

## Cláusula *rebus sic stantibus*: viabilidad y oportunidad de su codificación en el derecho civil español

Fernando Gómez Pomar  
Universitat Pompeu Fabra, Uría Menéndez  
[fernando.gomez@upf.edu](mailto:fernando.gomez@upf.edu)

Juan Alti Sánchez-Aguilera  
Uría Menéndez  
[juan.alti@uria.com](mailto:juan.alti@uria.com)

-

### 1. Introducción

El tratamiento de la cláusula *rebus sic stantibus* –en adelante, “**rebus**”, “**cláusula rebus**” o “**doctrina rebus**”–, aunque presente en la jurisprudencia española desde hace 80 años, parece que ha vuelto a nacer entre nosotros. De argumento recóndito y con frecuencia desesperado esgrimido por litigantes agobiados –o insatisfechos– por el peso de obligaciones contractuales contraídas tiempo atrás, ha pasado al centro del escenario jurídico en el mundo de la pandemia, las restricciones de actividad y caída de la demanda de muchos bienes y servicios que nos acompaña desde marzo de 2020. Ya durante la crisis económica que arrancó en 2009 la *rebus* adquirió cierto protagonismo, si bien no comparable al ganado en 2020.

Nuestro propósito primordial es examinar la pertinencia y el modo de consagrar legislativamente la cláusula *rebus* en el Derecho español de contratos. No es este un asunto nuevo, ni mucho menos. En el pasado, se han expresado posturas muy autorizadas que abogaban por la codificación de la cláusula *rebus*, esencialmente por razones de previsibilidad en la tensión entre la obligatoriedad de los compromisos contractuales en los términos pactados y la modulación del contenido del contrato en atención a los cambios extraordinarios de circunstancias que influyen directamente en las acciones contractuales de las partes<sup>1</sup>. En estos momentos, no solo se siguen produciendo con intensidad aún mayor estas propuestas desde el ámbito académico<sup>2</sup>, pero distintos grupos políticos han intentado ya la consagración legislativa en el artículo 1258 CC de la cláusula *rebus*, y el legislador, en la Disposición adicional séptima de la Ley 3/2020, de 18 de septiembre, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia (BOE nº 250, de 19.09.2020) (“**Ley 3/2020**”)<sup>3</sup>, ha instruido al Gobierno para que realice un estudio que considere esta codificación.

---

<sup>1</sup> Manuel Albaladejo García, *Derecho Civil. II, Derecho de Obligaciones. Volumen primero. La obligación y el contrato en general*, 8ª ed. Bosch, Barcelona (1989), p. 485-486; Cristina de Amunátegui Rodríguez, *La cláusula rebus sic stantibus*, Tirant lo Blanch, Valencia (2003), p. 29; Pablo Salvador Coderch, *Alteración de circunstancias en el art. 1213 de la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos*, *Indret* 4/2009 (2009), p. 7 y ss., p. 52-53.

<sup>2</sup> Javier Orduña Moreno, *Cláusula Rebus y Modernización del Derecho Contractual: tratamiento doctrinal y jurisprudencial*, Francis Lefevre, Madrid (2020), p. 9.

<sup>3</sup> La literalidad de la referida Disposición adicional séptima es la siguiente: “*El Gobierno presentará a las Comisiones de Justicia del Congreso de los Diputados y del Senado, en un plazo no superior a tres meses, un análisis y estudio sobre las posibilidades y opciones legales, incluidas las existentes en derecho comparado, de*

Para poder realizar cabalmente esta tarea, creemos que en el sistema jurídico español es necesario abordar una tarea preparatoria importante. Primero, clarificar el perfil real de aplicación judicial de la cláusula *rebus* en España más allá de invocaciones de pronunciamientos puntuales y acotados en el tiempo. Segundo, analizar sistemáticamente qué instrumentos jurídicos se han previsto en los ordenamientos jurídicos de los países de nuestro entorno (o en textos internacionales relevantes) para hacer frente al cambio sustancial de circunstancias posterior a la celebración de un contrato y, en caso de que se haya regulado la cláusula *rebus* o uno de sus equivalentes funcionales, estudiar las fórmulas legales adoptadas y cómo se vienen aplicando por la jurisprudencia e interpretando por la doctrina de esos países. Tercero, examinar las diversas opciones que se abren en el sistema jurídico español en relación con la cláusula *rebus* y sus posibles funciones dentro de la normativa que reglamenta las obligaciones y contratos en presencia de turbulencias generales que afectan a una economía. Finalmente, valorar las razones que inciden sobre la oportunidad de incorporar explícitamente la cláusula *rebus* a la legislación española en las circunstancias actuales en que España y la economía española continúan gravemente afectadas por el COVID-19 y sus consecuencias socioeconómicas, así como las consecuencias que podrían derivarse de la eventual incorporación en este momento.

## **2. El contexto inmediato: enmiendas legislativas y propuestas recientes de codificación en España**

No faltan en este momento propuestas de formulación legislativa de la cláusula *rebus* para el Derecho español. Estas propuestas constituyen, qué duda cabe, el contexto inmediato en el que el debate prelegislativo se ha planteado en España. Enunciamos de forma sintética en esta sección las más relevantes, comenzando por los recientes intentos de codificación que tienen origen en la actividad parlamentaria del Congreso de los Diputados y el Senado, así como las medidas *en modo rebus* del Gobierno catalán. A continuación, repasamos las distintas propuestas de codificación de la referida cláusula que desde hace unos años han venido presentándose en nuestro país desde diversos entornos.

### **2.1 Iniciativas de origen parlamentario y gubernamental**

Los efectos económicos de la crisis sanitaria producida por el COVID-19 y las medidas gubernativas adoptadas para prevenir o contener su propagación han generado una tensión muy significativa en las relaciones contractuales. La constatación de este hecho unida a la repercusión mediática en torno al uso de la cláusula *rebus* y la fuerza mayor en el contexto de emergencia sanitaria y recesión económica ha llevado a distintos grupos parlamentarios a suscitar abiertamente la codificación de la cláusula *rebus*. En este sentido podemos mencionar dos iniciativas. Una, en las Cortes Generales, en el contexto de la tramitación parlamentaria de la Ley 3/2020. La otra en el Gobierno y Parlamento de Cataluña, que ha concluido en la promulgación del D-L 34/2020 y su posterior convalidación parlamentaria.

#### *2.1.1 Enmiendas a la Ley 3/2020*

*El 13 de mayo de 2020, el Gobierno presentó en el Congreso de los Diputados el Proyecto de Ley de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración*

---

*incorporar en el régimen jurídico de obligaciones y contratos la regla rebus sic stantibus. El estudio incluirá los datos disponibles más significativos sobre el impacto de la crisis derivada de la COVID-19 en los contratos privados.”*

de Justicia. Durante la tramitación parlamentaria de este proyecto de Ley en el Congreso de los Diputados se presentaron tres enmiendas al texto remitido por el Gobierno con el objeto de modificar el artículo 1.258 del Código Civil incorporando la cláusula *rebus*, en distintos términos<sup>4</sup>. Vaya por delante que las dos enmiendas presentadas por el Grupo Parlamentario Plural son idénticas en lo que a la redacción alternativa del artículo 1.258 CC se refiere. A su vez, son prácticamente idénticas a la propuesta de regulación de la cláusula *rebus* planteada por el Profesor Javier Orduña (a salvo algunas diferencias de índole procesal relativas a las competencias asumidas por el Juez o por el Letrado de la Administración de Justicia)<sup>5</sup>.

Las justificaciones ofrecidas por los distintos grupos parlamentarios para defender sus enmiendas orbitan en torno a las mismas ideas o convicciones: (i) es necesario contar con mecanismos de flexibilización que permitan mantener o conservar los contratos y evitar la excesiva judicialización provocada por el cambio extraordinario de las circunstancias; (ii) es preciso contar con mecanismos jurídicos que permitan hacer frente a las “*circunstancias extraordinarias que, cada vez con mayor frecuencia, se presentan de un modo cíclico para nuestras economías, dejando de ser un factor singular*”; y (iii) “*la necesidad de contar con el reconocimiento normativo de la cláusula *rebus sic stantibus* como una figura o instrumento técnico especialmente idóneo para paliar los efectos indeseados de estas crisis económicas, cada vez más recurrentes en la economía global que caracteriza nuestro actual sistema económico*”<sup>6</sup>.

Las referidas enmiendas fueron rechazadas en la discusión parlamentaria de la norma y el 21 de julio la Comisión de Justicia del Congreso de los Diputados aprobó el texto del proyecto de Ley que sería remitido al Senado, que no incluía las enmiendas arriba indicadas ni, por tanto, incorporaba (tampoco abogaba por su futura incorporación) a la legislación civil española la cláusula *rebus*. Sí incluía una disposición adicional séptima cuya redacción se mantuvo incólume en la subsiguiente tramitación parlamentaria y que se aprobaría finalmente como disposición adicional séptima de la Ley 3/2020 a la que ya nos hemos referido<sup>7</sup>.

#### 2.1.2 D-L 34/2020

El 20 de octubre de 2020 el Gobierno de la Generalidad de Cataluña dictó el D-L 34/2020, el 22 de octubre fue publicado en el *Diari Oficial de la Generalitat* y entró en vigor ese mismo día. El 4 de noviembre de 2020 el Parlamento de Cataluña lo convalidó.

A pesar de los rumores previos a su aprobación, finalmente el D-L 34/2020 no incorporó al Código Civil de Cataluña la cláusula *rebus sic stantibus*. Sin embargo, el D-L 34/2020 sí establece un mandato al Gobierno de la Generalidad de Cataluña para que, en el plazo de dos años, elabore una regulación de carácter general que incorpore en el Código Civil de Cataluña “*el restablecimiento de la conmutatividad de las prestaciones contractuales para los casos de un cambio*

---

<sup>4</sup> En concreto, Joan Baldoví Roda, del Grupo Parlamentario Plural, presentó la enmienda número 1, el Grupo Parlamentario Ciudadanos presentó la enmienda número 118 y Jaume Alonso-Cuevillas i Sayrol, del Grupo Parlamentario Plural, presentó la enmienda número 177.

<sup>5</sup> Vid. Francisco Javier Orduña Moreno; “Claves prácticas. Cláusula *rebus* y modernización del Derecho contractual: tratamiento doctrinal y jurisprudencial”, Madrid (2020).

<sup>6</sup> Las referencias literales provienen de la justificación a la enmienda número 1 al proyecto de Ley.

<sup>7</sup> Se puede encontrar una exposición más pormenorizada de las iniciativas recientes de positivización en Diego Armero Montes y Ángel Maestro Martí, “*Los intentos de positivización de la regla *rebus sic stantibus*”, *La Ley: Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía* (2020).*

*sobrevenido de las circunstancias*”; lo que parece referirse a una regulación de la regla *rebus sic stantibus* de carácter general aplicable en materia de obligaciones y contratos.

## 2.2 Propuestas de codificación de la cláusula *rebus sic stantibus* en España

### 2.2.1 Propuesta de anteproyecto de Ley de modernización del Derecho de obligaciones y contratos de la Comisión General de Codificación

En enero del año 2009 la sección primera, de Derecho Civil, de la Comisión General de Codificación propuso un anteproyecto de Ley para la modificación de los títulos I y II del Libro Cuarto del CC (que contienen la parte general del Derecho de obligaciones y contratos). Entre las modificaciones propuestas se encontraba la inclusión de un capítulo –el VIII– integrado por un solo artículo –el 1.213– dedicado a la alteración extraordinaria de las circunstancias básicas del contrato<sup>8</sup>. La propuesta de redacción del anteproyecto, fuertemente –aunque no exclusivamente– inspirada en el § 313 BGB, era la siguiente:

*“Artículo 1213: 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.”*

### 2.2.2 Propuesta de la Asociación de Profesores de Derecho Civil

La Asociación de Profesores de Derecho Civil publicó en el año 2018 una propuesta completa de nuevo Código Civil. En esa propuesta se incluía la regulación de los efectos de la alteración extraordinaria de las circunstancias básicas del contrato en los siguientes términos, ostensiblemente tributarios de las ideas de la Comisión General de Codificación:

*“Artículo 526-5. Alteración extraordinaria de las circunstancias básicas del contrato.*

*1. Si las circunstancias que sirvieron de base al contrato cambian de forma extraordinaria e imprevisible durante su ejecución, de manera que ésta se haga excesivamente onerosa para una de las partes o se frustre el fin del contrato, puede pretenderse su revisión para adaptar su contenido a las nuevas circunstancias, o su resolución.*

*2. Lo dispuesto en el apartado anterior solo procede cuando: a) el cambio de circunstancias es posterior a la celebración del contrato; b) no es equitativo exigir al contratante perjudicado, atendida especialmente la distribución contractual y legal del riesgo, que permanezca sujeto al contrato; y c) el contratante perjudicado ha intentado de buena fe una negociación dirigida a una revisión razonable del contrato.*

---

<sup>8</sup> Un completo análisis de la Propuesta, en Pablo Salvador Coderch, *Alteración de circunstancias en el art. 1213 de la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos*, *InDret* 4/2009 (2009), p. 24 y ss.

*3. El juez solo puede estimar la pretensión de resolución cuando no sea posible o razonable imponer la propuesta de revisión ofrecida. En este caso el juez ha de fijar la fecha y las condiciones de la resolución.”*

Como es evidente, esta propuesta es sustancialmente idéntica, a salvo ligeros matices de redacción, a la de la Comisión General de Codificación.

### 2.2.3 *Anteproyecto de Ley del Código Mercantil*

El 30 de mayo de 2014 el Consejo de Ministros aprobó el anteproyecto de Ley del Código Mercantil, cuyo texto tenía su origen en la propuesta elaborada por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación.

El Código Mercantil objeto del anteproyecto de Ley incluía un artículo relativo a la excesiva onerosidad sobrevenida del contrato en los siguientes términos, fuertemente influidos por los Principios Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales, que describiremos en la sección 4.6:

*“Artículo 416-2. Excesiva onerosidad del contrato.*

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

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

Esta propuesta, inspirada en los principios Unidroit (que se examinan en la sección 4.6 de este trabajo), como parte del anteproyecto de Ley del Código Mercantil no llegó a convertirse en proyecto de Ley y por ende la modificación propuesta no se ha traducido en norma de derecho positivo.

### 2.2.4 *Propuesta FIDE*

Con ocasión de la crisis generada por el COVID-19, la Fundación para la Investigación del Derecho y la Empresa (FIDE) puso en marcha un gabinete de crisis en materia civil y mercantil con el objeto de ofrecer soluciones jurídicas a los numerosos problemas e incertidumbres jurídicos derivados de la crisis del COVID-19. En el marco de esta labor, FIDE propuso una positivización de la cláusula *rebus sic stantibus* ceñida a las consecuencias derivadas o relacionadas con el COVID-19. Esto es, no se trataba de una propuesta dirigida necesariamente a perdurar en el tiempo y a incorporarse a nuestro ordenamiento jurídico con visos de permanencia, sino, en apariencia, de una solución puntual a la medida de la crisis derivada del COVID-19.

La redacción propuesta por FIDE es la siguiente:

*“Artículo Único. Excesiva onerosidad de la prestación o frustración del fin del contrato.*

*1. Sin perjuicio de lo que pueda disponerse en normas especiales, si como consecuencia de la pandemia del Covid19 o de la situación económica causada por ella, las circunstancias que sirvieron de base a un contrato civil o mercantil hubieren cambiado de forma extraordinaria e imprevisible durante su ejecución de manera que esta 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, tendrá el derecho y la carga de solicitar la renegociación del contrato. Las partes deberán negociar objetivamente de buena fe durante un plazo prudencial.*

*2. En caso de no llegarse a un acuerdo la parte perjudicada por el mantenimiento del contrato podrá pretender su revisión, y si esta no es posible o no puede imponerse a una de las partes, podrá aquél pedir su resolución.*

*3. La pretensión de resolución solo 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.*

*4. No se admitirá a trámite la demanda en que se pretenda la revisión o la resolución de un contrato con base en lo dispuesto en los apartados anteriores si a la misma no se acompaña un principio de prueba del intento de negociación.*

*5. Si entablado un litigio una de las partes obtuviera por sentencia o resolución análoga un resultado menos favorable que el de una oferta de transacción formulada por la otra parte, tanto antes como durante el pleito, será condenada al pago de las costas devengadas con posterioridad al rechazo de la oferta.*

*6. El rechazo de mala fe por una parte de una oferta de renegociación del contrato formulada por la contraria dará lugar a la indemnización de los daños y perjuicios causados, tanto si finalmente se revisa como si se resuelve el contrato.”*

En esta propuesta destacan dos aspectos. Primero, es la única que se formula contextualizada a la pandemia y sus consecuencias, en apariencia con un doble efecto: (i) considerar a priori que los presupuestos generales para la aplicación de la rebus concurren de forma generalizada en el entorno contractual afectado por el COVID-19; (ii) constituir una previsión ad hoc para el contexto presente, destinada en principio a decaer una vez regrese la normalidad social, económica y contractual. Segundo, introduce explícita y cumulativamente dos mecanismos de incentivo para las partes a buscar y obtener un acuerdo en la renegociación o modificación contractual: la condena en costas en caso de obtenerse del juzgador un resultado menos favorable al ofrecido por la contraparte, a la que se suma la indemnización de daños y perjuicios a quien se niega de mala fe a considerar una oferta de renegociación cuando finalmente el juzgador impone la revisión o resolución del contrato.

El primero de estos mecanismos, ya sugerido por Pablo Salvador Coderch hace más de 10 años<sup>9</sup>, se inspira en la Rule 68 de las *Federal Rules of Civil Procedure* norteamericanas. El segundo se toma del art. 6.1.1.1 de los Principios del Derecho contractual europeo (o Principios Lando, por Ole Lando, el jurista danés que presidió la comisión redactora de los mismos) y que establece que el juez o tribunal podrá ordenar que la parte que se negó a negociar o que rompió dicha negociación de mala fe, proceda a reparar los daños causados a la parte que sufrió dicha negativa o dicha ruptura.

### **3. El funcionamiento de la cláusula *rebus* y doctrinas similares en España**

#### **3.1 El régimen del contrato y la eventual atenuación del rigor de lo pactado**

En Derecho español (como en los de nuestro entorno jurídico, económico y cultural) el contrato es un acuerdo jurídicamente vinculante (artículo 1.091 CC) del que dimanar obligaciones (artículo 1.089 CC) para alguna, varias o todas las partes.

Por tanto, es un principio básico del Derecho de contratos español que ninguna de las partes puede incumplir, o retrasar, retener o eximir el cumplimiento de sus obligaciones contractuales sin el consentimiento de la otra parte. En particular, el artículo 1.091 CC establece que “*Las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse a tenor de los mismos.*” Este principio es conocido como *pacta sunt servanda* y las excepciones al mismo han sido tradicionalmente interpretadas de forma restrictiva por los tribunales españoles.

Las obligaciones contractuales expresan la dimensión de vinculación jurídica al plan o programa de acción o conducta previsto por las partes en el contrato. Cuando alguna de las partes no ajusta su conducta al plan de acción o prestación pactado en el contrato, se puede hablar, *prima facie*, de un incumplimiento de las obligaciones derivadas de aquel.

No obstante, no puede despreciarse la posibilidad de que lleguen a darse situaciones en las que la aplicación estricta y terminante de la obligatoriedad de los contratos exactamente en los términos pactados podría acarrear consecuencias no deseables e incompatibles con las exigencias del principio de buena fe contractual, que rige en Derecho de contratos español tanto la interpretación e integración de los contratos como el cumplimiento de estos.

En el sentido apuntado, cabe preguntarse qué soluciones o respuestas prevé nuestro sistema jurídico para aquellos supuestos en los que se produce una modificación sobrevenida de las circunstancias que las partes tuvieron en cuenta a la hora de contratar. Nuestro ordenamiento jurídico cuenta con un conjunto de herramientas e instituciones jurídicas que permiten modular, o incluso poner término, a las obligaciones contractuales cuando exigir el cumplimiento de estas ha devenido, por un cambio sobrevenido en las circunstancias, contrario a la buena fe.

Esencialmente, podemos distinguir dos grandes grupos de instituciones diseñadas por el ordenamiento jurídico para hacer frente a estas situaciones: la fuerza mayor y el caso fortuito, por un lado, y la cláusula *rebus*, por otro.

De forma muy simplificada, podemos decir que la primera de estas instituciones es de aplicación a aquellos supuestos en los que por algún suceso imprevisible e inevitable –fuera, por tanto, de

---

<sup>9</sup> Pablo Salvador Coderch, Alteración de circunstancias en el art. 1213 de la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos, *InDret* 4/2009 (2009), p. 48.

la órbita de control de las partes– el plan o programa de prestaciones acordado por las partes deviene, de forma sobrevenida, imposible o sustancialmente inviable, quedando así frustrado el propósito o finalidad del propio contrato. La segunda institución, en cambio, sería de aplicación en aquellos supuestos en los que el cambio de circunstancias no convierte el cumplimiento contractual en imposible o sustancialmente inviable, pero sí produce sobre él un efecto tan determinante como para alterar sustancialmente y con carácter de permanencia –o no transitorio, al menos– el equilibrio prestacional pactado por las partes, de forma que el cumplimiento contractual exigible a la parte que se ha visto afectada negativamente por el cambio de circunstancias es de tal calado que mantener su cumplimiento sería contrario a la buena fe y repugnaría al ordenamiento jurídico. Esta herramienta o institución, como es notorio, no tiene respaldo legal general entre nosotros, sino jurisprudencial, y constituye precisamente la doctrina *rebus*.

### 3.2 La Cláusula *rebus* jurisprudencial

#### 3.2.1 Los rasgos básicos de la cláusula *rebus*

Mediante la fórmula latina (aunque carente de raíces y precedentes en las fuentes jurídicas romanas<sup>10</sup>) de la cláusula *rebus* se refiere la literatura y la jurisprudencia españolas desde hace décadas (con preferencia a las denominaciones de otras figuras similares, como la de la desaparición de la base del negocio) a una doctrina del Derecho de contratos con los siguientes rasgos principales:

- (i) persigue y permite a un deudor contractual aminorar el impacto negativo de un riesgo no asignado en el contrato a una de las partes;

Este es el argumento empleado por el Tribunal Supremo en su reciente sentencia de 15 de enero de 2019 (RJ 2019,146) en la que sostiene que el hecho de pactar un sistema de determinación del precio con un importe mínimo garantizado y otro variable ligado a los ingresos del arrendatario demuestra que el riesgo de disminución de ingresos quedaba a cargo del arrendatario.

- (ii) se materializa mediante la ocurrencia de un cambio de circunstancias –no necesariamente un evento singular y acotado en el tiempo– extraordinario y no previsible en el ámbito propio de la prestación por él debida;
- (iii) la alteración de circunstancias no es imputable o derivado de la conducta de ninguna de las partes;
- (iv) el cambio de circunstancias altera gravemente o destruye el equilibrio prestacional de la relación; y
- (v) no puede caracterizarse técnicamente como caso fortuito o fuerza mayor liberatorios o resolutorios.

---

<sup>10</sup> Luis Díez-Picazo y Ponce de León, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial, T. II. Las relaciones obligatorias*, 6ª ed., Madrid (2008), cap. XXXII (versión en línea); Pablo Salvador Coderch, Alteración de circunstancias en el art. 1213 de la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos, *Indret* 4/2009 (2009), p. 15; Sebastian Martens, “Methodenfragen und die Behandlung von Grundlagenstörungen im Europäischen Privatrecht”, en *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* (2017), pp. 603 y ss.



Así pues, un deudor que pretende hacer valer en su favor la doctrina *rebus* persigue una modificación de los términos del contrato sobre la base de que un cambio extraordinario e imprevisible de las circunstancias concurrentes en que reposa la relación contractual, que sobreviene durante la ejecución del contrato, hace excesivamente onerosa la carga de sus deberes y obligaciones según el contrato, con alteración significativa y de cierta duración y permanencia del equilibrio prestacional pactado, produciendo con ello una desproporción irrazonable entre las prestaciones de una y otra parte.

### 3.2.2 *Requisitos para su aplicación*

Al contrario que en otros sistemas jurídicos de nuestro entorno –como se analizará en detalle en el apartado 4 siguiente–, la *rebus* no se recoge explícitamente en ninguna norma de Derecho español, aunque se puede inspirar en alguna como el artículo 1.575 CC en materia de arrendamientos rústicos. Su efecto sobre el contrato supone una excepción a la vinculación obligatoria a los pactos y términos acordados en el contrato. La figura de la *rebus* se ha construido a partir de la casuística analizada por nuestra jurisprudencia y la elaboración doctrinal en la materia.

En síntesis, el escenario que la jurisprudencia española ha considerado tradicionalmente que permitiría a un contratante pretender la modificación de los términos pactados vendría caracterizado del modo siguiente:

(A) **Alteración extraordinaria de las circunstancias en el momento de cumplir el contrato en relación con las concurrentes al tiempo de su celebración.**

La jurisprudencia española ha incidido en que la alteración de circunstancias debe ser realmente extraordinaria (de tal forma que alteraciones medias o incluso significantes no serían suficientes para la aplicación de la *rebus*).

(B) **Imprevisibilidad del riesgo.**

Se exige que el cambio de circunstancias sea imprevisible<sup>11</sup>, quedando excluido el riesgo normal inherente o derivado del contrato o el asumido explícita o implícitamente por un contratante.

Por tanto, si las partes establecieron algún mecanismo para atribuir un determinado riesgo a una de las partes en el contrato (p. ej., una cláusula en virtud de la cual los precios se revisan según ciertas circunstancias), ello implicaría una probabilidad muy inferior de aplicación de la *rebus*<sup>12</sup>.

---

<sup>11</sup> El análisis sobre si un hecho es o no radicalmente imprevisible debe hacerse teniendo en cuenta las específicas circunstancias de las partes. Un determinado suceso puede considerarse imprevisible para un contratante (por ejemplo, un consumidor), pero no para otro (una empresa o profesional, digamos). Sobre la importancia de la imprevisibilidad, María Ángeles Parra Lucán, Riesgo imprevisible y modificación de los contratos, *InDret* 4/2015 (2015), p. 20 y ss. El carácter profesional del contratante como factor relevante en el juicio de imprevisibilidad, lo destaca esta autora en la p. 23. En el mismo sentido, Álvaro Luna Yerga y María Xiol Bardají, *Rebus sic stantibus: ¿Un paso atrás?* Comentario a la STS, 1ª, 15.10.2014 (Ar. 6129) y a la jurisprudencia posterior de la Sala Primera del Tribunal Supremo sobre la regla *rebus sic stantibus*”, *InDret* 2/2015 (2015), p. 7.

<sup>12</sup> La jurisprudencia del Tribunal Supremo (entre otras, sentencias de 16 de junio de 1983, de 24 de junio de 1993 y de 15 de marzo de 1994) establece que la distribución de riesgos pactada en un contrato no puede ser modificada por un juez o tribunal y que, por tanto, la aplicación de la *rebus* no puede ser invocada cuando

(C) **Excesiva onerosidad de la prestación a la luz de las circunstancias sobrevenidas.**

Se ha entendido que concurre este presupuesto esencialmente cuando se desvanece la relación de conmutatividad inicial que existía entre las prestaciones, de modo que la equivalencia o proporción entre las prestaciones de las partes del contrato tal y como había sido inicialmente prevista se ve destruida o seriamente afectada.

La jurisprudencia ha sostenido de forma reiterada que toda actividad económica implica necesariamente algún tipo de riesgo, de tal forma que únicamente una desproporción extrema y extraordinaria de las posiciones contractuales de las partes resultante de un cambio de las circunstancias aplicables podría justificar la aplicación de la *rebus*, siempre que además se cumplan todos los demás requisitos.

(D) **Permanencia o duración de la alteración.**

Es necesario que la disrupción del equilibrio prestacional tenga expectativas razonables de duración, que no sea meramente episódica, o, al menos, tenga una duración relevante atendidas las circunstancias concretas del caso.

(E) **Inexistencia de medios alternativos a la *rebus* para evitar el perjuicio causado a una de las partes.**

En este sentido, si existen mecanismos legales alternativos disponibles (como, por ejemplo, la responsabilidad por daños) u otros recursos contractuales aptos (como podría ser, por ejemplo, una cláusula contractual de fuerza mayor, una cláusula alternativa, una pena convencional en función penitencial), los mecanismos alternativos, sean contractuales o legales, tienen precedencia sobre la pretensión del reajuste prestacional apoyado en la cláusula *rebus*<sup>13</sup>. Esto es, la adaptación de los términos pactados por aplicación de la cláusula *rebus* debe operar siempre con carácter subsidiario, cuando no cabe ningún otro instrumento capaz de restaurar el equilibrio prestacional según los parámetros de lo querido por las partes dentro de la buena fe.

A pesar de lo anterior, en relación con esta doctrina, el contexto y las particularidades del cambio de circunstancias y del riesgo que materializan, del sector de contratación y del contrato pactado son decisivas y abocan a una aplicación predominantemente casuística de la misma.

3.2.3 *Configuración de la cláusula rebus en el derecho de contratos español*(A) Orígenes de la cláusula *rebus* en nuestro sistema jurídico

A pesar de su nutrida elaboración teórica por teólogos, canonistas, civilistas y teóricos del Derecho en la Edad Media y en la Edad Moderna<sup>14</sup> y de su aceptación en la cultura jurídica europea continental, lo cierto es que los códigos decimonónicos rechazaron acoger la cláusula *rebus* en sus disposiciones (Código Civil francés de 1.804, Código Civil austríaco de 1.811, Código Civil

---

las partes han regulado expresa o tácitamente un cierto riesgo y han establecido en el contrato consecuencias específicas ligadas a la materialización de dicho riesgo.

<sup>13</sup> En este sentido, ver M<sup>a</sup> Ángeles Parra Lucán, “Riesgo imprevisible y modificación de los contratos”, *InDret* 4/2015 (2015), pp. 17, 21 y 46.

<sup>14</sup> Una síntesis de la evolución histórica del nacimiento y conceptualización de la cláusula en Federico de Castro y Bravo, *El negocio jurídico*, Cívitas, Madrid (1967; reimpresión de 1985), p. 314 y ss. Más recientemente, *vid.* Sebastian Martens, “Methodenfragen und die Behandlung von Grundlagenstörungen im Europäischen Privatrecht”, en *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* (2017), p. 603 y ss.

italiano de 1.865, entre otros; tampoco el BGB alemán la admite, ni en su versión clásica ni en la formulación teórica de pandectistas como Windscheid). El Código Civil español no fue una excepción y no se refiere en absoluto a la posibilidad de que el contrato pueda resolverse o modificarse al sobrevenir circunstancias por las que resulte frustrado o alterado esencialmente el resultado o equilibrio de prestaciones propuesto con el negocio<sup>15</sup>.

La configuración moderna de la cláusula *rebus* en nuestro país es, por tanto, de origen eminentemente jurisprudencial<sup>16</sup>. La primera sentencia del Tribunal Supremo de la que tenemos noticia<sup>17</sup> que se refiere a la cláusula *rebus* es la sentencia de 14 de diciembre de 1940 (RJ 1940,1135). Esta sentencia se limita a incidir en la falta de regulación legal de la cláusula y en su carácter excepcional, rechazando su aplicación al caso objeto de debate<sup>18</sup>. A esta sentencia le siguen algunas otras que se refieren a la cláusula *rebus* en términos similares y que van apuntando algunas de las características que servirán después para configurar los rasgos de la cláusula *rebus* en Derecho español<sup>19</sup>.

Pero no es hasta la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de junio de 1959 cuando cristaliza la formulación que se reiterará durante décadas por la jurisprudencia española como expresión de la concepción tradicional y dominante de la cláusula *rebus* en nuestro país: (i) alteración extraordinaria en las circunstancias al momento de cumplir el contrato en relación con las concurrentes al tiempo de su celebración; (ii) desproporción exorbitante entre las pretensiones de las partes contratantes que derrumba el contrato por aniquilamiento del equilibrio de las prestaciones; (iii) que todo ello acontezca por la superveniencia de circunstancias radicalmente imprevisibles; y (iv) que se carezca de otro medio de remediar y salvar el perjuicio. Además, el Alto Tribunal es tajante al afirmar que se trata de circunstancias habilitantes que han de darse conjuntamente, de suerte que si alguna de ellas no concurriera no podría aplicarse la cláusula *rebus*.

La doctrina jurisprudencial española relativa a la *rebus* se caracteriza, además, por no haberse esforzado por encuadrar la cláusula *rebus* en alguna de las categorías teóricas preexistentes. Se aprecia, así, un eclecticismo teórico de la jurisprudencia en cuanto al fundamento de la cláusula *rebus*: no se adscribe al modelo alemán de la base del negocio ni tampoco al italiano de la excesiva

---

<sup>15</sup> Federico de Castro y Bravo, *El negocio jurídico*, Civitas, Madrid (1967; reimpresión de 1985), p. 315 y 316.

<sup>16</sup> Si bien la Ley de 5 de noviembre de 1940 sobre contratación en zona roja regulaba en su artículo 7º una suerte de cláusula *rebus* aplicable a los contratos de suministro y obra celebrados en un concreto marco temporal. Es notorio que esta Ley se dictó en unas circunstancias muy singulares y con un propósito de intervención excepcional y meramente temporal en el contenido contractual pactado que no es dado generalizar, en absoluto.

<sup>17</sup> Sobre la evolución jurisprudencial de la cláusula *rebus* en España durante estas primeras décadas, *vid.* Luis Díez-Picazo y Ponce de León, *Estudios sobre la Jurisprudencia Civil. Vol. I*, Tecnos, Madrid (1979), p. 556 a 581. Un examen temporalmente más amplio en Luz M. Martínez Velencoso, *La alteración de las circunstancias contractuales. Un análisis jurisprudencial*, Civitas, Madrid (2003), p. 119 y ss.

<sup>18</sup> El Tribunal Supremo señala que “la teoría jurídica –tan equitativa como necesaria de aplicación muy cautelosa– que supone implícita en los contratos la cláusula *rebus sic stantibus*, a que se refiere [...] no está admitida hasta el presente, como norma general y bien perfilada, en el Derecho español”.

<sup>19</sup> Nos referimos, en particular, a las sentencias del Tribunal Supremo de 17 de mayo de 1941, 5 de junio de 1945, 17 de mayo de 1957 y 21 de octubre de 1958.

onerosidad<sup>20</sup>. Tampoco puede fundamentarse con claridad en la influencia continuada de la causa contractual que había sostenido el Profesor Federico de Castro.

A la vista de las consideraciones anteriores, puede afirmarse sin dudar que la aplicación jurisprudencial de la cláusula *rebus* (y sus equivalentes funcionales) ha sido en España tradicionalmente muy restrictiva<sup>21</sup>, reservándose para cambios dramáticos y estables en las circunstancias fundamentales contempladas por las partes y tan solo para contratos de cierta duración y, señaladamente, para relaciones contractuales que se prolongan largamente en el tiempo<sup>22</sup>.

(B) La cláusula *rebus* en la jurisprudencia posterior

La interpretación restrictiva de la jurisprudencia tradicional se ha mantenido en el tiempo, con el paréntesis que reseñamos más abajo en este apartado. Esa actitud remisa al uso de la *rebus* se ha visto reforzada por la circunstancia de que, habitualmente, las contingencias sobre las que los demandantes han sustentado su pretensión de reequilibrio patrimonial del contrato no han sido sucesos puntuales imprevisibles o inevitables que inciden directamente sobre las prestaciones deducidas en el contrato, sino cambios –en algunos casos muy relevantes– de circunstancias ajenas al contrato singularmente considerado, pero que llevan aparejados una reducción, o incluso eliminación, de la rentabilidad esperada del contrato para una de las partes. Con mucha frecuencia, se trataba de circunstancias generales de mercado o de condiciones económicas de amplio alcance. Este tipo de contingencias son las que han sido tratadas de modo muy riguroso y restrictivo por la jurisprudencia del Alto Tribunal<sup>23</sup>.

Sin embargo, a partir del año 2012 el Tribunal Supremo comienza a contemplar la posibilidad de que las crisis económicas constituyan una alteración extraordinaria e imprevisible de las circunstancias. Así, la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de noviembre de 2012 (RJ 2013, 2402), aunque finalmente rechaza la aplicación de la *rebus* reconoce la posibilidad, fuera del contexto del caso concreto enjuiciado, de tomar en consideración la crisis económica en el marco de la

---

<sup>20</sup> En este sentido se pronuncia Ángel Carrasco Perera, *Derecho de Contratos*, 2ª ed., Aranzadi, Cizur Menor (2017) p. 981.

<sup>21</sup> Aunque existe un alto número de sentencias de tribunales españoles en las que, *obiter dictum*, se admite la posibilidad teórica de modificar los términos y condiciones de un contrato sobre la base de la *rebus*, son muy pocas las que aceptan este principio como base para su fallo.

<sup>22</sup> A este respecto podemos destacar la reciente sentencia del Tribunal Supremo de 6 de marzo de 2020 que afirma que el ámbito propio de aplicación de la doctrina jurisprudencial *rebus* es el de los contratos de larga duración y considera que es más difícil justificación en otros casos, denegándola en el contrato objeto del recurso de casación (que era un contrato por dos anualidades con prórroga para otra anualidad).

<sup>23</sup> En apoyo de esta idea pueden destacarse las siguientes sentencias del Tribunal Supremo: STS 15 marzo 1972 (RJ 1972, 1252): arrendamiento de minas; 16 octubre 1989 (RJ 1989,6927): depresión económica del sector naviero; 23 junio 1997 (RJ 1997, 5201): caída del precio de los metales; 17 mayo 1986 (RJ 1986, 2725): menor afluencia a un bar de carretera por cambio de trazado de la vía; 21 febrero 1990 (RJ 1990, 707) y 28 diciembre 2001 (RJ 2001, 1650): aumento de precios de la propiedad inmobiliaria; 29 mayo 1996 (RJ 1996, 3862): aumento de valor de una finca sobre la que recae un derecho de opción; 27 enero 1981 (RJ 1981, 114) y 27 mayo 2002 (RJ 2002, 4573): aumento de costes de materiales; 31 octubre 1963 (RJ 1963, 4264) y 15 marzo 1994 (RJ 1994, 1784): pérdida de valor de la moneda de pago; 16 junio 1983 (RJ 1983, 3632): huelga de los trabajadores de la empresa deudora; SSTS 19 noviembre 1994 (RJ 1994,8539); 7 noviembre 2000 (RJ 2000, 9343): contratos de suministros industriales a largo plazo con variaciones de la rentabilidad; y 6 de marzo de 2020 (RJ 2020,879): contrato de duración relativamente breve para la gestión y explotación de espacios publicitarios televisivos y caída de la demanda publicitaria. *Vid.*, Ángel Carrasco Perera, *Derecho de contratos*, 2ª ed., Cizur Menor (2017), p. 984.

cláusula *rebus*. En sentido similar se pronuncia la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de enero de 2013 (RJ 2013, 1819)<sup>24</sup>. Estas sentencias constituyeron un claro apartamiento de lo que venía siendo la jurisprudencia anterior del Tribunal Supremo, que incluso tras la crisis financiera del 2008 había negado a las alteraciones globales de la economía virtualidad para fundar la modificación o resolución de las relaciones contractuales con base en la *rebus*<sup>25</sup>.

En el año 2014, tras estas sentencias del Tribunal Supremo que se inclinan por considerar que las crisis económicas pueden configurarse como alteraciones extraordinarias imprevistas, el Alto Tribunal dictó dos sentencias<sup>26</sup> que apuntaban a lo que habría de ser una interpretación más expansiva de la *rebus*, abogando por una aplicación “plenamente normalizada” de esta doctrina jurisprudencial<sup>27</sup>. En ambas, el Tribunal Supremo declara su intención de “modernizar” la aplicación de la *rebus*, para adaptar el derecho a los tiempos actuales y dejar atrás la interpretación restrictiva y aplicación excepcional de la cláusula *rebus*. Igualmente, esta “modernización” de la doctrina se considera por las sentencias como una forma de acercar al Derecho español a las iniciativas europeas e internacionales de unificación y modernización del Derecho privado<sup>28</sup>. Ambas sentencias fueron objeto de severas críticas por parte de la mayoría de la doctrina española<sup>29</sup>.

---

<sup>24</sup> Esta segunda sentencia se pronuncia en los siguientes términos: “antes bien, una recesión económica como la actual, de efectos profundos y prolongados, puede calificarse, si el contrato se hubiera celebrado antes de la manifestación externa de la crisis, como una alteración extraordinaria de las circunstancias, capaz de originar, siempre que concurren en cada caso concreto otros requisitos como aquellos a los que más adelante se hará referencia, una desproporción exorbitante y fuera de todo cálculo entre las correspondientes prestaciones de las partes, elementos que la jurisprudencia considera imprescindibles para la aplicación de dicha regla (SSTS 27-6-84, 17-5-86, 21-2-90 y 1-3-07)”.

En relación con estas sentencias del Tribunal Supremo de 8 de noviembre de 2012 y 17 de enero de 2013, *vid.* Isabel Espín Alba, *Cláusula rebus sic stantibus en interpretación de los contratos: ¿y si viene otra crisis?*, Madrid (2020), pp. 110 a 114.

<sup>25</sup> Como ejemplos cercanos de esta línea jurisprudencial previa pueden citarse las sentencias del Tribunal Supremo de 27 de abril (RJ 2012, 4714) y 8 de octubre de 2012 (RJ 2012, 9027). En sentido favorable a poner en cuestión la imprevisibilidad de las crisis cíclicas de la economía, M<sup>a</sup> Ángeles Parra Lucán, “Riesgo imprevisible y modificación de los contratos”, *InDret* 4/2015 (2015), p. 23.

<sup>26</sup> Sentencias del Tribunal Supremo de 15 de octubre (RJ 2014, 6129) y 30 de junio de 2014 (RJ 2014, 3526). Es de destacar que el ponente de ambas sentencias fue el, por entonces, magistrado del Tribunal Supremo don Francisco Javier Orduña. Como se ha apuntado, el Profesor Javier Orduña ha formulado una propuesta de codificación de la cláusula *rebus*, pero no de acuerdo con la interpretación tradicional y, como veremos inmediatamente, actual de esta cláusula por nuestro Tribunal Supremo, sino coincidente con la interpretación que él mismo acuñó y promovió en las indicadas sentencias del 2014, interpretación que posteriormente no ha sido seguida por el Tribunal Supremo.

<sup>27</sup> En atención, se afirma, a su prudente aplicación derivada de su ineludible aplicación casuística, de la exigencia de su específico y diferenciado fundamento técnico y de su concreción funcional en el marco de la eficacia causal del contrato derivada de su imprevisibilidad contractual y de la ruptura de la base económica del mismo.

<sup>28</sup> Por ejemplo, los Principios Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales y los Principios del Derecho Europeo de los Contratos o Principios Lando.

<sup>29</sup> Sirvan como muestra, Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, “Cláusula *rebus sic stantibus*. Sentencia del Tribunal Supremo núm. 333/2014 de 30 de junio de 2014 (RJ 2014,3526)”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil* 97 enero-abril (2015), pp. 345-367 y Ángel Carrasco Perera, “Comentario a la sentencia de 15 de octubre de 2014. Reivindicación y defensa de la vieja doctrina *rebus sic stantibus*”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil* 98, mayo-agosto (2015), pp. 175 a 206; M<sup>a</sup> Ángeles Parra Lucán, “Riesgo imprevisible y modificación de los contratos”, *InDret* 4/2015 (2015), p. 43 y ss.

Un argumento relevante esgrimido para criticar ambas resoluciones del Tribunal Supremo reside en la notable incertidumbre e inseguridad jurídica que introduce en el régimen contractual la posibilidad de que cualquiera de las partes pueda acudir a los tribunales para tratar de reajustar los términos de un contrato previamente aceptados por el hecho de que la evolución y el resultado del mismo no son los que se habían anticipado sino otros distintos y ello por causas exógenas a la relación contractual—habitualmente, una crisis económica—. Además, la “nueva” propuesta de *rebus* atribuye al órgano jurisdiccional la función de decidir cómo ha de reajustarse la relación contractual y en qué medida. No parece aventurado suponer que el órgano jurisdiccional no es el mejor situado para llevar a cabo esa labor y menos si el propósito es, como parece lógico, proponer una solución estable y duradera en el tiempo; máxime cuando el punto de partida es el de unas circunstancias en el que ni siquiera las partes, presumiblemente con más información y experiencia, han sido capaces de diseñar y acordar una solución estable y duradera.

No se pone en tela de juicio la benignidad de intenciones ni tampoco la conveniencia de facilitar, en situaciones de grave crisis económica, la conservación de las relaciones contractuales, pero el coste en términos de seguridad jurídica, certidumbre y previsibilidad del régimen contractual —cualidades todas ellas esenciales para el correcto funcionamiento de un régimen jurídico de los contratos— derivado de aceptar esta reinterpretación de la cláusula *rebus* resultaría del todo inasumible. Infinidad de contratos en vigor quedarían sujetos a una gravísima inseguridad y expuestos a un bucle sin fin de sucesivas demandas de reequilibrio prestacional en función del ciclo económico y las situaciones en los mercados.

En este sentido, en sentencias posteriores —pero anteriores al estallido de la pandemia— el Tribunal Supremo ha regresado en gran medida a su pauta tradicional de aplicación contenida de la *rebus* llevando a cabo una aplicación notablemente más limitada y excepcional de esta doctrina. En esta última fase, declara que, si bien la reciente doctrina jurisprudencial había defendido una caracterización de la cláusula más flexible y adecuada a su naturaleza, no por ello debía prescindirse de una aplicación “*prudente y moderada*”, en función de la asignación legal o contractual de los riesgos derivados del contrato. De esta forma, con posterioridad a las dos sentencias de 2014 a las que se ha hecho referencia, se han dictado varias sentencias del Tribunal Supremo en las que esencialmente se ha vuelto a la interpretación tradicional de la *rebus*. De entre las sentencias dictadas con posterioridad a las del 2014 podemos destacar, sin ánimo de exhaustividad, las siguientes:

- (i) **STS de 6 de marzo de 2020** (RJ 2020,879): se resuelve un conflicto relativo a un contrato de cesión en exclusiva de la gestión, promoción y venta de espacios publicitarios en la televisión y radio públicas de Galicia. El contrato preveía una duración inicial de dos años, prorrogables sucesivamente. La retribución del prestador del servicio se fijaba mediante una escala porcentual sobre los ingresos obtenidos por las cadenas de televisión y radio, existiendo además un ingreso publicitario mínimo garantizado a estas entidades que, en caso de no cumplirse, obligaba al prestador del servicio a compensar a las cadenas de televisión y radio. En la prórroga anual del contrato (2008) el prestador no consigue satisfacer el mínimo garantizado. El Tribunal Supremo entiende que no es aplicable la *rebus*: (i) porque es más arduo apreciar la imprevisibilidad y, con ella, la aplicación de la cláusula *rebus*, en contratos de corta duración y (ii) porque al prorrogar el prestador del servicio conocía la existencia del mínimo, que incluía el riesgo de caída del mercado en el ámbito del contrato.

- (ii) **STS de 18 de julio de 2019** (RJ 2019,3599): en esta sentencia, el Tribunal Supremo rechaza aplicar la cláusula *rebus* en un contrato de compraventa de derechos de explotación de plantas solares. El argumento nuclear es que el contrato ya incluía una distribución de riesgos en forma de cláusula de revisión del precio de compra en caso de bajada del precio de la energía y la inherente a adquirir un proyecto en desarrollo.
- (iii) **STS de 18 de julio de 2019** (RJ 2019,3010): en este caso, el Tribunal Supremo deniega la aplicación de la cláusula *rebus* a los fiadores de una sociedad que incumple un préstamo con garantía hipotecaria suscrito para la construcción de una fábrica de células solares. Los fiadores-demandantes aducen que el cambio regulatorio en el ámbito de la energía solar y su régimen retributivo justifican la aplicación de la *rebus*.

El Tribunal Supremo descarta la aplicación de la cláusula *rebus* al caso por entender que “*el riesgo de que el deudor no pueda pagar es un riesgo típico del fiador y no se ve la razón por la que el fiador pueda liberarse de su obligación cuando ya resulta efectivamente obligado*” y porque “*el riesgo regulatorio es ajeno al acreedor que se limita a financiar y no debe soportar los riesgos de la actividad del deudor principal ni sufrir el daño de su insolvencia*”.

- (iv) **STS de 15 de enero de 2019** (RJ 2019,146): la sociedad NH Hoteles, S.A. suscribe un contrato con la entidad Jardín de Medina, S.A. para que esta última lleve a cabo la construcción de un complejo hotelero que NH se comprometía a arrendar durante 18 años. El contrato se modificó al finalizar la construcción para ajustar ciertos parámetros, entre ellos, la renta que NH debía abonar por el uso de las instalaciones hoteleras. El precio se componía de dos componentes: un precio mínimo garantizado y una retribución variable en función de los ingresos del hotel.

El Tribunal Supremo descarta la alegación del arrendatario de reducción de la renta por aplicación de la cláusula *rebus* al entender que el sistema de determinación del precio evidenciaba la previsión de las partes de que el importe mínimo asociado a los gastos iniciales podría no alcanzarse todos los años y, por tanto, la arrendataria asumió que podía incurrir en pérdidas. Igualmente, el hecho de que el contrato previese un mecanismo para que el arrendatario pusiera fin a la relación arrendaticia prematuramente, pagando una indemnización, es buena prueba de que se habían pactado mecanismos de asignación del riesgo de que el arrendamiento dejase de ser interesante económicamente para el arrendatario, sin necesidad de modificar los términos pactados para equilibrar las prestaciones recíprocas de las partes.

- (v) **STS de 9 de enero de 2019** (RJ 2019,5): en esta sentencia el Tribunal Supremo rechaza la pretensión de aplicación de la cláusula a un contrato de compra de un bono estructurado por entender que esta cláusula no es de aplicación en aquellos contratos en los que la incertidumbre es base determinante de la relación contractual. El riesgo de quiebra y de perder la totalidad de la inversión estaba previsto contractualmente e incluso puede sostenerse que constituye un riesgo intrínseco de ese tipo de relaciones.
- (vi) **STS de 3 de abril de 2018** (RJ 2018,1424): el contrato suscrito estipulaba un arrendamiento de local de negocio por un plazo de 25 años. Tras una novación, el plazo se extiende hasta los 30 años desde la firma de la novación. El arrendatario se

comprometía a permanecer en el inmueble durante los primeros 10 años y, en caso contrario, tendría que pagar las rentas restantes de esos 10 años.

El Tribunal Supremo descarta modular la pena contractualmente prevista por aplicación de la *rebus* por considerar que el contrato incluía una distribución de los riesgos entre las partes y permitía al arrendatario liberarse de sus obligaciones afrontando una determinada indemnización al arrendador.

- (vii) **STS de 20 de julio de 2017** (RJ 2017,3653): El Tribunal Supremo rechaza la aplicación de la cláusula *rebus* a un contrato de compra de un bono estructurado.
- (viii) **STS de 13 de julio de 2017** (RJ 2017,3962): en esta sentencia, el Tribunal Supremo rechaza aplicar la cláusula *rebus* para resolver un contrato de compraventa de vivienda por no haber conseguido el comprador financiación para la compra. El Tribunal Supremo señala que “*como regla general, la dificultad o imposibilidad de obtener financiación para cumplir un contrato es un riesgo del deudor, que no puede exonerarse alegando que no cumple sus obligaciones contractuales porque se han frustrado sus expectativas de financiarse*”. Asimismo, el Tribunal indica que la falta de acceso a la financiación solo podría constituir una alteración imprevisible de las circunstancias existentes en el momento de contratar si se hubiese acreditado la imposibilidad imprevisible de obtener financiación.
- (ix) **STS de 30 de abril de 2015** (RJ 2015,2019): el Tribunal Supremo rechaza la aplicación de la cláusula *rebus* a un contrato de compraventa de inmueble al entender que, dado que el comprador se dedicaba a la compraventa de inmuebles con fines especulativos, el riesgo de bajada del precio de los activos inmobiliarios y la dificultad de encontrar financiación no constituían riesgos imprevisibles.

En definitiva, salta a la vista que las dos sentencias dictadas por el Tribunal Supremo en el año 2014 no constituyen más que una anomalía de breve duración en lo que por lo demás constituye una asentada jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la cláusula *rebus*. Jurisprudencia que, como hemos tenido oportunidad de analizar, reconoce con cautela y restricción la posibilidad de modificar las obligaciones contractuales por cambios en las circunstancias. Especialmente cuando se trata de cambios derivados del ciclo económico o de la evolución del mercado.

#### 3.2.4 Efectos de la aplicación de la *rebus*

Aunque de conformidad con algunas opiniones académicas el resultado más razonable de la aplicación de la *rebus* respecto de contratos de larga duración debiera ser la resolución del contrato<sup>30</sup>, la jurisprudencia española ha negado la viabilidad de los efectos resolutorios como punto de partida para la solución de la alteración extraordinaria de circunstancias, y ha apuntado

---

<sup>30</sup> En realidad, como tendremos ocasión de comprobar en el examen del Derecho comparado, hay distintos sistemas jurídicos que dan preferencia a la resolución sobre la modificación del contrato en el tratamiento de la alteración sobrevenida de las circunstancias. Incluso, como se verá, en la visión original –en los años 20 del siglo pasado– de la desaparición de la base del negocio en Alemania, el sistema jurídico que ha abanderado la modificación contractual por alteración de la base del negocio, la solución por defecto era la resolución del contrato, salvo que la contraparte aceptase en lugar de la resolución un ajuste del contenido contractual a las nuevas circunstancias, pero no se admitía una pretensión principal dirigida a la modificación de las obligaciones contractuales.



a la preferencia de consecuencias consistentes en la modificación o variación de los términos del contrato<sup>51</sup>.

De conformidad con abundante jurisprudencia del Tribunal Supremo, la modificación del contenido del contrato debe orientarse a restablecer el desequilibrio generado en las respectivas obligaciones de las partes y a adaptar los términos del correspondiente contrato a las nuevas (alteradas) circunstancias, de tal forma que se preserve la intención inicial de las partes en el nuevo escenario posterior al cambio de circunstancias.

A este respecto, debe tenerse en cuenta el principio de congruencia procesal, que limita los poderes discrecionales de los órganos judiciales a lo solicitado por las partes en sus respectivas pretensiones. Por tanto, si un juez o tribunal debe aplicar la *rebus*, tan sólo podrá acordar modificaciones contractuales que hayan sido solicitadas por las partes, pero no podrá por él mismo imponer a las partes cambios o modificaciones más allá de lo que cualquiera de ellas hubiera solicitado<sup>52</sup>.

### 3.2.5 *El Derecho navarro*

En Derecho navarro, la Ley 498 del Fuero Nuevo, según la redacción que ofrece la Ley Foral 21/2019, de 4 de abril, de modificación y actualización de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra o Fuero Nuevo, establece una formulación legislativa de la cláusula *rebus*.

*“Ley 498. “Rebus sic stantibus”.*

*Quando 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 esta solicitar la revisión judicial para que se modifique la obligación en términos de equidad o se declare su resolución.”*

En realidad, este precepto se limita a reproducir el párrafo tercero de la Ley 493 de la originaria del Fuero Nuevo (1973), que recogía de forma bastante fidedigna la doctrina jurisprudencial tradicional de la cláusula *rebus* en España<sup>53</sup>.

### 3.2.6 *El D-L catalán 34/2020*

El 20 de octubre de 2020 el Gobierno de la Generalidad de Cataluña aprobó el D-L 34/2020. Esta nueva norma catalana sobre materia contractual en tiempos de emergencia se ocupa de las actividades industriales o comerciales que se vean afectadas por medidas adoptadas por la autoridad competente de suspensión o de restricción de aprovechamiento material de inmuebles para desarrollar tales actividades. Las medidas en que parece pensar de forma prioritaria el ejecutivo catalán en el D-L 34/2020 son las puestas en vigor por la Resolución SLT/2546/2020, de 15 de octubre y, singularmente, la suspensión de la actividad de restauración (salvo por lo que se

---

<sup>51</sup> Vid. Ángel Carrasco Perera, *Derecho de Contratos*, 2ª ed., Aranzadi, Cizur Menor (2017) p. 973.

<sup>52</sup> Vid. Ángel Carrasco Perera, *Derecho de Contratos*, 2ª ed., Aranzadi, Cizur Menor (2017) p. 973.

<sup>53</sup> Así resulta del análisis de las escasas resoluciones judiciales del Tribunal Superior de Justicia de Navarra que se pronuncian sobre la cláusula *rebus* (Sentencias de 24 de mayo de 1995 y 2 de abril de 2003).

refiere a la entrega a domicilio) y la reducción del aforo en establecimientos y locales de comercio minorista.

El D-L 34/2020 atribuye a los arrendatarios afectados (por las medidas del 15 de octubre de 2020 y otras posteriores de parecido signo que puedan adoptarse) la facultad de requerir al arrendador el inicio de una negociación para modificar las condiciones del contrato de arrendamiento. Si en el plazo de un mes no llegan los contratantes a un acuerdo, se imponen las modificaciones del contrato que establece el D-L: (i) en caso de que el local se hubiera visto afectado por una medida pública de suspensión, la reducción de un 50% en la renta y en las restantes cantidades (repercusión de gastos e impuestos) que deba el arrendatario al arrendador por el entero período de suspensión; (ii) en caso de que el inmueble hubiera sido afectado por una medida de restricción parcial de su aprovechamiento material -limitación de aforo o de horario, restricción de uso de ciertas instalaciones o zonas-, la reducción en la renta y demás cantidades en “una proporción igual a la mitad de la pérdida del aprovechamiento del inmueble”<sup>34</sup>. Estas disminuciones de renta y demás importes serán efectivas desde la fecha del requerimiento dirigido por el arrendatario al arrendador para modificar las condiciones del contrato.

El régimen del D-L 34/2020, por virtud de su disposición transitoria, prevalece sobre los acuerdos novatorios del contrato de arrendamiento pactados, a la vista de la pandemia y de las medidas públicas para combatirlo, si tales acuerdos fueran anteriores a la entrada en vigor del D-L 34/2020. Finalmente, si la suspensión excede de tres meses, el arrendatario puede desistir del contrato sin penalización alguna (es de suponer que también es así cuando había penalizaciones previstas en el contrato para el caso de que el arrendatario no cumpliera el período contractual pactado).

Caben dudas de constitucionalidad en torno al D-L 34/2020 en relación con los arts. 14, 33 y 149.1.8ª CE. Aunque la dimensión constitucional es relevante, interesa destacar dos cuestiones distintas. De una parte, que se trata de un régimen enormemente imperfecto y que deja notables incertidumbres en cuanto a su aplicación<sup>35</sup> a pesar de su aparente simplicidad. De otra, que la nueva norma catalana –inspirada y alentada por un cierto sector doctrinal que ha abogado por medidas en esta línea<sup>36</sup>– introduce un régimen de emergencia contractual sin parangón en nuestro entorno político y jurídico y, además, manifiesta sensible ignorancia acerca de los perniciosos efectos que la normativa va a traer consigo<sup>37</sup>.

---

<sup>34</sup> El art. 2.1.c) del D-L 34/2020 se encarga de precisar que estas reducciones de renta no se ven afectadas (i.e. disminuidas) por efecto de los ingresos que el arrendatario pueda obtener del servicio a domicilio o recogida en el establecimiento que pudiera desarrollar el arrendatario.

<sup>35</sup> Véase, Ángel Carrasco Perera, “Alquileres catalanes anti-COVID. Una antología de Derecho malo”, *CESCO* (2020).

<sup>36</sup> Francisco Javier Orduña Moreno, *Cláusula Rebus y Modernización del Derecho Contractual; tratamiento doctrinal y jurisprudencial*, Francis Lefevre (2020); Francisco Javier Orduña Moreno, Vicente Magro Servet, Antonio Salas Carceller, en Alejandro Fuentes-Lojo (coord): “Cláusula rebus sic stantibus y arrendamiento de local de negocio. La posible suspensión del contrato” *Actualidad Civil*, núm. 4, abril 2020 (2020); Matilde Cuenca Casas, “Pandemia por coronavirus y contratos de arrendamiento. Propuestas de solución”, en *El Notario del siglo XXI*, núm. 90, marzo-abril 2020 (2020); Matilde Cuenca Casas, “Moratoria en los arrendamientos de locales de negocio y suspensión de actividad económica a causa de la pandemia por COVID-19. Legislando para la foto”, *Hay Derecho* (2020).

<sup>37</sup> Fernando Gómez Pomar, “Después de diez años”, *InDret* 4/2020 (2020).

La norma es insólita en los países de nuestro entorno<sup>38</sup>. Durante la emergencia sanitaria casi ningún país ha adoptado medidas relativas a la renta en contratos de arrendamiento y aquellos que lo han hecho (España y Portugal) optaron por moratorias y no por trasladar sobre los arrendadores las disminuciones de facturación de los arrendatarios<sup>39</sup>. Sí estuvieron, en cambio, más extendidas en nuestros vecinos de la UE modificaciones legales que suspendieron las facultades de los arrendadores para resolver el contrato o aplicar cláusulas penales por falta de pago del arrendador en un corto período de tiempo a causa de problemas de liquidez ligados a las medidas de combate frente al contagio<sup>40</sup>.

#### 4. La situación del cambio de circunstancias en el contrato en Derecho comparado

##### 4.1 Alemania

El sistema jurídico alemán ha sido decisivo para la configuración moderna de las reglas y doctrinas relativas a la alteración sobrevenida de las circunstancias con el desarrollo de la doctrina de la desaparición de la base del negocio (*Wegfall der Geschäftsgrundlage*)<sup>41</sup>. Desde la reforma de su Derecho de obligaciones y contratos de 2002, Alemania cuenta, además, con una disposición legal relativa al cambio extraordinario de circunstancias, el §313 de su Código Civil (BGB). Este responde, en su concepción y en su redacción, a la experiencia alemana en la materia durante el siglo XX.

El precepto codificado reza así en alemán:

*“§ 313 Störung der Geschäftsgrundlage*

*(1) Haben sich Umstände, die zur Grundlage des Vertrags geworden sind, nach Vertragsschluss schwerwiegend verändert und hätten die Parteien den Vertrag nicht oder mit anderem Inhalt geschlossen, wenn sie diese Veränderung vorausgesehen hätten, so kann Anpassung des Vertrags verlangt werden, soweit einem Teil unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls, insbesondere der vertraglichen oder gesetzlichen Risikoverteilung, das Festhalten am unveränderten Vertrag nicht zugemutet werden kann.*

*(2) Einer Veränderung der Umstände steht es gleich, wenn wesentliche Vorstellungen, die zur Grundlage des Vertrags geworden sind, sich als falsch herausstellen.*

<sup>38</sup> Tan solo en Italia ha habido una intervención puntual para reducir la renta arrendaticia, si bien limitada a un segmento muy concreto, el de los establecimientos deportivos privados Art. 216, apartado 3, Decreto Rilancio.

<sup>39</sup> La notable diferencia entre moratoria y traslado de la pérdida de facturación mediante suspensión del contrato o reducciones de renta se acredita en Juanjo Ganuza y Fernando Gómez Pomar, “Los instrumentos para intervenir en los contratos en tiempos de COVID-19: guía de uso”, *InDret 2/2020* (2020), p. 577-579.

<sup>40</sup> Sobre estas medidas en distintos países, Juanjo Ganuza y Fernando Gómez Pomar, “Los instrumentos para intervenir en los contratos en tiempos de COVID-19: guía de uso”, *InDret 2/2020* (2020), p. 572-573. Para España, María Paz García Rubio, “Medidas regladas en materia de contratos con motivo del COVID-19 en España”, *Revista de Derecho civil*, nº 2/2020 (2020), p. 15 y ss. Para Francia, Ricardo Pazos, “La respuesta del derecho de obligaciones y contratos francés ante la pandemia de COVID-19”, en *Revista de Derecho civil* nº 2/2020 (2020), p. 64 y ss.

<sup>41</sup> Sobre la misma, su origen, evolución y acogimiento legislativo, en español, *vid.* Luz Martínez Velencoso, “La doctrina de la base del negocio en el derecho alemán: antecedentes y nueva regulación en el §313 BGB”, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* (2004), p. 283.

(3) *Ist eine Anpassung des Vertrags nicht möglich oder einem Teil nicht zumutbar, so kann der benachteiligte Teil vom Vertrag zurücktreten. An die Stelle des Rücktrittsrechts tritt für Dauerschuldverhältnisse das Recht zur Kündigung.*”

En español puede traducirse de esta forma:

“(1) *Cuando, tras la celebración del contrato, circunstancias tomadas como base del mismo se alteraran gravemente y las partes, caso de haber previsto la alteración, no hubieran celebrado el contrato o lo hubieran celebrado con un contenido diverso, se puede exigir la adaptación del contrato, siempre que a una parte, considerando todas las circunstancias del caso, y en particular la asignación contractual o legal de riesgos, no le fuera exigible permanecer en el contrato sin ser este modificado.*

(2) *También se da una alteración de circunstancias cuando se revelan falsas representaciones fundamentales que constituyen la base del contrato.*

(3) *Cuando la adaptación del contrato no es posible, o no es exigible a una parte, puede la parte perjudicada resolver el contrato. En lugar de la resolución, para las relaciones contractuales duraderas, corresponde la terminación del contrato (sin efecto retroactivo).*”

La adopción de este precepto en 2002 no pretendía una ruptura de la situación anterior, sino la codificación en el BGB de la posición jurisprudencial y doctrinal asentada en Alemania desde los años 20 del siglo XX<sup>42</sup>. En su redacción original, el BGB había rechazado explícita y tajantemente incorporar tanto la doctrina civil-canónica de la Europa del Medievo y de la Edad Moderna expresada en la idea de la cláusula tácita *rebus sic stantibus*, como la versión actualizada por Windscheid de la presuposición, que sin llegar a configurar un determinado estado de cosas como condición tácita, entendía que suponía un marco de presupuestos comunes o, al menos, reconocible por ambas partes, para la eficacia del contrato<sup>45</sup>.

Sin embargo, pocos años después, en su sentencia de 3 de febrero de 1923, el Tribunal Imperial alemán (*Reichsgericht*) adoptó la noción de base del negocio<sup>44</sup> para enfrentarse a casos de

---

<sup>42</sup> Gerhard Hohloch, “§313”, en Harm-Peter Westermann (ed.), *Erman Bürgerliches Gesetzbuch*, 11ª ed. Münster-Köln (2004), Rn 5; Dirk Looschelders, *Schuldrecht. Allgemeiner Teil*, 4ª ed., Köln (2006), Rn 770; Hannes Rösler, “Hardship in German Codified Private Law – In Comparative Perspective to English, French and International Contract Law”, *European Review of Private Law* (2007), p. 488; Thomas Rübner, “Change of Circumstances”, en Nils Jansen y Reinhard Zimmermann (eds.), *Commentaries on European Contract Laws*, Oxford (2018), p. 906; Thomas Finkenauer, “§313”, en *Münchener Kommentar zum BGB*, 8ª ed., München (2019), Rn 26; Klaus Peter Berger y Daniel Behn, “Force Majeure and Hardship in the Age of Corona: A Historical and Comparative Study”, *McGill Journal of Dispute Resolution* (2020), p. 124.

<sup>45</sup> Sobre los orígenes históricos de las doctrinas sobre alteración de circunstancias, *vid.* Sebastian Martens, “Methodenfragen und die Behandlung von Grundlagenstörungen im Europäischen Privatrecht”, en *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* (2017), p. 603 y ss.; Thomas Rübner, “Change of Circumstances”, en Nils Jansen y Reinhard Zimmermann (eds.), *Commentaries on European Contract Laws*, Oxford (2018), p. 900; Andreas Thier, en Ewoud Hondius y Hans Christoph Grigoleit (eds.), *Unexpected Circumstances in European Contract Law*, Cambridge (2011), p. 15 y ss.

<sup>44</sup> La doctrina de la base del negocio había sido desarrollada poco antes por Paul Oertmann (yerno de Windscheid, por cierto), en su celebrada monografía, *Geschäftsgrundlage- Ein neuer Rechtsbegriff*, A. Deichert, Leipzig (1921). Oertmann define (p. 27) la base del negocio como la representación común de las partes o la representación de una parte reconocible por la contraparte, al tiempo de contratar, acerca de la existencia o aparición de ciertas circunstancias sobre las que se sustenta la voluntad negocial.

alteración grave de las circunstancias desde la celebración del contrato, tomando como apoyo normativo el principio general de buena fe del BGB (§242).

En concreto, hubo de enfrentarse el máximo órgano judicial civil alemán con un caso en el que pudo introducir la noción de desaparición o alteración de la base del negocio que se había formulado doctrinalmente muy poco antes. Se trataba de la compraventa de una participación en un negocio de hilaturas de vicuña concertado en mayo de 1919, pactándose para enero de 1920 la entrega y el pago de la mitad del precio (la otra mitad se aplazaba un año más). En el ínterin, la inflación galopante había hecho perder en unos meses más del 80% del poder de compra a la moneda alemana. En medio de uno de los mayores episodios conocidos de hiperinflación (que alcanzó su cénit precisamente en ese año de 1923 en que dictó su sentencia el Tribunal), se entendió que el equilibrio entre prestación y contraprestación constituía la base del contrato acordado, y que el cambio de circunstancias monetarias la había hecho caer. El Tribunal, además, y diversamente a lo que tradicionalmente se entendía tanto en relación con la cláusula *rebus* como a la presuposición, no consideró que debía declararse la ineficacia del contrato, sino tan solo la modificación de su contenido para adaptarlo a las nuevas circunstancias o el derecho a resolverlo por quien se veía perjudicado por la alteración de la base contractual<sup>45</sup>.

La doctrina de la base del negocio (y su codificación en el BGB) no ha estado exenta de críticas en Alemania provenientes de opiniones muy autorizadas<sup>46</sup>. Sin embargo, su uso por los tribunales y la doctrina mayoritaria se ha impuesto de manera generalizada y finalmente su versión actual ha sido codificada en el §313 BGB.

El papel de la doctrina de la base del negocio en derecho alemán es, a pesar de su innegable influencia sobre otros sistemas jurídicos y sobre los textos internacionales en materia contractual (Principios Lando, Principios Unidroit, Marco Común de Referencia, Normativa común de compraventa europea), relativamente singular.

Por una parte, porque la doctrina de la base del negocio tiene un campo de aplicación muy amplio. Es de aplicación general a todos los contratos, con independencia de su naturaleza, duración y ámbito (por ejemplo, se aplica a los de Derecho de familia)<sup>47</sup>. Además, se emplea para ofrecer criterios de solución a cuestiones que, en otros sistemas legales, cuentan con reglas o conceptos propios para guiar la decisión jurídica. Por ejemplo, en Derecho alemán se utiliza la

---

<sup>45</sup> Diversamente a la evolución posterior de la jurisprudencia y la doctrina alemanas y al actual texto del §313 BGB, la Sentencia no establece que exista una pretensión judicialmente ejercitable tendente a la adaptación o modificación del contrato. De hecho, la Sentencia expresamente niega que el juez tenga esta facultad salvo que la ley se la atribuya –así lo hace ahora el BGB, pero entonces no lo hacía–. Sin embargo, enfatiza el Tribunal Imperial alemán la conveniencia de la preservación de la relación contractual y condiciona el derecho a resolver de quien resulta negativamente afectado por el cambio de circunstancias a que formule una oferta de adaptación del contrato a la contraparte que esta se niegue a aceptar. Solo entonces cabe resolver el contrato. Por otra parte, esto es lo que había defendido Paul Oertmann, *Geschäftsgrundlage- Ein neuer Rechtsbegriff*, Leipzig (1921), p. 159 y es lo que luego recogerá el art. 1467 del Código Civil italiano: Thomas Rübner, “Change of Circumstances”, en Nils Jansen y Reinhard Zimmermann (eds.), *Commentaries on European Contract Laws*, Oxford (2018), p. 908.

<sup>46</sup> Entre otros, Werner Flume, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, vol. II, Berlin-Heidelberg (1979), p. 526; Ulrich Huber, “Das geplante Recht der Leistungstörungen”, en Wolfgang Ernst y Reinhard Zimmermann (eds.), *Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform*, Tübingen (2001), p. 31.

<sup>47</sup> Gerhard Hohloch, “§313”, en Harm Peter Westermann (ed.), *Erman Bürgerliches Gesetzbuch*, 11ª ed. Münster-Köln (2004), Rn 11 y ss.; Dirk Looschelders, *Schuldrecht. Allgemeiner Teil*, 4ª ed., Köln (2006), Rn 771; Thomas Finkenauer, “§313”, en *Münchener Kommentar zum BGB*, 8ª ed., München (2019), Rn 47 y ss.

base del negocio para los casos de error común sobre la causa o sobre los elementos esenciales del contrato<sup>48</sup>, pues en el BGB las reglas sobre vicios del consentimiento tan solo cubren el error unilateral. De manera similar, el Derecho alemán no conoce el concepto de fuerza mayor<sup>49</sup>, por lo que este tampoco puede emplearse para resolver cuestiones (de responsabilidad, de modificación o resolución del contrato) ligadas a factores que hacen imposible o extraordinariamente gravosa la ejecución de la prestación<sup>50</sup>. Finalmente, y con influencia no menor, la especial preferencia otorgada en Derecho alemán al cumplimiento *in natura* de las obligaciones contractuales y la reducida flexibilidad ofrecida en él a los remedios monetarios en el contrato.

También el propio concepto de la base del negocio se configura con enorme amplitud, pues comprende varias categorías desarrolladas doctrinalmente. Así, incluye la base subjetiva del negocio, esto es, la representación común, o individual pero reconocible por la contraparte, relativa a circunstancias futuras sobre las cuales se sustenta la voluntad contractual. Pero también la base objetiva, esto es, las circunstancias sobre cuya continuación o mantenimiento de manera objetiva se apoya la posibilidad del acuerdo entre las partes. Se distingue igualmente entre “grande” y “pequeña” base del negocio. La primera (*grosse Geschäftsgrundlage*) se refiere a las condiciones políticas, sociales y económicas que ofrecen el marco global e institucional de los contratos (y, por ello, de cualquiera de ellos en particular). La segunda (*kleine Geschäftsgrundlage*) apunta a las circunstancias singulares y particulares cuya continuidad juega un papel determinante en una particular relación contractual<sup>51</sup>.

Al mismo tiempo, son constantes en la doctrina alemana las advertencias acerca de la extrema cautela con que debe emplearse la doctrina de la base del negocio, las incertidumbres que rodean su aplicación, incluso tras 100 años de elaboración doctrinal y jurisprudencial y, por tanto, la necesidad de un uso restrictivo de la misma<sup>52</sup>. Se llega incluso a recordar el viejo adagio de *odiosa*

---

<sup>48</sup> Sebastian Martens, “Methodenfragen und die Behandlung von Grundlagenstörungen im Europäischen Privatrecht”, en *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* (2017), p. 623 defiende la existencia de un principio común subyacente al tratamiento del cambio sobrevenido de circunstancias y al error común, algo que no resulta comprensible y que la mayoría de los sistemas jurídicos rechazan.

<sup>49</sup> Gerhard Wagner, “Corona Law”, *Zeitschrift für europäisches Privatrecht* (2020), p. 535.

<sup>50</sup> Naturalmente, el Derecho alemán contempla la imposibilidad de la prestación (a la que se equipara la extraordinaria dificultad desproporcionada con el interés de cumplimiento del acreedor), pero desconoce la noción de fuerza mayor como categoría que incide sobre las consecuencias jurídicas de la imposibilidad de la prestación. La imposibilidad de la prestación se regula en el §275 BGB, cuyos dos primeros apartados establecen:

“(1) Der Anspruch auf Leistung ist ausgeschlossen, soweit diese für den Schuldner oder für jedermann unmöglich ist.

(2) Der Schuldner kann die Leistung verweigern, soweit diese einen Aufwand erfordert, der unter Beachtung des Inhalts des Schuldverhältnisses und der Gebote von Treu und Glauben in einem groben Missverhältnis zu dem Leistungsinteresse des Gläubigers steht. Bei der Bestimmung der dem Schuldner zuzumutenden Anstrengungen ist auch zu berücksichtigen, ob der Schuldner das Leistungshindernis zu vertreten hat.”

<sup>51</sup> Gerhard Hohloch, “§313”, en Harm Peter Westermann (ed.), *Erman Bürgerliches Gesetzbuch*, 11ª ed. Münster-Köln (2004), Rn 7 y ss.; Thomas Finkenauer, “§313”, en *Münchener Kommentar zum BGB*, 8ª ed., München (2019), Rn 12 y ss.

<sup>52</sup> Thomas Finkenauer, “§313”, en *Münchener Kommentar zum BGB*, 8ª ed., München (2019), Rn 5 y 52; Dieter Medicus y Stephan Lorenz, *Schuldrecht I: Allgemeiner Teil*, 21ª ed., München (2015) Rn 561; Arndt Teichmann, en Beate Gsell (ed.), *Soergel Bürgerliches Gesetzbuch*, Vol. V, 13ª ed., Stuttgart (2014), Rn 30;

*sunt restringenda* para orientar la aplicación de la doctrina de la base del negocio<sup>53</sup>. Por tanto, nada hay más alejado de una institución del derecho de contratos “normal” o “normalizable” que la doctrina de la alteración de la base del negocio. Constituye una institución excepcional, por muy codificada que esté desde 2002 y por amplia que sea su base potencial de aplicación (que lo es).

En todo caso, de la práctica judicial y la interpretación doctrinal de la doctrina de la base del negocio pueden deducirse algunas pautas firmes para el entendimiento de la doctrina de la base del negocio en Derecho alemán para afrontar el cambio de circunstancias relevantes para el contrato.

En primer lugar, la doctrina es de aplicación estrictamente subsidiaria. En un doble sentido. Por un lado, no cabe acudir a la misma si la situación para un contratante que su aplicación podría evitar podría sustancialmente obtenerse bien por la aplicación de alguna otra norma legal que ofreciera un remedio o paliativo, bien por vía de modificación del contrato al contratante afectado. De manera aún más importante, porque no cabe utilizar la base del negocio para alterar la distribución de riesgos explícitamente acordada en el contrato o implícitamente deducible del propio contenido del contrato, la naturaleza o tipo del contrato o las reglas legales que lo gobiernan<sup>54</sup>.

Los presupuestos para la aplicación del §313 BGB son los siguientes<sup>55</sup>:

- (i) presencia de una determinada circunstancia o conjunto de circunstancias (en lo que se refiere a su existencia, alcance, magnitud o pervivencia) que constituye “la base del contrato”, en cualquiera de las manifestaciones de la misma que se admiten doctrinalmente (base subjetiva u objetiva, base “grande” o “pequeña”);
- (ii) alteración grave de la base del negocio que tenga una incidencia directa sobre un determinado contrato y, singularmente, sobre el equilibrio de prestaciones previstas en el mismo. No exige la ley alemana (de manera intencional) que la alteración de circunstancias fuera imprevisible (aún menos, por tanto, radicalmente imprevisible) aunque la doctrina señala las dificultades, que no imposibilidad, de

---

Hannes Unberath, “Long-Term Contracts and the DCFR - Interpretation and Adjustment”, en Gerhard Wagner (ed.), *The Common Frame of Reference: A View from Law & Economics*, München (2009), p. 152-153.

<sup>53</sup> Thomas Rüfner, “Change of Circumstances”, en Nils Jansen y Reinhard Zimmermann (eds.), *Commentaries on European Contract Laws*, Oxford (2018), p. 910.

<sup>54</sup> Gerhard Hohloch, “§313”, en Harm Peter Westermann (ed.), *Erman Bürgerliches Gesetzbuch*, 11<sup>a</sup> ed. Münster-Köln (2004), Rn 32, 19-20; Antonis Karampatzos, “Supervening Hardship as Subdivision of the General Frustration Rule: A Comparative Analysis with Reference to Anglo-American, German, French and Greek Law”, *European Review of Private Law* (2005), p. 126-127; Dirk Looschelders, *Schuldrecht. Allgemeiner Teil*, 4<sup>a</sup> ed., Köln (2006), Rn 772-773; Thomas Finkenauer, “§313”, en *Münchener Kommentar zum BGB*, 8<sup>a</sup> ed., München (2019), Rn 52, 59 y ss. Sin embargo, hay opiniones doctrinales que entienden que el §313 BGB es una regla imperativa e irrenunciable, dada su conexión con la regla fundamental de la buena fe: Hannes Rösler, “Hardship in German Codified Private Law – In Comparative Perspective to English, French and International Contract Law”, *European Review of Private Law* (2007), p. 490.

<sup>55</sup> Gerhard Hohloch, “§313”, en Harm Peter Westermann (ed.), *Erman Bürgerliches Gesetzbuch*, 11<sup>a</sup> ed. Münster-Köln (2004), Rn 17 y ss.; Dirk Looschelders, *Schuldrecht. Allgemeiner Teil*, 4<sup>a</sup> ed., Köln (2006), Rn 776-783; Thomas Finkenauer, “§313”, en *Münchener Kommentar zum BGB*, 8<sup>a</sup> ed., München (2019), Rn 54 y ss.

aplicar la doctrina de la base del negocio en presencia de cambios de circunstancias que podían ser previstos por ambas partes o por una de ellas<sup>56</sup>; e

- (iii) inexigibilidad (*Unzumutbarkeit*) para la parte afectada negativamente por el severo cambio de circunstancias de mantener su vinculación a los términos originales del contrato. La inexigibilidad no supone simplemente la constatación de un empeoramiento, incluso grave, de la posición de un contratante a resultas de las nuevas circunstancias caso de continuar observándose el contenido inicial del contrato, sino que persigue evitar una situación incompatible con la justicia y la buena fe, de forma que el mantenimiento del contrato original supondría ineludiblemente una situación intolerable para un contratante. La doctrina es unánime al señalar que este análisis –decisivo– sobre la intolerabilidad de mantener el contrato en sus términos no debe hacerse atendiendo únicamente a la perspectiva y al interés de una sola de las partes, sino a la de ambas. Por otra parte, también se señala que esta indagación debe realizarse con base exclusivamente en criterios y factores inmanentes a la relación contractual individualmente considerada, sin prestar atención a elementos ajenos a la misma (por ejemplo, si las pérdidas bajo un contrato se ven compensadas por ganancias en otras relaciones diversas)<sup>57</sup>. Desde un punto de vista económico, la inexigibilidad puede fundarse en una ruptura de la equivalencia como consecuencia de un menor valor de la contraprestación que se va a recibir, así como en un incremento sustancial del coste de realización de la propia prestación.

Concurriendo todos estos presupuestos, entrarían en acción las consecuencias jurídicas previstas en el §313 BGB. Estas consecuencias no son automáticas, sino que requieren el ejercicio de una pretensión orientada a alcanzar alguno de los dos efectos previstos en la norma. En principio, la pretensión que puede plantear el contratante que quiera beneficiarse de la regla de la alteración de la base del negocio se refiere a la adaptación del contrato al cambio de circunstancias. Contrariamente a lo que había sido la posición de Oertmann y del propio Tribunal Imperial alemán en el mencionado *Vigogne-Spinnerei-Fall*, el Tribunal Supremo Federal, posteriormente había reorientado las consecuencias de la aplicación de la base del negocio de forma decidida en favor de la modificación del contrato con preferencia a la resolución o terminación, de modo que la misma solo cabría como *ultima ratio* cuando la conservación del contrato una vez modificado para ajustarlo a la alteración de circunstancias fuera a su vez inexigible (*unzumutbar*) para alguna de las partes.

La codificación del 2002 ha mantenido esta posición jurisprudencial en la redacción del §313 BGB. Solo excepcionalmente, por tanto, cuando la modificación del contenido del contrato para acompañarlo al cambio de circunstancias fuera imposible, o cuando tras la modificación la

---

<sup>56</sup> Gerhard Hohloch, “§313”, en Harm Peter Westermann (ed.), *Erman Bürgerliches Gesetzbuch*, 11ª ed. Münster-Köln (2004), Rn 24; Thomas Finkenauer, “§313”, en *Münchener Kommentar zum BGB*, 8ª ed., München (2019), Rn 74.

<sup>57</sup> Gerhard Hohloch, “§313”, en Harm Peter Westermann (ed.), *Erman Bürgerliches Gesetzbuch*, 11ª ed. Münster-Köln (2004), Rn 27 y ss.; Thomas Finkenauer, “§313”, en *Münchener Kommentar zum BGB*, 8ª ed., München (2019), Rn 76-77.



posición contractual de alguna de las partes fuera intolerable, cabe acudir a la resolución o terminación del contrato.

Los ámbitos de aplicación más habituales de la doctrina de la base del negocio han sido los de ruptura de la equivalencia de prestaciones como consecuencia de fenómenos económicos de dramática envergadura (hiperinflación, caída o alza extraordinaria de precios), pérdida de valor de una de las prestaciones como consecuencia de cambios normativos, incremento excepcional del coste de realización de prestaciones de hacer como consecuencia de factores ambientales o materiales, así como frustración del fin del contrato como consecuencia de medidas obligatorias relativas a lugar y tiempo de realización de la prestación pactada<sup>58</sup>.

Para concluir con el análisis del Derecho alemán es conveniente realizar una breve referencia a la conexión de la regla de la alteración de la base del negocio y las circunstancias singulares derivadas de la pandemia del COVID-19. El punto de partida es que la doctrina alemana considera de manera general que el recurso al §313 BGB no es el adecuado en situaciones de emergencia catastrófica que afectan de manera generalizada a los contratantes y a los ciudadanos en general. Para intervenir eficazmente en estas situaciones no se puede confiar en la aplicación de la base del negocio, sino que intervenciones especiales del legislador mediante la oportuna normativa de emergencia resultan imprescindibles<sup>59</sup>.

De hecho, esto es lo que ha ocurrido con ocasión de los efectos sociales, económicos y jurídicos del COVID-19. En efecto, la ley alemana de 27 de marzo de 2020 ha aprobado medidas generales de adaptación de contratos en vigor a la emergencia. Allí se han introducido medidas de carácter variado: una moratoria de pagos en favor de consumidores y pymes especialmente afectados por la situación, una suspensión de resoluciones y desahucios de arrendamientos de inmuebles, tanto residenciales como comerciales, por impagos de renta debidos al COVID-19 hasta final de junio de 2020, así como aplazamientos legales y suspensión de vencimientos anticipados en créditos a consumidores<sup>60</sup>. El § 313 BGB no ha sido visto –con acierto y también con naturalidad– como solución efectiva en estos momentos.

Lo anterior no quiere decir que el § 313 BGB haya quedado postergado, no digamos ya, “suspendido de facto” en relación con el impacto de la pandemia y de las medidas públicas adoptadas en una gran variedad de terrenos para combatirla. Hay un sector de la doctrina alemana<sup>61</sup> que considera que la regla de la alteración de la base del contrato puede ofrecer una vía para modificar el contenido de los contratos para repartir entre los contratantes algunos de

---

<sup>58</sup> Dirk Looschelders, *Schuldrecht. Allgemeiner Teil*, 4ª ed., Köln (2006), Rn 787 y ss.; Thomas Finkenauer, “§313”, en *Münchener Kommentar zum BGB*, 8ª ed., München (2019), Rn 184 y ss.

<sup>59</sup> Gerhard Hohloch, “§313”, en Harm Peter Westermann (ed.), *Erman Bürgerliches Gesetzbuch*, 11ª ed. Münster-Köln (2004), Rn 9; Thomas Finkenauer, “§313”, en *Münchener Kommentar zum BGB*, 8ª ed., München (2019), Rn 44.

<sup>60</sup> Sobre estas medidas, véase Martin Schmidt-Kessel y Christina Möllnitz, “Coronavertragsrecht – Sonderregeln für Verbraucher und Kleinunternehmen”, *Neue Juristische Wochenschrift* (2020), p. 1103; Matthias Lehmann, “Las medidas legislativas alemanas relacionadas con la crisis del COVID-19 en el ámbito del Derecho civil”, *Revista de Derecho Civil* (2020), nº 2 especial, mayo 2020, p. 3.

<sup>61</sup> Gerhard Wagner, “Corona Law”, *Zeitschrift für europäisches Privatrecht* (2020), p. 536-539; Marc-Philippe Weller, Markus Lieberknecht y Victor Habrich, “Virulente Leistungsstörungen - Auswirkungen der Corona-Krise auf die Vertragsdurchführung”, *Neue Juristische Wochenschrift* (2020), p. 1021; Martin Häublein y Maximilian Müller, “Wer trägt das Pandemierisiko in der Geschäftsraummieta?”, *Neue Zeitschrift für Miet- und Wohnungsrecht* (2020), p. 486-492.

los riesgos derivados de la pandemia y de las actuaciones y restricciones impuestas en muchos sectores y dimensiones de la vida social y económica a resultados de la misma, aunque no sea una vía indicada para ofrecer soluciones de carácter inmediato a las necesidades de muchos contratantes y ciudadanos en general.

La aprobación de normas de emergencia ligadas a la pandemia que modifican los términos del contrato (moratorias de cumplimiento, suspensión de facultades resolutorias en presencia de eventos que en circunstancias normales abrirían la puerta a la resolución, alteraciones temporales del vencimiento de obligaciones, entre otras) se ha entendido que no desplazan ni impiden la aplicación del § 313 BGB<sup>62</sup> a pesar del carácter subsidiario que este precepto muestra en relación con otras disposiciones legales que permiten “aligerar” a un contratante del impacto negativo sobre su posición contractual de un cambio sobrevenido de circunstancias.

En particular se ha discutido la aplicación del § 313 BGB a los contratos de arrendamiento comercial afectados por medidas de cierre y suspensión decretadas por la autoridad pública a fin de reducir el riesgo de contagio del virus. En este ámbito, diversas posiciones se han expresado en favor de una eventual reducción de las rentas contractualmente pactadas<sup>63</sup>, si bien con determinadas limitaciones: (i) la reducción de renta debe hallarse sujeta a un máximo del 50%, de forma que la traslación del riesgo que ha afectado a la actividad comercial no puede ir más allá de la mitad en ningún caso<sup>64</sup>; (ii) la adaptación del contrato no puede afectar a contratos de arrendamiento sobre los que no se han proyectado medidas de naturaleza pública que inciden directa y apreciablemente sobre la actividad comercial desarrollada<sup>65</sup>; y (iii) la presencia de otros elementos de absorción del riesgo que afecta a la actividad comercial (ayudas públicas, medidas de facilitación de financiación) han de tenerse en consideración a fin de proceder a la eventual adaptación del contrato al amparo del §313 BGB<sup>66</sup>. Estas dos últimas limitaciones aparecen como dominantes en las opiniones doctrinales alemanas publicadas hasta la fecha.

En síntesis, el Derecho alemán, cuya influencia en la expansión en Europa de reglas y doctrinas jurídicas relativas al cambio extraordinario de circunstancias en el contrato ha sido indudablemente decisiva, presenta algunas singularidades en cuanto a la configuración y alcance de su regla esencial en la materia, que combina un campo de aplicación potencialmente

---

<sup>62</sup> Jens Ekkenga y Carsten Schirmacher, “Was leistet die Geschäftsgrundlagenlehre im pandemischen “Shutdown”?”, *Neue Zeitschrift für Miet- und Wohnungsrecht* (2020), p. 414-415.

<sup>63</sup> Gerhard Wagner, “Corona Law”, *Zeitschrift für europäisches Privatrecht* (2020), p. 536-539; Silvio Sittner, “Mietrechtspraxis unter COVID-19”, *Neue Juristische Wochenschrift* (2020), p. 1172; Kai Zehelein, “Risikoverteilung bei Störung der Geschäftsgrundlage (unter rechtsvergleichende Perspektive)”, *Neue Zeitschrift für Miet- und Wohnungsrecht* (2020), p. 400-401; Martin Häublein y Maximilian Müller, “Wer trägt das Pandemierisiko in der Geschäftsraummiete?”, *Neue Zeitschrift für Miet- und Wohnungsrecht* (2020), p. 486-492.

<sup>64</sup> Silvio Sittner, “Mietrechtspraxis unter COVID-19”, *Neue Juristische Wochenschrift* (2020), p. 1172; Martin Häublein y Maximilian Müller, “Wer trägt das Pandemierisiko in der Geschäftsraummiete?”, *Neue Zeitschrift für Miet- und Wohnungsrecht* (2020), p. 490.

<sup>65</sup> Silvio Sittner, “Mietrechtspraxis unter COVID-19”, *Neue Juristische Wochenschrift* (2020), p. 1172; Martin Häublein y Maximilian Müller, “Wer trägt das Pandemierisiko in der Geschäftsraummiete?”, *Neue Zeitschrift für Miet- und Wohnungsrecht* (2020), p. 492. Menos claramente, Gerhard Wagner, “Corona Law”, *Zeitschrift für europäisches Privatrecht* (2020), p. 539.

<sup>66</sup> Silvio Sittner, “Mietrechtspraxis unter COVID-19”, *Neue Juristische Wochenschrift* (2020), p. 1172; Christopher Weidt y Anne-Colleen Schwiewek, “Geschäftsschließungen wegen Corona- mietrechtlich ein Fall des §313 BGB?”, *Neue Juristische Online-Zeitschrift* (2020), p. 484.

amplísimo con la cautela aplicativa y el peso de una historia muy particular que explica la creación y aceptación generalizada –que no la codificación, que se produce en un momento bien distante y diferente– de la doctrina de la alteración de la base del negocio.

## 4.2 Francia

### 4.2.1 Introducción

En el Derecho civil francés, el principio *rebus sic stantibus*, como excepción a la inmutabilidad y fuerza vinculante de los contratos que permitiría, ante un supuesto de alteración sobrevenida de las circunstancias, una eventual revisión o ajuste de lo convenido para el mantenimiento del equilibrio del contrato, se ha visto tradicionalmente con profundo desfavor: “*en el derecho contractual francés, la rebus sic stantibus no ha podido nunca destronar a la regla según la cual todos deben mantener sus promesas: pacta sunt servanda. Esta fórmula expresa el principio de la fuerza obligatoria de los contratos, entendida como inmutabilidad del acuerdo de voluntades. Ella justifica rechazar la revisión por imprevisión*”<sup>67</sup>.

Este tradicional rechazo a la revisión del contrato por cambio de circunstancias (a la revisión por imprevisión, según la terminología empleada en Francia a imagen de la doctrina que para los contratos públicos había introducido el *Conseil d’État*), se ha visto alterada de manera muy sustancial por la reforma del Código Civil francés (en adelante, el “CCF”) por obra de la Ordonnance 2016-131 (la “**Ordenanza**”) <sup>68</sup>. El nuevo artículo 1.195 CCF reconoce la posibilidad de revisión judicial de los términos contractuales pactados ante un cambio sobrevenido de las circunstancias existentes en el momento de la perfección del contrato, y, por ende, admite el criterio general subyacente a la doctrina *rebus sic stantibus* en el Derecho de contratos francés, con el alcance que se analizará más adelante.

### 4.2.2 La imprevisión como versión francesa de la rebus: del rechazo tradicional en Derecho civil francés a su codificación

#### (A) Doctrina tradicional

La revisión judicial del contrato ante una alteración sobrevenida e imprevista de las circunstancias fue excluida en el Derecho civil francés en la célebre sentencia del 6 de marzo de 1876 de la *Cour de cassation* (“*Canal de Craponne*”, relativa a un contrato firmado en el siglo XVI):

*“en ningún caso corresponde a los tribunales, por muy equitativa que les pueda parecer su decisión, tomar en consideración el tiempo y las circunstancias para modificar los acuerdos de las partes y reemplazar por cláusulas nuevas aquellas que fueron libremente aceptadas por los contratantes”.*

A comienzos del siglo XX, en la famosa decisión del *Conseil d’État* francés de 24 de marzo de 1916, (*Gaz de Bordeaux*) se admitió en el régimen de los contratos sujetos a Derecho administrativo la revisión fundada en la imprevisión de la alteración sobrevenida, súbita y grave de las circunstancias que afectan a la posición del concesionario o contratista público (*théorie de l’imprévision*).

<sup>67</sup> Bénédicte Fauvarque-Cosson, “Le changement de circonstances”, *Revue des Contrats* (2010), p. 69.

<sup>68</sup> Ordenanza número 2016-131 de 10 de febrero de 2016, con entrada en vigor el 1 de octubre de 2016 (*Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*).

A pesar de la creciente aceptación de la imprevisión en la contratación pública, la *Cour de cassation* mantuvo con obstinación su postura en favor del cumplimiento estricto de lo pactado incluso en presencia de un cambio de circunstancias que desequilibrara grave y sustancialmente el contrato. Y ello a pesar de la aceptación de la creciente intervención judicial sobre un amplio rango de elementos contractuales (entre otros, las cláusulas penales o los índices de referencia de precios) y de las críticas y desarrollos en otros sistemas jurídicos.

Cabe citar, sin embargo, algunos pronunciamientos por los cuales se permitió una cierta adaptación del contrato tras una alteración imprevisible de las circunstancias que se encuentran en las sentencias (i) “*Huard*” (*Cour de cassation* 3 noviembre 1992) y (ii) “*Chevassus-Marche*” (*Cour de cassation* 24 de noviembre 1998), si bien de forma muy restringida.

En la sentencia *Huard*, el Tribunal estimó que la buena fe implicaría, en caso de cambio de circunstancias, una obligación para las partes de negociar con el fin de adaptar el contrato. En efecto, la ley mercantil “*da efecto a la teoría de la imprevisión, que procede del principio de que la regla pacta sunt servanda encuentra su límite en el principio superior de la buena fe*”.

En *Chevassus-Marche*, la revisión contractual se aborda por medio del deber de lealtad, y el Tribunal consideró que un mandante que no tomó medidas concretas para que su agente comercial pudiera cobrar precios competitivos incumplió su deber de lealtad. Por tanto, en el contrato de mandato, el mandante se obliga a ayudar a su agente a desarrollar la clientela y para ello, se obliga a adaptar el contrato a las circunstancias del contexto.

Sin embargo, de estas dos sentencias no se puede extender una obligación a renegociar en el caso de cambio de circunstancias a todo tipo de contratos. Solo concierne a contratos *d'intérêt commun* (“de interés común” o de colaboración, una categoría desarrollada doctrinalmente para caracterizar aquellos contratos en los que ambas partes comparten el interés en la ejecución de la obligación, como los contratos de franquicia, de distribución o de agencia).

Asimismo, no se logra con estas sentencias una revisión de lo convenido mediante la modificación o resolución del contrato, sino que el Tribunal se limita a sancionar, con fundamento en la buena fe contractual, y a través de la responsabilidad derivada del incumplimiento, un deber de renegociación por uno de los contratantes.

(B) Reforma de 2016: codificación de la revisión del contrato por alteración de circunstancias

Una de las innovaciones más significativas (y discutidas) de la Ordenanza es la codificación de la revisión del contrato por imprevisión. Así, el nuevo artículo 1.195 CCF prevé, en esencia, que en caso de que se produzca un cambio de circunstancias que resulte imprevisible en el momento de la conclusión del contrato, haciendo excesivamente oneroso su cumplimiento para la parte que no hubiese aceptado ese riesgo, ésta podrá pedir una renegociación del contrato. En caso de rechazo o de fracaso de la renegociación, las partes contratantes podrán acordar la resolución del contrato o solicitar al juez de común acuerdo que proceda a su adaptación. A falta de acuerdo en un período razonable, el juez podrá, a petición de una de las partes, revisar el contrato o decretar su terminación.

De esta forma, el artículo 1.195 CCF, pone fin al dominio histórico de la célebre jurisprudencia *Canal de Craponne* y al tradicional rechazo a la revisión de los términos del contrato por concurrir circunstancias excepcionales. La redacción del artículo 1.195 CCF en francés es la siguiente:

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

*En cas de refus ou d'échec de la renégociation, les parties peuvent convenir de la résolution du contrat, à la date et aux conditions qu'elles déterminent, ou demander d'un commun accord au juge de procéder à son adaptation. A défaut d'accord dans un délai raisonnable, le juge peut, à la demande d'une partie, réviser le contrat ou y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe.”*

En español puede traducirse de esta forma:

*“Si un cambio de circunstancias, imprevisible en el momento de celebrar el contrato, hace que su cumplimiento sea excesivamente oneroso para una parte que no había aceptado asumir ese riesgo, ésta podrá solicitar una renegociación del contrato a la otra parte contratante. La parte solicitante deberá continuar cumpliendo con sus obligaciones durante la renegociación de los términos del contrato.*

*En caso de rechazo o fracaso de la renegociación, las partes podrán acordar la extinción del contrato, en la fecha y en los términos que ellas determinen, o solicitar de común acuerdo al juez que proceda a la adaptación del contrato. Si no se llega a un acuerdo dentro de un plazo razonable, el juez podrá, a solicitud de parte, revisar o extinguir el contrato, en la fecha y en los términos que él decida.”*

Para entender cabalmente el nuevo precepto francés es necesario detenerse en una serie de precisiones:

- (i) La aplicación del precepto se circunscribe a situaciones que cumplan una serie de requisitos:
  - (a) La concurrencia de nuevas circunstancias que no estaban presentes en el momento de celebrar el contrato, que son ajenas a la influencia o intervención de las partes y que, además de no estar previstas en el momento de perfeccionar el contrato, eran imprevisibles en aquel momento.
  - (b) La onerosidad excesiva en el cumplimiento<sup>69</sup> como consecuencia de dicho cambio de circunstancias: si bien es difícil precisar con carácter general qué se debe entender por onerosidad excesiva, parece que se requiere la existencia de un perjuicio serio para el deudor, que este deberá acreditar, junto con la causalidad entre el cambio de circunstancias y la excesiva onerosidad. De todas formas, no deja de ser una noción con un fuerte componente subjetivo y circunstancial, que deja amplio arbitrio al juez en la determinación de cuando una obligación deviene excesivamente onerosa.
  - (c) La parte que solicita la renegociación no debe de haber aceptado el riesgo de cambio imprevisible de las circunstancias. Esta exigencia se articula en el fondo como un recurso para exceptuar la aplicación del 1.195 CCF, puesto

---

<sup>69</sup> En todo caso, el cumplimiento sigue siendo posible, puesto que en caso de que fuera irresistible nos trasladaríamos al ámbito de fuerza mayor

que, si las partes incluyen en el contrato una cláusula de aceptación del riesgo de imprevisión, no se estaría dentro del supuesto de hecho y por tanto no se podría solicitar la revisión judicial.

- (ii) Se exceptúan de su aplicación los contratos financieros y las obligaciones que resulten de operaciones sobre títulos valores, en virtud del artículo 211-40-1 del Código monetario y financiero.
- (iii) La revisión judicial se concibe de forma supletoria, puesto que se apela, en primer lugar, al acuerdo entre las partes para producir la preservación del contrato. Por tanto, antes de poder acudir al juez, la parte que resulta perjudicada por el desequilibrio debe de haber solicitado e intentado la renegociación con la contraparte. Solo en caso de fracaso o de rechazo de la renegociación, las partes pueden, de común acuerdo, pedir al juez que adapte el contrato, o extinguirlo y, únicamente en segundo término, plantear como pretensión individual la modificación o la terminación del mismo.
- (iv) En línea con lo anterior, no se establece para la parte no perjudicada por el cambio de circunstancias un deber de aceptar la puesta en marcha de un proceso de renegociación<sup>70</sup> a la vista de la alegación por la contraparte de un cambio de circunstancias que provoca una onerosidad excesiva, pero sí faculta, aunque como medida supletoria de segundo grado (en defecto de la renegociación satisfactoria y la petición común de revisión al juez), a falta de acuerdo en un período razonable, a una de las partes que pueda solicitar la adaptación, posibilidad que en todo caso coexiste con la alternativa de resolver el contrato.
- (v) Aun cuando la parte afectada solicite la renegociación, deberá seguir cumpliendo con sus obligaciones durante ese período. Dicha exigencia distingue el supuesto del 1.195 CCF de los casos de fuerza mayor, que no exige esta continuidad, puesto que la imposibilidad del cumplimiento es un presupuesto para reconocer la fuerza mayor.
- (vi) Se trata de una norma que la doctrina francesa considera de forma unánime como dispositiva, por lo que las partes pueden no solo atribuir directa o implícitamente los riesgos de cambio de circunstancias (haciendo con ello inaplicable el artículo 1.195 CCF) sino que pueden excluir, al menos en contratos negociados individualmente, de forma preventiva la aplicabilidad del precepto como tal<sup>71</sup>.
- (vii) En cuanto al ámbito de aplicación, se cuestiona la trascendencia de esta cláusula para supuestos que no sean contratos de tracto sucesivo; por ejemplo: ¿se aplicaría a un contrato de ejecución instantánea pero con cumplimiento diferido? La ley no los excluye de su ámbito de aplicación, y podría argumentarse que en tanto que la

---

<sup>70</sup> Olivier Deshayes, Thomas Genicon, Yves-Marie Laithier, *Réforme du Droit des Contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, 2<sup>a</sup> ed., Paris (2018), p. 460 ; Gaël Chantepie y Mathias Latina, *Le nouveau droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, 2<sup>a</sup> ed., Paris (2019), p. 478.

<sup>71</sup> Olivier Deshayes, Thomas Genicon, Yves-Marie Laithier, *Réforme du Droit des Contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, 2<sup>a</sup> ed., Paris (2018), p. 438-439 y 453; Gaël Chantepie y Mathias Latina, *Le nouveau droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, 2<sup>a</sup> ed., Paris (2019), p. 475.

ejecución del contrato esté pendiente, un cambio sobrevenido de las circunstancias puede alterar el equilibrio contractual y por tanto quedar sujeto a las previsiones del artículo 1.195 CCF<sup>72</sup>.

(viii) Por último, ha de destacarse que la mayor parte de las modificaciones introducidas por la Ordenanza, y muy particularmente la revisión de los términos contractuales por imprevisión consagrada en el nuevo artículo 1.195 CCF, no se han aplicado con efectos retroactivos, sino que se ha excluido expresamente su aplicación a aquellos contratos celebrados antes de su entrada en vigor –esto es, el 1 de octubre de 2016–<sup>73</sup>. Para los contratos anteriores, la antigua ley desplaza por entero a la nueva normativa<sup>74</sup>.

#### 4.2.3 Conclusión

La reciente reforma del Código Civil ha supuesto la introducción de un nuevo precepto en torno a la teoría de la imprevisión, que ofrece para el Derecho de contratos francés un régimen inédito (en Francia) de la incidencia de la alteración de circunstancias sobre el contenido y vigencia del contrato, en línea –aunque más restrictiva que en otros países– con la cláusula *rebus sic stantibus* y sus equivalentes funcionales. En particular, se prevé la posibilidad de acudir a una revisión o terminación judicial ante un desequilibrio prestacional grave derivado de un cambio imprevisible de las circunstancias concurrentes al momento de contratar. Sin embargo, el nuevo régimen francés ha establecido determinadas cautelas –entre ellas, el carácter supletorio a la renegociación y a la petición conjunta a la autoridad judicial, la inexistencia de un deber del contratante de aceptar un proceso de renegociación propuesto por la contraparte, así como la complejidad del procedimiento para llegar a la revisión judicial– que afectan directamente a la aplicación del precepto. A esto se le añade el carácter dispositivo e irretroactivo de la norma, lo que sin duda va a permitir un mayor juego a la libertad contractual en esta materia.

Finalmente, conviene señalar que el nuevo artículo 1.195 CCF presumiblemente no va a tener aplicación en ciertos ámbitos en los que en otros sistemas jurídicos operan los conceptos que fungen como equivalentes funcionales de la cláusula *rebus*. Es el caso de la desaparición del fin del contrato, de un elemento esencial o de la causa común (o de una parte, pero reconocible por

<sup>72</sup> Gaël Chantepie y Mathias Latina, *Le nouveau droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, 2ª ed., Paris (2019), p. 471 subrayan que, a diferencia del anteproyecto Catalá (el antecedente inmediato de la reforma francesa), el texto adoptado finalmente no restringe la aplicación de la imprevisión a los contratos de tracto sucesivo.

<sup>73</sup> Así lo señala el artículo 9 de la Ordenanza de 10 de febrero de 2016, que solo dispone la aplicación retroactiva de ciertos preceptos, entre los que no se encuentra el artículo 1.195 CCF. El artículo 9 de la ordenanza de referencia tiene la siguiente redacción en francés: “[L]es dispositions de la présente ordonnance entreront en vigueur le 1er octobre 2016. // Les contrats conclus avant cette date demeurent soumis à la loi ancienne, y compris pour leurs effets légaux et pour les dispositions d'ordre public. // Toutefois, les dispositions des troisième et quatrième alinéas de l'article 1123 et celles des articles 1158 et 1183 sont applicables dès l'entrée en vigueur de la présente ordonnance. // Lorsqu'une instance a été introduite avant l'entrée en vigueur de la présente ordonnance, l'action est poursuivie et jugée conformément à la loi ancienne. Cette loi s'applique également en appel et en cassation”. En caso de renovación o tácita reconducción de un contrato preexistente, al nuevo contrato ya le será de aplicación la nueva legislación, pero no en caso de prórroga del contrato anterior: Olivier Deshayes, Thomas Genicon, Yves-Marie Laithier, *Réforme du Droit des Contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, 2ª ed., Paris (2018), p. 26.

<sup>74</sup> Olivier Deshayes, Thomas Genicon, Yves-Marie Laithier, *Réforme du Droit des Contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, 2ª ed., Paris (2018), p. 23.

la otra), habida cuenta de la presencia en el CCF de una norma específica, el artículo 1.186, según el cual la desaparición de un elemento o presupuesto esencial del contrato produce la caducidad del mismo.

#### 4.3 Italia

##### 4.3.1 *La revisión del contrato por cambio de circunstancias en el Codice Civile italiano: origen y delimitación general de las figuras existentes*

En Derecho civil italiano, las ideas que subyacen al principio *rebus sic stantibus* fueron objeto de tipificación con carácter general para todos los contratos en el *Codice Civile* de 1942<sup>75</sup> (“**Codice Civile**”). En particular, dentro de las reglas que el *Codice Civile* dedica a la resolución contractual, se introdujeron tres preceptos en los que se trata el advenimiento de circunstancias que provocan una excesiva onerosidad en la ejecución de las prestaciones contractuales. Se trata de los artículos 1.467, 1.468 y 1.469, y su tenor en italiano es el siguiente:

**“Art. 1467.**

*(Contratto con prestazioni corrispettive).*

*Nei contratti a esecuzione continuata o periodica ovvero a esecuzione differita, se la prestazione di una delle parti e' divenuta eccessivamente onerosa per il verificarsi di avvenimenti straordinari e imprevedibili, la parte che deve tale prestazione puo' domandare la risoluzione del contratto, con gli effetti stabiliti dall'art. 1458.*

*La risoluzione non puo' essere domandata se la sopravvenuta onerosita' rientra nell'alea normale del contratto.*

*La parte contro la quale e' domandata la risoluzione puo' evitarla offrendo di modificare equamente le condizioni del contratto.*

**Art. 1468.**

*(Contratto con obbligazioni di una sola parte).*

*Nell'ipotesi prevista dall'articolo precedente, se si tratta di un contratto nel quale una sola delle parti ha assunto obbligazioni, questa puo' chiedere una riduzione della sua prestazione ovvero una modificazione nelle modalita' di esecuzione, sufficienti per ricondurla ad equita'.*

**Art. 1469.**

*(Contratto aleatorio).*

*Le norme degli articoli precedenti non si applicano ai contratti aleatori per loro natura o per volonta' delle parti.”*

---

<sup>75</sup> El Código Civil italiano de 1865, no contenía ninguna regla que pudiera incardinar el principio *rebus sic stantibus*. No obstante, en el período que transcurrió entre 1865 y 1942, la doctrina italiana dio cuenta de las reflexiones que sobre la materia se producían en Europa y singularmente en Alemania. Los trabajos previos a 1942 trataron de engarzar el uso de la cláusula *rebus sic stantibus* con la exigencia de buena fe en la ejecución de los contratos, tipificada en el artículo 1124 del *Codice Civile* vigente en aquel momento.



En español los referidos preceptos podrían traducirse del siguiente modo:

**“Art. 1467**

*(Contrato sinalagmático)*

*En los contratos de ejecución continuada, tracto sucesivo o ejecución diferida, si la prestación de una de las partes se convierte en excesivamente onerosa por el acaecimiento de circunstancias extraordinarias e imprevisibles, la parte que debe tal prestación puede solicitar la resolución del contrato, con los efectos establecidos en el artículo 1458.*

*La resolución no puede ser solicitada si la onerosidad sobrevenida se encuentra dentro del curso ordinario del contrato.*

*La parte frente a la cual se solicita la resolución puede evitarla ofreciendo una modificación equitativa de las condiciones del contrato.*

**Art. 1468**

*(Contrato con obligaciones a cargo de una sola parte)*

*En el caso previsto en el artículo anterior, si se trata de un contrato en el cual solo una de las partes tiene obligaciones a su cargo, ésta puede solicitar una reducción de su prestación o una modificación en la modalidad de ejecución, suficiente para reconducirla a la equidad.*

**Art. 1469**

*(Contrato aleatorio)*

*Las normas de los artículos anteriores no se aplican a los contratos aleatorios por su naturaleza o por voluntad de las partes.”*

Lo primero que hay que destacar es que la *excessiva onerosità* –regulada en los artículos 1.467 a 1.469 del *Codice Civile*– es un remedio general del Derecho privado italiano. Aplicable, por tanto, en principio y con carácter transversal a todo tipo de contratos que reúnan los caracteres explicitados en los artículos 1.467 a 1.469 del *Codice Civile*, con independencia del tipo particular de contrato de que se trate.

Junto a esta previsión general, el *Codice Civile* contiene algunas disposiciones especiales y aplicables exclusivamente a tipos específicos de contrato, que prevén determinadas consecuencias contractuales en ciertos supuestos de alteración significativa de ciertas circunstancias afectantes a la relación contractual. Destacan, en especial, dos mecanismos o previsiones:

- (i) El artículo 1.623 del *Codice Civile*, que prevé la revisión de los términos de un contrato de arrendamiento cuando la relación contractual resulta notablemente desequilibrada por efecto de una disposición legal o de una disposición de una autoridad pública.
- (ii) El artículo 1.664 del *Codice Civile*, que prevé, para los contratos de obra, la posibilidad de solicitar una revisión del precio cuando, por circunstancias imprevisibles, se produce un incremento o disminución del coste de la obra que provoca una variación superior al 10% del precio total convenido. En este caso, el remedio consiste en permitir que la parte que ha padecido el exceso de más de un 10% solicite la revisión del precio.

Salta a la vista que la consecuencia jurídica en el régimen general y en las previsiones específicas para ciertos tipos contractuales es distinta. Mientras que la solución ofrecida por el régimen de la *excessiva onerosità* es un remedio eminentemente resolutorio –con ciertos matices que posteriormente se expondrán–, las normas específicas aplicables al arrendamiento y al contrato de obra tienen como finalidad principal el reajuste de los términos del contrato.

#### 4.3.2 *La eccessiva onerosità*

##### (A) Introducción: tipificación temprana de la trascendencia jurídica de la alteración de circunstancias

La inclusión en el nuevo Codice Civile aprobado en 1942 de disposiciones legales en materia de excesiva onerosidad sobrevenida respondía en buena medida a la confluencia de dos fuerzas concurrentes. De un lado, la elaboración doctrinal previa de los autores italianos de entreguerras siguiendo la estela de las construcciones alemanas en la materia<sup>76</sup>. De otro, los efectos que las dos Guerras Mundiales tuvieron sobre la economía italiana (depreciación de la moneda y otras alteraciones del funcionamiento ordinario de la contratación) y su incidencia en el régimen legal de los contratos<sup>77</sup>.

##### (B) Delimitación de la figura y deslinde de figura afines

En el régimen general de los artículos 1.467 a 1.469 del *Codice Civile* se prevé un remedio frente al incremento de la onerosidad debido a circunstancias imprevisibles y extraordinarias sobrevenidas tras la perfección del contrato. Por obvio que resulte, esta afirmación determina la separación o deslinde de la *excessiva onerosità* de otras figuras que podrían resultar afines o semejantes.

Por un lado, que la aplicación de la *excessiva onerosità* exija el advenimiento de circunstancias sobrevenidas separa la institución de la nulidad del contrato. La concurrencia de esas circunstancias en el momento de la perfección del contrato constituiría un hipotético problema de error en el consentimiento, pero no habilitaría a la parte afectada a resolver por *excessiva onerosità*<sup>78</sup>.

De otro lado, la *excessiva onerosità*, como su propia denominación revela, asume el encarecimiento o agravación del esfuerzo de prestación, pero descarta su imposibilidad. En caso de que la prestación deviniera imposible física (*force majeure*) o legalmente (*factum principis*) las reglas aplicables serían las que regulan la *impossibilità sopravvenuta* (artículos 1.256 y ss. del *Codice Civile*), no las de la *excessiva onerosità*.

<sup>76</sup> Ewoud Hondius y Hans Christoph Grigoleit (eds.), *Unexpected Circumstances in European Contract Law*; Cambridge University Press 2011, p. 118 y ss.

<sup>77</sup> Carlo G. Terranova, “*L’excessiva onerosità nei contratti (Artt. 1467-1469)*” en Piero Schlesinger (dir.), *Il Codice Civile. Commentario*, Milano (1995), p. 5 y p. 21 y 22.

<sup>78</sup> Los artículos 1.427 y ss. del *Codice Civile* regulan el error en el contrato y sus efectos sobre la validez del mismo.

(C) Efectos y requisitos de la *excessiva onerosità*

Los artículos 1.467 a 1.469 del *Codice Civile* configuran la *excessiva onerosità* alrededor de unos requisitos típicos cuya satisfacción conduce, como resultado ordinario y preferente, a la resolución del vínculo contractual.

Resulta ilustrativo detenerse en el modo en el que el legislador italiano decide dar cabida a la institución en el *Codice Civile*. Las previsiones sobre la *excessiva onerosità* se incorporan como una sección dentro del capítulo que el Código Civil italiano dedica a la resolución contractual<sup>79</sup>. No en vano, la *excessiva onerosità* sobrevenida tiene como efecto ordinario y natural la terminación del vínculo contractual que ha sufrido una desproporción.

La modificación o reajuste de los términos del contrato solo tendrá lugar cuando la parte frente a la que se ejercita la resolución ofrezca una modificación equitativa del contrato (art. 1.467 p.3)<sup>80</sup>. De este modo, la parte perjudicada por el desequilibrio contractual solo tendría a su disposición la solicitud de resolución, pero no podría exigir la modificación de los términos contractuales, ni tampoco ejercitar una pretensión dirigida a que su contraparte hubiese de aceptar el cumplimiento de las prestaciones debidas en términos diversos a los inicialmente pactados<sup>81</sup>. Solo para el caso de los contratos unilaterales se prevé como opción preferente la alteración de los términos del contrato para reestablecer la reciprocidad entre las partes.

Este efecto, según la disposición codificada italiana (idéntica, por otra parte, a la concepción original alemana de la desaparición de la base del negocio en la obra de Paul Oertmann y en el celebrado *Vigogne-Spinnerei Fall* alemán de 1923), puede resultar extraño hoy a la vista de la evolución observada en otros sistemas jurídicos en favor de la adaptación del contrato en caso de alteración extraordinaria de circunstancias: Alemania, España, Portugal, ahora Francia; lo mismo sucede en los textos internacionales en materia contractual. Algunos comentaristas italianos han señalado frontalmente esta cuestión con ocasión de los debates suscitados a raíz de la pandemia provocada por el COVID-19. Como se recuerda, la finalidad resolutoria puede encajar mal con muchas de las situaciones puestas de manifiesto en este período, en las que la parte afectada desearía la conservación del contrato previa alteración (reequilibrio, aduciría esa parte) de los términos inicialmente pactados.

Sea como fuere, la resolución por *excessiva onerosità* podrá ser solicitada por el contratante cuando se cumplan los presupuestos recogidos en los artículos 1.467 a 1.469 del *Codice Civile*.

Una aproximación sistemática a la cuestión permite desdoblarse en dos niveles: de un lado, estará la configuración contractual necesaria para que la institución resulte de

---

<sup>79</sup> Los artículos 1.467, 1.468 y 1.469 conforman la Sección III dentro del Capítulo XIV, dedicado a la resolución del contrato, del Título II, sobre los contratos en general, dentro del Libro IV, sobre las obligaciones.

<sup>80</sup> En contraste con la disposición general del artículo 1.467 CC, el artículo 1.468 CC sí que prevé, para los contratos con obligaciones a cargo de una sola de las partes, que ésta solicite la modificación de los términos contractuales. No obstante, la doctrina incide en la falta de acuerdo sobre los supuestos específicos a los que sería de aplicación la previsión. De un lado, un sector defiende que solo podría aplicarse a contratos unilaterales onerosos; de otro, varios autores defienden que el precepto estaría destinado al reequilibrio de los contratos unilaterales gratuitos.

<sup>81</sup> Relazione tematica n° 56 (8 Luglio 2020) Corte Suprema di Cassazione: novità normative sostanziale del diritto “emergenziale” anti-Covid 19 in ambito contrattuale e cocorsuale, p. 6.

aplicación y, de otro, las circunstancias que, sobre ese tipo de configuración de contrato, deben acaecer y los efectos que deben provocar sobre ella.

En primer lugar, la aplicación de la resolución por *excessiva onerosità* exige la preexistencia de un entramado contractual con unas determinadas características. Así, la *excessiva onerosità*, como doctrina sustentada en el cambio no previsto de circunstancias, no es susceptible de aplicación en todo tipo de contratos. Carecería de sentido su aplicación allí donde no hay margen para la alteración de circunstancias, para la imprevisión, o allí donde el riesgo materializado ya fue previsto. Por todo ello, se exige que:

- (i) El contrato afectado sea de ejecución continuada, de tracto sucesivo o de ejecución diferida.
- (ii) El riesgo que se pretende conjurar no ha de estar distribuido entre las partes ni ser propio del contrato.

Dicha exigencia encaja plenamente en la necesidad de que las circunstancias que determinen la resolución sean extraordinarias e imprevisibles (*straordinari e imprevedibili*).

De este modo, no cabrá la resolución cuando la *excessiva onerosità* se encuentra dentro del *alea normale* del contrato (art. 1.467 p.2 *Codice Civile*), ni cuando el contrato es aleatorio, es decir, cuando está caracterizado por una incertidumbre inicial sobre el resultado económico perseguido por las partes (art. 1.469 *Codice Civile*)<sup>82</sup>. En otras palabras, asumiendo que toda relación contractual lleva ínsitos una serie de riesgos, el que active la resolución por *excessiva onerosità* habrá de ser un riesgo “no normal”<sup>83</sup>.

En segundo lugar, para que el remedio pueda ser aplicado es necesario que se produzca una excesiva onerosidad (la propia *excessiva onerosità*) de la prestación y que la misma pueda justificarse con base en un suceso extraordinario e imprevisible. En palabras de la Corte Suprema de Casación:

“La excesiva onerosidad sobrevenida de la prestación, para poder determinar, en el sentido del artículo 1467 del Código Civile, la resolución del contrato requiere la concurrencia de dos requisitos necesarios: de un lado, **un desequilibrio entre las prestaciones**, no previsto en el momento de perfeccionar el contrato, del otro, que **la excesiva onerosidad sea reconducible a eventos extraordinarios e imprevisibles**, que no entran en el curso ordinario del contrato.”<sup>84</sup> (énfasis añadido)

La *excessiva onerosità* de la prestación es un concepto jurídico indeterminado sobre cuyo significado y alcance el *Codice Civile* guarda silencio, pese a su centralidad en el remedio

<sup>82</sup> Carlo G. Terranova, “L` eccessiva onerosità nei contratti (Artt. 1467-1469)” en Piero Schlesinger (dir.), *Il Codice Civile. Commentario*, Milano (1995), p.166.

<sup>83</sup> Guido Alpa, “Remarks on the effects of the pandemic on long-term contracts”, p. 1302.

<sup>84</sup> Sentencia n° 22396 de la Corte de Casación, de 19 de octubre de 2006: “L` eccessiva onerosità sopravvenuta della prestazione, per potere determinare, ai sensi dell`art. 1467 cod. civ., la risoluzione del contratto richiede la sussistenza di due necessari requisiti: da un lato, un intervenuto squilibrio tra le prestazioni, non previsto al momento della conclusione del contratto, dall`altro, la riconducibilità della eccessiva onerosità sopravvenuta ad eventi straordinari ed imprevedibili, che non rientrano nell`ambito della normale alea contrattuale.”.

resolutorio. No obstante, la doctrina y jurisprudencia han venido desarrollando y delimitando los extremos del concepto. Fruto de ese trabajo puede construirse una definición alrededor de dos ideas fundamentales:

- (i) La *excessiva onerosità* debe evaluarse a través de un análisis meramente objetivo del conjunto contractual.

No se trata de descifrar la dificultad subjetiva del deudor de la prestación para cumplir con ella. La onerosidad es ajena a esta *difficultas* particular del deudor y se construye sobre el análisis objetivo del cambio en la prestación. Basta notar que la prestación puede ser más onerosa sin que ello signifique, necesariamente, que el deudor de la misma se encuentre en una situación de mayor dificultad para cumplir<sup>85</sup>.

- (ii) La *excessiva onerosità* viene referida no a la prestación en sí misma, sino a lo gravoso de la misma en relación con la contraprestación correspondiente.

Así, la institución encuentra su razón de ser en el correcto equilibrio entre las prestaciones a cargo de las partes. De este modo, el ordenamiento reacciona cumpliendo con la “*exigencia de mantener dentro de los límites de la normalidad la fluctuación de la carga económica de la prestación, protegiendo a la parte del riesgo de un agravamiento económico excepcional*”<sup>86</sup>.

Obviamente, este principio debe modularse para el caso de prestaciones a cargo de una sola de las partes (artículo 1.468 del *Codice Civile*). En este supuesto la evaluación se circunscribirá al incremento cuantitativamente importante del coste de la prestación<sup>87</sup>.

Finalmente, la *excessiva onerosità* tiene que venir provocada por un suceso que pueda catalogarse como imprevisible y extraordinario.

Ambos conceptos, aunque relacionados, tienen significados diferentes. Lo extraordinario responde a una calificación objetiva. Estaríamos ante aquellos sucesos cuyas características no se reiteran de manera frecuente. Lo imprevisible responde a una aproximación subjetiva, a la capacidad de la parte de prever, dentro de lo razonable, aquello que puede suceder y afectar al vínculo contractual. En este último análisis cobrará especial relevancia la idea de culpa. La imprevisibilidad ha de ir ligada no solo a la capacidad de previsión, sino también a la obligación de prever. La parte que se ve afectada por aquello que no previó, pero debería haber previsto, no podrá acudir al remedio de la resolución por *excessiva onerosità*.

#### 4.3.3 Conclusiones: breve referencia a la obligación de renegociar

Recientemente se vienen expresando algunas reservas acerca de la solución adoptada por el legislador italiano al regular los efectos de la *excessiva onerosità*. La vocación resolutoria de la

<sup>85</sup> Carlo G. Terranova, “*L` eccessiva onerosità nei contratti (Artt. 1.467-1.469)*” en Piero Schlesinger (dir.), *Il Codice Civile. Commentario*, Milano (1995), p. 111-113.

<sup>86</sup> Sentencia de la Corte de Casación n° 12235, de 25 de mayo de 2007.

<sup>87</sup> Carlo G. Terranova, “*L` eccessiva onerosità nei contratti (Artt. 1467-1469)*” en Piero Schlesinger (dir.), *Il Codice Civile. Commentario*, Milano (1995), p. 127.

institución impide su utilización generalizada para aquellos casos en los que la parte desea corregir los efectos de las circunstancias imprevistas, sin terminar la vinculación contractual<sup>88</sup>.

La posibilidad de alterar los términos del contrato para reestablecer la reciprocidad entre las partes solo se contempla para los contratos unilaterales, como se ha apuntado. En el caso de los contratos sinalagmáticos, será el acreedor frente al que se ejercita la resolución quien podrá decidir si ofrecer una alteración de los términos del contrato, para devolverlo a la equidad.

De este modo, aquel deudor que no desea ver resuelto el vínculo contractual sinalagmático, sino que simplemente desea ver restaurado el equilibrio prestacional y económico del contrato, se ve abocado a recurrir a instituciones más exigentes, instituciones como la de la *impossibilità sopravvenuta*, a través de las que podría lograrse el ajuste parcial de la obligación o la suspensión del deber de cumplimiento.

No obstante, no puede ignorarse que en los últimos meses han proliferado voces que se pronuncian a favor de la existencia de una obligación de renegociación de los términos contractuales en casos de onerosidad sobrevenida o cambio de circunstancias<sup>89</sup>. La *ratio* jurídica de este deber no se encontraría en los preceptos dedicados a la *excessiva onerosità*, sino en la consagración de los principios de buena fe contractual y solidaridad entre contratantes, tipificados en los artículos 1.175 y 1.375 del *Codice Civile*. La jurisprudencia y la doctrina se han mostrado dubitativas respecto a esta cuestión. Algunos pronunciamientos anteriores aceptaron estos postulados, pero sin que se hayan llegado a generalizar.

En línea con estas críticas, recientemente se han planteado iniciativas prelegislativas<sup>90</sup> que plantean la modificación del régimen de la *excessiva onerosità* para explicitar el derecho de las partes a solicitar la renegociación de buena fe del contrato y, en defecto de acuerdo, a solicitar la modificación del contrato para lograr su reequilibrio<sup>91</sup>.

#### 4.4 Portugal<sup>92</sup>

Al igual que en el resto de sistemas contractuales que venimos analizando, en el sistema jurídico portugués el principio del cumplimiento puntual de los contratos (“*pacta sunt servanda*”) es un concepto nuclear y, en consecuencia, cualquier excepción o modulación del mismo exige la concurrencia de determinadas y precisas circunstancias y es objeto de una aproximación restrictiva y cautelosa por parte de los tribunales.

---

<sup>88</sup> Un análisis preliminar y somero de la jurisprudencia emanada de los tribunales después de la pandemia pone de manifiesto la cuestión. La mayoría de las pretensiones instadas (generalmente por arrendatarios) se han articulado sobre la base de la imposibilidad sobrevenida parcial, tipificada en el artículo 1464 del *Codice Civile*. Este remedio permite ajustar las contraprestaciones adaptándolas a aquella parte de las mismas que continúe siendo posible, sin exigir la resolución del vínculo contractual.

<sup>89</sup> Esta posición ha cobrado fuerza tras la publicación de la *Relazione n° 56 de la Corte Suprema di Cassazione (Ufficio del Massimario e del Ruolo)* en la que se defiende la existencia de un auténtico deber de renegociar las condiciones del contrato en casos de onerosidad sobrevenida.

<sup>90</sup> Disegni di legge n° 1.151 del 2019, presentado el 19 de marzo de 2020.

<sup>91</sup> Vid. en relación con esta iniciativa Pietro Sirena y Francesco Paolo Patti, “*Hardship and renegotiation of contracts in the prospective recodification of italian civil law*”, Bocconi Legal Studies Research Paper Series, n° 3706159 (2020), versión electrónica.

<sup>92</sup> Agradecemos sinceramente a Alexandre Mota Pinto y Filipe de Oliveira Casqueiro su inestimable colaboración para la preparación de esta sección dedicada al tratamiento de la figura de la alteración sobrevenida de las circunstancias en Derecho portugués.

Esta es la aproximación del régimen jurídico portugués a la resolución de los contratos o a la modificación de los términos pactados como consecuencia de alteraciones sobrevenidas en las circunstancias vigentes al tiempo de contratar, cuya aplicación en Portugal siempre se ha considerado particularmente exigente y conservadora, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia.

La figura jurídica de la alteración anormal de las circunstancias está prevista en el artículo 437 del Código Civil portugués (“CCP”), que establece que:

*“1. Se as circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar tiverem sofrido uma alteração anormal, tem a parte lesada direito à resolução do contrato, ou à modificação dele segundo juízos de equidade, desde que a exigência das obrigações por ela assumidas afete gravemente os princípios da boa fé e não esteja coberta pelos riscos próprios do contrato.*

*2. Requerida a resolução, a parte contrária pode opor-se ao pedido, declarando aceitar a modificação do contrato nos termos do número anterior.”*

Este precepto en español se leería de la siguiente manera:

*“1. Si las circunstancias en las que las partes basaron su decisión de contratar han sufrido una alteración anormal, la parte afectada tiene derecho a **resolver el contrato**, o a **modificarlo de acuerdo con juicios de equidad**, siempre que la exigencia de las obligaciones asumidas por ella afecte gravemente a los principios de la buena fe y no esté cubierta por los riesgos propios del contrato.*

*2. Solicitada la resolución del contrato, la otra parte puede oponerse a la solicitud, declarando que acepta la modificación del contrato de conformidad con el número anterior.”* (énfasis añadido)

El artículo 437 CCP es una norma de carácter general aplicable a todo tipo de contratos, sin perjuicio de la existencia de otras normas especiales para tipologías particulares de contratos.

Del propio artículo 437 CCP y de su interpretación doctrinal y jurisprudencial resultan los caracteres exigibles al cambio de circunstancias para que proceda la aplicación de los remedios previstos en el artículo 437 CCP. Estos requisitos, que se analizarán en detalle a continuación, son los siguientes:

- (i) que se produzca una alteración sobrevenida de las circunstancias sobre las cuales las partes basaron su decisión de contratar;
- (ii) que esa alteración sea una alteración anormal;
- (iii) que la alteración cause un daño;
- (iv) que la alteración exceda los riesgos inherentes o propios del contrato;
- (v) que la alteración de los términos del contrato producto de la alteración sea tan severa que su exigencia resulte contraria a los principios de buena fe; y
- (vi) que la parte afectada por la alteración que pretende la aplicación de alguno de los remedios habilitados no esté en situación de incumplimiento o mora en el cumplimiento de las obligaciones que le incumben.

A continuación, analizaremos cada uno de estos requisitos, que actúan como elementos de la construcción teórica de los remedios frente al cambio de circunstancias.

#### 4.4.2 *Alteración sobrevenida de las circunstancias en que las partes basaron su decisión de contratar*

El primer requisito para la aplicación del régimen en cuestión es generalmente reconducido por la doctrina y la jurisprudencia portuguesa a la teoría de la base del negocio. En su desarrollo en Portugal, la contribución e inspiración de la doctrina alemana fue fundamental y, particularmente, la distinción entre la “grande” y “pequeña” base del negocio de Gerhard Kegel<sup>93</sup> (*kleinen und großen Geschäftsgrundlage*). Aludiendo la primera (*grosse Geschäftsgrundlage*), como ya se ha expuesto al analizar el régimen jurídico alemán, a “los peligros de calamidades, causadas por factores naturales o humanos, máxime por el Estado, a través de guerras, medidas económicas o esquemas similares”<sup>94</sup>.

Generalmente, se entiende que la base del negocio la constituyen los hechos relativos a una o ambas partes que determinaron, de manera esencial, la voluntad expresada por ellas de celebrar el negocio y suscribir el contrato. Se trata, esencialmente, de circunstancias cuya verificación fue esencial para la decisión de contratar a una o ambas partes, sin las cuales no habrían contratado, o, al menos, no en los mismos términos.

Al verificar cuál es la base del negocio, se debe considerar objetivamente tanto el entorno en el que se celebra el negocio y la función social que desempeña, como las condiciones subjetivas expresadas por cada parte y que llevaron a la determinación de su disposición a contratar<sup>95</sup>.

En la base objetiva del negocio se incluirán las condiciones macroeconómicas y sociales existentes a la fecha de la celebración del contrato (*großen Geschäftsgrundlage*), que sirven como marco básico para el entorno del negocio. Si se producen hechos tan perturbadores que alteran drásticamente este marco objetivo se puede llegar a un escenario en el que la base del negocio “grande” se vea afectada. Algunas de estas condiciones son típicamente graves trastornos políticos, sociales y económicos (por ejemplo, guerras, profundas crisis financieras, revoluciones, desastres naturales, etc.), que no existían ni eran previsibles en el momento de la celebración del contrato.

Más difícil resultará valorar si los cambios en las condiciones subjetivas de las partes son de la suficiente entidad como para comprometer la base del negocio. Será necesario juzgar si, de

---

<sup>93</sup> Gerhard Kegel, *Empfiehl es sich, den Einfluss grundlegender Veränderungen des Wirtschaftslebens auf Verträge gesetzlich zu regeln und in welchem Sinn? (Geschäftsgrundlage, Vertragshilfe. Leistungsverweigerungsrecht.)*, Gutachten für den 40. deutschen Juristentag, Tübingen (1953).

<sup>94</sup> António Menezes Cordeiro, “Direito bancário e alteração de circunstâncias”, *Revista Direito das Sociedades* VI, 2, (2014), p. 373.

<sup>95</sup> Para ilustrar la distinción, tomemos como ejemplo el contrato de alquiler: como base objetiva del negocio, se puede considerar la disponibilidad de los locales arrendados para su uso por parte del inquilino y el equilibrio de prestaciones conferido por el pago de la renta. Se trata de circunstancias que se dan en la mayoría de los casos en que se utiliza esta modalidad contractual, independientemente de los sujetos que forman parte del negocio. En cambio, La situación financiera o personal de cada una de las partes a la fecha de la celebración del contrato será un ejemplo de los hechos que constituyen la base subjetiva del negocio, que variará en función de las circunstancias individuales de los sujetos contractuales a lo largo del contrato (aunque esa variación no siempre será relevante a los efectos de la cláusula rebus).



acuerdo con los postulados de la buena fe, estos cambios en las condiciones subjetivas afectan o no a la base del negocio.

Un ejercicio menos claro en la definición de la base del negocio será la evaluación de los cambios en las circunstancias subjetivas de cada parte, en cuyo caso será necesario juzgar si los dictados de la buena fe permiten o no incluirlos en la base del negocio. En este punto, la verificación del conocimiento (o al menos de la cognoscibilidad) por la contraparte de la esencialidad de la condición subjetiva para la parte afectada es de extrema relevancia.

#### 4.4.3 *La alteración anormal*

La alteración de las circunstancias debe ser una alteración anormal. La doctrina distingue entre "anormalidad" e "imprevisibilidad", pudiendo incluirse aquellas situaciones que aunque previsibles sean excepcionales<sup>96</sup>. Se considera imprevisible *“la ocurrencia de un hecho, o su alcance, aunque pudiera ser representado, en abstracto, por las partes, cuando la prevención de sus efectos no les es imputable, debido a las circunstancias contemporáneas de la relación negocial, explicando así que un buen padre de familia habría acordado el contrato en los mismo términos”*<sup>97</sup>.

Es importante resaltar que la jurisprudencia portuguesa ha sido muy conservadora y restrictiva al considerar qué alteraciones ameritan la aplicación del artículo 437 CCP<sup>98</sup>. A título de ejemplo cabe señalar que los acontecimientos ocurridos en Portugal durante la revolución de 1974-1975 no se consideraron alteraciones anormales de las circunstancias<sup>99</sup>.

#### 4.4.4 *La alteración de las circunstancias ha de causar un daño*

La alteración debe perjudicar gravemente a una de las partes, haciendo que el cumplimiento del contrato sea demasiado costoso, desde el punto de vista económico o personal. El daño no tiene que ser exclusivamente patrimonial, siendo atendibles los daños no patrimoniales que, por su gravedad, merezcan la protección del derecho.

<sup>96</sup> Henrique Sousa Antunes, *“A Alteração das Circunstâncias no Direito Europeu dos Contratos”*, Cadernos de Direito Privado, n.º 47, 2014, p. 13.

<sup>97</sup> Henrique Sousa Antunes, *“A Alteração das Circunstâncias no Direito Europeu dos Contratos”*, Cadernos de Direito Privado, n.º 47, 2014, p. 13.

<sup>98</sup> Como refiere Antonio Menezes Cordeiro, *Da alteração das circunstâncias*, Lisboa, (1987), p. 71-75: *“El artículo 437 existe y debe utilizarse en casos límite en los que no se aplica ningún otro régimen.”*

<sup>99</sup> Como explica Antonio Menezes Cordeiro, *Da alteração das circunstâncias*, Lisboa, (1987), p. 72: *“En general, la Corte Suprema de Justicia ha evitado aplicar las disposiciones del artículo 437/1 del Código Civil a los acontecimientos ocurridos durante la Revolución de 1974-75 o derivados de ella.”*

Así, eventos como el *“cierre de la bolsa”* (cfr. Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça: 10.05.1979, BMJ 287 (1979), 262-268; 17.01.1980, BMJ 293 (1980), 323-326; 13.05.1980, BMJ 297 (1980), 302-308; 20.04.1982; BMJ 316 (1982), 255-258), *“saneamientos”*, *“ocupaciones”* (cfr. Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça: 13.12.1977, BMJ 272 (1978), 193-195; 06.06.1978 BMJ 278 (1978), 110-113; 25.01.1983, BMJ 323 (1983), 415-419 (418), *“nacionalizaciones”* (cfr. Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça: 08.02.1979 BMJ 284 (1979), 221-228; 12.06.1979, BMJ 288 (1979), 369-372) e *“descolonización”* (cfr. Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça: 29.03.1979, BMJ 285 (1979), 262-268; 13.02.1986, BMJ 354 (1986), 514-519 (519-519) no han sido consideradas por la jurisprudencia como *“alteraciones de las circunstancias”*.

#### 4.4.5 *La alteración ha de exceder los riesgos inherentes o propios del contrato*

La alteración debe superar los riesgos inherentes o propios al contrato, incluidos los que se hayan acordado expresamente, que resulten de la naturaleza o las características del contrato y que se deriven de la distribución legal de los riesgos.

En primer lugar, cabe señalar que es profusamente controvertido en la doctrina portuguesa lo que debe incluirse en el concepto de "*riesgos propios del contrato*".

Para algunos autores<sup>100</sup>, la distribución del riesgo está "en proyecto" en el contrato, de modo que el riesgo del cumplimiento corresponde al deudor (por ejemplo, la dificultad o la imposibilidad de cumplimiento) y el riesgo del uso corresponde al acreedor (por ejemplo, la pérdida de utilidad de la cosa o del cumplimiento). Sin embargo, otros autores<sup>101</sup> consideran que esta distribución es inadecuada en casos extremos, en los que el equilibrio del contrato se ve gravemente afectado, por no encontrar apoyo en la hipotética voluntad subjetiva de las partes. En estos casos la referida "distribución implícita" del riesgo contractual puede ser superada y cabe plantearse si los riesgos verificados exceden de los propios del contrato.

Una parte de la doctrina<sup>102</sup> considera que hay que atenerse a la "ecuación económica" del contrato para determinar qué riesgos son propios del contrato, siendo relevante para ello la distribución del riesgo resultante de lo pactado por las partes –las cláusulas contractuales– o de la propia norma aplicable, del tipo de contrato, de los usos comerciales y de la motivación subjetiva que incide en la ecuación económica. Sin embargo, otros autores<sup>103</sup> no están de acuerdo con esta posición, porque consideran que el artículo 437 del CCP es supletorio y, como tal, inaplicable en los casos en que (i) las partes han previsto la alteración de las circunstancias, (ii) la ley así lo dispone o (iii) el contrato es aleatorio<sup>104</sup>.

Por otra parte, en los casos en que la propia ley regula la distribución del riesgo derivado de pérdida o deterioro en los contratos que llevan aparejados la transferencia del dominio sobre una cosa determinada o que constituyan o transfieran un derecho real sobre dicha cosa (por ejemplo, el artículo 796 del CCP<sup>105</sup>), la doctrina difiere en cuanto a la aplicabilidad del régimen del artículo

---

<sup>100</sup> João Baptista Machado, "Risco Contratual e Mora do Credor", en *João Baptista Machado: Obra Dispersa*, Vol. I, Braga (1991), p. 257 y ss.

<sup>101</sup> Mariana Fontes da Costa, "*Da Alteração Superveniente das Circunstâncias. Em especial à luz dos Contratos Bilateralmente Comerciais*", Coimbra (2017), p. 381.

<sup>102</sup> Mariana Fontes da Costa, "*Da Alteração Superveniente das Circunstâncias. Em especial à luz dos Contratos Bilateralmente Comerciais*", Coimbra, (2017), p. 383-384.

<sup>103</sup> Henrique Sousa Antunes, "*A Alteração das Circunstâncias no Direito Europeu dos Contratos*", *Cadernos de Direito Privado*, n.º 47 (2014), p. 15.

<sup>104</sup> En el caso de los contratos aleatorios, alguna doctrina admite que el régimen de la alteración de las circunstancias se aplica cuando la alteración "*excede apreciablemente todas las fluctuaciones previsibles en la fecha del contrato*" (vid. Vaz Serra, "Resolução ou Modificação dos Contratos por Alteração das Circunstâncias", *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 68 (1957), p. 381).

<sup>105</sup> Artículo 796 (Riesgo): "1. En el caso de contratos que impliquen la transferencia del dominio sobre una cosa determinada o que constituyan o transfieran un derecho real sobre dicha cosa, el perecimiento o el deterioro de la misma por causa no imputable al vendedor será a cargo del comprador. // 2. Sin embargo, si la propiedad ha permanecido en posesión del vendedor como resultado de un plazo a su favor, el riesgo no se transferirá hasta que haya expirado el plazo o se haya entregado la propiedad, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 807. // 3. Cuando el contrato esté sujeto a una condición resolutoria, el riesgo de que la cosa perezca mientras la

437 CCP. Hay partidarios de que la regulación legal del riesgo se incluya en los riesgos propios del contrato, mientras que otros favorecen la distinción entre los riesgos "normales" y los "excepcionales" (estos últimos, sí permitirían la aplicación del régimen del artículo 437 CCP).

Por último, cabe señalar que la estipulación de cláusulas contractuales para la distribución del riesgo (por ejemplo, las cláusulas de "*material adverse change*", habituales en los contratos de fusión o adquisición de empresas) ofrece dificultades en la articulación con el régimen de la alteración de las circunstancias. Siendo necesario un análisis pormenorizado para determinar, si a la vista de las circunstancias concretas del caso, es posible determinar si la alteración de las circunstancias excede o no de los riesgos propios del contrato.

#### 4.4.6 *La alteración de los términos del contrato producto de la alteración sea tan severa que su exigencia resulte contraria a los principios de buena fe*

La exigibilidad de las obligaciones contractuales debe ser gravemente contraria a la buena fe. Es decir, la alteración de circunstancias debe conducir a un desequilibrio de tal magnitud entre las prestaciones contractuales que resultaría excesivamente contrario a la buena fe exigir el cumplimiento a la parte perjudicada por el cambio de circunstancias<sup>106</sup>. Para que este requisito se cumpla, no basta con que la alteración de las circunstancias provoque la pérdida de ganancias esperadas con la celebración del contrato, sino que es preciso que provoque pérdidas o daños relevantes.

Este es un requisito de proporcionalidad objetiva que exige considerar el concepto de proporcionalidad y equilibrio prestacional de un modo objetivo. Se trata de evitar que situaciones anormales causen sacrificios excesivos a cualquiera de las partes, permitiendo a la otra enriquecerse –injustamente– a expensas de la desgracia de la otra.

#### 4.4.7 *La parte afectada por la alteración que pretende la aplicación de alguno de los remedios habilitados no esté en mora en el cumplimiento de las obligaciones que le incumben*

Por último, por imposición del artículo 438 CCP, la parte afectada por el cambio de circunstancias no puede estar en mora (añadiríamos nosotros, culpable, es decir, en mora en el cumplimiento de su obligación, por su culpa) en el momento en que las circunstancias se alteraron. Por lo tanto, si la alteración de las circunstancias es anterior a la mora de la parte perjudicada, el retraso en el cumplimiento no impedirá –en principio– que se invoque el régimen.

Cabe señalar que este requisito, más que un propósito punitivo, es reflejo de las normas sobre la distribución del riesgo en el contrato. De hecho, de conformidad con el artículo 807.1 del CCP, el

---

*condición está pendiente será asumido por el comprador, si la cosa le ha sido entregada; cuando la condición sea suspensiva, el riesgo será asumido por el vendedor mientras la condición esté pendiente.*"

<sup>106</sup> Como explica Luis Carvalho Fenandes: "La pérdida resultante da la alteración de las circunstancias solamente justifica la resolución o modificación del contrato cuando se verifique un profundo desequilibrio del contrato, siendo intolerable, de acuerdo con la buena fe, que la parte perjudicada lo soporte. En otras palabras, más cercanas al lenguaje legal, es necesario la exigencia de que la parte perjudicada por el cumplimiento puntual de las obligaciones asumidas sea contraria de forma muy grave a la buena fe. La manera en la que la doctrina y la jurisprudencia entiende esta figura es que se necesita verificar la existencia de un daño grave, considerable o incluso descomunal. Así los tribunales consideran relevante una disminución del valor de un bien en la proporción de 7 a 1, pero no una disminución del 34%. Por otra parte, fueron considerados insuficientes para justificar el recurso a la teoría de la imprevisibilidad, los aumentos de los precios en un 63% o incluso en un 300% o 400%." (cfr. *Teoria Geral do Direito Civil, Vol II, 2.ª ed.*, Coimbra (1996), p. 287-288).

riesgo de pérdida o menoscabo de la cosa debida, que corresponde con carácter general al acreedor, se traslada al deudor moroso<sup>107</sup>, que entonces asume ese riesgo<sup>108</sup>.

#### 4.4.8 Otras cuestiones sobre la aplicación del artículo 437 del CCP

##### (A) Momento temporal

Respecto al momento temporal, cabe señalar que solo se prevé la aplicación del artículo 437 CCP por las circunstancias posteriores a la fecha de la celebración del contrato ("*error in futurum*"). Una parte de la doctrina admite que si la finalidad del contrato se logra después de la ejecución del mismo, todavía se puede aplicar el régimen de la alteración de las circunstancias<sup>109</sup>.

##### (B) Renegociación (*hardship clauses*)

En la legislación portuguesa no se prevé expresamente la necesidad de renegociar los términos contractuales en caso de una alteración anormal de las circunstancias. Sin embargo, esto no significa que las partes no puedan regular la materia bajo el principio de la libertad contractual ("*hardship clauses*").

Si no existe una cláusula que imponga la renegociación de los términos contractuales, alguna doctrina sugiere que el principio de buena fe puede exigir que la parte perjudicada trate de colaborar con la contraparte, en la búsqueda de una solución negociada que restablezca el equilibrio contractual.

##### (C) Ejercicio del derecho y conocimiento de la alteración anormal por los Tribunales

Respecto al ejercicio del derecho de resolución o modificación, la doctrina difiere en cuanto a si debe producirse judicialmente o si las facultades pueden ejercerse válidamente de forma extrajudicial, existiendo partidarios de ambas posiciones<sup>110</sup>. En los casos en que la parte perjudicada decida recurrir a instancias judiciales, es discutible que el Tribunal pueda conocer *ex officio* de la alteración de las circunstancias, aunque la parte no la haya invocado expresamente<sup>111</sup>.

##### (D) Consecuencias de la aplicación del régimen de la alteración de circunstancias

Si se concluye que es aplicable el régimen previsto en el artículo 437 CCP, la parte afectada tiene derecho a solicitar la resolución o modificación del contrato perjudicado (en este último caso,

---

<sup>107</sup> António Menezes Cordeiro, "Direito bancário e alteração de circunstâncias", *Revista Direito das Sociedades VI*, 2, (2014), p. 362.

<sup>108</sup> La ley prevé una excepción al principio referido. Es el caso de los contratos promisorios para la ejecución de un contrato oneroso de cesión o constitución de un derecho real sobre un edificio, o una fracción autónoma del mismo (ya construido, en construcción o por construir). En caso de incumplimiento de la promesa, la parte incumplidora podrá solicitar su ejecución específica, mediante una sentencia que sustituya la voluntad de la parte incumplidora. Sin embargo, aunque se solicite el cumplimiento específico de la parte incumplidora, ésta podrá solicitar la modificación del contrato en conformidad con el artículo 437 del CC, aunque el retraso sea posterior a la alteración (véase a este respecto el artículo 830.3 CCP).

<sup>109</sup> Carlos Mota Pinto, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.ª ed., Coimbra (2005), p. 613; Mário Júlio de Almeida Costa, *Direito das Obrigações*, 12.ª ed., Coimbra (2009), p. 344-345.

<sup>110</sup> Mariana Fontes da Costa, *Da Alteração Superveniente das Circunstâncias. Em especial à luz dos Contratos Bilateralmente Comerciais*, Coimbra (2017), p. 507-510.

<sup>111</sup> Existe doctrina que lo admite: Nuno Manuel Pinto Oliveira, *Princípios de Direitos dos Contratos*, Coimbra (2011), p. 587.

según los criterios de equidad). Sin embargo, si la parte afectada solicita la resolución del contrato, la otra parte puede pedir, en cambio, que se modifique el contrato según criterios de equidad.

Es objeto de debate en la doctrina si el Tribunal puede determinar *ex officio* la modificación del contrato, incluso en los casos en que la parte contraria no haya hecho tal solicitud. Aunque la doctrina tradicional considera que la modificación siempre depende de una petición de las partes, hay una parte de la doctrina que admite la modificación a iniciativa del juez<sup>112</sup>.

Una situación diferente sería el caso de la parte contraria que, ante una solicitud de modificación del contrato de conformidad con los criterios de equidad formulados por la parte afectada, prefiera la resolución del contrato. Hay que decir que la ley no prevé expresamente esta posibilidad. Sin embargo, la doctrina también difiere aquí, ya que hay posiciones que responden afirmativa y negativamente a la cuestión<sup>113</sup>.

La modificación según los criterios de equidad (*ex aequo et bono*) exigirá que el Tribunal suponga la justicia del caso concreto. A tal fin, el Tribunal podrá considerar no sólo las posiciones expresadas por las partes en el juicio, sino también las conjeturas que las partes habrían tenido si hubieran previsto la alteración anormal en cuestión. En todos los casos, la modificación tendrá siempre como límite y criterio el principio de buena fe y el equilibrio de las prestaciones, llevando a la justicia interna del contrato.

Por último, cabe destacar que cualquier modificación de los contratos que se pacte entre las partes debería, además de estar expresamente justificada con base en las circunstancias actuales, estar limitada en el tiempo. Toda modificación contractual debería quedar restringida a un período concreto de tiempo (*i.e.* mientras duren las restricciones u otro periodo que las partes consideren razonable).

#### 4.4.9 Normas particulares para hacer frente a la alteración extraordinaria de las circunstancias

Hasta ahora hemos venido desgranando los elementos caracterizadores del régimen general que resulta de aplicación a todos los contratos cualquiera que sea su tipología. Toca ahora centrarnos en otros preceptos que podrían operar como equivalentes funcionales del artículo 437 CCP.

A este respecto destaca el artículo 1.040 CCP<sup>114</sup>. Esta norma puede considerarse como distributiva del riesgo del contrato de alquiler. Considerando que la privación o disminución del uso de la cosa arrendada por un período equivalente a una sexta parte de la duración del contrato es un riesgo contemplado en la ley y asignado al arrendatario. En este sentido, la privación del ocupante durante ese período está incluida en los riesgos inherentes al alquiler, lo que excluye la aplicación del régimen de la alteración anormal de las circunstancias, lo que implica que

---

<sup>112</sup> Nuno Manuel Pinto Oliveira, *Princípios de Direitos dos Contratos*, Coimbra (2011), p. 296-301.

<sup>113</sup> Favorablemente, José Oliveira Ascensao, *Direito Civil. Teoria Geral*, Vol. III, Coimbra (2002), p. 204; en contra.; Luís Carvalho Fernandes, *A Teoria da Imprevisão no Direito Civil Português*, Lisboa (2001), p. 299-300.

<sup>114</sup> Artículo 1040º (Reducción de renta o alquiler). 1 - Si, por motivo no imputable al arrendatario o a sus familiares, el arrendatario sufriera una privación o disminución del uso de la cosa alquilada, cabrá reducir la renta o alquiler en proporción al tiempo de privación o disminución de la extensión, sin perjuicio de lo dispuesto en la sección anterior. // 2 - Pero, si la privación o disminución no fuera imputable al arrendador ni a sus familiares, solamente habrá reducción en el caso de que una u otra exceda de un sexto de la duración máxima del contrato. // 3 - [...].

solamente habría una reducción proporcional de la renta si la privación (o disminución) del uso o disfrute de esos espacios excediese de una sexta parte de la duración del contrato<sup>115</sup>.

Nos encontramos, así, con una norma especial que para un tipo concreto de contratos ofrece un parámetro objetivo para distribuir el riesgo entre las partes: si el periodo de privación no excede de 6 meses el riesgo es asumido por el arrendatario; en el caso contrario lo asume el arrendador.

En cambio, la aplicación de esta norma a los contratos de uso de local no es clara, ya que esta tipología contractual es en Portugal distinta del contrato de arrendamiento, siendo considerado unánimemente por la doctrina y por la jurisprudencia como un contrato atípico, no incluido en ninguna categoría de contratos específica ni previsto en la ley.

Sin embargo, la jurisprudencia sigue siendo unánime y entiende que, siendo un contrato atípico, el contrato de uso de local debe regularse por lo que las partes establecieron en el contrato y, subsidiariamente, por las reglas generales de los contratos y negocios jurídicos y por las reglas de los contratos similares. En este sentido, la jurisprudencia sigue aplicando supletoriamente algunas reglas de los contratos de alquiler a los contratos de uso de local comercial<sup>116</sup>, en particular en lo que se refiere a la obligación de pago de la renta (que corresponde a la renta fija en los contratos de uso de local). Por ello, creemos que la aplicación de estas normas al contrato de uso de local es posible, sin perjuicio del régimen impuesto a las tiendas de los centros comerciales, contemplado en el párrafo 5 del artículo 168-A de la Ley n.º 2/2020, de 31 de marzo, modificada por la Ley n.º 27-A/2020, de 24 de julio.

Dicho lo anterior, es cierto que con la aprobación de la moratoria legal sobre las rentas, la posibilidad de aplicar este artículo ha perdido relevancia y espacio en los contratos que se benefician de ese régimen.

#### 4.4.10 *Aplicación del régimen de la alteración de las circunstancias a la situación creada por el COVID-19*

La situación derivada de la pandemia provocada por el COVID-19 ha tenido, pública y notoriamente, un impacto transversal y global en todos los sectores económicos y sociales. En todo el mundo se ha multiplicado la producción normativa, especial y excepcional, para hacer frente a la emergencia de salud pública. Por otra parte, la pandemia también ha causado perturbaciones en el funcionamiento del sistema judicial portugués, agravando el retraso y la sobrecarga ya existentes.

A la fecha del presente trabajo son muy pocos los pronunciamientos judiciales que han tenido la oportunidad de apreciar y pronunciarse sobre el impacto de la pandemia en las relaciones jurídicas por lo que es aventurado tratar de anticipar cómo responderán los tribunales de justicia a los retos fruto de la pandemia y de la crisis generada por esta. Dicho esto, a la luz del análisis

---

<sup>115</sup> Conforme refiere Antonio Menezes Cordeiro, la idea básica subyacente al referido artículo es la de “regular la distribución del riesgo en el ámbito del alquiler”, y sobre la hipótesis del límite del sexto de la duración del contrato concluye que “el legislador entiende que, hasta un sexto de perjuicio en el uso, el riesgo es solamente del arrendatario; a partir de ahí será de las dos partes” (cfr. *Leis do Arrendamento Urbano Anotadas*, Coimbra (2014), pág. 71) – cfr. Decisión del Tribunal da Relação de Guimarães, de 29-09-2010, proceso n.º 2029/08.1TBVNG.P1, disponible en [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

<sup>116</sup> A título de ejemplo, véanse las siguientes decisiones del Supremo Tribunal de Justicia: decisión de 01-07-1993, proceso n.º 084898; decisión de 05-12-1995, proceso n.º 96B481; y decisión de 25-10-2001, proceso n.º 02B826, todos disponibles en [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

realizado, no es de esperar que la jurisprudencia portuguesa acoja acriticamente la situación de pandemia como motivo suficiente para resolver las relaciones contractuales, sino que es previsible que se adopte un enfoque prudente al invocar los hechos relativos a la pandemia COVID-19 para justificar excepciones al cumplimiento puntual de las obligaciones legales y contractuales.

Sin perjuicio de lo anterior, no puede ignorarse que existe un riesgo de que los tribunales de justicia estimen que las excepcionales circunstancias derivadas de la pandemia COVID-19 y sus efectos reúnen las condiciones necesarias para ser calificadas como de alteración anormal de alcance generalizado o macro de las circunstancias en las que las partes fundaron su decisión de contratar, causando la pandemia una macro alteración de la base objetiva del negocio (*großen Geschäftsgrundlage*).

#### 4.5 Common Law

El Derecho inglés ha permanecido siempre ajeno tanto a la doctrina civil-canónica de la cláusula *rebus sic stantibus* y su elaboración en el Derecho común y por los juristas teóricos de la escolástica tardía y el iusnaturalismo<sup>117</sup> como a los desarrollos teóricos posteriores en los países de tradición de Derecho codificado que arrancan fundamentalmente en Alemania y que hemos descrito en el apartado 4.1 anterior.

El Derecho inglés no reconoce la posibilidad de modificar o alterar un contrato celebrado como consecuencia de una modificación de las circunstancias, con independencia de lo dramática, extraordinaria o imprevisible que haya podido ser la transformación del escenario en el que se desenvuelve la relación obligatoria<sup>118</sup>. Lo único que se ha admitido en Derecho inglés es una atenuación del rigor en la exigencia del cumplimiento de lo prometido en un contrato “*no matter what*”.

El tratamiento jurídico del cambio de circunstancias se concibe y se expresa desde la perspectiva de las “*excuses*” (causas exoneratorias) al cumplimiento del contrato, y en ningún caso desde una supuesta necesidad de restaurar el equilibrio de prestaciones. En este sentido, el concepto de “*frustration*” que emplea el Derecho inglés para permitir que bajo ciertas condiciones la falta de cumplimiento en los términos pactados pueda admitirse sin desencadenar las consecuencias normales del incumplimiento contractual se relaciona más con alguna de las manifestaciones de la fuerza mayor en ciertos ordenamientos de tradición continental<sup>119</sup> que con la cláusula *rebus*, la excesiva onerosidad o la desaparición de la base del negocio como expedientes técnico-jurídicos para abordar las discrepancias entre el contenido pactado del contrato y las nuevas circunstancias fruto de un suceso o escenario inesperado y extraordinario.

---

<sup>117</sup> Sebastian Martens, “Methodenfragen und die Behandlung von Grundlagenstörungen im Europäischen Privatrecht”, en *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* (2017), p. 614.

<sup>118</sup> Ewan McKendrick, “Force Majeure and Frustration- Their Relationship and a Comparative Assessment”, en Ewan McKendrick (ed.), *Force Majeure and Frustration of Contract*, London (1995), p. 43 y 44; Hugh Beale, Bénédicte Fauvarque-Cosson, Jacobien Rutgers, Denis Tallon, Stefan Vogenauer, *Cases, Materials and Text on Contract Law*, 2ª ed., Oxford (2008), p. 1129.

<sup>119</sup> Bénédicte Fauvarque-Cosson, “Le changement de circonstances”, *Revue des Contrats* (2010), p. 75-76 ; Victor Goldberg, “After Frustration: Three Cheers for *Chandler v. Webster*”, *Washington & Lee Law Review* (2011), p. 1143-1144.

A mediados del siglo XIX los tribunales ingleses introducen lo que más tarde sería conocido como la doctrina de la excusa al cumplimiento basada en la “*frustration*”. En el famoso caso *Taylor v. Caldwell*, la disputa se refería a un contrato por el que un promotor musical había concertado por un precio fijo (100 libras esterlinas por cada día) el uso de una sala de espectáculos musicales (*Surrey Gardens and Music Hall*) para organizar cuatro conciertos en fechas determinadas del verano de 1861. En junio de 1861, antes del primer evento, la sala fue destruida por el fuego a causa de la negligencia de un operario ajeno a ambas partes. Los conciertos fueron cancelados y el promotor reclamó daños y perjuicios (58 libras esterlinas de gastos incurridos en organizar y promocionar los conciertos). El tribunal inglés entendió que ambas partes quedaban liberadas de su vinculación a lo estipulado y de responsabilidad por la inejecución de las prestaciones previstas.

El concepto de “*frustration*”, como revela la jurisprudencia posterior, es restrictivo, si bien no se identifica con la imposibilidad absoluta de realización de la prestación. Como señala la sentencia *Davis Contractors Ltd v Fareham UDC*, un caso de 1956 que se considera hoy la expresión más acabada del concepto tal y como se reconoce en Derecho inglés<sup>120</sup>: “[...] la frustración sucede cuando el Derecho reconoce que sin culpa de ambas partes una obligación contractual ha devenido incapaz de ser cumplida porque las circunstancias en las que ha de producirse el cumplimiento la hacen una cosa radicalmente distinta de aquella que había sido asumida bajo el contrato. Non haec in foedera veni. No es esto lo que prometí hacer”.

Junto con la alteración radical de la “naturaleza” del cumplimiento de la obligación, también se reconoce que puede haber frustración del contrato cuando viene a desvanecerse, fruto de la evolución de los hechos, el propósito (*purpose*) del compromiso contractual, cuando la ventura común que el contrato establece viene a faltar como consecuencia de una alteración sobrevenida de las circunstancias. Esto es lo que se deduce del famosísimo caso *Krell v. Henry*, uno de los llamados casos de la Coronación, relativos al arrendamiento de balcones para eventos ligados a la coronación de Eduardo VII de Inglaterra, cuya fecha prevista hubo de ser pospuesta por un ataque de apendicitis del sucesor de la Reina Victoria<sup>121</sup>.

En cuanto a los presupuestos para la aplicación de la *frustration*<sup>122</sup> como excusa frente a la inejecución del contrato, requiere que la incidencia sobre la naturaleza de la prestación o el propósito del contrato hayan ocurrido sin intervención de ninguno de los contratantes y fuera de su control. Es preciso igualmente que el contrato no haya establecido que el riesgo que se

---

<sup>120</sup> Ewan McKendrick, “Force Majeure and Frustration- Their Relationship and a Comparative Assessment”, en Ewan McKendrick (ed.), *Force Majeure and Frustration of Contract*, London (1995), p. 38; John Cartwright, *Contract Law. An Introduction to the English Law of Contract for the Civil Lawyer*, Oxford (2007), p. 238; Neil Andrews, *Contract Rules. Decoding English Contract Law*, Cambridge-Antwerp-Portland (2016), p. 248.

<sup>121</sup> No todos los casos de la Coronación se refieren al cortejo de la ceremonia de la coronación en Londres, en los cuales la cancelación es considerado en todos ellos un caso de *frustration*. En *Herne Bay Steam Boat Co. v. Hutton* el contrato y la disputa se referían a una parada naval posterior a la coronación en honor al nuevo rey. Como la parada no se canceló, aunque la presencia de Eduardo VII si, el tribunal inglés entendió que el propósito del contrato no había quedado frustrado por entero.

<sup>122</sup> Ewan McKendrick, “Force Majeure and Frustration- Their Relationship and a Comparative Assessment”, en Ewan McKendrick (ed.), *Force Majeure and Frustration of Contract*, London (1995), p. 37 y ss.; John Cartwright, *Contract Law. An Introduction to the English Law of Contract for the Civil Lawyer*, Oxford (2007), p. 238 y ss; Neil Andrews, *Contract Rules. Decoding English Contract Law*, Cambridge-Antwerp-Portland (2016), p. 248 y ss.



materializa con el efecto del cambio de circunstancias sea asumido por alguno de los contratantes, de modo que la frustración del contrato es de aplicación subsidiaria a la distribución de riesgo marcada por los propios contratantes en su acuerdo. No parece estar del todo resuelta la cuestión de si es necesario que el cambio de circunstancias hubiera sido imprevisible al tiempo de contratar. No parece constituir un presupuesto imprescindible, pero puede operar como factor que permita atribuir implícitamente el riesgo previsible a una de las partes y excluir con ello la frustración. Por otra parte, el Derecho inglés no admite la frustración meramente económica o de esfuerzo de cumplimiento<sup>125</sup>. Para que haya *frustration* es necesario una transformación fundamental de la naturaleza de la ejecución del contrato o la desaparición del fin o propósito contractual.

En cuanto a las consecuencias jurídicas de la frustración del contrato, no cabe la adaptación o modificación del mismo. El único efecto es la terminación de la relación contractual que se produce, además, de forma automática en el momento del advenimiento del suceso generador de la frustración. El efecto extintivo, pues, no depende de la declaración de una de las partes o aún menos, de la reclamación o pretensión judicialmente deducida tendente a producir el efecto extintivo. La terminación, sin embargo, no es retroactiva, de modo que las obligaciones cumplidas y las prestaciones intercambiadas en virtud del contrato hasta la fecha del evento determinante de la frustración permanecen inalteradas.

De hecho, otros de los casos de la Coronación, como *Blakeley v. Muller y Chandler v. Webster*, establecieron que no cabía restitución alguna de las prestaciones ya realizadas en caso de frustración. A la vista de lo que se percibía como excesiva rigidez en la determinación de los efectos de la frustración<sup>124</sup>, un caso de 1941 (*Fibrosa Spolka Akcyna v. Fairbairn Lawson Combe Barbour Ltd.*), relativo a un contrato celebrado en julio de 1939 para fabricación de máquinas entre una sociedad polaca y una inglesa, con una parte del precio pagada de modo anticipado) se apartó de la solución de no permitir en absoluto pretensiones restitutorias o de compensación, y animó a intervenir al legislador<sup>125</sup> a fin de flexibilizar las consecuencias de la frustración y permitir que los pagos anteriores a la frustración pudieran ser objeto de restitución y los beneficios o atribuciones conferidos y no pagados pudieran ser abonados.

En definitiva, la aproximación del Derecho inglés a la incidencia de la alteración de circunstancias fundamentales sobre el contrato es abiertamente restrictiva y se expresa a través

---

<sup>125</sup> John Cartwright, *Contract Law. An Introduction to the English Law of Contract for the Civil Lawyer*, Oxford (2007), p. 240; Klaus Peter Berger y Daniel Behn, "Force Majeure and Hardship in the Age of Corona: A Historical and Comparative Study", *McGill Journal of Dispute Resolution* (2020), p. 110.

<sup>124</sup> De hecho, en *Chandler v. Webster*, el tribunal entendió que las prestaciones que debieron hacerse antes de la cancelación del cortejo -la parte del precio anticipado que no se había abonado aún a pesar de estar vencida- tendrían que cumplirse pues el "discharge" solo ocurría a la fecha de la cancelación. Sobre estos casos, *vid.* Roy McElroy y Glanville Williams, "The Coronation Cases - II", *The Modern Law Review* (1941), p. 1 y ss. Se debe indicar que hay analistas, sin embargo, que consideran preferible la solución rígida de *Chandler v. Webster*: Victor Goldberg, "After Frustration: Three Cheers for *Chandler v. Webster*", *Washington & Lee Law Review* (2011), p. 1144 y ss.; Victor Goldberg, *Rethinking Contract Law and Contract Design*, Cheltenham (2015), cap. 12.

<sup>125</sup> Es la *Law Reform (Frustrated Contracts) Act* de 1943. Esta reforma legal no es aplicable en todo el Reino Unido. Por ejemplo, en Escocia no lo es y por tanto en caso de frustración del contrato las pretensiones de restitución o de abono de atribuciones no compensadas se articulan a través de la clásica *condictio causa data, causa non secuta*: Ewoud Hondius y Hans Christoph Grigoleit (eds.), *Unexpected Circumstances in European Contract Law*, Cambridge (2011), p. 171-172.

de un expediente conceptual (la “*frustration*”) que se relaciona más con una vertiente resolutoria de la fuerza mayor –ampliamente entendida– que no con el devenir de la cláusula *rebus* o la base del negocio. En Derecho inglés, el mantenimiento de los términos pactados y la cautela máxima de los jueces y tribunales a la hora de interferir con el contenido contractual querido por las partes se consideran esenciales para el funcionamiento del Derecho de contratos.

En Estados Unidos, en una buena medida, la situación no es muy diferente a la descrita para el Derecho inglés, si bien no es totalmente coincidente. El *Common Law* en los Estados Unidos distingue entre “*impracticability*” (una noción amplia de imposibilidad de la prestación)<sup>126</sup> y la “*frustration*”, sustancialmente inspirada en la noción inglesa. Esto lo podemos ver reflejado en las secciones 261 y 265 del *Restatement (Second) of Contract* del *American Law Institute*, que pretende ser una recopilación de la situación dominante en el *Common Law* de las jurisdicciones estadounidenses.

“*Section 261. Discharge by Supervening Impracticability*”

*Where, after a contract is made, a party's performance is made impracticable without his fault by the occurrence of an event the non-occurrence of which was a basic assumption on which the contract was made, his duty to render that performance is discharged, unless the language or the circumstances indicate the contrary.”*

“*Section 265. Frustration of purpose:*”

*Where, after a contract is made, a party's principal purpose is substantially frustrated without his fault by the occurrence of an event the non-occurrence of which was a basic assumption on which the contract was made, his remaining duties to render performance are discharged, unless the language or circumstances [of the contract] indicate the contrary.”*

En ambos casos, no obstante, el efecto de la “*supervening impracticability*” y la “*frustration of purpose*” son prácticamente idénticos: la exoneración del contratante afectado por la inviabilidad prestacional o la frustración del fin contractual en lo relativo a los deberes contractuales alcanzados por una u otra. En ambos casos, además, la relevancia del cambio de circunstancias que hace inviable la prestación o frustra el propósito contractual se funda en una “*shared assumption*”<sup>127</sup> inmanente al contrato y relativa a la inexistencia de la circunstancia generadora de la inviabilidad de la prestación o el colapso del fin contractual.

Por otra parte, en Estados Unidos, el *Uniform Commercial Code* (una ley uniforme modelo adoptada, con variantes, como ley estatal por todos los Estados, salvo Louisiana, que ha acogido solo una pequeña parte) también se ocupa de la cuestión introduciendo lo que se ha venido en llamar “*commercial impracticability*”<sup>128</sup>.

<sup>126</sup> El origen de la noción de *impracticability* en Estados Unidos se suele atribuir a la sentencia *Mineral Park Land v. Howard*, un caso californiano de 1916 relativo a un contrato de extracción de grava como material para construir un puente, siendo así que una parte importante del terreno de extracción estaba bajo el agua: “*A thing is impossible in legal contemplation when it is not practicable; and a thing is impracticable when it can only be done at excessive and unreasonable cost*”.

<sup>127</sup> Sobre este “*shared assumption test*”, véase Melvin A. Eisenberg, “*Impossibility, Impracticability and Frustration*”, *Journal of Legal Analysis* (2009), p. 211 y ss; Melvin A. Eisenberg, *Fundamental Principles of Contract Law*, Oxford (2018), 628 y ss.

<sup>128</sup> Sukhnam Digwa-Singh, “*The Application of Commercial Impracticability under Article 2-615 of the Uniform Commercial Code*”, en Ewan McKendrick (ed.), *Force Majeure and Frustration of Contract*, London

Así, el §2-615 UCC (Failure of Presupposed Conditions) establece en su apartado (a):

*“Except so far as a seller may have assumed a greater obligation and subject to the preceding section on substituted performance:*

*(a) Delay in delivery or non-delivery in whole or in part by a seller who complies with paragraphs (b) and (c) is not a breach of his duty under a contract for sale if performance as agreed has been made impracticable by the occurrence of a contingency the non-occurrence of which was a basic assumption on which the contract was made or by compliance in good faith with any applicable foreign or domestic governmental regulation or order whether or not it later proves to be invalid.”*

El precepto rige para contratos de transmisión de bienes (compraventa, suministro y similares). En relación con los contratos de cesión de uso de bienes, el §2A-405 UCC (Excused Performance) establece una previsión casi idéntica en su apartado (a):

*“Subject to Section 2A-404 on substituted performance, the following rules apply:*

*(a) Delay in delivery or nondelivery in whole or in part by a lessor or a supplier who complies with paragraphs (b) and (c) is not a default under the lease contract if performance as agreed has been made impracticable by the occurrence of a contingency the nonoccurrence of which was a basic assumption on which the lease contract was made or by compliance in good faith with any applicable foreign or domestic governmental regulation or order, whether or not the regulation or order later proves to be invalid.”*

Es muy discutido en la jurisprudencia y la doctrina<sup>129</sup> estadounidense la medida en que estas previsiones del UCC pueden ofrecer sustento a pretensiones de resolución o, incluso, de modificación del contrato en atención a un cambio de circunstancias que provoca un importante incremento del coste de realizar la prestación contractualmente establecida o que priva casi por entero de valor al contrato para una de las partes. La aplicación por los tribunales estadounidenses es, en conjunto, notablemente restrictiva<sup>130</sup>.

Nótese, en todo caso, que ambos preceptos del UCC contemplan únicamente al prestador característico (vendedor o suministrador, en los contratos transmisivos; arrendador o suministrador en leasing, en los contratos relativos al uso) y no al deudor de una obligación dineraria, de modo que el comprador o el arrendatario no podrían valerse de las disposiciones del UCC para liberarse o pretender la modificación de sus obligaciones. La *commercial impracticability* se refiere a riesgos que amenazan un incremento de los costes de cumplimiento de la prestación y no al menor valor de la contraprestación que pueda experimentar el receptor

---

(1995), p. 305 y ss.; Robert Scott y Alan Schwartz, *Commercial Transactions: Principles and Policies*, 2ª ed., Westbury (NY) (1991), p. 436 y ss.; Robert Scott y Jody Kraus, *Contract Law and Theory*, 4ª ed. Newark (NJ) (2007), p. 747 y ss.

<sup>129</sup> Cfr. el debate entre Melvin A. Eisenberg y Victor Goldberg: Melvin A. Eisenberg, “Impossibility, Impracticability and Frustration”, *Journal of Legal Analysis* (2009), p. 207; Melvin A. Eisenberg, “Impossibility, Impracticability and Frustration-Professor Goldberg Constructs an Imaginary Article, Attributes it to Me, and then Criticizes It”, *Journal of Legal Analysis* (2010), p. 383. Victor Goldberg, “Excuse Doctrine: The Eisenberg Uncertainty Principle”, *Journal of Legal Analysis* (2010), p. 359; Victor Goldberg, *Rethinking Contract Law and Contract Design*, Cheltenham (2015), cap. 11.

<sup>130</sup> Robert Scott y Jody Kraus, *Contract Law and Theory*, 4ª ed. Newark (NJ) (2007), p. 749.

de la prestación (que sí podría ser, en su caso, analizable bajo la perspectiva de la frustración del propósito del contrato)<sup>131</sup>.

En síntesis, aunque el Derecho de contratos de los Estados Unidos parece en principio algo más abierto que el Derecho inglés a la relevancia de los cambios extraordinarios en las circunstancias en la vigencia de las obligaciones contractuales, en términos comparativos no hay duda alguna que su régimen legal es notablemente más restrictivo que los de ordenamientos europeos (y señaladamente el alemán) a la hora de dar cauce a pretensiones extintivas o modificativas del contrato basadas en la alteración esencial de las circunstancias concurrentes<sup>132</sup>.

#### 4.6 Propuestas internacionales en materia contractual

Distintos textos internacionales (no vinculantes) sobre Derecho de contratos contienen reglas relativas a la influencia del cambio de circunstancias sobre el contenido y mantenimiento de la vigencia del contrato.

El primero de ellos viene dado por los Principios del Derecho europeo del contrato o Principios Lando.

En particular, el Artículo 6:111, titulado “Cambio de circunstancias”, tiene el siguiente contenido:

*“(1) Las partes deben cumplir con sus obligaciones, aun cuando les resulten más onerosas como consecuencia de un aumento en los costes de la ejecución o por una disminución del valor de la contraprestación que se recibe.*

*(2) Sin embargo, las partes tienen la obligación de negociar una adaptación de dicho contrato o de poner fin al mismo si el cumplimiento del contrato resulta excesivamente gravoso debido a un cambio de las circunstancias, siempre que:*

*(a) Dicho cambio de circunstancias haya sobrevenido en un momento posterior a la conclusión del contrato. (b) En términos razonables, en el momento de la conclusión del contrato no hubiera podido preverse ni tenerse en consideración el cambio acaecido.*

*(c) A la parte afectada, en virtud del contrato, no se le pueda exigir que cargue con el riesgo de un cambio tal de circunstancias.*

*(3) Si en un plazo razonable las partes no alcanzan un acuerdo al respecto, el juez o tribunal podrá:*

*(a) Poner fin al contrato en los términos y fecha que considere adecuado.*

*(b) O adaptarlo, de manera que las pérdidas y ganancias resultantes de ese cambio de circunstancias se distribuyan entre las partes de forma equitativa y justa.”*

---

<sup>131</sup> George Triantis, “Contractual Allocations of Unknown Risks: A Critique of the Doctrine of Commercial Impracticability”, *University of Toronto Law Journal* (1992), p. 454.

<sup>132</sup> Sukhnam Digwa-Singh, “The Application of Commercial Impracticability under Article 2-615 of the Uniform Commercial Code”, en Ewan McKendrick (ed.), *Force Majeure and Frustration of Contract*, London (1995), p. 330-331; Klaus Peter Berger y Daniel Behn, “Force Majeure and Hardship in the Age of Corona: A Historical and Comparative Study”, *McGill Journal of Dispute Resolution* (2020), p. 106.

En cualquiera de los casos, el juez o tribunal podrá ordenar que la parte que se negó a negociar o que rompió dicha negociación de mala fe, proceda a reparar los daños causados a la parte que sufrió dicha negativa o dicha ruptura.

En los principios Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales (versión 2016; la primera versión es de 1994) encontramos una sección (la 2), en el Capítulo 6, dedicado al cumplimiento del contrato, relativo a la excesiva onerosidad o *hardship*. La sección comprende tres artículos, con el siguiente contenido:

*“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).*

*ARTÍCULO 6.2.2 (Definición de la “excesiva onerosidad” (hardship))*

*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.*

*ARTÍCULO 6.2.3 (Efectos de la “excesiva onerosidad” (hardship))*

*(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.”*

El Marco Común de Referencia del Derecho contractual europeo (*Common Frame of Reference*) contiene también una previsión sobre la materia, en el Libro III, dedicado a las obligaciones y los derechos.

*“III.-1:110: Modificación o extinción por el juez a causa de un cambio en las circunstancias*

*(1) Toda obligación debe cumplirse aun cuando el cumplimiento de la misma resulte más oneroso como consecuencia de un aumento en los costes de la ejecución o por una disminución del valor de la contraprestación que se recibe.*

*(2) Sin embargo, si debido a un cambio excepcional en las circunstancias el cumplimiento de una obligación contractual o de una obligación derivada de un acto jurídico unilateral resulta*

*tan oneroso que sería manifiestamente injusto seguir exigiendo su cumplimiento al deudor, el juez podrá:*

*(a) modificar la obligación a fin de hacerla más razonable y equitativa en las nuevas circunstancias; o*

*(b) extinguir la obligación en una fecha y en unas condiciones que determinará el juez.*

*(3) El apartado (2) se aplicará únicamente si:*

*(a) el cambio en las circunstancias se produjo después de contraerse la obligación;*

*(b) el deudor no tuvo en cuenta en ese momento, y cabe razonablemente esperar que no tuviese en cuenta, la posibilidad de que se produjese dicho cambio en las circunstancias o la magnitud del mismo;*

*(c) el deudor no asumió, y no puede razonablemente darse por asumido, el riesgo de dicho cambio en las circunstancias; y*

*(d) el deudor ha intentado, razonablemente y de buena fe, negociar una modificación razonable y equitativa de los términos que regulan la obligación.”*

La Propuesta (finalmente no adoptada) de 2011 de Reglamento Europeo relativo a una normativa común de compraventa europea, y generalmente conocida como *Common European Sales Law* (CESL), contiene también una disposición sobre cambio de circunstancias, con el siguiente contenido<sup>135</sup>.

*“Artículo 89 Cambio en las circunstancias*

*1. Una parte deberá cumplir sus obligaciones aun cuando el cumplimiento de las mismas resulte más oneroso como consecuencia de un aumento en los costes de la ejecución o por una disminución del valor de la contraprestación que se recibe.*

*Cuando el cumplimiento resulte excesivamente oneroso debido a un cambio excepcional en las circunstancias, las partes tendrán el deber de iniciar negociaciones para adaptar o resolver el contrato.*

*2. Si las partes no llegan a un acuerdo en un plazo razonable, un órgano jurisdiccional, a petición de cualquiera de las partes, podrá:*

*(a) adaptar el contrato para adecuarlo a lo que las partes habrían razonablemente acordado en el momento de su celebración si hubieran tenido en cuenta el cambio en las circunstancias;*

*o*

*(b) resolver el contrato a tenor del artículo 8 en fecha y condiciones que deberán ser fijadas por él.*

*3. Los apartados 1 y 2 se aplicarán únicamente si:*

---

<sup>135</sup> Fryderyk Zoll, “Art. 89”, en Reiner Schulze (ed.), *Common European Sales Law (CESL). Commentary*, Baden-Baden (2012), p. 416 y ss.; Hannes Unberath y Ewan McKendrick, “Supervening Events”, en Gerhard Dannemann y Stefan Vogenauer (eds.), *The Common European Sales Law in Context. Interactions with English and German Law*, Oxford (2013), p. 562 y ss.; Reiner Schulze y Fryderyk Zoll, *European Contract Law*, Baden-Baden (2016), p. 237-238.

- (a) el cambio en las circunstancias se produjo después de la celebración del contrato;
- (b) la parte que invoca el cambio de circunstancias no tuvo en cuenta en ese momento, y no pueda esperarse que lo tuviese en cuenta, la posibilidad de que se produjese dicho cambio en las circunstancias o la magnitud del mismo; y
- (c) la parte perjudicada no asumió, y es razonable suponer que no asumiera, el riesgo de dicho cambio en las circunstancias.
4. A efectos de los apartados 2 y 3, se entenderá que los tribunales arbitrales forman parte de los órganos jurisdiccionales.

Por su parte, el Convenio de Viena sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías no contiene regla específica sobre cambio de circunstancias, aunque sí prevé (art. 79) la liberación de responsabilidad por daños si el incumplimiento se debe a un impedimento fuera de su control: “Una parte no será responsable de la falta de cumplimiento de cualquiera de sus obligaciones si prueba que esa falta de cumplimiento se debe a un impedimento ajeno a su voluntad y si no cabía razonablemente esperar que tuviese en cuenta el impedimento en el momento de la celebración del contrato, que lo evitase o superase, o que evitase o superase sus consecuencias.” Con todo, es frecuente que los comentaristas del Convenio de Viena amparen en esta norma consideraciones relativas al cambio extraordinario de circunstancias y *hardship*<sup>134</sup>.

En cuanto a los textos internacionales expuestos más arriba, en conjunto y con pequeños matices guardan notable similitud entre sí<sup>135</sup>. Es indudable la influencia en su inspiración y redacción del desarrollo de la doctrina alemana de la base del negocio y la adaptación del contrato cuando esta resulta fundamentalmente alterada. Todos ellos comienzan con un recordatorio de la obligatoriedad y fuerza vinculante de los términos pactados. Los Principios Unidroit refieren el supuesto de hecho a la alteración esencial del equilibrio contractual, sea debido a un incremento del coste de cumplimiento o a un minusvalor en la contraprestación que se ha de recibir. Los Principios Lando, el Marco Común de Referencia y el CESL se remiten a un cambio de circunstancias que hace el cumplimiento excesivamente oneroso (o tan oneroso que resulta manifiestamente injusto mantener la exigencia de cumplimiento original).

En cuanto a la incidencia del cambio de circunstancias sobre el contrato, en los cuatro textos se menciona tanto el aumento del coste de ejecución de la prestación como la disminución del valor de la contraprestación.

En cuanto a las consecuencias de la doctrina, los textos internacionales ofrecen mayor flexibilidad que el Derecho alemán en cuanto a la opción entre adaptación del contrato y resolución<sup>136</sup>, e introducen de manera más marcada que el ordenamiento alemán la

---

<sup>134</sup> Ingeborg Schwenzer, “Art. 79”, en Peter Schlechtriem e Ingeborg Schwenzer (eds.), *Kommentar zum einheitlichen UN Kaufrecht CISG*, 5ª ed., München (2008), Rn 4; Ingeborg Schwenzer, “Force Majeure and Hardship in International Sales Contracts”, *Victoria University of Wellington Law Review* (2008), p. 713 y ss. En España, Pablo Salvador Coderch, “Comentarios a los arts. 79 y 80”, en Luis Díez-Picazo y Ponce de León, *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*. Civitas, Madrid (1997), pp. 635 y ss.

<sup>135</sup> Thomas Rübner, “Change of Circumstances”, en Nils Jansen y Reinhard Zimmermann (eds.), *Commentaries on European Contract Laws*, Oxford (2018), p. 909.

<sup>136</sup> Fryderyk Zoll, “Art. 89”, en Reiner Schulze (ed.), *Common European Sales Law (CESL). Commentary*, Baden-Baden (2012), p. 424 destaca en relación con el art. 89 CESL que no puede tratarse al amparo del

renegociación del contrato por las partes como solución preferible antes de la intervención judicial (cualquiera que sea el efecto, modificativo o resolutorio, que pueda imponerse en sede judicial).

De hecho, tanto en los Principios Lando como en los Principios Unidroit aparece de manera expresa la idea de una facultad o derecho a pretender una renegociación de buena fe de los términos pactados. En cuanto al correlativo deber de la contraparte de someterse a este proceso de renegociación de buena fe, los Principios Lando lo presuponen, pues sin tal deber carecería de sustento la previsión explícita que en ellos se contiene acerca de la facultad del juez de imponer a quien se niega a negociar o rompe la negociación de mala fe la obligación de reparar los daños causados a la parte que sufrió dicha negativa o dicha ruptura<sup>137</sup>.

Ningún Derecho nacional (y tampoco el Marco Común de Referencia a pesar de la similitud entre su contenido y el de los Principios Lando en esta materia) ha acogido la idea de prever explícitamente una sanción indemnizatoria a la parte contractual que no se aviene a renegociar un contrato cuando la contraparte lo exige alegando la existencia de un cambio extraordinario de circunstancias.

Finalmente, conviene advertir que ninguno de estos textos de *soft law* sobre materia contractual ha sido adoptado en las legislaciones nacionales europeas en lo relativo a la alteración sobrevenida de circunstancias extraordinarias.

## **5. El fondo de la cuestión de la *rebus*: situaciones de emergencia, crisis económicas y contratos.**

Una vez analizada la configuración jurisprudencial de la cláusula *rebus* en España y el régimen aplicable en los ordenamientos de referencia de nuestro entorno cultural, político y jurídico, toca analizar algunas cuestiones relativas al fondo de la cuestión de la *rebus*. En particular, dado el contexto y la motivación que subyace a diferentes propuestas recientes en nuestro país, merece estudiarse con detenimiento la función de la doctrina *rebus* y, singularmente, las dificultades e inconvenientes de su aplicación en situaciones de crisis económica, pues es precisamente su conceptualización como herramienta fundamental para abordar jurídicamente la dinámica contractual en escenarios de esta clase lo que comparten buena parte de las propuestas recientes en España tendentes a la codificación de la cláusula *rebus*. Esto es particularmente perceptible en las propuestas del Profesor Javier Orduña Moreno, el cual defiende la normalización y la no excepcionalidad de la modificación contractual vía doctrina (o más bien, en su concepto, regla) *rebus*, tanto en la conmutatividad y buena fe del comercio jurídico<sup>138</sup>, como en su virtualidad de

---

mismo a la resolución como solución de última ratio y que puede con frecuencia ser una solución más adecuada.

<sup>137</sup> En las notas explicativas al Art. 6:111 de los Principios Lando se afirma expresamente que el deber de sujetarse a renegociar el contrato es un deber autónomo y sujeto a su propia sanción (indemnizatoria): Ole Lando y Hugh Beale, *Principles of European Contract Law. Parts I and II. Combined and Revised*, The Hague (1999), p. 326.

<sup>138</sup> Javier Orduña Moreno, *Cláusula Rebus y Modernización del Derecho Contractual: tratamiento doctrinal y jurisprudencial*, Francis Lefevre, Madrid (2020), p. 6. Muy críticos con esta idea de la “conmutatividad del comercio jurídico” como principio organizador del Derecho de contratos, Ángel Carrasco Perera, “Comentario a la sentencia de 15 de octubre de 2014. Reivindicación y defensa de la vieja doctrina *rebus sic stantibus*”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil* 98, mayo-agosto (2015), p. 203; M<sup>a</sup> Ángeles Parra Lucán, “Riesgo imprevisible y modificación de los contratos”, *InDret* 4/2015 (2015), p. 26.



mecanismo de ajuste de los contratos a las oscilaciones cíclicas de la economía que considera que aun siendo de gran calado son cada vez “menos extraordinarias”<sup>139</sup>.

### 5.1 Ineptitud de la cláusula rebus para aplanar las curvas de los ciclos económicos

Con independencia de las dificultades aplicativas de la doctrina *rebus* en una gran variedad de circunstancias<sup>140</sup>, queremos destacar la falta de idoneidad de la cláusula *rebus* para resolver los casos de desequilibrio prestacional fruto de las crisis económicas.

A este respecto, no es ocioso recordar que para el Tribunal Supremo -a excepción de los casos aislados del bienio 2012-2014-, las crisis económicas no son hechos imprevisibles para los contratantes profesionales y que “*concorre culpa del deudor al no prever la existencia de una situación de riesgo que era posible anticipar mentalmente, dado que las fluctuaciones del mercado son cíclicas, como la historia económica demuestra*”<sup>141</sup>. Las crisis económicas que marcan las fases descendentes de los ciclos económicos que caracterizan de manera permanente la evolución macroeconómica de las sociedades no se compadecen bien con la propia lógica de la cláusula *rebus* en el Derecho español ni tampoco con el mejor entendimiento de la funcionalidad económica de esta doctrina y sus homólogas en otros sistemas jurídicos-.

Sin embargo, los partidarios de positivizar en España la *rebus* como medida de emergencia en este momento aducen que una de las ventajas, si no la principal, de la “moderna” configuración de la *rebus* es servir de bálsamo para aliviar los rigores de las crisis económicas. No hay tal.

Amparar, o incluso incentivar, que aquellos contratantes que han visto reducida la rentabilidad o utilidad que esperaban obtener de un contrato puedan recurrir a la cláusula *rebus* no servirá para aliviar los problemas derivados de una crisis y económica y, al mismo tiempo, perjudicaría profundamente la certeza y estabilidad del régimen contractual en su conjunto<sup>142</sup>.

La cláusula *rebus* no puede, por su propia naturaleza, servir para aplacar los efectos de las crisis económicas. Es un instrumento de intervención *ex post* en el decurso de relaciones contractuales en marcha que requiere de información individual sobre los contratantes y los términos explícitos e implícitos pactados por las partes. Precisa, en caso de que la renegociación voluntaria

---

<sup>139</sup> Javier Orduña Moreno, *Cláusula Rebus y Modernización del Derecho Contractual: tratamiento doctrinal y jurisprudencial*, Francis Lefevre, Madrid (2020), p. 7. Se refiere también, aunque de forma menos central, a la idea de combatir las consecuencias de los ciclos económicos, particularmente en casos históricos de crisis profundas o recesiones económicas, Pablo Salvador Coderch, *Alteración de circunstancias en el art. 1213 de la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos*, *InDret* 4/2009 (2009), p. 52.

<sup>140</sup> Muchos autores en muy distintos contextos jurídicos señalan las dificultades de ofrecer criterios precisos para hacer operativa la doctrina *rebus* a la hora de solucionar adecuadamente los problemas generados por la incidencia de cambios extraordinarios de circunstancias sobre la dinámica contractual y la insuficiencia de cualquier fórmula teórica o de redacción textual de la doctrina que pueda solventar las mismas: Thomas Rüdner, “Change of Circumstances”, en Nils Jansen y Reinhard Zimmermann (eds.), *Commentaries on European Contract Law*, Oxford (2018), p. 909; Ángel Carrasco Perera, *Derecho de Contratos*, 2ª ed., Cizur Menor (2017), p. 977; Fryderyk Zoll, “Art. 89”, en Reiner Schulze (ed.), *Common European Sales Law (CESL). Commentary*, Baden-Baden (2012), p. 419; George Triantis, “Contractual Allocations of Unknown Risks: A Critique of the Doctrine of Commercial Impracticability”, *University of Toronto Law Journal* (1992), p. 476-477.

<sup>141</sup> STS de 8 de octubre de 2012 (RJ 2012,9027).

<sup>142</sup> *Vid.* en sentido similar, Diego Armero Montes y Ángel Maestro Martí, “Los intentos de positivización de la regla *rebus sic stantibus*”, *La Ley: Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía*, (2020).

no llegue a buen puerto, una decisión judicial que no es fácil de anticipar en sus detalles, con lo que los “*disagreement points*” o posiciones de reserva de las partes no están bien precisados, lo que, a su vez, dificulta el acuerdo en la renegociación emprendida por las partes. En este sentido, algunos de los casos clásicos de utilización de la *rebus* en situaciones de crisis macroeconómica no son una buena referencia de la complejidad de la tarea de afinar los presupuestos y las soluciones bajo la doctrina *rebus*. Una hiperinflación galopante (como en el *Vigogne-Spinnerai Fall* alemán de 1923) es fácil de identificar y el remedio no requiere la precisión de un cirujano, basta sustituir el principio nominalista en las deudas de dinero por el valorista (lo que, por otra parte, hace predecir que, en el mundo de hoy, el legislador y las autoridades monetarias ya adoptarán las medidas al efecto y no quede el problema a cargo de los tribunales).

Todo lo anterior sugiere que no cabe augurar que la *rebus* pueda razonablemente operar como instrumento de aplicación simple y generalizada a una multiplicidad de contratos -y las crisis económicas, por definición, afectan a muchísimas relaciones contractuales-. Carece del carácter sistémico y cuasi-mecánico que las dificultades macroeconómicas requieren.

Por las mismas razones, no es una herramienta lo suficientemente ágil para servir eficazmente a las necesidades de protección -sobre la liquidez, sobre los ingresos, sobre el patrimonio- de quienes se ven seriamente tocados por una crisis. Como acabamos de señalar, no serán pocos los casos en los que la aplicación de la cláusula *rebus* deba ser decidida por los tribunales, lo que necesariamente determinará que la solución -aun suponiendo que sea de verdad una solución- llegue necesariamente tarde para paliar las consecuencias de una recesión económica para ciertos grupos de contratantes.

Ante este argumento habrá quien apunte que es posible solicitar medidas cautelares que permitirían anticipar sus efectos. Es cierto, pero probablemente tampoco sea un mecanismo lo suficientemente ágil si el cambio en las circunstancias está provocando una situación inmediata de grave dificultad de cumplimiento. Además, por su naturaleza indiciaria y provisional, llevan aparejadas un elevado nivel de incertidumbre y una gran varianza en cuanto a su apreciación y alcance.

En definitiva, la propia naturaleza conceptual e institucional de la cláusula *rebus* la hacen un instrumento que no es adecuado para tratar de “aplanar” las oscilaciones del ciclo económico.

No lo es porque no es un instrumento sistémico con alcance para el conjunto del sistema económico, que es el tipo de intervención eficaz para problemas de índole macroeconómica. Muy al contrario, la doctrina *rebus* es un instrumento de precisión que opera en el seno de una concreta relación contractual.

No lo es porque los tribunales que han de apreciar la concurrencia de los presupuestos de la cláusula *rebus* e imponer las soluciones a los contratos al amparo de la misma carecen de la información para establecer los términos contractuales más ajustados a las exigencias del ciclo económico.

No lo es porque sujetar los contratos al albur de la intervención judicial ante las distintas situaciones de mercado, de demanda y oferta y de expansión o contracción económica, aunque se reserve para casos “extraordinarios e imprevisibles”, tendrá un efecto global de erosión de la certidumbre del régimen contractual (y los contratantes, sobre todo los que pueden “votar con los pies” y optar por el derecho de contratos aplicable, reaccionan con severidad y prontitud ante la incertidumbre).

De hecho, la doctrina que se ha ocupado de manera más detallada de la posible utilización de la revisión judicial del contrato (o la resolución) por cambio extraordinario de circunstancias en relación con los cambios de mercado y las oscilaciones económicas, que es la estadounidense, se manifiesta de manera contundente en contra de este uso<sup>145</sup>. Incluso en aquellos limitadísimos casos en los que la doctrina *rebus* (la *commercial impracticability* para los norteamericanos) puede en abstracto mejorar la distribución del riesgo de tales eventos, la falta de una mínima predictibilidad en sus resultados, unida a las oportunidades que abriría a maniobras interesadas para tratar de alterar lo pactado cuando *ex post* el contrato produce pérdidas o menores ganancias de las esperadas, abonan de forma enérgica el rechazo a su empleo.

Adicionalmente, la pretensión de emplear activa y decididamente la cláusula *rebus* para corregir los rigores de los ciclos económicos contradice dos notas consustanciales a la cláusula *rebus*: la subsidiariedad y la excepcionalidad.

En cuanto al primer aspecto, las partes están mejor situadas *ex ante* para asumir y afrontar los efectos de las oscilaciones económicas que los tribunales de justicia a posteriori. Cuando las partes negocian los términos de un contrato de larga duración, ámbito de aplicación prototípico de la cláusula *rebus*, ya están teniendo en cuenta los posibles vaivenes de la actividad económica. De hecho, los contratos de largo plazo son en sí mismos instrumentos de gestión de los riesgos económicos y de mercado. Así, un propietario que decide arrendar a largo plazo su inmueble en una época de expansión económica está implícitamente asumiendo que el precio determinado que acepta es ahora suficientemente atractivo antes que la expectativa de rentas más altas en el futuro. De forma similar, el arrendatario que decide suscribir ese contrato de arrendamiento de larga duración está pagando por la certidumbre de que dispondrá del inmueble durante un periodo largo de tiempo, lo que le permitirá calcular con certeza los periodos de retorno y amortización de la inversión y le dejará a salvo de un alza en las rentas de mercado de los locales comerciales. La renta arrendaticia, en esos supuestos, tenderá -en el agregado- a acercarse a la que sería la renta media del arrendamiento durante su duración esperada, incorporando al cómputo los vaivenes cíclicos de la economía, sea cual sea el fenómeno inmediato (las burbujas de activos inmobiliarios, las expansiones y reducciones por motivos políticos o geoestratégicos

---

<sup>145</sup> Alan Schwartz, "Sales Law and Inflation", en Anthony Kronman y Richard Posner (eds.), *The Economics of Contract Law*, Little Brown, Boston-Toronto (1979), p. 139 y ss.; Michelle J. White, "Contract Breach and Contract Discharge Due to Impossibility: A Unified Theory", *Journal of Legal Studies* (1988), p. 370 y ss.; Victor Goldberg, "Impossibility and Related Excuses", *Journal of Institutional and Theoretical Economics* (1988), p. 101 y ss.; Alan Sykes, "The Doctrine of Commercial Impracticability in a Second-best World", *Journal of Legal Studies* (1990), p. 43; Robert Scott y Alan Schwartz, *Commercial Transactions: Principles and Policies*, 2ª ed., Foundation Press, Westbury (N Y) (1991), p. 448-449; George Triantis, "Contractual Allocations of Unknown Risks: A Critique of the Doctrine of Commercial Impracticability", *University of Toronto Law Journal* (1992), p. 475 y ss.; George Triantis, "Unforeseen Contingencies. Risk Allocation in Contracts", en Bowdewjin Bouckaert y Gerrit de Geest (eds.), *Encyclopedia of Law and Economics*, Vol II, Edward Elgar, Cheltenham (2000). p. 110-11; Victor Goldberg, *Framing Contract Law: An Economic Perspective*, Harvard University Press, Cambridge (MA) (2006), cap. 21; Robert Scott y Jody Kraus, *Contract Law and Theory*, 4ª ed., Lexis Nexis, Newark (NJ) (2007), p. 780-781; Victor Goldberg, *Rethinking Contract Law and Contract Design*, Edward Elgar, Cheltenham (2015), p. 150-151. En España, únicamente Pablo Salvador Coderch, *Alteración de circunstancias en el art. 1213 de la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos*, *Indret* 4/2009 (2009), p. 35 y ss. considera seriamente la aproximación económica a los instrumentos de modificación *ex post* del contenido contractual por causas extraordinarias.

del comercio, los impactos positivos y negativos de demanda y oferta) que desencadenan de forma directa las alzas y caídas del ciclo.

En cuanto al segundo, porque si en el Derecho de contratos se introduce de manera relevante el riesgo que cualquiera de las partes pueda zafarse de sus obligaciones y ver estas aliviadas por una decisión judicial *a posteriori*, se reducen y se desfiguran notablemente los incentivos de las partes a dedicar recursos para fijar las condiciones del contrato en atención a los futuros escenarios económicos. Se distorsionan y disuaden las previsiones –e inversiones– a largo plazo. En definitiva, se menoscaba la aptitud del Derecho de contratos de contribuir a la creación de riqueza y a incentivar los intercambios contractuales<sup>144</sup>.

## 5.2 Ineficiencia en la distribución de riesgos

La cláusula *rebus* tampoco es un mecanismo idóneo para la distribución o redistribución de riesgos derivados de la cambiante evolución de la situación y variables económicas. Los únicos riesgos que deberían poder ser objeto de distribución *ex post* mediante la cláusula *rebus* son aquellos que hubieran resultado imprevisibles en el momento de contratar y cuya consecuencia determine de manera concreta y singular la eliminación del sentido económico del negocio – adviértase que no decimos simple reducción de la utilidad o incremento de coste para una de las partes contratantes–. Intervenir *ex post* en la asignación de riesgos previsibles no puede sino interferir en los incentivos *ex ante* para abordarlos según el diseño preferido por los contratantes, al menos cuando nos ceñimos a la contratación entre empresas.

Parece, pues, que el núcleo propio de la cláusula *rebus* y sus efectos (la adaptación del contrato o la resolución del contrato que libera de cumplimiento adicional a los contratantes) debe razonablemente referirse a los eventos o cambios de circunstancias de naturaleza idiosincrática, que no están correlacionados con cambios generales en los precios o variables de mercado<sup>145</sup>.

Con esta formulación quedarían excluidos de la *rebus* los riesgos de mercado y los que resultan de las variaciones cíclicas de la actividad económica. Es muy difícil o incluso imposible que estos riesgos sean imprevisibles (por ejemplo, en un contrato de arrendamiento por 25 años el arrendatario no puede ignorar que en tan amplio plazo necesariamente se sucederán periodos de contracción de la demanda a otros de expansión). Carecería de sentido que la aplicación de la *rebus* permitiese trasladar al arrendador de un inmueble los riesgos inherentes a la actividad económica de la cual el inmueble es un *input* junto con otros (financiación, suministros, trabajo y gestión empresarial). Máxime cuando ese mismo arrendatario, como es lógico, probablemente no estará dispuesto a compartir con el arrendador los beneficios que resultan de la exposición al riesgo de oscilación cíclica de la demanda y los precios. En cualquier caso, si las partes hubiesen querido compartir en plenitud los riesgos de actividad, habrían podido suscribir otro tipo de contrato, por ejemplo, un contrato de sociedad. Tienen igualmente a su disposición infinidad de posibilidades (precios variables, índices, previsiones contractuales de revisión de precios en

---

<sup>144</sup> Vid. Ángel Carrasco Perera, “Comentario a la sentencia de 15 de octubre de 2014. Reivindicación y defensa de la vieja doctrina *rebus sic stantibus*”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil* 98 mayo-agosto (2015), p. 175 y ss.

<sup>145</sup> Michelle J. White, “Contract Breach and Contract Discharge Due to Impossibility: A Unified Theory”, *Journal of Legal Studies* (1988), p. 374-376; Victor Goldberg, “Impossibility and Related Excuses”, *Journal of Institutional and Theoretical Economics* (1988), p. 101 y ss.; Victor Goldberg, *Framing Contract Law: An Economic Perspective*, Harvard University Press, Cambridge (MA) (2006), cap. 21; Victor Goldberg, *Rethinking Contract Law and Contract Design*, Edward Elgar, Cheltenham (2015), p. 150-151.

determinados períodos o ante determinados hitos) que contribuyen a compartir riesgos y eventualmente a modificar de manera dinámica a lo largo de la vida del contrato los esquemas de distribución de riesgos inicialmente acordados.

De manera aún más importante, las cuestiones de distribución de riesgos de eventos extraordinarios e imprevisibles a través de la cláusula *rebus* se abordan habitualmente de forma inadecuada e insuficiente en la economía contractual.

En un determinado contrato, si de verdad se piensa que una cierta circunstancia sobrevenida (y las similares a las que pueda aplicarse en el futuro la solución que se elija) es radicalmente imprevisible<sup>146</sup>, los efectos *ex ante* carecen, en buena lógica, de relevancia. Por hipótesis, lo que es absolutamente imprevisible<sup>147</sup> en el futuro no lo podemos anticipar y por ello no puede generar incentivos para nuestro comportamiento presente.

Por eso, en relación con un suceso que no ha podido influir en la celebración del contrato y los términos que se pactan, de lo que tenemos que ocuparnos, en el plano económico, es de la perspectiva *ex post*<sup>148</sup>. En un doble aspecto. Uno es la adecuada distribución de los costes que resultan del evento en función de la capacidad de las partes de absorberlos o distribuirlos (el problema de la distribución del riesgo de un evento negativo). El segundo es el de la eficiencia *ex post* en el uso de los recursos, esto es, que los recursos económicos involucrados en el contrato (un inmueble, un esfuerzo empresarial de gestión de una actividad) se dediquen, sin mirar atrás, a sus usos más productivos y socialmente eficientes (el problema de la asignación eficiente).

Incluso la cuestión de la distribución de riesgos *ex post* habitualmente se estudia tomando como unidad de análisis un determinado contrato y no la totalidad de la posición económica del contratante<sup>149</sup>. Esto puede ser razonable para los casos de nuevas circunstancias que afectan

---

<sup>146</sup> Parte de la doctrina señala que la doctrina *rebus* y similares debieran circunscribirse a riesgos radicalmente imprevisibles, en el sentido de que no merece la pena, dado su carácter remotísimo, emplear recursos en la negociación del contrato para contemplarlos en sus términos y cláusulas: Clayton Gillette, “Commercial Rationality and the Duty to Adjust Long-Term Contracts”, *Minnesota Law Review* (1985), p. 521; Clayton Gillette, “Commercial Relationships and the Selection of Default Rules for Remote Risks”, *Journal of Legal Studies* (1990), p. 535; Fryderyk Zoll, “Art. 89”, en Reiner Schulze (ed.), *Common European Sales Law (CESL). Commentary*, Baden-Baden (2012), p. 420.

<sup>147</sup> Un sector de la doctrina advierte que en puridad la radical imprevisibilidad no existe y que lo que se halla en juego es el nivel de generalidad o abstracción (o, al contrario, de concreción o individualidad) en la contemplación de un evento que puede incidir en la economía del contrato. Por tanto, la doctrina *rebus* y similares lo que vienen a reajustar (no a “ajustar”) el nivel de abstracción sobre el que distribuir los riesgos de un contrato o a reordenar la división del excedente contractual que se acordó en el contrato inicial para un distinto nivel de abstracción en la distribución de riesgos: George Triantis, “Contractual Allocations of Unknown Risks: A Critique of the Doctrine of Commercial Impracticability”, *University of Toronto Law Journal* (1992), p. 474 y ss.; George Triantis, “Unforeseen Contingencies. Risk Allocation in Contracts”, en Bowdewjin Bouckaert y Gerrit de Geest (eds.), *Encyclopedia of Law and Economics*, Vol II, Cheltenham (2000). p. 107 y ss. En línea similar, en España, Ángel Carrasco Perera, *Derecho de Contratos*, 2ª ed., Cizur Menor (2017), p. 974-975.

<sup>148</sup> Pietro Trimarchi, “Commercial Impracticability in Contract Law: An Economic Analysis”, 11 *International Review of Law and Economics* (1991), p. 63.

<sup>149</sup> Para Alemania, Gerhard Hohloch, “§313”, en Harm Peter Westermann (ed.), *Erman Bürgerliches Gesetzbuch*, 11ª ed. Münster-Köln (2004), Rn 27 y ss.; Thomas Finkenauer, “§313”, en *Münchener Kommentar zum BGB*, 8ª ed., München (2019), Rn 76-77. En España, las Sentencias del Tribunal Supremo de 30 de junio de 2014 y de 24 de febrero de 2015 (ambas con ponencia de Francisco Javier Orduña Moreno), consideran que el impacto negativo del cambio de circunstancias ha de mirar exclusivamente al contrato concreto

singularmente a una concreta relación contractual y solo a través de esta al conjunto de la posición patrimonial de un contratante. Pero no lo es cuando la alteración imprevisible del escenario fáctico incide directamente sobre el conjunto de la actividad de un contratante y a través de ella en su capacidad de atender sus compromisos contractuales de toda índole. Por ejemplo, en el caso de suspensión o reducción de actividad por motivo del COVID-19, la incidencia no se produce sobre este o aquel contrato en particular de los que es parte en su negocio, sino sobre la propia actividad empresarial o comercial, provocando una bajada, acaso un desplome, de la facturación de aquel cuya actividad ha sido cercenada por las medidas públicas obligatorias. La alteración de circunstancias y sus efectos no se circunscriben a un contrato determinado, sino a su actividad globalmente considerada.

En definitiva, el problema de la asignación óptima de riesgos de graves eventos negativos, impredecibles al tiempo de contratar, no puede hacerse sin atender seriamente al conjunto de circunstancias de la parte que padece el impacto inmediato del evento, así como de las características de sus contrapartes contractuales –de todas, no solo de una de ellas–, salvo que tan solo un contrato se vea afectado por la incidencia negativa. En suma, la asignación óptima del riesgo de las consecuencias negativas de la pandemia para una actividad comercial debe adoptarse considerando globalmente las circunstancias y la aptitud de las partes afectadas para absorberlo o cubrirse frente a él<sup>150</sup>. Esto es muy difícil de lograr con una visión de la cláusula *rebus* que mira estrechamente a la cuestión del equilibrio prestacional en un contrato en particular.

### 5.3 Indeterminación de los supuestos habilitantes y necesaria intervención judicial

La cláusula *rebus*, con independencia de que esté codificada o no, presenta de forma inevitable perfiles inciertos y poco precisos. El examen de Derecho comparado abordado en la sección 4 precedente así lo atestigua. La cláusula *rebus* no es una regla, ni siquiera un criterio de decisión de una controversia, es más bien un instrumental de conceptos para ordenar el tratamiento

---

respecto del cual se solicita el reequilibrio. La Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de enero de 2019, como argumento adicional para rechazar la aplicación de la cláusula *rebus*, sin embargo, atiende al resultado global de la actividad del contratante que solicita la aplicación de la *rebus*, más allá del ámbito estricto del contrato objeto de debate. Precisamente la Magistrada del Tribunal Supremo ponente de esta sentencia (M<sup>a</sup> Ángeles Parra Lucán), había defendido previamente en InDret una mirada más amplia y no estrechamente circunscrita al contrato objeto de disputa (por ejemplo, otras relaciones contractuales o elementos definitorios de la situación global de los contratantes): M<sup>a</sup> Ángeles Parra Lucán, “Riesgo imprevisible y modificación de los contratos”, *InDret* 4/2015 (2015), p. 27.

Desde el punto de vista económico, es claro que la decisión *ex post* acerca de la distribución óptima de riesgos que ha de hacer un tribunal al amparo de la cláusula *rebus* o de sus equivalentes funcionales es compleja y depende con frecuencia de factores ajenos a la relación contractual individualmente considerada: Richard Posner y Andrew Rosenfield, “Impossibility and Related Doctrines in Contract Law: An Economic Analysis”, en Anthony Kronman y Richard Posner (eds.), *The Economics of Contract Law*, Boston-Toronto (1979), p. 123; Michelle J. White, “Contract Breach and Contract Discharge Due to Impossibility: A Unified Theory”, *Journal of Legal Studies* (1988), p. 355 y ss.; Michael Trebilcock, “The Role of Insurance Considerations in the Choice of Efficient Civil Liability Rules”, *Journal of Law, Economics and Organization* (1988), p. 243 y ss.; George Triantis, “Contractual Allocations of Unknown Risks: A Critique of the Doctrine of Commercial Impracticability”, *University of Toronto Law Journal* (1992), p. 476.; George Triantis, “Unforeseen Contingencies. Risk Allocation in Contracts”, en Bowdewijn Bouckaert y Gerrit de Geest (eds.), *Encyclopedia of Law and Economics*, Vol II, Cheltenham (2000). p. 109.

<sup>150</sup> Marta Cenini, Barbara Luppi y Francesco Parisi, en Ewoud Hondius y Hans Christoph Grigoleit (eds.), *Unexpected Circumstances in European Contract Law*, Cambridge University Press (2011), p. 41.

jurídico contractual de supuestos excepcionales y muy variados en sus particularidades que derivan de alteraciones extraordinarias y no previsibles del escenario fáctico y que inciden directamente sobre las obligaciones contractuales. Por ello, necesariamente, la cláusula *rebus* demanda para su aplicación una exigente tarea a los jueces y tribunales a fin de desentrañar en cada conjunto de circunstancias cuál es la apreciación y solución más ajustada.

En este sentido, resulta sorprendente que los partidarios de codificar la cláusula *rebus* en su configuración más amplia y con un propósito concreto de aliviar los efectos de las crisis económicas esgriman como ventaja la reducción de la litigiosidad. Es de esperar que se produzca justo lo contrario: un efecto llamada que propicie un aluvión de demandas cada vez que cambie el ciclo económico, en sentido negativo o positivo.

Además, los órganos jurisdiccionales no son –o no necesariamente– los más idóneos para determinar y delimitar los conceptos que integran la cláusula *rebus*. Por ejemplo, un juzgado de primera instancia no está mejor posicionado que la partes para decidir si un evento o una circunstancia reúne las características necesarias como para ser calificado como de imprevisible o si tiene la suficiente trascendencia como para afectar o comprometer el equilibrio económico del contrato. Buena prueba de ello es la variedad e inconsistencia en el tratamiento de los autos de medidas cautelares que se han venido dictando (buen número de ellas *inaudita parte*) desde el inicio de la emergencia sanitaria fruto del COVID-19. Los pronunciamientos judiciales son diversos y con frecuencia incoherentes, adoptándose medidas dispares ante situaciones similares, dando lugar a un elevado grado de incertidumbre.

Los argumentos de los demandantes en estas solicitudes de cautelares son, en conjunto, similares y se fundamentan en su mayor parte en la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* y/o de la fuerza mayor. La mayor parte de las resoluciones a la que hemos tenido acceso estiman la solicitud de medidas cautelares y las pocas resoluciones que las deniegan lo hacen por falta de acreditación de la urgencia (es decir, el *periculum*), no de la apariencia de buen derecho<sup>151</sup>. Es decir, se observa una fuerte tendencia a considerar que la situación generada por la pandemia constituye un cambio extraordinario de circunstancias y que la *rebus* es un mecanismo para combatir las dificultades económicas asociadas a la misma, configurando una apariencia de buen derecho a los efectos de la solicitud y adopción de medidas cautelares.

En cuanto a las medidas concretas que se están acordando por los juzgados destacan (i) la prohibición de ejecución de garantías otorgadas por el arrendatario<sup>152</sup>; (ii) prohibición de iniciar

---

<sup>151</sup> En concreto, como ejemplo de autos que estiman las medidas cautelares puede destacarse los siguientes: Auto nº 15/2020, JPI nº 3 de Zaragoza, 29.04.2020; Auto nº 155/2020, JPI nº 60 de Madrid, 30.04.2020; Auto nº 16/2020, JPI nº 1 de Valencia, 25.06.2020; Auto nº 162/2020, JPI nº 2 de Benidorm, 7.07.2020; Auto nº 55/2020, JPI e INSTR nº 2 de El Prat de Llobregat, 15.07.2020; Auto nº 19/2020, JPI nº 74 de Madrid, 13.08.2020; Auto nº 26/2020, JPI nº 3 de Baracaldo, 31.08.2020; Auto nº 27/2020, JPI nº 3 de Baracaldo, 1.09.2020; Auto nº 136/2020, JPI nº 89 de Madrid, 23.09.2020; y Auto nº 447/2020, JPI nº 81 de Madrid, 25.09.2020;

En cambio, de los autos a los que hemos tenido acceso, los que denieguen la solicitud de medidas cautelares son los siguientes: Auto nº 498/2020, JPI nº 62 de Madrid, 21.12.2020; Auto n. 458/2020, JPI nº 90 de Madrid, 13.11.2020; Auto nº 360/2020, JPI nº 43 de Madrid, 3.11.2020; y Auto nº 22/2020, JPI nº 31 de Barcelona, 21.09.2020.

<sup>152</sup> En algún caso se ha denegado la suspensión de ejecución de avales a primer requerimiento alegando su carácter abstracto y no accesorio respecto de las obligaciones contractuales de pago: Auto del JPI nº 62 de Madrid de 21 de diciembre de 2020.

proceso de desahucio; (iii) prohibición de resolver el contrato de arrendamiento; (iv) prohibición de solicitar la inclusión del arrendatario en un listado de morosos y (v) reducciones de la renta arrendaticia, observándose reducciones desde el 25 al 75 por ciento de la renta pactada.

Este problema no hace más que agravarse cuando el órgano judicial ha de decidir en qué sentido y en qué medida debe reequilibrar el contrato; máxime teniendo en cuenta que las partes, que por definición tienen un mejor conocimiento del asunto en cuestión, no pudieron prever estas circunstancias al contratar y no se han puesto de acuerdo. En estas circunstancias, no es infrecuente que los órganos judiciales opten por aplicar una justicia salomónica distribuyendo los riesgos al 50% y haciendo a cada parte responsable de la mitad. Esta solución, que puede parecer justa, no lo es –o no necesariamente–. Si el riesgo no es imprevisible y se puede entender que corresponde solo a una de las partes, su distribución a medias no reequilibra el contrato según la voluntad hipotética de los contratantes.

En definitiva, la cláusula *rebus* y todos sus equivalentes funcionales utilizan criterios jurídicos esencialmente indeterminados *ex ante*. Todas las fórmulas legales adoptadas en distintos sistemas jurídicos se limitan a determinar un marco general y ordenar al operador jurídico que concrete las reglas generales al caso concreto<sup>153</sup>. Ese marco ha venido dado en España, durante años y con un brevísimo paréntesis (en 2014) por una jurisprudencia reiterada y estable del Tribunal Supremo. No tenemos claro que haya buenas razones para cambiar esta situación y apostar por una política jurídica expansiva en materia de intervención *ex post* sobre los contratos al socaire de las crisis económicas y bajo el manto protector de una cláusula *rebus* seriamente alterada en cuanto a lo que había sido su funcionamiento habitual en España.

#### 5.4 Cláusula *rebus* y legislación de emergencia

Con ocasión de la crisis económica generada por la emergencia sanitaria derivada del COVID-19 el legislador español, tanto estatal como autonómico, ha dictado leyes de emergencia dirigidas a aliviar la situación de algunos de los operadores económicos a los que la crisis económica viene golpeando con más crudeza. En relación con la *rebus*, las más relevantes son las normas dictadas sobre arrendamientos para uso distinto al de vivienda e industrial en relación con inmuebles afectos a actividades económicas contenidas en el Real Decreto-ley 15/2020, de 21 de abril, de medidas urgentes complementarias para apoyar la economía y el empleo (BOE nº 112, de 22.04.2020) (en adelante, “**RD-L15/2020**”) y en el Real Decreto-ley 35/2020, de 22 de diciembre, de medidas urgentes de apoyo al sector turístico, la hostelería y el comercio y en materia tributaria (BOE nº 334, de 23.12.2020) (en adelante, “**RD-L 35/2020**”), en el ámbito estatal, y al D-L 34/2020 catalán. Todas estas normas prevén medidas de contenido económico (moratorias y quitas) aplicables sobre la renta arrendaticia pactada en un conjunto de contratos de arrendamiento más o menos amplio.

Una de las cuestiones más interesante que plantea esta legislación de emergencia es la de su relación con la cláusula *rebus*. La cuestión radica en discernir si la aplicación de esta legislación de emergencia a una concreta relación contractual es incompatible con que el arrendatario ejercite ante los tribunales una pretensión de modificación o reequilibrio del contrato en aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* u otro expediente similar.

---

<sup>153</sup> Ángel Carrasco Perera, *Derecho de Contratos*, 2ª ed., Aranzadi, Cizur Menor (2017), p. 977.



A diferencia del RD-L 15/2020 y del D-L 34/2020<sup>154</sup>, el RD-L 35/2020 no incluye en su Preámbulo ninguna referencia a la cláusula *rebus sic stantibus*<sup>155</sup>. El legislador, para despejar dudas al respecto, hubiera podido excluir expresamente que, en relación con el contrato de arrendamiento para uso distinto al de vivienda e industrial en relación con inmuebles afectos a actividades económicas, la suspensión de actividad y otras consecuencias económicas producto del Estado de Alarma facultaran el ejercicio de pretensiones de alteración de los contratos sobre la base de normas y doctrinas generales al margen de las disposiciones especiales del propio RD-L 35/2020. Sin embargo, el legislador ha optado por guardar silencio al respecto.

Se abren así varias interpretaciones. Según una de ellas, la regulación de emergencia persigue precisamente establecer los presupuestos que justifican el reequilibrio de los contratos de arrendamiento así como los términos del reequilibrio, de modo que el arrendatario que solicite la aplicación de estas medidas no podría a la vez acudir a otras vías de modificación reequilibradora de la situación de las partes con base en el mismo fundamento. La idea que subyace es que la legislación de emergencia reajusta ya la relación contractual y excluye, por tanto, un reequilibrio adicional con base en el mismo fundamento. Acogiéndose a la legislación de emergencia estaría el arrendatario admitiendo como mecanismo de reequilibrio el previsto por el legislador específicamente para la circunstancia presente de la pandemia. Esto resultaría naturalmente incompatible, en buena lógica, con la acumulación de la posible utilización de una doctrina general y subsidiaria –cuya aplicación judicial requiere que no exista otro medio para

---

<sup>154</sup> El preámbulo del RD-L 15/2020 contenía una innecesaria enumeración sobre las distintas normas e instituciones jurídicas que podrían ser en abstracto de aplicación general a los contratos de arrendamiento afectados por la situación generada por el COVID-19 (artículo 26 LAU, fuerza mayor y cláusula rebus) y señaladamente advertía de que las medidas contenidas en el mismo se hallaban “en línea con la cláusula rebus”: “*Ante esta situación, procede prever una regulación específica en línea con la cláusula «rebus sic stantibus», de elaboración jurisprudencial, que permite la modulación o modificación de las obligaciones contractuales si concurren los requisitos exigidos: imprevisibilidad e inevitabilidad del riesgo derivado, excesiva onerosidad de la prestación debida y buena fe contractual.*” (énfasis añadido).

Igualmente, el Preámbulo del D-L 34/2020 incluye referencias a la *rebus* y a la necesidad de restablecer el equilibrio contractual.

<sup>155</sup> El preámbulo del RD-L 35/2020 recuerda que ni la LAU ni el Código Civil contienen vías de adaptación de la situación contractual a circunstancias excepcionales, pero no indica ahora que la solución ofrecida por el propio RD-L 35/2020 se halle alineada con la cláusula rebus y, de hecho, no menciona esta doctrina en absoluto. Se limita a explicar que “[p]or todo lo anterior, se considera conveniente ofrecer una respuesta que permita abordar esta situación y regular un procedimiento para que las partes puedan llegar a un acuerdo para la modulación del pago de las rentas de los alquileres de locales, como continuación y mejora del que se propuso por el Real Decreto-ley 15/2020, de 21 de abril, de medidas urgentes complementarias para apoyar la economía y el empleo. Por otro lado, estas medidas no lesionan los derechos constitucionales que a las partes asisten y respetan el contenido esencial de la propiedad privada y la libre empresa consagrados en los artículos 33 y 38, respectivamente, de la Constitución Española.”

De hecho, parece que la principal preocupación del legislador en relación con las medidas arrendaticias previstas en el RD-L 35/2020 es argumentar que no resultan materialmente inconstitucionales por cercenar o incidir de modo desproporcionado en el derecho a la propiedad privada o la libertad de empresa. Es cierto, con todo, que el legislador del RD-L 35/2020 sí afirma que las nuevas medidas son “continuación y mejora” de las del RD-L 15/2020, el cual sí se declaraba “en línea con la cláusula rebus”, lo cual permitiría afirmar que por la relación entre el RD-L 35/2020 con el RD-L 15/2020 el primero también se hallaría en línea con la cláusula rebus. Todo esto es, sin embargo, más bien especulativo en relación con partes del texto legal (los preámbulos) que no tienen valor normativo, aunque pueden tenerlo interpretativo.

evitar el resultado de desequilibrio contractual– para modificar adicionalmente el contrato de arrendamiento ya reequilibrado conforme a la normativa especial al efecto.

Asimismo, para los arrendatarios en contratos de arrendamiento a los que no resulta aplicable la normativa especial, pues esta no ha considerado que se trate de situaciones especialmente merecedoras de protección, a diferencia de otras categorías de arrendatarios, carecería de justificación que pudieran obtener por aplicación de la *rebus*, llamémosla jurisprudencial, en la misma o, *a fortiori*, en mayor, medida de lo que el legislador ha previsto legalmente para aquellos arrendatarios más vulnerables.

No ignoramos que existen diferencias significativas en el concepto y alcance de la legislación de emergencia y de la cláusula *rebus*. Así, la primera persigue conservar el entramado contractual imponiendo la distribución de las consecuencias derivadas de la crisis económica con vocación de aplicación generalizada e indiscriminada (a todos los contratos que se encuentren en una determinada situación). La segunda, como se viene apuntando, pretende reequilibrar los términos pactados para corregir el desequilibrio generado en una concreta relación jurídica por circunstancias extraordinarias cuyo riesgo no se atribuye en el contrato o la ley a ninguna de las partes. A nuestro juicio, la clave que permite resolver la cuestión es la subsidiariedad de la cláusula *rebus*. Esta nota esencial de la figura determina que existiendo otros mecanismos con vocación de reequilibrar el contrato (entendido en sentido amplio como modificación de los términos contractuales pactados para adecuarlos a un cambio de circunstancias sobrevenido) debería quedar excluida la aplicación de la *rebus*, incluso respecto de aquellas relaciones jurídicas que el mecanismo de reequilibrio ha decidido no modificar, atendidas las circunstancias sobrevenidas.

Se debiera lograr así, por vía interpretativa, acotar notablemente los efectos de la cláusula *rebus* más allá del perímetro objetivo, subjetivo y de efectos dispuesto por la legislación de emergencia. Esta es la interpretación que consideramos más ajustada al propósito del legislador que, recordemos, ha plasmado en el RD-L 35/2020<sup>156</sup> lo que considera la solución más adecuada a la ponderación de intereses de las partes contractuales en los contratos de arrendamiento comercial específicamente en las circunstancias presentes. Esta posición tiene además la importante ventaja de que aporta certeza al marco contractual: las partes conocen qué circunstancias justifican la aplicación de medidas de reequilibrio económico del contrato y cuáles no, así como el alcance de las mismas.

Tres dimensiones (de ámbito subjetivo, de ámbito temporal y de alcance de las consecuencias) de la normativa especial y de emergencia que contiene el RD-L 35/2020 tendrían incidencia en la relación entre la aplicación de las medidas adoptadas por el mismo RD-L y la eventual aplicación de modificaciones de la renta o del momento de su pago al amparo de la cláusula *rebus*.

Aquellos arrendatarios que reúnen los requisitos previstos en el artículo 3 del RD-L 35/2020, parece claro que únicamente tienen derecho a solicitar las medidas previstas en el propio RD-L 35/2020, y no podrían, al socaire de la cláusula *rebus*, pretender efectos modificativos del contrato que exceden de los de la norma especial al efecto. Por ejemplo, no podrían obtener una

---

<sup>156</sup> Nos referimos al RD-L 35/2020 porque es la normativa que se encuentra actualmente en vigor. Los efectos del RD-L 15/2020 se agotaron una vez transcurridos 4 meses desde la finalización del Estado de Alarma decretado mediante el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 (BOE nº 67, de 14.03.2020).

reducción de renta superior al 50%, una suspensión total del contrato o una reducción o moratoria aplicada a los gastos o pagos a su cargo distintos de la renta en sentido estricto. Poder renunciar a las medidas específicamente adoptadas en su favor, y cuyo contenido y alcance se han calibrado en relación con la situación de vulnerabilidad económica asociada a la pandemia por el legislador, para tratar de obtener modificaciones judiciales del contrato más intensas de las legalmente previstas para la categoría de contratos en cuestión, supondría dejar en nada el propósito del legislador que inspira el RD-L 35/2020. Tan solo si las graves consecuencias de la crisis sanitaria se prolongaran más allá del período máximo previsto por el legislador (cuatro meses tras la expiración del estado de alarma y sus prórrogas) sin que el legislador adoptara medidas específicas al efecto, cabría tal vez pensar que estos arrendatarios pudieran buscar modificaciones del contrato al amparo de la cláusula *rebus*. Modificaciones que, en todo caso, debieran tener un alcance inferior al ahora establecido por el legislador en el RD-L 35/2020, pues no parece imaginable que por efecto de la doctrina *rebus* se pueda ir más allá de lo que el legislador ha considerado proporcionado para los arrendatarios más vulnerables bajo un estado de alarma oficialmente declarado y en los meses inmediatamente subsiguientes.

En cuanto a los arrendatarios que no satisfacen los requisitos de acceso a las medidas dispuestas por el RD-L 35/2020, es claro que no pueden pretender, pese a no ser merecedores, en el juicio específico del legislador a la vista de la emergencia sanitaria y económica, de las modificaciones de los términos del contrato en conformidad con aquellas medidas, obtener unas ventajas similares a las previstas en el RD-L 35/2020 o por semejantes períodos de tiempo. Esto es, debe rechazarse que aquellos arrendatarios que no cumplan los requisitos legales puedan acceder, en virtud de la doctrina *rebus*, a beneficios comparables a los del RD-L 35/2020 en relación con sus contratos de arrendamiento. Lo contrario sería equivalente a destruir el diseño legal operado por el RD-L 35/2020 en cuanto al ajuste entre situación de merecimiento de tutela y el alcance modificativo de la misma sobre los contratos de arrendamiento en vigor<sup>157</sup>.

¿Podrían estos últimos arrendatarios que caen fuera del ámbito subjetivo del RD-L 35/2020 pedir al amparo de la *rebus* medidas más modestas y de menor calado en relación con sus contratos de arrendamiento? Por ejemplo, ¿podría el arrendatario que no es una pyme pero que sufre una caída de su facturación por causa de las medidas asociadas a la pandemia de un 75% pretender una reducción de renta del 25% o una moratoria de la mitad de la renta durante el período de vigencia de la alarma actualmente declarada? En nuestro criterio, incluso una más contenida utilización de la cláusula *rebus* serviría para desvirtuar el específico diseño legal contenido en el RD-L 35/2020 y por tanto no debiera admitirse o solo de modo enormemente restrictivo.

Sin embargo, no ignoramos que hay opiniones diversas sobre esta última cuestión, de forma que se ha considerado que la previsión de medidas específicas para determinados contratos y para determinados arrendatarios no obsta a la utilización de la cláusula *rebus* más allá del ámbito delineado por el legislador de emergencia en el RD-L 15/2020 (el precedente del RD-L 35/2020)<sup>158</sup>.

---

<sup>157</sup> En sentido similar se pronuncia Ángel Carrasco Perera, “Gestión de las nuevas medidas anti-Covid-19 para el arrendamiento de locales de negocio (RDL 35/2020), *Análisis GA-P* (enero 2021), p. 6.

<sup>158</sup> El Prof. Pantaleón ha defendido, en relación con el RDL 15/2020, que este no debiera impedir que ni los arrendatarios que se benefician de la moratoria legal, ni los que quedan fuera de su ámbito de aplicación, puedan pretender y, eventualmente, obtener en sede judicial un reequilibrio de las prestaciones del contrato, si estuviese justificado. A su juicio, no obstante, los jueces no podrán ignorar la decisión del legislador y la distinción que esta supone en atención a los factores que el propio legislador ha considerado

Igualmente, tampoco ignoramos la reciente sentencia 1/2021 del Juzgado de Primera Instancia nº 20 de Barcelona, de 8 de enero de 2021, en la que afirma con rotundidad que las consecuencias previstas en el RD-L 15/2020 no excluyen otras modificaciones como las derivadas de la cláusula *rebus sic stantibus*.

Esta sentencia enumera diversos argumentos para afirmar la total compatibilidad entre las medidas del RD-L 15/2020 con la modificación del contrato al amparo de la doctrina *rebus*:

*“27. Tomando todos estos elementos en su conjunto y haciendo una interpretación finalista y conforme a los principios de buena fe y de equidad que son la base de las relaciones contractuales, entiendo que el RDL 15/2020 no impide que una parte, en este caso el arrendatario, solicite otra consecuencia jurídica distinta de la mora en el pago de la renta que establece el citado texto normativo, si entiende que con esa consecuencia no se produce el equilibrio contractual ni se restablece la base del negocio. En apoyo de esta conclusión indicaré los siguientes argumentos.*

*28. En primer lugar, tanto la jurisprudencia del TS que ha configurado la doctrina sobre la cláusula "rebus sic stantibus" como la legislación que la regula (ver, por ejemplo, Ley 498 de la Compilación Navarra, o el artículo 6:111 de los PEDC) no establecen una consecuencia única ante la alteración extraordinaria de las circunstancias que se tuvieron en cuenta al firmar el contrato. Todas ellas prevén como consecuencia la resolución del contrato o su modificación acudiendo a términos de equidad, equidad que no es siempre la misma en todos los contratos con independencia de que el hecho que permita la aplicación de la cláusula pueda ser el mismo como sería en este caso la pandemia del Coronavirus. El RD Ley 15/2020 regula una consecuencia que entiende que es idónea para evitar ciertas dificultades económicas de los contratantes, en especial del arrendatario, pero si se hace una interpretación sistemática con la regulación y jurisprudencia que permite aplicar la cláusula *rebus sic stantibus*, hay que entender que no excluye que se pueda aplicar otra consecuencia conforme a los principios que inspiran la cláusula *rebus sic stantibus* dado que es la única forma de garantizar los principios de buena fe, de equidad y de conmutabilidad de las prestaciones.*

*29. En segundo lugar por la propia dicción y finalidad del RDL 15/2020 se constata que la intención del legislador no es eliminar la posibilidad de dar otra solución a la situación creada por la pandemia. Si se lee la Exposición de Motivos que es un elemento esencial para interpretar la voluntad del legislador, hace referencia en su apartado II a "medidas para reducir los costes operativos de pymes y autónomos". De ahí se deduce que su finalidad no se (sic) buscar el reequilibrio contractual que es la finalidad de la *rebus*, sino reducir los costes que tienen que asumir los empresarios. También es relevante que en este apartado de la Exposición de Motivos se hace referencia a la normativa que se podía aplicar como es la LAU y el Cc y considera que no es suficiente para reducir el riesgo de incapacidad financiera de autónomos y pymes para hacer frente al cumplimiento total o parcial de sus obligaciones, entre ellas, el pago de la renta*

---

relevantes en la materia (véase, Fernando Pantaleón Prieto: “Arrendamiento de local de negocio y suspensión legal de actividades empresariales” [en línea], *Almacén de Derecho*, 2020). En sentido similar y en relación con el RD-L 35/2020 *vid.* Alejandro Fuentes-Lojo Rius en “Últimas novedades legales en arrendamientos de uso distinto de vivienda e industria en tiempo de pandemia. Comentarios al RDL 35/2020” en *Diario la Ley*, nº 9769, de 13 de enero de 2021, versión electrónica, pp. 5 y 6.

*de locales. Por tanto, no excluye la aplicación de estas normas, sino que establece una solución más diciendo de manera expresa en dicha Exposición de Motivos que:*

*"Ante esta situación, procede prever una regulación específica en línea con la cláusula «rebus sic stantibus», de elaboración jurisprudencial, que permite la modulación o modificación de las obligaciones contractuales si concurren los requisitos exigidos: imprevisibilidad e inevitabilidad del riesgo derivado, excesiva onerosidad de la prestación debida y buena fe contractual". (subrayado propio)*

*30. Como se observa de esa dicción lo que hace el legislador es establecer una solución más "en línea con la cláusula rebus sic stantibus", sin que en ningún momento manifieste que esa es la única consecuencia que se puede atribuir a esta situación, sino que es una más inspirada en dicha cláusula.*

*31. En tercer lugar porque hay otras normas que permiten aplicar la cláusula rebus sic stantibus y conferir al arrendador una consecuencia diferente a la de moratoria en el plazo por un máximo de cuatro meses. En este sentido se puede citar la Ley 498 de la Compilación Navarra o el Decreto-Ley 34/2020, de 20 de octubre de medidas urgentes de apoyo a la actividad económica desarrollada en locales de negocio arrendados elaborada por la Generalitat de Catalunya." (énfasis añadido)*

Algunos de los argumentos esgrimidos por el JPI nº 20 de Barcelona en relación con el RD-L 15/2020 han quedado superados por el RD-L 35/2020: las medidas previstas por el legislador de emergencia ya no se presentan, como decía el Juzgado, como "*medidas para reducir los costes de pymes y autónomos*", sino precisamente como "*medidas extraordinarias dirigidas a arrendamientos de locales de negocio*"; las medidas no se limitan a una moratoria, sino que pueden alcanzar una reducción del 50% de la renta arrendaticia.

Otros argumentos desplegados en la sentencia postergan por completo las cuestiones nucleares (en qué medida abrir la puerta a la cláusula *rebus* en presencia de legislación especial al caso respeta el diseño y propósito del legislador de emergencia y es respetuosa con el carácter subsidiario y excepcional de la aplicación de la cláusula *rebus*). En buena medida, son apelaciones retóricas que no inciden sobre la cuestión y en algunas cuestiones son abiertamente erradas.

Por ejemplo, aunque es legítimo apelar a los Principios Europeos de Derecho de los Contratos o Principios Lando para interpretar la normativa o la doctrina jurisprudencial españolas, es un serio error calificarlos como fuente del Derecho en el sentido del artículo 1.4 CC (principios generales del Derecho). Los Principios Lando son reglas (no principios generales) de *soft law* que pretenden recoger algunos resultados del análisis de Derecho comparado en el ámbito contractual europeo. Por otro lado, en absoluto contienen orientación alguna sobre el problema de relación entre una normativa especial de modificación de contratos en vigor en una situación de emergencia y las reglas o doctrinas generales de alteración del contrato por cambio extraordinario de las circunstancias. En definitiva, se trata de una resolución judicial que lleva a cabo un análisis superficial e incorrecto de la relación entre legislación especial de emergencia y aplicación de la doctrina general de la cláusula *rebus*.

Con todo, es indudable que se trata de una cuestión susceptible de recibir interpretaciones diversas y a día de hoy no puede anticiparse cuál de ellas terminará imponiéndose en la práctica de los tribunales españoles.

## 5.5 Conclusión

Incluso en aquellos países que cuentan con un siglo o más de elaboración jurisprudencial y doctrinal sobre la cláusula *rebus* y sus doctrinas homólogas, la incertidumbre sobre las circunstancias precisas que permiten su aplicación sigue siendo muy elevada. En España, su entendimiento y aplicación dominante en el Tribunal Supremo (salvo un corto y bien acotado paréntesis) han sido restrictivos y cautelosos, dirigidos a ofrecer respuesta a casos de transformación extraordinaria y radicalmente imprevisible de circunstancias decisivas para la configuración de las prestaciones y que concretamente hacen saltar por los aires el propósito del contrato o pulverizan todo atisbo de equilibrio contractual. No se ha utilizado entre nosotros para intentar acomodar los contratos a las oscilaciones de los ciclos económicos o para acomodar por la ventana los términos contractuales a la variación, incluso muy elevada, de los precios y otras variables de mercado. No hay buenas razones, ni en nuestro Derecho interno, ni en el Derecho comparado, ni aún menos si se mira a las consecuencias económicas de las normas jurídicas, para cambiar esta situación, so pretexto de una codificación de la doctrina *rebus*, en sintonía con la que existe en la mayoría de los países de la Europa continental.

Asimismo, con independencia de que se codifique o no, la cláusula *rebus* solo será útil si sus características esenciales (subsidiariedad y excepcionalidad) no están en discusión y sus condiciones y presupuestos de aplicación son razonablemente predecibles. Para ello es fundamental una jurisprudencia coherente y estable, alejada de experimentos que bajo la bandera de una supuesta modernización no hacen sino perturbar muy seriamente el régimen contractual español y el funcionamiento normal de la contratación y la actividad económica.

## 6. Las cuestiones de oportunidad: dimensión temporal de la reforma y efectos sobre la administración de justicia.

### 6.1 Introducción

En la sección anterior ya hemos concluido que la doctrina de la cláusula *rebus sic stantibus* y sus homólogas, incluso en aquellos sistemas jurídicos que llevan más de un siglo de reflexión doctrinal y desarrollo jurisprudencial en la materia, continúa suscitando serios interrogantes en cuanto a su fundamento, supuestos de aplicación, alcance y consecuencias. En cuanto a su plasmación legislativa, en todos los sistemas jurídicos que hemos analizado que cuentan con previsiones escritas en la materia nos encontramos con textos de contenido muy vago. La indeterminación de los textos legales que nos encontramos en Derecho comparado, así como en las propuestas internacionales de *Soft Law* (Principios Lando, Principios Unidroit, Marco Común de Referencia, CESL) no es en absoluto de extrañar. Al contrario, lo raro sería encontrar en este ámbito del Derecho de contratos fórmulas precisas y de aplicación sencilla o relativamente mecánica precisamente cuando estamos ante doctrinas que precisan de una contemplación detallada de las circunstancias del caso, entre otras, la asignación explícita o implícita de riesgos y la incidencia concreta del cambio de circunstancias en la estructura profunda de las obligaciones contractuales asumidas. No caben soluciones fáciles en este terreno y las que se proponen como tales, no son soluciones en absoluto.

En este contexto, dada la inevitable vaguedad de cualquier formulación que quiera plasmar en un texto legal la complejidad de estas doctrinas, cabe legítimamente plantearse si merece la pena el esfuerzo de intentar codificar el estado de la jurisprudencia y la doctrina en este ámbito. El

resultado, por necesidad, ha de ser siempre impreciso e imperfecto. La ganancia para la seguridad jurídica de contar con una disposición escrita en este ámbito es reducida y, en cambio, los riesgos de provocar una “reinterpretación” de la figura, cuando su entendimiento y aplicación venían siendo estables, no son desdeñables. Por esta razón, se ha señalado que la mejor formulación legal de la cláusula *rebus* en nuestro país es la que no existe<sup>159</sup>.

Con todo, es preciso reconocer que la mayoría de los sistemas jurídicos de la Europa Continental, con algunas excepciones (Austria, Bélgica, Dinamarca, Suecia o Suiza) han procedido a incorporar a sus legislaciones civiles una versión u otra de las doctrinas sobre alteración sobrevenida de circunstancias en el contrato<sup>160</sup>. Por tanto, legítimamente se puede plantear la cuestión de que España siga la senda de países como Alemania, Francia, u Holanda, que han codificado en los últimos 30 años sus propias versiones de la cláusula *rebus*.

En esta sección expondremos las razones que justifican, no obstante, la inoportunidad de codificar la cláusula *rebus sic stantibus* en estos momentos de dificultades sanitarias, sociales y económicas (también judiciales) por las que atraviesa España, así como de hacerlo no en el marco de una reforma global del Derecho de contratos del Código Civil, sino mediante una intervención legislativa puntual orientada únicamente a la plasmación en un determinado precepto del Código, o en una ley especial, de la doctrina *rebus*.

## 6.2 La cláusula *rebus* no es una medida apta para situaciones de emergencia

La propagación del COVID-19 ha provocado no solo una grave crisis sanitaria, sino que ha afectado a muchos sectores productivos y de actividad, alterando de forma muy significativa la situación de ingresos, de tesorería y de cumplimiento contractual de muchas empresas y ciudadanos.

Para intentar remediar o mitigar estas consecuencias contractuales y económicas, se han adoptado por los distintos países europeos una batería de medidas de intervención sobre los contratos, de muy diversa naturaleza. No es este el lugar para detallar, ni siquiera para resumir, sus objetivos y contenidos<sup>161</sup>.

La cláusula *rebus*, por su propia naturaleza y modo de implementación no puede ofrecer de manera amplia y generalizada remedio o paliativo a las dificultades contractuales y económicas que padecen muchos ciudadanos y empresas a la vista de la pandemia y de las actuaciones y medidas para combatirla. La doctrina *rebus sic stantibus* y sus equivalentes funcionales no parecen ofrecer soluciones que se compadecen bien con la naturaleza sistémica (que afecta a una multiplicidad de contratos y a la situación social y económica general) y acuciante (problemas de liquidez y dificultades de cumplimiento de muchos contratantes en un enorme número de contratos). Para afrontar esos problemas parece que las medidas más adecuadas son las de efecto sistémico e inmediato, no aquellas cuya aplicación y consecuencias se sentirán con dilación y

---

<sup>159</sup> Ángel Carrasco Perera, *Derecho de Contratos*, 2ª ed., Aranzadi, Cizur Menor (2017), p. 977. Que la codificación de la doctrina *rebus* supone una ardua tarea para cualquier legislador lo subraya igualmente Mª Ángeles Parra Lucán, “Riesgo imprevisible y modificación de los contratos”, *InDret* 4/2015 (2015), p. 46.

<sup>160</sup> Ewoud Hondius y Hans Christoph Grigoleit (eds.), *Unexpected Circumstances in European Contract Law*, Cambridge (2011), p. 55 y ss. Conviene advertir que alguna de las codificaciones que se analizan en la sección 4 de este trabajo es posterior al estudio de Derecho comparado que se realiza en esa obra.

<sup>161</sup> *Vid.* Juan-José Ganuza y Fernando Gómez Pomar, “Los instrumentos para intervenir en los contratos en tiempos de COVID-19: guía de uso”, *InDret* (2020), p. 563 y ss.

que ponen el foco en las características individuales de la relación contractual. Es tiempo del Derecho de la macroeconomía<sup>162</sup>, no de la micro.

No es dudoso que las medidas para combatir el contagio del COVID-19 y las consecuencias sociales y económicas de las mismas tienen alcance general, sistémico y apremiante. Estamos ante un impacto de carácter súbito en el entramado contractual y económico de casi todos los países, aunque algunos se hayan visto y se verán más golpeados por las consecuencias económicas y sociales de la emergencia de salud pública.

Parece razonable pensar que para abordar con eficacia un problema urgente y sistémico no podemos acudir a instrumentos con efectos que tardarán meses, acaso años en llegar a aquellos que los necesitan. Además, si millones de contratos se ven afectados, no parece procedente acudir a instrumentos que suponen necesariamente altos costes de implementación antes de producir un resultado tangible. Por ello no resulta aconsejable acudir de manera relevante a los tribunales, quienes, por exigencias de índole constitucional y legal, unidas a sus limitaciones institucionales, no pueden llegar con presteza a quienes necesitan el alivio a sus males causados por la crisis sanitaria y económica. Los tribunales no resolverán pronto los litigios –no pueden hacerlo, menos aún en tiempos en que han de afrontar el retraso en su actuación derivado del período de paralización por el confinamiento de la pasada primavera–.

La intervención rápida en el entramado contractual que la situación exige no puede depender del resultado de millones de pleitos entre contratantes con resultados frecuentemente dispares y difícilmente predecibles *ex ante*<sup>163</sup>. La doctrina *rebus*, dada la difícilmente superable falta de precisión que su aplicación comporta para el resultado final (los términos concretos de una revisión del contenido de las obligaciones, eventualmente la resolución, si el contrato no puede mantenerse ni siquiera con un contenido modificado) no puede marcar el terreno para una rápida y limpia renegociación del contrato entre las partes. Por su propia naturaleza, con o sin plasmación en un texto legal, en la mayor parte de los casos, la *rebus* no podrá acotar un terreno de negociación suficientemente claro para que las partes, *ex ante*, conozcan cual será la solución en ausencia de novación modificativa acordada<sup>164</sup>.

En definitiva, la cláusula *rebus* no resulta ni factible ni conveniente para abordar eventos sistémicos y *shocks* macro que impactan de forma súbita una economía. Modificar un precepto del Código Civil para consagrar el estado actual de la jurisprudencia en la materia (u otro contenido distinto) no cambia en nada esta realidad.

De hecho, ni siquiera Alemania, que es el país que ha confiado de manera más amplia en la cláusula *rebus* (en puridad, en la doctrina homóloga de la alteración de la base del negocio) para intervenir sobre el contenido de los contratos ante una transformación importante del escenario

---

<sup>162</sup> Yair Listokin, *Law and Macroeconomics*, Cambridge (MA) (2019).

<sup>163</sup> Juan-José Ganuza y Fernando Gómez Pomar, “Los instrumentos para intervenir en los contratos en tiempos de COVID-19: guía de uso”, *InDret* (2020), p. 560; Antonio Manuel Morales Moreno, “El efecto de la pandemia en los contratos: ¿es el derecho ordinario de contratos la solución?”, *Anuario de Derecho civil* (2020), p. 452.

<sup>164</sup> Así lo destacan Juan-José Ganuza y Fernando Gómez Pomar, “Los instrumentos para intervenir en los contratos en tiempos de COVID-19: guía de uso”, *InDret* (2020), p. 561; Bruno Rodríguez-Rosado y Antonio Ismael Ruiz Arranz, Antonio Ismael “Consecuencias de la epidemia: reequilibrio contractual y COVID-19”, en *Almacén de Derecho*, entrada del 16 de abril de 2020 (2020); Beatriz Gregoraci Fernández, “El impacto del COVID-19 en el Derecho de contratos español”, *Anuario de Derecho civil* (2020), p. 469.



fáctico que incide sobre ellos, ha considerado que se trataba de un instrumento que podía brindar de manera amplia las soluciones precisas en estos meses. Y ello en consonancia con la advertencia doctrinal que domina en Alemania en el sentido de que la doctrina de la base del negocio no es un instrumento para afrontar situaciones de emergencia general y amplia para la población, por mucho que incida sobre los contratos y el equilibrio de prestaciones. Tanto tras la segunda guerra mundial como con ocasión de la reunificación, la legislación específica adoptada para esas precisas circunstancias fue la que permitió resolver los problemas contractuales que afectaban a los innumerables contratos afectados<sup>165</sup>.

En España, tampoco en ocasiones anteriores se ha confiado en la cláusula *rebus* a estos efectos. Ni la introducción del euro<sup>166</sup>, que afectaba a todas las prestaciones contractuales dinerarias, ni el accidente del Prestige<sup>167</sup>, que afectó de forma directa y grave a distintos sectores (pesca, marisqueo, acuicultura, restauración, etc.) de Galicia y la cornisa cantábrica española, se trató de solucionar en sus dimensiones contractuales acudiendo a la doctrina judicial de la cláusula *rebus*. No sirvió entonces ni puede servir ahora.

### 6.3 La cláusula *rebus* y sus efectos sobre la administración de justicia

Si el propósito que subyace a la propuesta de codificar en estos momentos la cláusula *rebus* es el de convertirla de forma inmediata en un instrumento de uso frecuente, con el fin de abrir una vía de modificación de todos aquellos contratos en los que la situación de un contratante se haya visto afectada gravemente por las consecuencias del COVID-19, los efectos sobre el sistema judicial español de esa efectiva codificación pueden ser enormemente negativos.

Como es evidente según la experiencia española e internacional, la aplicación de la cláusula *rebus* recae sobre los tribunales de justicia. Salvo que los propios contratantes acuerden voluntariamente un reajuste del contrato o una resolución de mutuo acuerdo, la revisión del contenido del contrato o su resolución a la vista de la alteración de las circunstancias y del equilibrio prestacional compete a los jueces y tribunales. Ya se ha argumentado que la cláusula *rebus*, codificada o sin codificar, no tiene el grado de precisión y predictibilidad de resultados que permitiría usarla para “fomentar” o mejorar el nivel de acuerdo voluntario en cuanto a la renegociación de los contratos afectados por las medidas asociadas a la pandemia. De hecho, como se ha acreditado, los países que tienen codificados en sus códigos la cláusula *rebus* en cualquiera de sus variantes conceptuales (la *rebus* propiamente dicha, la alteración de la base del negocio, la excesiva onerosidad sobrevenida, la imprevisión) disponen de formulaciones legales abiertas e inconcretas. No cabe otra cosa en relación con una institución como esta, cuya naturaleza y propósito son los de permitir un anclaje flexible y general para intervenir en el contenido y vigencia del contrato en supuestos extraordinarios de alteración de las circunstancias que son capitales para una relación contractual.

Así pues, la “judicialización” es inevitable si la codificación persigue hacer recaer sobre la cláusula *rebus sic stantibus* una parte importante del peso de gobernar las vicisitudes contractuales de los contratantes y sectores de actividad afectados por el COVID-19.

---

<sup>165</sup> Thomas Finkenauer, “§313”, en *Münchener Kommentar zum BGB*, 8ª ed., München (2019), Rn 44.

<sup>166</sup> Que dio lugar a legislación específica: Ley 46/1998, de 17 de diciembre, sobre introducción del euro.

<sup>167</sup> Real Decreto-ley 7/2002, de 22 de noviembre, sobre medidas reparadoras en relación con el accidente del buque “Prestige”.

No es una sorpresa para nadie que la situación de la justicia civil en España dista mucho de ser halagüeña. El volumen de asuntos, la sobrecarga de trabajo de los órganos judiciales, los retrasos en la resolución de asuntos, la afectación negativa sobre el tiempo y la calidad e intensidad de atención que unos juzgados superados por la carga de litigios pueden dedicar a cada asunto son de gran magnitud y gravedad.

Sirvan de botón de muestra de la situación de la justicia en España los siguientes datos (los últimos disponibles) relativos a la jurisdicción civil<sup>168</sup>:

- (i) En el año 2019 el número de asuntos ingresados por cada magistrado o juez en la jurisdicción civil fue de 863,8, lo que supuso un incremento del 6,2% respecto de 2018.
- (ii) El número de sentencias dictadas por cada magistrado/juez en el ejercicio 2019 fue de 238,8 (más de una sentencia por cada día laborable), con un incremento interanual del 11,2%.
- (iii) La tasa de litigiosidad (medida en asuntos ingresados por cada 1.000 habitantes) fue de 50,7 con un incremento del 6,3% respecto del ejercicio 2018.
- (iv) La tasa de congestión de la jurisdicción civil es de 1,70. Sirva de referencia que una tasa de congestión de 1 significa que entran el mismo número de asuntos nuevos que los que se resuelven. Por tanto, una tasa de 1,7 significa que por cada asunto que se resuelve entran 1,7 nuevos.
- (v) La duración del proceso también ha venido incrementándose significativamente. De esta forma, en el año 2019 un asunto del orden jurisdiccional civil que pase por el juzgado de primera instancia, Audiencia Provincial y Tribunal Supremo tardará en resolverse una media de 56,5 meses, un 34% más que en el ejercicio 2015.

A esta situación habitual se añade la paralización de funcionamiento durante varios meses esta primavera, así como el previsible incremento de asuntos “ordinariamente” ligados a la situación de emergencia y la consiguiente crisis económica: incumplimientos e impagos, demoras en el cumplimiento, ejecuciones de garantías, ejecuciones contra el patrimonio de deudores, concursos –tras la finalización de la moratoria aprobada en la materia–. Agravar este delicado estado de la justicia civil con el número de asuntos que un significativo aumento en la utilización de la cláusula *rebus*, que se podría experimentar (y que se desea promover como “herramienta” para luchar contra la crisis económica) como consecuencia de su codificación, sería profundamente perjudicial para la administración de justicia. Más aún si el acogimiento legal de la figura está presidido por un propósito expansivo en su ambición y alcance. Si se desea codificar la cláusula *rebus*, este parece uno de los momentos menos oportunos para hacerlo. Búsquese, en su caso, un tiempo en que la situación de la justicia civil española sea más desahogada que la de 2021 y la que, previsiblemente, habrá de afrontar en 2022 y 2023.

---

<sup>168</sup> Datos obtenidos del servicio estadístico del Consejo General del Poder Judicial.

#### 6.4 La codificación aislada de la cláusula *rebus*

Ningún país de nuestro entorno jurídico y cultural ha codificado la cláusula *rebus* de manera aislada y como legislación “de emergencia”, tal y como parecen defender algunas de las propuestas codificadoras descritas en las secciones anteriores. Alemania, Francia, Italia y Portugal (y otros como Holanda o Grecia) codificaron su equivalente de la doctrina *rebus* dentro de una reforma de mucho mayor calado en su Derecho de contratos o, incluso, dentro de un código civil enteramente de nuevo cuño.

Resulta completamente insólito en el panorama comparado que, al margen de toda reforma en el Derecho de contratos, se proceda de manera singular a codificar la cláusula *rebus* o sus equivalentes funcionales. Mucho más aún que se haga con un espíritu de “legislación de emergencia” para dar respuesta a un entorno económico y social supuestamente necesitado de medidas urgentes de intervención en el ámbito contractual.

Como estrategia de producción normativa es profundamente desacertada, más allá de su falta de parangón en el panorama internacional. La cláusula *rebus* no es una pieza aislada en el Derecho de contratos, sino que se conecta con otras reglas e instituciones dentro del mismo y aún más allá (señaladamente, con cuestiones de Derecho procesal civil). Piénsese en la fuerza mayor, en la imposibilidad de la prestación, en la novación del contrato, en la causa o propósito común, en la resolución, en las garantías de la obligación, en la cláusula penal, en la alternativa entre cumplimiento *in natura* y remedios monetarios en caso de incumplimiento, instituciones todas ellas afectadas (y que afectan a su vez) a los perfiles, fronteras, alcance y consecuencias de aplicación de la cláusula *rebus*.

Por otra parte, el Derecho concursal (recientemente recodificado en el Texto Refundido por el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo) y, sobre todo, las instituciones preconcursales, no son ajenos a la cláusula *rebus*, cuando los acuerdos de refinanciación y los acuerdos extrajudiciales de pagos adquieren un papel protagonista en la estrategia jurídica de abordar las dificultades de los deudores.

En España no faltan propuestas de interés para reformar el Derecho de contratos<sup>169</sup>. En el marco de las mismas puede sin duda estudiarse la conveniencia de codificar la cláusula *rebus* y buscar una formulación idónea para la misma, caso de que se entienda provechosa su plasmación en el texto codificado. Pero lo que carece de sentido es una reforma del Derecho de contratos que consista en exclusiva en codificar la cláusula *rebus*, menos aún como medida de intervención de emergencia sobre los contratos en vigor.

#### 6.5 La conveniencia de la irretroactividad de las reformas en materia contractual

La reforma del BGB en materia de obligaciones y contratos que entró en vigor el 1 de enero de 2002 (y que incluía la codificación de la doctrina de la desaparición de la base del negocio en el §313 BGB, con un espíritu marcadamente continuista con lo que era entonces el entendimiento jurisprudencial y doctrinal de la figura) no se aplicó a los contratos celebrados antes de su entrada en vigor. La reforma del Código Civil francés que entró en vigor el 1 de octubre de 2016 (y que incluía, rompiendo con la tradición civil francesa, la codificación de la imprevisión como vehículo

---

<sup>169</sup> Propuesta para la Modernización del Derecho de obligaciones y contratos de la Sección Civil de la Comisión General de Codificación (2009); Propuesta de Código Civil de la Asociación de Profesores de Derecho Civil (2018).

para dar relevancia sobre el contenido y vigencia del contrato a la alteración extraordinaria de circunstancias) no se aplicó a los contratos celebrados antes de tal entrada en vigor.

Ya se ha acreditado de forma sobrada que la cláusula *rebus* y sus equivalentes funcionales constituyen medidas de carácter excepcional, pues suponen una interferencia, más o menos intensa según los casos, con la vinculación jurídica de las partes a los contratos en vigor y a los términos y condiciones pactados. En último extremo, representan necesariamente un impacto negativo sobre la seguridad jurídica contractual. Ese impacto no debe agravarse haciendo que un nuevo régimen se aplique retroactivamente a los contratos en vigor. Y ello aunque la normativa que se apruebe se presente como codificación de la doctrina judicial tal y como se viene aplicando hasta la fecha, pues ya se ha podido comprobar de qué manera se formulan posiciones divergentes acerca de cuál es el verdadero estado de la jurisprudencia española en la materia, a pesar de que esta ha hablado en la mayor parte de las ocasiones con notable claridad.

Solo a través de una reforma legislativa no retroactiva se respetarían de forma genuina las preferencias y los intereses de las partes en la asignación de riesgos que pueden incidir en el futuro sobre la relación contractual. Es universal el entendimiento de que la asignación de riesgos establecida por las partes debe prevalecer sobre la que podría derivarse de la aplicación de la cláusula *rebus*, y singularmente sobre los criterios generales de equilibrio de prestaciones que aparentemente subyacen a ciertas visiones de la misma. Esto no puede resultar pulverizado mediante una aplicación de una nueva normativa en materia de cláusula *rebus* a los contratos en vigor con anterioridad a la vigencia de la disposición legislativa que apruebe esa eventual normativa.

## 6.6 Recapitulación

Un texto legal que plasme la doctrina *rebus*, por muy acertada que pueda ser su redacción, será necesariamente abstracto y vago en la redacción y no permitirá predecir con precisión los presupuestos de aplicación y las consecuencias concretas para las relaciones contractuales que pueden ser candidatas a sus disposiciones. En este sentido, la ganancia en términos de seguridad jurídica frente a la situación existente en España de una doctrina jurisprudencial consolidada y estable es muy pequeña, acaso inexistente. Por otra parte, la codificación de la doctrina *rebus* no puede ser un instrumento de alivio de emergencia para los contratantes en dificultades de liquidez y, acaso, de solvencia, como consecuencia de la pandemia y de las medidas de restricción de actividades económicas y comerciales que la han acompañado. La cláusula *rebus*, en su estado no codificado actual, o como precepto legal, dentro del Código Civil o fuera de él, no es ni puede ser un medio eficaz para intervenir con carácter directo y sistémico en favor de contratantes muy seriamente afectados en estas circunstancias.

Por otra parte, como estrategia y técnica de legislación, una disposición de emergencia insertando la *rebus* entre las reglas legales del Derecho de contratos español, de manera aislada y desconectada de la tan necesaria refacción de las instituciones básicas del Derecho de obligaciones y contratos, no puede ser más desafortunada. Lo mismo se puede decir de una medida legislativa que afectara de manera retroactiva a los contratos en vigor, sin permitir a los contratantes establecer sus relaciones contractuales a la vista del marco legal regulador de la alteración extraordinaria de circunstancias sobre el contenido de los contratos.

\* \* \*