho indiscutible entre los pactos que a continuación siguen y la finalidad que tales pactos tienen, finalidad que no es meramente el propósito, venta o deseo que cada parte contratante se proponga conseguir, mediante el contrato, según sus cálculos o preferencias personales que puedan lograr o no en virtud de circunstancias ajenas al acto contractual, sino que se expresa como fin del contrato sin que por tanto pueda separarse de él en cuanto su revelación de la voluntad común de los contratantes determinante del alcance y sentido de los pactos que precisamente se han establecido para cumplir esa manifestada finalidad por lo que no puede ésta calificarse de fin remoto en el que da a tales palabras el Tribunal a quo”.

ÁREA JURÍDICO-FISCAL-LABORAL

UPDATE! 21 de marzo

Y el Tribunal Supremo, estimando el recurso planteado y casando la sentencia de la Audiencia reconoce que el contrato perdió finalidad ya que:

“Se trata por los demandados de adquirir una finca independiente que aunque linde con la calle de la Industria, si se abriera, no podrá tener fachada a la de Ganduxer, que una y otra es lo que se propusieron los contratantes, por lo que debe apreciarse que a causa de dicha enajenación ha dejado de existir la condición motriz de la voluntad contractual determinante del derecho de las actores a exigir el cumplimiento de lo pactado por desaparición de la base en que se asentaba que era la tenencia en poder de aquéllas de los terrenos que agregación de los que se adquirieron formarían la unidad predial con las características pretendidas.”

La sentencia citada ha sido de manera múltiple comentada tanto por Espert Sanz el cual transcribe ampliamente, por Ricardo de Ángel y Manuel Zorrila, Díez Picazo y Rafael Gómez Ferrer.

Es lógica la importancia de la sentencia por su énfasis en el fin del contrato y además, porque es la primera sentencia del Tribunal Supremo que conozca que habla de la base del negocio.

La sentencia de 11 de junio de 1951 alude a la cláusula *rebus sic stantibus* calificándola como “justiciera” y señala que tal cláusula “autoriza el acoplamiento de lo convenido a las nuevas circunstancias sobrevenidas que alteran la base económica del contrato y rompen el equilibrio originario de las recíprocas prestaciones”, enlazando así, en el orden práctico las teorías de la cláusula *rebus sic stantibus* y la de la base del contrato.

ÁREA JURÍDICO-FISCAL-LABORAL

UPDATE! 21 de marzo

En el año 1953 existen diversas sentencias sobre el tema que nos ocupa. La de 3 de enero de dicho año aunque perteneciente a la Sala de lo Contencioso admite la aplicación de la misma y la califica como algo usualmente aceptado por el Tribunal Supremo; y en el mismo sentido y sobre igual base se pronuncia la sentencia de la misma Sala de 9 de Noviembre de 1953.

La sentencia de 24 de septiembre de 1953 manifiesta cómo la fuerza mayor opera en materia de obligaciones, unas veces en forma definitiva, extinguiendo la prestación del deudor, y otra veces actúa en forma transitoria retrasando el cumplimiento de la obligación, la cual generalmente revive al cesar los efectos de la fuerza mayor, salvo que el contrato haya perdido su valor o haberse estipulado un término fijo de cumplimiento inexcusable, transcurrido el cual ya no es posible conseguir la finalidad perseguida por las partes, y finalmente, precisa, que la sola circunstancia de que el precio señalado por la mercancía vendida sufriera elevación en el mercado no es relevante, pues la influencia del tiempo en el precio de las cosas, que señala el riesgo en pro o en contra en que pueda sobrevenir a las dos partes contratantes, no es suficiente para apreciar enriquecimiento de una parte y empobrecimiento de la otra, salvo los casos excepcionales en que deberá tener encaje la acción revisoría del precio por aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*, problema que no fue debatido debidamente en la *litis*.

La sentencia de 21 de abril de 1954 menciona la cláusula *rebus sic stantibus*, aun cuando sólo de pasada, sin realizar ningún análisis de la misma; y la de 134 de octubre de 1954 alude a la doctrina de la cláusula *rebus sic stantibus* calificándola de “antigua” señalando su función y refiriéndose también

ÁREA JURÍDICO-FISCAL-LABORAL

UPDATE! 21 de marzo

al riesgo imprevisible o a las eventualidades extraordinarias que, con posterioridad a la celebración de un contrato, crean una situación de hecho que sin imposibilitar el cumplimiento del mismo, lo han para uno de los contratantes mucho más gravosos de cuando pudo racionalmente preverse al tiempo de su celebración.

En el año 1956 las sentencias de 14 de abril y 15 de junio aluden la primera a la cláusula *rebus sic stantibus* para rechazar su aplicación al caso concreto y la segunda de ellas para expresar que, tanto dicha teoría como la de la base del negocio, exigen para su aplicación “una alteración completamente extraordinaria de las circunstancias que originan una desproporción inusitada entre las recíprocas prestaciones y que no pudieron prever al contratar”.

La sentencia de 17 de mayo de 1957 trata primeramente de la cláusula *rebus sic stantibus*:

“Que sean cualesquiera razones que de lege ferenda abonen la procedencia de dicha cláusula, es indudable que, si por convenio no viene admitida la falta de un expreso precepto legal que reconozca su efectividad o de la cual pueda inducirse con claridad, imponen varias dificultades a su admisión, aunque no faltan preceptos en que aparezca más o menos indicada su pertenencia; pero no puede menos de consignarse una observación en relación con las consecuencias desgraciadas de la Guerra de Liberación española, de las cuales al ser objeto en determinados supuestos de una legislación de emergencia para remediarlas, las que, en ella no estén comprendidas, ya que en cierta manera estas disposiciones legales se inspiran en el cambio de circunstancias, esencia de la cláusula que nos ocupa, quedan en realidad excluidas de ese beneficio y sometidas al régimen de la legislación ordinaria o general, por lo cual si no existen causas que hagan imposible el cumplimiento,

ÁREA JURÍDICO-FISCAL-LABORAL

UPDATE! 21 de marzo

han de sujetarse a las consecuencias que se deriven de lo convenido, sin consideración a los gravoso de las mismas, como efecto del aleas que entraña todo contrato de ejecución diferida, sobre todo si se celebren cuando aquellas podían preverse, o se ratifica su cumplimiento en curso de los efectos sobrevenidos, de los que quiere sacarse la exoneración de las obligaciones contraídas.

Que lo expuesto es simplemente abundar en la importante doctrina de esta Sala proclamada en diferentes sentencias, en las cuales se sometió a examen la aludida cláusula, que forzosamente ha de regular el sentido en que se aprecia en la presente sentencia, siendo las más interesantes de aquéllas, la de 14 de diciembre, 17 de mayo de 1941, 5 de junio de 1945, e incluso 13 de junio, prescindiendo de la segunda sentencia que motivó la primera casando la de instancia, que no puede sentar jurisprudencia y que, además, resuelve un caso especialísimo, en las cuales se ocuparon de una manera directa del problema y de las que puede incluirse, complementada con la doctrina que la define: A) Que la cláusula rebus sic stantibus no está legalmente reconocida. B) Que, sin embargo, dada su elaboración doctrinal y los principios de equidad a que puede servir, existe una posibilidad de ser elaborada y admitida por los Tribunales. C) Que es una cláusula peligrosa y, en su caso, debe admitirse cautelosamente. D) Que su admisión requiere como premisas fundamentales: a) Alteración extraordinaria de las circunstancias en el momento de cumplir el contrato en relación con las concurrentes al tiempo de su celebración. B) Una desproporción desorbitantes, fuera de todo cálculo, entre las prestaciones de las partes contratantes que verdaderamente derrumben el contrato por aniquilamiento del equilibrio de las prestaciones; y c) Que todo ello acontezca por la sobrevenida de circunstancias radicalmente imprescindibles; y E) En

ÁREA JURÍDICO-FISCAL-LABORAL

UPDATE! 21 de marzo

cuanto a sus efectos, hasta el presente le ha negado los rescisorios, resolutorios o extintivos del contrato, otorgándole solamente los modificativos del mismo, encaminados a compensar el desequilibrio de las prestaciones u obligaciones”.

Posteriormente la propia sentencia contempla la teoría de la presuposición, o de la base del negocio, pero entendiéndola estimable e importante, manifiesta que está recogida en nuestra legislación positiva:

“Que el segundo soporte de la sentencia es el acuerdo sindical prohibiendo el uso de la hoja de lata para envases de barnices y punturas, determinante según la sentencia recurrida, de la imposibilidad del cumplimiento del contrato o de la ilicitud de la causa que lo anulan y hacen ineficaz, pero prescindiendo del valor y efectos del acuerdo bien se alcanza su carácter temporal y circunstancial, del cual sólo puede derivarse un aplazamiento del contrato y, además, si bien pudiera concederse que la cosa objeto del mismo pudiera quedar temporalmente fuera del comercio por una prohibición de ley, esto no afecta al valor y eficacia del contrato al momento de perfeccionarse ya que el concepto legal de causa en nuestro derecho, ha de concurrir en el momento de la perfección del contrato y ahí se consume, sin que pueda invocarse posteriormente como sobrevenida, ni prorrogarse más allá de la perfección del contrato como requisito esencial de la misma, como así lo estableció con acierto, a pesar de corriente doctrinales ciertas de gran trascendencia y estima como una posición de lege ferenda, pero sin soporte jurídico-legal, por todo lo que jamás podría servir para anular o resolver el contrato como así lo entiende la sentencia de la Sala de 14 de diciembre de 1940, y que conduciría al terreno de la presuposición que no se puede acotar

ÁREA JURÍDICO-FISCAL-LABORAL

UPDATE! 21 de marzo

en el ámbito de la legislación vigente ni siquiera en el de un acierto doctrinal por su decadencia dentro de la doctrina científica”.

La sentencia transcrita termina rechazando que pueda apreciarse también un enriquecimiento injusto.

La sentencia de 6 de junio de 1959 se ocupa de la cláusula *rebus sic stantibus* precisando que la misma tiene efectos no rescisorios, resolutorios o extintivos del contrato sino modificativos del mismo, citando en su apoyo la anterior sentencia de 17 de mayo de 1957; y aun admitiendo que la cláusula *rebus sic stantibus* no está legalmente reconocida no obstante precisa que:

“Que sentada la anterior doctrina y entrando en el estudio de la jurisprudencia, se destacan por su importancia en relación a la materia, las sentencias de 4 de diciembre de 1940, 17 de mayo de 1941, 13 de junio de 1944, 5 de junio de 1945 y la ya citada de 17 de mayo de 1957 de cuyo examen conjunto se desprende que la cláusula en cuestión puede ser declarada y admitida por los tribunales con gran cautela por la peligrosidad que encierra el presente, dadas las grandes fluctuaciones monetarias originadoras de que en todos los contratos de efectos aplazados a breve espacio de tiempo surge el desequilibrio en las contraprestaciones que obligaría a su revisión, con menoscabo de la seguridad jurídica, del resultado y eficiencia de la contratación, de la certeza del derecho y hasta del orden público; por todo lo cual, la jurisprudencia vienen limitando su aplicación y constriñendo sus efectos mediante la exigencia de una serie de circunstancias y requisitos excepcionales en cada caso concreto, que puede resumirse en las siguientes: 1º Alteración extraordinaria en las circunstancias al momento de cumplir el contrato en relación de las concurrentes al tiempo de su celebración. 2º Desproporción exorbitante entre las pretensiones de las partes contratantes que derrumba el

ÁREA JURÍDICO-FISCAL-LABORAL

UPDATE! 21 de marzo

contrato por aniquilamiento del equilibrio de las prestaciones. 3º Que todo ello acontezca por la supervivencia de circunstancias radicalmente imprevisibles y 4º. Que se carezca de otro medio de remediar y salvar el perjuicio; construcción jurisprudencial que exige la conjunción de todas las circunstancias y requisitos expuestas en cada caso concreto para que pueda ser aplicada la cláusula rebus sic stantibus que carecería de eficacia al faltar cualesquiera de ellos”.

La sentencia de 23 de noviembre de 1962 trata de un supuesto de revisión de una pensión de usufructo viudal estudiando la cláusula *rebus sic stantibus* y señalando como a pesar de admitirla debe ser mirada con gran cautela:

“...lo que no obsta que pueda ser declarada en casos excepcionales, mitigando el excesivo rigor con que aplicado el clásico principio tradicional pacta sunt servanda, y que, en todo caso, la revisión contractual, al amparo de esa cláusula sobreentendida, con fundamento subjetivo en la voluntad de los contratantes, sólo debe tender a la modificación equitativa de los pactos del contrato sin darle un alcance rescisorio o exoneratorio de las obligaciones – Sentencia de 6 de junio de 1959- siendo únicamente aplicable a los contratos a largo plazo o de tracto sucesivo y de ejecución diferida.”

La misma sentencia hace después referencia, siquiera sea de pasada, a la base del negocio existente en el convenio que unía a las partes, y al elemento de justicia objetivo implícito en la exigencia de causa en los contratos y en la equidad de las prestaciones.

ÁREA JURÍDICO-FISCAL-LABORAL

UPDATE! 21 de marzo

La sentencia de 1 de julio de 1969 señala cómo el aumento de bienes del beneficiario de una pensión o renta no supone que se den las condiciones para aplicar ninguna de las teorías comentadas, y la de 15 de marzo de 1972 incide de nuevo en la exigencia de una exorbitante desproporción entre las partes, de tal forma que hayan desaparecido el equilibrio y la equivalencia inherentes a las prestaciones recíprocas, para que sea pertinente al supuesto debatido la cláusula *rebus sic stantibus*: indicando cómo tal desproporción debe ser fuera de todo cálculo, y que verdaderamente derrumbe el contrato por aniquilamiento del referido equilibrio; y todo ello derivado de circunstancias realmente imprevisibles.

Dicha sentencia contempla tanto la teoría de la base del negocio como de la cláusula *rebus sic stantibus* pero, en el fondo y en cuanto a sus efectos, las equipara exigiendo tal evento extraordinario e imprevisible que rompa radicalmente el equilibrio de las prestaciones.

La sentencia de 19 de octubre de 1976 señala que en el supuesto debatido no puede aplicarse la cláusula *rebus sic stantibus*; y la de 9 de mayo de 1983 recoge los requisitos necesarios para la aplicación de la referida cláusula.

La sentencia de 16 de junio de 1983 admite la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* y señala los requisitos de la misma, entre ellos el de la concurrencia de hechos o acontecimientos imprevisibles e imprevistos por las partes y de tal entidad o enjundia que puedan provocar el desequilibrio de las prestaciones básicas del contrato como fundantes de la justa reciprocidad de los intereses en juego.

ÁREA JURÍDICO-FISCAL-LABORAL

UPDATE! 21 de marzo

La sentencia de 3 de noviembre contempla la hipótesis del encargo de un proyecto a un arquitecto, el cual deviene irrealizable y no responde a la finalidad contemplada por los litigantes en el momento en que se suscribió el contrato de arrendamiento de obra “por lo que, correspondiente al arquitecto, correr con los riesgos de parecimiento del proyecto hasta el momento mismo de su entrega al comitente no cabe duda de que habrá de estimarse no entrega válidamente, y , consiguiente, cesará la correlativa obligación de pago por parte del demandado”.

Un supuesto paralelo al anterior es el contemplado por la sentencia de 9 de diciembre de 1983 en el cual se manifiesta cómo el encargo realizado a un Arquitecto tenía desde su principio una finalidad imposible de cumplir, ya que el Ayuntamiento correspondiente desestimó el 27 de marzo el estudio de detalle lo que equivalía a denegar la construcción que entonces se proyectaba; y continúa precisando el Tribunal Supremo:

“...no obstante, se exigió el pago íntegro del supuesto proyecto sobre el fundamento de un contrato ya no exigible por haber quedado frustrado en su finalidad por causas ajenas al comitente ahora recurrente, el cual había firmado en blanco el impreso de hoja de encargo de proyecto, bajo que después fue rellena en diferentes momento posteriores a su fecha de 13 de febrero de 1978 sin intervención del recurrente y dejando en la inseguridad dato tan esencial como el objeto del contrato, después contradicho por actos propios de los demandantes y recurridos, sin que ello fuera tenido en cuenta por el Tribunal de apelación; c) de todo ello dimana que la relación de equivalencia entre las prestaciones quedó rota a consecuencia de actos simultáneos al otorgamiento del defectuoso contrato de 13 de febrero de 1978, lo que hizo que deviniera inexigible las prestación pactada, por resultar no equitativo que frustrada la finalidad natural e implícita del contrato para el recurrente, se le

ÁREA JURÍDICO-FISCAL-LABORAL

UPDATE! 21 de marzo

exija a éste su cumplimiento íntegro, lo que además de ser contrario a la buena fe contractual, exigida por el art. 1258, del Código Civil, haría que los efectos de aquel defectuoso contrato quedasen por completo al arbitrio de una de las partes contratantes, en contra de la norma del art. 1256 del Código Civil; d) que si bien el Código Civil español no contiene una regulación del supuesto de frustración del fin del contrato por devenir inexigible salvando con ello la equidad de sus consecuencias, tal supuesto se halla previsto en Códigos más modernos, como el alemán y el italiano en eel sentido de que si la prestación que incumbe a una parte derivada de un contrato bilateral se hace imposible o inexigible a consecuencia de una circunstancia de la que no ha de responder ni ella ni la otra parte, pierde la pretensión a la contraprestación, debiendo restituirse las prestaciones ya efectuadas; solución adaptable a nuestro derecho, no sólo por las expuestas razones evidentes de equidad y las deducidas de Iso arts. 1256 y 1258 del Código Civil sino también al amparo del principioi que veda el enriquecimiento injusto y de las ideas en que se han inspirado, entre otras, las sentencias de esta Sala de 5 de junio de 1945, 30 de junio de 1948, 27 de octubre de 1964, 10 de octubre de 1980 y 30 de junio de 1983.”

La sentencia de 27 de junio de 1984 alude a las diversas teorías surgidas para resolver el problema que se plantea en los contratos de tracto sucesivo, y cómo una de ellas es la de la cláusula “*rebus sic stantibus*”, y reitera las condiciones necesarias para que pueda aplicarse: insistiendo en al desproporción exorbitante entre las prestaciones que se produzcan como consecuencia de la alteración de las circunstancias; requisito que también subraya la sentencia de 19 de abril de 1985 amen de exigir esta última que no exista otro remedio para equilibrar la desproporción en las prestaciones

ÁREA JURÍDICO-FISCAL-LABORAL

UPDATE! 21 de marzo

alteradas y la carencia de culpa por quien alega la cláusula, insistiendo en la jurisprudencia anterior y rechazando la aplicación al caso controvertido de la expresada cláusula.

La de 17 de mayo de 1986 alude a la teoría de la presuposición y de la base del negocio cuando se ha producido una alteración de las circunstancias que pueda conducir a la resolución del vínculo obligatorio o a su acomodación a nuevos módulos económicos por defecto de base negocial o por haberse roto el equilibrio de las prestaciones como consecuencia de esa imprevisible mutación fáctica.

En cuanto a los requisitos esta última sentencia se remite a los que ya son clásicos según reiterada jurisprudencia, reflejando ejecutorias anteriores.

La sentencia de 13 de marzo de 1987 estudia en la aplicabilidad o no de la cláusula *rebus sic stantibus* con efectos modificativos del cumplimiento de los contratos encaminados a compensar el desequilibrio de las prestaciones u obligaciones, por alteración extraordinaria de las circunstancias al tiempo de cumplirse el contrato, rechazado los correspondiente motivos del recurso, en primer lugar, porque no se trató en la instancia y, además, porque señala que es necesario para la aplicación de la misma que:

“se den determinados requisitos “entre ellos el de la concurrencia de hechos extraordinarios, imprevisibles e imprevistos por las partes, de tal enjundia que puedan provocar el desequilibrio de las prestaciones básicas del contrato, fundantes de su justa reciprocidad”, lo que como es obvio requiere una alegación de hechos que puedan servir de apoyo para establecer la conclusión de que el retraso con el que ha de cumplir el aquí recurrente sus

ÁREA JURÍDICO-FISCAL-LABORAL

UPDATE! 21 de marzo

obligaciones origina una onerosidad, traducible pecuniariamente, que altere el mutuo equilibrio de las prestaciones a su cargo y a las del otro contratantes, requiriéndose para ello pruebas cuales las de que el mayor costo de la construcción de los bloques E y F no quedaba compensado por le mayor precio que podía obtener por la enajenación de las viviendas que le correspondían; en definitiva, la alegación en su momento procesal oportuno de la procedencia de aplicar la cláusula rebus sic stantibus y de los hechos que sirvieran de base a tal alegación, habría provocado la posibilidad de contradecirlos, demostrando lo contrato, posibilidad que al no ofrecérsele al demandante, le colocaría en una inadmisibile y patente indefensión de prosperar la tesis que, como cuestión nueva, el motivo plantea”.

La Sala subraya cómo la alegación en casación de la doctrina de la cláusula *rebus sic stantibus* no solamente puede ser extemporánea, sino que, además, puede colocar a la otra parte en una situación de indefensión, motivos que hacen deba rechazarse su procedencia por el hecho de su alegación tardía.

Se refiere también a la cláusula *rebus sic stantibus* la sentencia de 23 de marzo de 1988 requiriendo, como ya es habitual y conocido en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, para su aplicación una grave e imprevisible alteración de las circunstancias existentes al momento de contratar.

La sentencia de 21 de octubre de 1988 alude ala teoría de la base del negocio, que sido el apoyo de uno de los motivos del recurso de casación, en un supuesto de compraventa de inmuebles con el objeto de derribarlo para efectuar una nueva edificación y en el que la edificabilidad prevista en el contrato no se ha conseguido, sino una notablemente inferior. La alusión en sólo de pasada, sin profundizar en la teoría alegada por la parte recurrente,

ÁREA JURÍDICO-FISCAL-LABORAL

UPDATE! 21 de marzo

pero sí resulta interesante constatar cómo el Tribunal Supremo rechaza una solicitud de rebaja en el precio, porque entiende que la parte que pide jugó con posiciones contradictorias, y que resulta contrario a la buena fe pedir tal rebaja una vez rebasada, incluso, la equivalencia de las prestaciones con el incremento de valor en los bienes inmobiliarios, rechazando por tanto el recurso interpuesto.

Para terminar este análisis de las sentencias más relevantes emanadas de la jurisprudencia del Tribunal Supremo la de 16 de octubre de 1989 contempla la aplicabilidad de la cláusula *rebus sic stantibus* y, tras aludir a jurisprudencia anterior de la propia Sala, recoge los requisitos contenidos en la sentencia de 17 de mayo de 1957 y acogiendo el recurso promovido señala que no ha lugar a la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* alegada por la recurrida, y aceptada por la Audiencia de Bilbao, en un supuesto en que la recurrida y demandada, una empresa naviera, se había comprometido durante la vigencia del préstamo a no alterar el destino turístico del buque y a conservarlo con la debida diligencia ; cambiando dicho destino en base a la “deprimida situación del sector de la marina mercante” y a la no realización de las expectativas puestas por la naviera: entendiendo el Tribunal Supremo que todo ello no supone una alteración extraordinaria de las circunstancias, en el momento de concluir contrato, que haga procedente la aplicación de la mencionada cláusula.

Sin ánimo de exhaustividad, ni siquiera de visión global o general, se van a citar algunos de los recientes fallos de las distintas audiencias relativos al tema debatido.

La sentencia de la Audiencia de Burgos de 4 de junio de 1979 alude a la problemática general de la mutabilidad del contrato.

ÁREA JURÍDICO-FISCAL-LABORAL

UPDATE! 21 de marzo

La sentencia de la Audiencia de Madrid de 21 de noviembre de 1988 de la Sala Tercera alude a la teoría de la base del negocio y de la equivalencia de las prestaciones, señalando en el caso de autos no poder mantenerse con éxito el haberse destruido la equivalencia de las prestaciones y la ruptura de la base del negocio.

La sentencia de la Audiencia Territorial de Pamplona de 27 de Septiembre de 1988 señala como podría convertirse una obligación en exorbitante y desde luego en extraordinariamente superior a la inicial prevista, por lo que sería aplicable la teoría de la cláusula *rebus sic stantibus*, con la reducción de la prestación, pero manteniendo la obligación.

La sentencia de la Audiencia de La Coruña de 30 de marzo de 1988, correspondiente a su Sala Segunda incide de nuevo en la exorbitante desproporción entre las prestaciones que debe existir para proceder a una resolución contractual, en cuyo caso debe tener acogida una solución equitativa que se acomode a las exigencias de la realidad social.

Para finalizar esta rapidísima visión de la jurisprudencia de las Audiencias en cuanto al tema examinado la de 23 de abril de 1990, de la Sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona pasa revista a las teorías existentes, esto es tanto de la cláusula *rebus sic stantibus* como a la de la base del negocio, y a la doble versión, tanto subjetiva como objetiva de ésta, haciendo un análisis de las distintas normas que en derecho comparado recogen tales teorías o regulan la posibilidad de modificación o rescisión de contrato, así como de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, para terminar señalando que se han producido tales alteraciones imprevisibles, señalando en consecuencia una reducción proporcional de la parte de edificación a entregar.

BIBLIOGRAFÍA

- LA MODIFICACIÓN DEL CONTRATO. Autor: J. Manuel Fernández Hierro. Editorial ARANZDI
- Artículo revista **InDret**, revista para el análisis del derecho. Alteración de circunstancias en el art. 1.213 de la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos. Pablo Salvador Coderch (Facultad de Derecho. Univesitat Pompeu Fabra).

ÁREA JURÍDICO-FISCAL-LABORAL

UPDATE! 21 de marzo