

# BOLETÍN DEL MINISTERIO DE JUSTICIA

■ Año LXV   ■ Núm. 2130   ■ Abril de 2011



## ESTUDIO DOCTRINAL

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

**PABLO SALVADOR CODERCH**



GOBIERNO  
DE ESPAÑA

MINISTERIO  
DE JUSTICIA

ISSN: 1989-4767

[www.mjusticia.es/bmj](http://www.mjusticia.es/bmj)

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

PABLO SALVADOR CODERCH

Facultad de Derecho  
Universidad Pompeu Fabra

### Resumen

*El Código Civil de 1889 no incluyó ninguna disposición general sobre revisión o resolución del contrato por alteración sobrevenida de las circunstancias ni, en particular, recibió la doctrina medieval de la cláusula rebus sic stantibus. A pesar de que el Tribunal Supremo recuperara dicha doctrina a mediados de siglo XX, su aplicación fue con carácter rigurosamente excepcional, tendencia que se ha mantenido hasta sentencias recientes. Sin embargo, el artículo 1213 de la reciente [Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos](#) reconoce de forma expresa la posibilidad de revisar, o incluso, de resolver un contrato cuando hayan surgido circunstancias imprevistas que hagan el cumplimiento excesivamente oneroso. El presente trabajo analiza la cláusula rebus sic stantibus y defiende la necesidad de su revisión por la doctrina y la jurisprudencia.*

### Palabras clave

*Obligaciones y contratos, alteración de circunstancias, cláusula rebus sic stantibus, renegociación de contratos*

### Abstract

*The Spanish Civil Code of 1889 did not include any section regarding the possibility of revising or cancelling a contract on the base of changed circumstances, that is, the rebus sic stantibus doctrine. Although the Spanish Supreme Court retrieved this doctrine on mid 20<sup>th</sup> century, its application was rigorously exceptional. However, the recent Proposal for the Modernization of the Civil Code on Contracts includes section 1213, which enables the parties to revise, or even cancel, a contract under hardship when unforeseen circumstances arise and the fulfilment of the contract is excessively burdensome. The paper analyses the rebus sic stantibus clause and defends its revision by the doctrine and the case law.*

*Title: Change of Circumstances in the section 1213 of the Proposal for Modernization of the Spanish Civil Code in Obligations and Contracts*

### Keywords:

*Contract Law, Change of Circumstances, rebus sic stantibus Clause, Contract Renegotiation*

\* Este artículo ha sido publicado originariamente en la revista InDret 4/2009.  
Fecha de recepción: 1-3-2011. Fecha de aceptación: 4-3-2011

## **Sumario**

1. *Revisión y resolución de contratos por alteración de las circunstancias en el artículo 1213 de la Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modernización del Código Civil en Materia de Obligaciones y Contratos, elaborada por la Comisión General de Codificación (2009)*
2. *El principio de vinculación contractual*
  - 2.1 *La vinculación contractual como salvaguarda de la autonomía y dignidad de la persona e instrumento del desarrollo de la personalidad*
  - 2.2 *La vinculación contractual como instrumento de protección de las inversiones específicas realizadas por una de las partes en la relación contractual frente al oportunismo potencial de la otra*
  - 2.3 *La vinculación como presupuesto de los contratos financieros*
  - 2.4 *El contrato como instrumento de asignación de riesgos: el ejemplo del seguro*
  - 2.5 *La normal vinculación a la palabra dada: contrato y normas sociales, contratos relacionales*
  - 2.6 *Vinculación contractual, generación y destrucción de riqueza*
3. *La cláusula rebus sic stantibus en la jurisprudencia del Tribunal Supremo y su explicación*
4. *Doctrina rebus y causa del negocio*
5. *La alteración extraordinaria de las circunstancias en el art. 1213 de la Propuesta de 2009*
6. *Onerosidad excesiva o frustración del fin del contrato e impedimentos al cumplimiento ajenos a la voluntad del deudor o a su esfera de control*
7. *Excesiva onerosidad o hardship*
8. *Frustración del fin del contrato y doctrina de la base del negocio (Geschäftsgrundlage)*
- 9 *Distribución del riesgo del contrato, remedios al incumplimiento y análisis económico normativo del derecho de contratos*
10. *El momento de la renegociación de los contratos: costes y beneficios de la renegociación y la doctrina del mejor asegurado*
  - 10.1. *Beneficios de la renegociación de los contratos*
  - 10.2. *Costes de la renegociación*
  - 10.3. *Contratos financieros y renegociación*
  - 10.4. *Expectativas de renegociación e inversiones específicas contra contingencias de incumplimiento*
- 10.5. *La renegociación como hecho*
11. *Bibliografía*

## 1. Revisión y resolución de contratos por alteración de las circunstancias en el artículo 1213 de la Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modernización del Código Civil en Materia de Obligaciones y Contratos, elaborada por la Comisión General de Codificación (2009)

El Código Civil de 1889 no incluyó ninguna disposición general sobre revisión o resolución del contrato por alteración sobrevinida de las circunstancias, ni, en particular, recibió la doctrina medieval, de origen canónico, de la cláusula *rebus sic stantibus*, conforme a la cual, pueden surgir circunstancias posteriores a la celebración del contrato que justifiquen el incumplimiento del deudor perjudicado por ellas: “ningún deudor está obligado”, enseñaba el *Decretum* de Graciano, “a restituir la espada al acreedor que se volvió loco”. En esta materia, como en tantas otras, el Código español siguió la estela del *Code Civil* francés de 1804, bajo cuya vigencia se había rechazado la doctrina de la *imprévision*<sup>1</sup>. Tampoco el *Bürgerliches Gesetzbuch* alemán de 1896 recibiría con carácter general la doctrina de la cláusula<sup>2</sup>, que en la época se consideraba contraria al principio general de vinculación de los contratos (“*pacta sunt servanda*”).

Con posterioridad a la Guerra Civil (1936-1939), el Tribunal Supremo recuperó la doctrina *rebus*, con carácter rigurosamente excepcional, “por razones de equidad, pero de forma muy estricta”<sup>3</sup> y, como tendremos ocasión de ver, muy sesgada. En su jurisprudencia posterior, el Tribunal ha tendido a considerar que la cláusula *rebus* es un remedio extralegal, peligroso, de última instancia, admisible sólo en casos de cambios extraordinarios, imprevisibles y generadores de un desequilibrio causal exorbitante, de una desproporción inusitada en la economía contractual. Adicionalmente, la revisión se ha considerado preferible a la resolución, que es, por tanto, subsidiaria. Y por último, entre el normal cumplimiento de las obligaciones y la doctrina legal sobre revisión y resolución del contrato por cambio de las circunstancias, nunca se ha incluido pauta normativa alguna sobre la renegociación contractual.

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

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

1 Un resumen comparado sobre la doctrina de la cláusula *rebus sic stantibus* puede verse en Aziz T. SALIBA (2001), disponible en [http://www.murdoch.edu.au/elaw/issues/v8n3/saliba83\\_text.html](http://www.murdoch.edu.au/elaw/issues/v8n3/saliba83_text.html) (consultado el 15.8.2009).

2 “In Rechtsprechung und Schriftum des neuerem Gemeinem Rechts wurde sie [die Clausula rebus sic stantibus] hingegen zunehmend abgelehnt, weil man das Vertrauen in den Bestand vertraglicher Verpflichtungen als durch sie gefährdet ansah. Deshalb hat das BGB die clausula rebus sic stantibus als allgemeine Norm nicht aufgenommen”. Herbert ROTH (2007, nº. 42, p. 1759 y, allí, más bibliografía). Con todo, y como se advierte en el lugar citado, el Código incluyó manifestaciones específicas en párrafos tales como los 321, 490, 519, 530, 605 ó 775.1.

3 Susana QUICIOS MOLINA (2009, p. 1376, nº 667).

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

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

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

Desde 1973, el derecho civil navarro incluye una regla general sobre alteración de las circunstancias en el apartado tercero de la Ley 493 (Cumplimiento de la obligación) del Fuero Nuevo, Compilación del derecho civil foral de Navarra<sup>4</sup>:

“Cuando se trate de obligaciones de largo plazo o de tracto sucesivo, y durante el tiempo de cumplimiento se altere fundamental y gravemente el contenido económico de la obligación o la proporcionalidad entre las prestaciones, por haber sobrevenido circunstancias imprevistas que hagan extraordinariamente onerosos el cumplimiento para una de las partes, podrá ésta solicitar la revisión judicial para que se modifique la obligación en términos de equidad o se declare su resolución”<sup>5</sup>.

Al efecto, en enero de 2009, el MINISTERIO DE JUSTICIA ha publicado una [Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos](#), elaborada por la COMISIÓN GENERAL DE CODIFICACIÓN<sup>6</sup>. Entre otras novedades de nota, el Anteproyecto propone incluir en el Libro IV (De las Obligaciones y Contratos) un Capítulo VIII (De la alteración extraordinaria de las circunstancias básicas del contrato) con un nuevo artículo 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”.

4 Véase, por todos, M<sup>a</sup> Ángeles EGUSQUIZA BALMASEDA (2002, pp. 1664-1673).

5 Véase asimismo el último inciso del apartado segundo del artículo citado: el acreedor de una cantidad de dinero “tendrá que aceptar un objeto distinto si el juez estima justa la sustitución por haberse hecho excesivamente gravosa la prestación debida”.

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

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

Antes de ello, conviene recalcar que, tanto en el Código Civil de 1889, como en la Propuesta de 2009, el punto de partida del derecho y de la teoría del contrato es el principio de vinculación contractual. Así, el actual artículo 1258 del CC y el prácticamente idéntico [salvo la expresión que aparece entre corchetes]<sup>7</sup> art. 1243<sup>8</sup> de la Propuesta dicen:

“Los contratos [se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces] obligan no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley”.

Por tanto, en la *Propuesta*, la relación entre el principio de vinculación, por un lado, y la posibilidad de reclamar la revisión o resolución del contrato sigue siendo la que media entre la regla y la excepción: la alteración de circunstancias ha de ser “extraordinaria”, es decir, “fuera del orden o regla natural o común”<sup>9</sup>.

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

Sin embargo, defenderemos que el sistema de derecho de obligaciones y contratos diseñado en la Propuesta y, en particular, la proyectada regulación de los remedios al incumplimiento, permiten precisar las condiciones de aplicación del precepto: el artículo 1243 de la Propuesta (como el art. 1258 del CC) establecería un límite a la negativa de la parte favorecida por el cambio a acoger la pretensión de la contraparte perjudicada. Si la negativa es de mala fe, deberá ser rechazada y el Tribunal accederá a la pretensión de revisión o terminación. Una negativa es de tal condición siempre que pueda ser calificada como arbitraria, contraria a las prácticas o usos del sector de que se trata y no encuentre justificación en las circunstancias específicas del contrato concreto. De forma similar, la regulación contractual concreta de los remedios al incumplimiento y la regulación legal por defecto delimitan ulteriormente el ámbito de aplicación de la regla en estudio. También lo hace la distribución contractual o legal de los riesgos del contrato. Y, finalmente, el tipo de contingencia de que se trate -según pueda concretarse en un riesgo prevenible, o en otro que al menos resulte asegurable, o en un tercero que, por su carácter general o sistémico no pueda ser asegurado- ofrecerá también un indicio que, sumado con otros, puede ayudar al Tribunal a resolver sobre la pretensión de revisión o de resolución.

7 La regla sobre perfección del contrato sería ahora la propuesta en el art. 1255: “El contrato queda perfeccionado en el momento en que se hace efectiva la aceptación de la oferta conforme a lo dispuesto por los artículos anteriores”.

8 Existe un contrato, dice el art. 1254 del Código Civil de 1889 (CC), “desde que una varias personas consienten en obligarse, respecto de otra u otras, a dar alguna cosa o a prestar algún servicio”. Aunque el contrato exige otros requisitos (cfr. art. 1261 CC), nuclearmente, los contratos obligacionales son promesas vinculantes, cuyo incumplimiento genera una pretensión judicial. En la doctrina española más reciente, Rodrigo BERCOVITZ (2009, p. 101, nº 1) define el contrato como el “acuerdo de dos o más sujetos (las partes del contrato) por el que se comprometen entre sí a una determinada conducta (prestación) encaminada a proporcionar algún beneficio o ventaja, cuya consecución persigan, o bien a todos ellos o bien a alguno(s) de ellos, o bien a terceros”. En análisis económico del derecho, Steven SHAVELL (1998, p. 436) ofrece una definición clásica: “A contract is a specification of the actions that named parties are supposed to take at various times, as a function of the conditions than then obtain”, (énfasis en el original). Igualmente, A. Mitchell POLINSKY y Steven SHAVELL (2008), disponible en [http://www.dictionaryofeconomics.com/article?id=pde2008\\_L000038](http://www.dictionaryofeconomics.com/article?id=pde2008_L000038) (consultado el 23.9.2009).

9 RAE, [primera acepción](#).

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

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

La regla sobre alteración de las circunstancias se incorporaría al derecho positivo y dejaría de ser doctrina legal, es decir, jurisprudencia, la cual y por su propia naturaleza está sujeta a cambios –precisamente jurisprudenciales– por motivos razonados, a juicio de la Sala 1ª del Tribunal Supremo.

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

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

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

La inclusión en el CC de la regla propuesta del art. 1213 enriquecería nuestro derecho general de los contratos con los resultados de casi un siglo de experiencia comparada: el texto acumula referencias a doctrinas históricas y comparadas basadas en tradiciones culturales además de la tradicional de la cláusula *rebus sic stantibus*. Así, incluye una alusión a la “base del contrato”, tomada de la *Geschäftsgrundlage* alemana (parágrafo 313 del Código Civil alemán, reformado en 2002); habla de “ejecución (...) excesivamente onerosa” (referencia procedente de la regla sobre *excessiva onerosità* del art. 1467 del Código Civil italiano de 1942), que, además, traduce del inglés la expresión *hardship* en el art. 6.2 de los Principios UNIDROIT de Contratos Mercantiles Internacionales; alude –alternativamente– a que “se haya frustrado el fin del contrato” (apelación a la doctrina de la *frustration* del *Common Law*); dice que hay que atender a las “circunstancias del caso”, pero “especialmente [a] la distribución contractual o legal de riesgos”, criterio que se hace eco de la doctrina normativa del análisis económico del derecho, según la cual, debe estarse a la asignación *ex ante* de los riesgos contractuales realizada por las partes en el momento de la perfección del contrato.

Prima facie, pues, hay motivos para defender la primera tesis expuesta en este trabajo, según la cual, la relación entre el principio general de vinculación contractual y la excepcional revisión o terminación del contrato por alteración de las circunstancias debe reconsiderarse: estaríamos ante dos disposiciones de un mismo sistema de derecho positivo, cuya aplicabilidad al caso estaría en función de la concurrencia de sus respectivos supuestos de hecho. La revisión del contrato seguiría siendo excepcional, pero dejaría de estar fuera de los confines

de la ley. La distancia, en cada contexto, entre regla y excepción se habría reducido o, por lo menos, sería más fácilmente predeterminable: la excepción se habría estabilizado en el sistema, como parte integrante de su conjunto.

La segunda tesis defendida en este trabajo es aún más claramente normativa que la anterior -aunque, queda igual y gustosamente sujeta a las más fundadas opiniones de sus lectores-: conviene añadir, a la proyectada redacción del art. 1213, una referencia explícita a la renegociación de los contratos. La revisión o resolución judiciales deben seguir al fracaso de la renegociación y tener en cuenta tal circunstancia. Así y para adelantar un ejemplo, la negativa injustificada a aceptar una propuesta suficientemente precisa de revisión puede ofrecer un indicio de su medida y alcance.

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

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

Lo propio hacen algunas propuestas -muy reputadas y próximas a nuestro entorno cultural- de introducir una regla sobre la renegociación de los contratos, en el *Code civil* francés (arts. 1135-1, 2 y 3 del *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, e-publicados por la Association Henri Capitant<sup>10</sup>) o en otros textos relevantes para el debate sobre un futuro derecho europeo de contratos.

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

Recíprocamente, el rechazo a entablar todo tipo de negociación sobre la relación contractual resultaría con frecuencia contrario a la naturaleza de las cosas: el que las partes mismas renegocien el contrato para revisarlo en lugar de que lo haga el Juez tiene pleno sentido si se tiene en cuenta que aquéllas tenderán a estar mucho mejor informadas que éste sobre la naturaleza y circunstancias de la relación que media entre ellas<sup>11</sup>.

<sup>10</sup> [http://www.henricapitant.org/sites/default/files/Avant-projet\\_de\\_reforme\\_du\\_droit\\_des\\_obligations\\_et\\_de\\_la\\_prescription\\_et\\_expose\\_des\\_motifs.pdf](http://www.henricapitant.org/sites/default/files/Avant-projet_de_reforme_du_droit_des_obligations_et_de_la_prescription_et_expose_des_motifs.pdf) (Consultado el 15.8.2009).

<sup>11</sup> Es así en la mayor parte de los casos de contratos entre empresas y, más particularmente, en los contratos relacionales. Pero puede no ser el caso en supuestos de contratos discretos entre profesionales y consumidores, en los cuales, si la parte perjudicada es el consumidor, un juez experto puede conocer mucho mejor que aquél las contingencias típicas y extraordinarias del contrato. La cuestión relativa a si cabe razonablemente construir una teoría general de los contratos, que incluya tanto los contratos entre empresas, como los que éstas celebran con personas físicas y los que estas últimas celebran entre sí es polémica: al efecto, conviene traer a colación la clasificación cuatripartita que Alan SCHWARTZ y Robert E. SCOTT (2003, pp. 1 y ss.) hacen del *continuum* de acuerdos privados: 1) entre empresas; 2) entre una empresa y un individuo; 3) entre un individuo y una empresa; 4) entre individuos. 1) es el paradigma de los contratos de empresa (*business contracts*), aquéllos en relación



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

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

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

## 2. El principio de vinculación contractual

Como hemos señalado en el epígrafe anterior, el principio general en derecho y teoría de contratos es la vinculación arts. 1258 CC y 1243 de la Propuesta.

### 2.1 La vinculación contractual como salvaguarda de la autonomía y dignidad de la persona e instrumento del desarrollo de la personalidad

Un contrato es, pues, una promesa aceptada y vinculante. ¿Por qué? “La idea de contrato y la obligatoriedad del contrato”, ha respondido clásicamente el profesor Luis DIEZ-PICAZO -siguiendo a Karl LARENZ (1903-1993)<sup>12</sup>-, “encuentran su fundamento en la idea misma de persona y

---

con los cuales el principio normativo de eficiencia parece tener mayor sentido, y que se caracterizan, además, por ser contratos entre profesionales bien informados (el mercado expulsa al empresario que no lo esté). 2) es el paradigma de los contratos entre empresas y consumidores y, en ellos, no hay que presuponer que el consumidor está bien informado: suele haber una clara asimetría de información favorable al empresario. De ahí, la sustantividad del derecho de los consumidores, una ordenación primariamente administrativa, no privada. 3) es mayormente el contrato laboral, también intensamente regulado por razones similares. 4) es una categoría de cierre -un cajón de sastre- que incluye los contratos de derecho de familia, muchos de derecho inmobiliario o los ocasionales de venta o alquiler de productos usados. La (polémica) tesis de SCHWARTZ y SCOTT es que una teoría del contrato fecunda y precisa sólo se puede construir sobre 1). En los demás supuestos, los jueces o los funcionarios llamados a mediar o resolver en caso de conflicto dispondrán de información posiblemente superior a la de, al menos, una de las partes, sobre la naturaleza, contingencias y cuestiones típicamente planteadas en el contrato. Ciertamente, la teoría del contrato se aplica más fácilmente a los contratos relacionales -de larga duración- del derecho de los negocios que, por ejemplo, al matrimonio, pero el paradigma contractualista no es desdeñable. En contra, véase ahora en España, Rodrigo BERCOVITZ (2009, p. 102, nº 11): “El matrimonio no puede calificarse de contrato (...) porque los deberes personalísimos que del mismo derivan para los cónyuges (...) no admiten una valoración económica y su incumplimiento no puede generar responsabilidad patrimonial alguna”. Mas, dejando a un lado la circunstancia de que las consecuencias de la disolución del matrimonio son, en gran medida, económicas (arts. 90 y ss. del CC), lo cierto es que la relación matrimonial responde a los incentivos económicos establecidos por el legislador o por los cónyuges mismos, los cuales pueden resolver abaratar o encarecer los costes de la extinción de la relación y, por tanto, la intensidad del grado de vinculación para una parte o para ambas. Es cierto, con todo, que las circunstancias posteriores a la celebración del matrimonio se tienen muy en cuenta a la hora de fijar la existencia, cuantía y duración de la pensión compensatoria (art. 97). En tal sentido, las consecuencias de la resolución de la relación matrimonial están muy señaladamente en función del cambio de circunstancias y, en buena medida, al abrigo de lo pactado por los contrayentes. Mas, de nuevo: el conocimiento de que ello es así influye claramente en la propensión a contraer matrimonio. Todos los humanos respondemos a incentivos.

12 “Der Mensch, der in ständiger Kommunikation mit anderer lebt, bedarf ihrer, um in den ihn unmittelbar angehenden Angelegenheiten frei entscheiden, sie in eigener Verantwortung gestalten zu können. Denn nur wenn er dazu in der Lage ist, vermag er sich als Person zu entfalten und zu behaupten”. Karl LARENZ(1980, 2 II, p. 36). Parecidamente, Karl LARENZ y Manfred WOLF (1997, 2, 14, p. 26): “Zum Personen gehört auch, dass der Mensch sich die Zwecke und Ziele seines Handelns in erster Linie selbst setzt und nicht durch andere fremdbestimmt wird. Eine Rechtsordnung, die sich vom etischen Personalismus leiten lässt, muss deshalb von der rechtlichen Handlungsfreiheit des Individuums ausgehen und setzt ihr nur die im Interesse der Gemeinschaft gebotenen Schranken”; Karl LARENZ y Manfred WOLF (1997, 2, 15): “Unter der Prinzip der Privatautonomie bestehen Rechtsbeziehungen zu anderen, weil sie gewollt sind, und sie bestehen mit den Inhalt, wie sie gewollt sind”.

en el respeto de la dignidad que a la persona le es debida”<sup>13</sup>. A esta general fundamentación filosófica, cabe tal vez añadir cuatro buenas razones económicas asociadas a la naturaleza misma del contrato como negocio jurídico (bilateral o multilateral) patrimonial<sup>14</sup>.

## **2.2. La vinculación contractual como instrumento de protección de las inversiones específicas realizadas por una de las partes en la relación contractual frente al oportunismo potencial de la otra**

En economía de los contratos, se habla de “inversiones específicas” para referirse a aquellas que una de las partes realiza en pro de la relación, que son útiles para su buen fin, pero que no resultan aprovechables fuera de ella. Típicamente, si una de las partes debe realizar tal tipo de inversiones al principio de la relación y la contraparte puede permitirse hacerlo después, a lo largo de su duración, la tentación de que esta última se comporte de manera oportunista y presione a la otra es clara.

Piénsese en relaciones muy básicas, como las de un matrimonio tradicional, en las cuales las inversiones específicas de la mujer (maternidad y crianza) tenían lugar al principio de la relación, mientras que las del marido y padre se repartían a lo largo de toda ella: tal asimetría incentivaba el repudio y la ley contrarresta esta tendencia con regulaciones de las consecuencias económicas del divorcio, que resultan normalmente favorables a la mujer (arts. 90 y siguientes del Código Civil).

Parecidamente, en un contrato de agencia, la denominada “indemnización de daños y perjuicios” (art. 29 de la Ley 12/1992, de 27 de mayo, sobre contrato de agencia) obliga al principal que denuncia unilateralmente el contrato de duración indefinida a indemnizar los daños y perjuicios que (...) la extinción anticipada haya causado al agente siempre que la misma no permita la amortización de los gastos que el agente, instruido por el empresario, haya realizado para la ejecución del contrato.

Por razones similares, la duración mínima del arrendamiento de viviendas se establece en cinco años (art. 9 de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos). La regla es demasiado rígida: quizás una indemnización tasada –por ejemplo, en función de la renta mensual- por denuncia anticipada sería preferible, es decir, una *liability rule* en lugar de una *property rule*.

Supóngase, por ejemplo, un contrato de fabricación y venta de bienes de equipo útiles únicamente para la empresa Comitente, que los valora en 1.000. Para el Fabricante, los costes de producción importan 500. El contrato se celebra por un precio de 700 y Fabricante se pone manos a la obra empleando efectivamente 500 en fabricar el equipo encargado. Algún tiempo después, cuando el trabajo está casi finalizado y Fabricante está a punto de finalizar los *tests* de pruebas del producto, Comitente recibe una inopinada oferta de un Competidor del Vendedor que le ofrece un equipo similar por 600, es decir, más barato. Entonces, Comitente rompe el contrato.

13 Luis DIEZ-PICAZO (1993, p. 127). Véanse además, pp. 124-130.

14 Véase, por ejemplo, Steven SHAVELL (2004, pp. 296 y ss.).

O, más claramente y en una primera variación del ejemplo anterior, un cambio en las circunstancias económicas persuade a Comitente de que el equipo encargado no llegaría a entrar en explotación o que no sería rentable, por lo cual decide cancelar el pedido.

O, aún más sangrantemente, Comitente, sabedora de que Fabricante ya ha empleado 500 en producir el producto, decide comportarse de manera oportunista, aprovecharse de la situación y manifiesta que no va a pagarle el precio pactado de 700, sino solo otro, muy inferior, de 450. Ante esta tesitura, Fabricante se ve en la encrucijada de recuperar el 90% (= 450 de 500) de sus costes o ir a un pleito, siempre azaroso, de reclamación del precio pactado de 700.

Es obvio que, en cualquiera de las tres vicisitudes descritas, el principio de vinculación de los contratos permite proteger las inversiones específicas de Fabricante en la relación contractual e impedir los comportamientos oportunistas (*holdup*) de Comitente. Sin vinculación, tales inversiones no se llevarían a cabo, pues su buen fin quedaría a la merced de la contraparte.

### 2.3. La vinculación como presupuesto de los contratos financieros

Parecidamente y, en el otro extremo del espectro de los tipos contractuales, las transacciones financieras no podrían existir sin vinculación, pues, en su ausencia, ni el crédito ni, en general, los mercados de capitales podrían operar: un contrato de crédito cuya devolución e intereses fueran inexigibles nunca llegaría a celebrarse.

Como enseguida habremos de ver, los contratos financieros son, por su propia naturaleza, más vinculantes que los contratos de construcción, de servicios o de compraventa o suministro, es decir, son menos fácilmente renegociables que la mayor parte de los demás tipos contractuales: es fácil concluir, entonces, que la mayor o menor renegociabilidad de los contratos depende de su naturaleza específica, del tipo de contrato de que se trate. Hay una razón específica para ello: el dinero es el bien fungible por excelencia. Por ello, no pierde valor para un contratante determinado o para un sector industrial: no hay *shocks* específicos de oferta y demanda de dinero<sup>15</sup>, sino y precisamente los que son generales para el sistema económico en su conjunto. Los contratos financieros son particularmente sensibles a los riesgos sistémicos, pero no a los localizados en una industria.

<sup>15</sup> La observación, formulada sobre un borrador anterior, es de Fernando GÓMEZ POMAR.

## 2.4 El contrato como instrumento de asignación de riesgos: el ejemplo del seguro

También de modo típico, muchos contratos se celebran precisamente para asignar o reasignar, de forma vinculante, riesgos, es decir, contingencias o acontecimientos futuros frente a cuya ocurrencia una de las partes quiere cubrirse: paradigmáticamente, el seguro, en todas sus formas, presupone la existencia de un riesgo y su asunción, por la compañía aseguradora, a cambio de un precio (arts. 1 y 4 de la Ley 50/1980, de Contrato de Seguro). Es propio del contrato de seguro el que no admite reinterpretación restrictiva de la cláusula de delimitación del riesgo asegurado. Las exclusiones deben ser claras y expresas y las dudas se interpretan en contra de la parte que ha ocasionado la oscuridad (*interpretatio contra stipulatorem*).

## 2.5. La normal vinculación a la palabra dada: contrato y normas sociales, contratos relacionales

Finalmente y al margen del derecho y de su aplicación coactiva por el Estado, todo empresario sabe que debe cumplir sus contratos porque, de no hacerlo así, su reputación se resentiría y su crédito se arruinaría: los contratos son vinculantes porque los empresarios, en particular, y los ciudadanos, en general, están dispuestos a cumplirlos y confían en que sus contrapartes harán lo propio, con independencia incluso de lo que dispongan las reglas de derecho.

Si todos los contratos fueran generalmente revisables, la confianza de los agentes económicos se desvanecería. Y la confianza –*animal spirits*– es fundamental en todo sistema económico, pues los contratantes confían en que, normalmente, los contratos se cumplirán al margen del aparato coactivo del Estado, sin necesidad de recurrir a los jueces y tribunales; esto último nunca es óptimo, ni siquiera un *second best*, sino –precisamente– un último recurso, sólo algo menos malo que la guerra. Las normas sociales, pues, antes que las jurídicas favorecen la vinculación contractual.

## 2.6. Vinculación contractual, generación y destrucción de riqueza

Las razones económicas ofrecidas en favor de la general vinculación de los contratos o, más acusadamente, de distintos tipos específicos (seguros, contratos financieros, por ejemplo) se pueden reconducir a una: los contratos son el vehículo legal que permite –y garantiza, al menos hasta cierto punto– llevar recursos económicos de manos de quienes los valoran menos a las de quienes los valoran más, es decir, de las de quienes los rentabilizan menos a las de quienes los rentabilizan más: el contrato es un instrumento de generación de riqueza.

Obsérvese, con todo, que hemos escrito que los contratos “garantiza[n] (...) hasta cierto punto” el buen fin de las prestaciones pactadas. Pero no los garantizan absolutamente: la doctrina general de los remedios al incumplimiento contractual, construida sobre los arts. 1107 y concordantes del CC (1208 de la Propuesta), explica, a su vez, que una parte no puede confiar ilimitadamente en que su contraparte cumplirá: ambas han de ser diligentes en la previsión de circunstancias que pueden malograr el buen fin de la operación. No podemos desarrollar aquí esta idea, pero debemos dejar constancia de que un constructor o un vendedor se obligan, respectivamente a construir y entregar la obra o a entregar la cosa vendida, pero no a asegurarla a todo riesgo frente a cualquier contingencia que pudiera surgir: contrato de obra o de compraventa no equivalen a contrato de seguro de daños y la regulación del riesgo de la prestación no equivale a un seguro a todo riesgo<sup>16</sup>.

<sup>16</sup> Un ejemplo puede ilustrar lo apuntado en el texto: Vendedor se obliga a entregar la mercancía vendida a Comprador tal día a tal hora, pero por circunstancias ajenas a la voluntad del primero, pero de las cuales éste ha de responder –por ejemplo, una ventisca– la entrega no se lleva a cabo. Es obvio que Comprador tiene una acción contra Vendedor por incumplimiento de

En todo caso, la idea de que, como regla general, los contratos vinculan y de que, por tanto, hay que estar a la palabra dada –y responder por su incumplimiento- es condición necesaria del funcionamiento del sistema económico. De lo contrario, no podría funcionar.

Como aparte de la generación de riqueza existe obviamente la posibilidad de destruirla, otro modo de expresar lo anterior es considerar el contrato como un instrumento básico de cooperación social, como una herramienta para la creación y conservación de la seguridad jurídica: como un *assurance game* que permite a los coasociados cooperar en la razonable confianza de que los demás también seguirán cooperando, pues, dado lo que los otros están haciendo, nadie podría mejorar las cosas cambiando su estrategia en beneficio exclusivamente individual. Se trata, en suma, de mantener a los miembros de la sociedad en el mejor equilibrio posible evitando una cascada de defecciones que precipite a los miembros de la sociedad hacia un equilibrio peor que el histórico. Sin embargo, la analogía manifiesta sus límites: en ocasiones, pueden ocurrir sucesos en cuya virtud podemos decir que todos estarían mejor si todos alteraran su comportamiento. Si el equilibrio óptimo histórico ha dejado de serlo, la vinculación al pasado puede resultar contraproducente.

### 3. La cláusula *rebus sic stantibus* en la jurisprudencia del Tribunal Supremo y su explicación

La doctrina de la cláusula *rebus sic stantibus et aliquo de novo non emergentibus* –literalmente, “mientras las cosas sigan como eran [en el momento de la celebración del contrato] y no surja algo nuevo”- tiene su origen en el derecho canónico. Su *sedes materiae*, han explicado Reinhard ZIMMERMANN<sup>17</sup> Jim GORDLEY<sup>18</sup>, se encuentra en un pasaje de Cicerón<sup>19</sup>, citado primero por San Agustín<sup>20</sup> y recogido luego en el *Decretum* (1140-42) de Graciano, en el cual se dice que el deudor no está obligado a restituir la espada al acreedor que, en el ínterin, ha perdido la razón (“*Hic ideo non habet duplex cor, quia ille, cui commendatus est gladius, cum promittebat, se redditurum poscenti, non cogitabat furem posse repetere*”<sup>21</sup>) y permitía la modificación o resolución judicial de un contrato por alteración sobrevenida de las circunstancias de su celebración.

---

la obligación de entregar la cosa vendida. Sin embargo, Comprador no puede descansar sin más en su derecho a reclamar: si le resulta posible, ha de hacer lo razonable por mitigar los daños y procurarse unas mercancías iguales o análogas a las vendidas y no entregadas (deber de mitigar los daños). Y si no lo hace así, Vendedor podrá hacer valer esta circunstancia en juicio para disminuir su responsabilidad: vender no equivale a asegurar. En general, hay una relación clara entre los remedios legales o pactados para el incumplimiento contractual y las expectativas de renegociación, por una parte, y el grado de confianza que cada parte puede tener en el cumplimiento de la otra.

17 Reinhard ZIMMERMANN (1990, pp. 579-582).

18 James GORDLEY (2004, pp. 513-530, 515 y allí más citas).

19 *De Officiis*, 3, XXV-95: “Si gladium quis apud te sana mente deposuerit, repetat insaniens, reddere peccatum sit, officium non reddere”. Consultado en <http://www.thelatinlibray.com> (24.8.2009).

20 *Enarrationes in Psalmos*, V, 7. Consultado en: [http://www.augustinus.it/latino/esposizioni\\_salmi/index2.htm](http://www.augustinus.it/latino/esposizioni_salmi/index2.htm) (24.8.2009).

21 C. 22, q. 2, c. 14. Consultado en: <http://geschichte.digitale-sammlungen.de/decretum-gratiani/online/angebot> (24.8.2009). Tomás de Aquino (1225-1274) tomó de la filosofía aristotélica la justificación de la regla: como las leyes se dan para servir a determinados propósitos, pueden surgir circunstancias en las cuales cumplir con el mandato de la ley ya no sirve al propósito para el cual fue establecida. James GORDLEY y Arthur Taylor VON MEHREN (2006, p. 504).

Esta doctrina, acogida por la Escuela del Derecho Natural, cayó en descrédito durante el siglo XIX, con el auge de las teorías de la voluntad (una circunstancia o condición implícita no integra la voluntad común de los contratantes)<sup>22</sup>, fue singularmente rechazada por el *Code Civil* francés de 1804, por la Escuela de la Exégesis y por la jurisprudencia de la *Cour de Cassation*<sup>23</sup> circunstancias que explican su ausencia en el Código Civil español de 1889: resultaba ajena al *Zeitgeist*.

Mas las circunstancias cambiaron, valga la redundancia, con el fin de la bonanza económica del largo siglo de la “Primera Globalización” económica y comercial, que había comenzado tras las Guerras Napoléonicas (1815) y finalizó abruptamente con el estallido de la Primera Guerra Mundial (1914)<sup>24</sup>. Finalizadas las hostilidades (1918), la revisión doctrinal siguió a la crisis económica de la Alemania derrotada en la Guerra y arruinada tras ella con una famosa monografía de Paul OERTMANN (1865-1938), publicada en 1921<sup>25</sup>, sobre la base del negocio, doctrina acogida ahora por el art. 1213 de la Propuesta y a la que nos referiremos *infra* en el apartado octavo del trabajo.

En el *Common Law*, el principio de vinculación (*sanctity of contract: pacta sunt servanda*) dejó originalmente muy poco espacio a la doctrina *rebus* por dos razones, como explicó clásicamente Treitel<sup>26</sup>: en primer lugar, la mayor parte de los sistemas del *Common law* no aceptaron el principio general del *Civil law*, de acuerdo con el cual no puede haber contrato con un objeto imposible (*ad impossibilia nemo tenetur*), pues se consideró que si el deudor se compromete a dar o hacer una cosa imposible, aunque no quepa ejecución forzosa específica, siempre podrá pagar una indemnización; como, además el remedio primario al incumplimiento es la indemnización de daños y perjuicios y no el cumplimiento *in natura*, la aceptación de las obligaciones imposibles se vio muy facilitada. En segundo lugar, la responsabilidad contractual en el *Common law* es objetiva y no por culpa, como en cambio sucede mayormente en el sistema europeo continental, circunstancia que también coadyuva a reforzar el principio de vinculación contractual. Ilustra la doctrina *Paradine v. Jane*<sup>27</sup> un caso de 1647 en el cual el juez no excusó

22 Véanse los trabajos de GORDLEY citados en las dos notas anteriores y la ajustada síntesis de ZIMMERMANN (1990, pp. 580-581) y, en ambos, la bibliografía de referencia. En la doctrina española, véase Cristina de AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ (2003, pp. 31 y ss.).

23 Oficialmente -explica Hannes RÖSLER (2007, pp. 500-502)- el derecho privado francés rechaza el concepto de *imprévision* y el incumplimiento únicamente es excusado si concurre una *cause étrangère* (art. 1147 del *Code civil*) que reúne los requisitos de la fuerza mayor o del caso fortuito (art. 1148). El caso de referencia es Cass. Civ. 6 mars 1876, *canal de Craponne* en el cual el Tribunal se negó a revisar un contrato celebrado en 1567, haciendo prevalecer el principio de vinculación contractual (art. 1134). Sin embargo, el derecho administrativo francés admite la doctrina de la *imprévision* (Conseil d'État, 30 de mars de 1916, *Gaz de Bordeaux*, S. 1916. III. 17).

24 El secular ciclo alcista que comienza tras las Guerras Napoleónicas y finaliza con la Primera Guerra Mundial -la Primera Globalización- contribuye a explicar económicamente la confianza en el principio de vinculación contractual y está bien documentado por los historiadores: Ronald FINDLAY y Kevin O'ROURKE (2008). Anteriormente, Kevin O'ROURKE y Jeffrey G. WILLIAMSON (1999). En la cultura jurídica, ZIMMERMANN (1990, p. 581) toma del gran historiador del derecho Eduard Maurits MEIJERS la hipótesis de que la doctrina *rebus* podría acompañar a las catástrofes como la sombra al cuerpo: “The 17<sup>th</sup> century was a flowering time for the clausula doctrine (partly perhaps, in response to the devastating wars of the time)”.

25 Paul OERTMANN (1921), *Die Geschäftsgrundlage. Ein neuer Rechtsbegriff*, Leipzig und Erlangen. OERTMANN, continuador -y yerno- de Bernhard WINDSCHEID (1817-1892) adaptó a la coyuntura económicamente pavorosa de la primera posguerra mundial alemana la doctrina de la presuposición, *Voraussetzung*, ideada por su maestro, pero cuyo intento de llevarla al Código Civil alemán de 1896 había fracasado.

26 En G. H. TREITEL (1994, pp. 1 y ss., nº 1-001 y ss.), obra de referencia sobre el materia (hay una segunda edición, de 2004, que no hemos podido consultar).

27 1647 Aleyn 26; A. K. R. KIRALFY (1957, p. 22). Véase G. H. TREITEL (1994, Chapter 2, pp. 13 y ss., nº 2-001 y ss., *passim*).

de pagar las rentas al arrendatario de una finca rústica quien había sido desposeído por los enemigos del Rey. El origen de la doctrina que excusa el incumplimiento por la acontecimientos sobrevenidos con posterioridad al contrato tuvo lugar tardíamente, en 1863, con *Taylor v. Caldwell*<sup>28</sup>, un caso en el cual el tribunal consideró que el incendio del local donde debían celebrarse unos conciertos excusaba al deudor demandado que se lo había alquilado a los demandantes

En España, la doctrina de la cláusula *rebus* fue recuperada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo después de la catástrofe de la Guerra Civil (1936-39)<sup>29</sup>, pero su reconstrucción conceptual tuvo lugar con un rigor, formal y de contenido, exorbitante. Tanto es así, que a priori, los elementos de su supuesto de hecho, es decir, de su reconocimiento y aplicación cristalizaron en una formulación draconiana que ha sobrevivido hasta nuestros días. Así, todavía en 2007, el Tribunal Supremo reproducía el enunciado originario de la doctrina, formulado por una sentencia de 1957<sup>30</sup>- y en cuya virtud:

“A) (...) la cláusula *rebus sic stantibus* no está legalmente reconocida; B) Que sin embargo, dada su elaboración doctrinal y los principios de equidad a que puede servir, existe una posibilidad de que sea elaborada y admitida por los Tribunales, C) Que es una cláusula peligrosa, y, en su caso, debe admitirse cautelosamente; D) Que su admisión (...) requiere como premisas fundamentales: a) alteración extraordinaria de las circunstancias en el momento de cumplir el contrato en relación con las concurrentes al tiempo de su celebración; b) una desproporción exorbitante, fuera de todo cálculo, entre las prestaciones de las partes contratantes que verdaderamente derrumben el contrato por aniquilación del equilibrio de las prestaciones; y c) que todo ello acontezca por la sobrevenida de circunstancias radicalmente imprevisibles” (STS de 25 de enero de 2007 (RJ 592), FD 3<sup>31</sup>).

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

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

---

28 (1863) 3B. & S. 826, post, § 2-024. G. H. TREITEL, *ibidem*.

29 En la literatura académica española de la posguerra, véase, por todos, Joaquín DUALDE (1943, pp. 25 y ss.).

30 STS, 1ª, 17.5.1957: contrato, celebrado en 1935, de suministro de envases litografiados, cuyo cumplimiento suspende el estallido de la Guerra Civil al estar los sendos negocios de actor y demandado obligado al suministro en zonas enfrentadas. Finalizada la guerra, el actor reclama la reanudación del suministro y el demandado se niega alegando la imposibilidad de cumplir por incremento de costes y prohibición administrativa de fabricar los envases en cuestión con hojalata. Desestimada la demanda en ambas instancias, el TS declaró haber lugar al recurso de la actora, rechazando la aplicabilidad de la cláusula *rebus*, que enuncia.

Resoluciones contemporáneas del Tribunal Supremo -de los últimos veinte años- muestran que el rigor sigue –inexorablemente- a alegaciones no suficientemente sustanciadas; o fueron proyectadas sobre casos en los cuales el cambio de circunstancias fue previsto, o era previsible -pues entraba dentro de la esfera de influencia de quien la alegaba-; o ya habían llevado, efectivamente, a una renegociación, pero que, luego y a ojos del reclamante, no había resultado suficiente para reequilibrar la relación; o, sencillamente, a circunstancias que delataban la imputabilidad del incumplimiento a quien pretendía excusarse indebidamente<sup>32</sup>.

Por otro lado, una segunda explicación del rigor formal, casi del anquilosamiento expresivo de la formulación tradicional de la cláusula *rebus* consiste en el hecho de que la jurisprudencia originaria del Tribunal sobre ella fue precisamente conformada después de la Guerra Civil (1936-1939)<sup>33</sup> y estuvo muy condicionada por su desenlace.

32 STS, 1ª, 27.5.2002: contratista recurrente era matricera “hacedora de moldes” y estaba “dentro de su ciencia profesional estudiar los planos y determinar las piezas o tareas (...) para la realización del molde”; se trataba, además, de un “contrato que ha[bía] de concluirse en un plazo corto (...) ya que el molde se ha de destinar a la construcción en serie de una determinada clase de vehículos de motor y la pronta puesta en el mercado de gran número de los mismos es connatural a esta forma de producción” (FD 5º).

STS, 1ª, 17.11.2000: Endesa, SA, empresa eléctrica recurrente pretendía incumplir contrato de suministro de carbón que se había comprometido a adquirir entre 1986 y 1998. No procede la alegación de la cláusula *rebus*, pues resulta “decisivo (...) que el referido Contrato Marco [sobre Nuevo Sistema de Contratación de Carbón Térmico] vino a considerar los contratos anteriores y vigentes, al establecer la posibilidad de precios libremente pactados y que se renegociarían para su adaptación al nuevo marco que se establecía, con lo que se está reconociendo su subsistencia y eficacia, sin que la recurrente, como parte más interesada y afectada en la realización, hubiera llevado actividad alguna en tal sentido, a fin de superar las circunstancias sobrevenidas” (F.D. 1º). Es decir: la parte recurrente alega la cláusula *rebus* precisamente en un contrato que podría haber renegociado...

STS, 1ª 23.6.1997: “[L] caída del precio de los metales [que afectaba a recurrente, licenciataria que incumple obligación pago precio contrato sobre montaje de sección de depuración de ceniza y aprovechamiento de piritas] no se acreditó fuera definitiva” (F.D. 2).

STS, 1ª, 29.5.1996: “[E]l aumento de valor de la finca objeto de la opción de compra no puede calificarse por sí solo de ‘alteración completamente extraordinaria’ ni menos aún puede reputarse consecuente a circunstancias radicalmente imprevisibles, [pues] un cierto aumento de valor se previó por las partes al incrementar el precio en un diez por cien cada cinco años” (F.D. 5).

STS, 1ª, 29.1.1996: Contrato, suscrito en 1986 entre los demandantes, herederos del poeta Federico García Lorca y demandada, una productora cinematográfica. Demandantes reclaman cumplimiento íntegro del contrato, petición admitida en las dos instancias. En casación, el TS le dice a la recurrente, que alegaba la cláusula *rebus*: “Alegación (...) totalmente huérfana de prueba, pues empezando por la exigencia de un ‘considerable lapso de tiempo transcurrido’, la realidad fáctica lo desmiente, ya que se pactó un plazo de cuatro meses para cumplir o convenir las condiciones”; además, “los herederos conceden una prórroga”...

STS, 1ª, 15.11.2000: “Resulta inconcebible que una empresa constructora como la recurrente con dedicación al negocio inmobiliario no haya previsto la variabilidad urbanística de tales terrenos, que no puede decirse que tenga carácter imprevisible” (F.D. 4).

STS, 1ª 15.3.1994: “[L]a dilación en la concesión de la licencia de obras (...) fue expresamente prevista en el contrato” y “la demora en más de cuatro años ha sido producida por demoras administrativas y mala gestión de los demandados” y recurrentes (F.D. 7).

STS, 1ª, 24.6.1993: “Somosaguas Sur, S.A. tenía un perfecto y detallado conocimiento de la situación urbanística de las fincas objeto del contrato” (FD 5).

33 Véase la STS, 1ª, 5.6.1945 (caso sintetizado en la nota siguiente): “Aunque esta Sala, principalmente en sus SS de 14 de diciembre de 1940 y 17 de mayo de 1941, ha señalado la conveniencia y no ha excluido la posibilidad de construir, en el ámbito del derecho vigente, la cláusula *rebus sic stantibus* (...) si lo demandasen, imperiosa e inexcusablemente, circunstancias muy calificadas, y no ha desconocido (...) que lo mismo en el CC que en la legislación de emergencia nacida por imposición de situaciones que la guerra y la revolución crearon, hay atisbos, y aun aisladas aplicaciones, se ha cuidado de subrayar, sin embargo, la cautela con que en materia tan quebradiza debe obrarse, atenta al designio de que, por falta de prudencia en la aplicación, o por excesiva anormal generalización de la doctrina, pudiera padecer la seguridad jurídica, sin motivo bastante, o atacarse, sin sobrada razón, la estabilidad de las convenciones, tal como inicialmente se establecieron, según la patente e inequívoca voluntad de las partes; posición esta que conviene traer a capítulo (...) porque si en las más modernas ordenaciones positivas que rindiéndose a esta legítima preocupación doctrinal dieron paso a la cláusula en cuestión en los contratos de ejecución diferida cuidó de subordinarse su aplicación, tanto a la concurrencia de circunstancias extraordinarias



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

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

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

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

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

---

e imprevisibles, como medio de templar su excesiva onerosidad para el obligado, y, aun y así, las facultades rescisorias, que no siempre se otorgan, pueden enervarse por obra de equitativas modificaciones ofrecidas por el demandado (...).”

buena medida la continuada cautela del Tribunal Supremo a la hora de admitir la alegación de la cláusula<sup>34</sup>. Su aceptación ha sido, en la práctica, poco frecuente<sup>35</sup>.

#### 4. Doctrina rebus y causa del negocio

Con anterioridad a la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos de la Comisión General de Codificación de 2009, el intento más logrado de revisión de la doctrina de la cláusula *rebus* tuvo lugar con la aportación clásica, publicada en 1967, por FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO (1903-1983)<sup>36</sup>. El autor recondujo la cláusula a la regulación de los arts. 1261 y 1274 y ss. CC sobre el requisito de la causa de las obligaciones y del contrato –hablaba de “la continuadora influencia de la causa”– concluyendo que el “remedio de la cláusula se reduce a tener (...) en cuenta la causa durante el funcionamiento de la relación negocial. Lo que estará permitido sólo cuando un cambio imprevisto de circunstancias haga que el mantenimiento de la relación negocial resulte en contradicción con el propósito negocial”<sup>37</sup>. En la concepción causalista del autor, la idea rectora era que la influencia de la causa no se limita a controlar la autonomía privada en el momento de la celebración del contrato sino que influye sobre sus vicisitudes posteriores:

“Puede entenderse que la relación jurídica quedó fijada en sus términos, de una vez para siempre, al concluirse el negocio y que, por tanto, le será indiferente que por el advenimiento

34 Véase, por todas, la síntesis clásica de Luis Díez-PICAZO (1973, nº 231 y ss., pp. 556 y ss.), con cita y ajustado comentario de las resoluciones más destacadas hasta la fecha de edición de la obra y de la cual recogemos las citas que siguen. Al respecto, cabe citar la STS, 1ª, 14.12.1940: contrato, celebrado el 19.1.1934, por el cual “los demandados”, Herederos de L.N., “se comprometían a poner a disposición de la actora”, Altos Hornos de Vizcaya, S.A., “la producción total de unas minas de su propiedad. La sociedad actora se obligaba a adquirir, como mínimo, una determinada cantidad. La alteración de los precios del mineral”, señaló el TS “no ha llegado a dimensiones tan excepcionales que pueda considerarse desaparecida la base del negocio, ni cae dentro de lo imprevisible, ni se ha demostrado que, por tal cambio de circunstancias, la parte demandada haya quedado reducida a la imposibilidad absoluta (...) de cumplir el contrato”. En el caso de la STS, 1ª, 17.5.1941, Compañía Metalúrgica Duro Felguera c. Compañía del Ferrocarril de Langreo, “las compañías litigantes habían celebrado en 1914 un contrato, por virtud del cual la segunda de ellas se comprometía a construir un ramal de ferrocarril hasta un determinado cargadero y a explotarlo en las condiciones que se estipulaban, una de las cuales era hacer anualmente a la sociedad actora determinadas bonificaciones en el precio del transporte del carbón”. Las bonificaciones no llegaron a hacerse nunca y la actora demandó su realización y la consiguiente revisión de las liquidaciones practicadas. La demandada alegaba, por su parte, que las bonificaciones pactadas se fundamentaban en las circunstancias existentes en 1914, que habían dejado de existir en 1920, por lo que las partes habrían pactado una novación tácita, basada en la modificación de las circunstancias, y en cuya virtud se suprimirían las bonificaciones, criterio acogido por la Sentencia de apelación, pero el TS casó la Sentencia y rechazó la existencia de la pretendida novación. STS, 1ª, 5.6.1945, arrendamiento, celebrado en 1929, de fábrica de chapas y tableros, por doce años y con opción de compra por precio de 286.332 pesetas. Ejercicio de la opción en 1941 y negativa de los demandados a otorgar escritura de venta: estimación de la demanda en las dos instancias y rechazo del recurso en casación. STS, 1ª, 17.5.1957 (citada en el texto y nota 11). STS, 1ª, 21.10.1958, usufructo vitalicio constituido en 1919, reclamación cumplimiento de sus disposiciones en 1951, estimación parcial de la demanda, rechazo del recurso de casación. STS, 1ª, 6.7.1959: arrendamiento de hotel con opción de compra, celebrado en 1921. Pretensión de ejercicio de la opción en 1951 frente a la cual los demandados alegan, sin éxito en casación, la cláusula *rebus*. STS, 1ª, 23.11.1962: pretensión de revisión de convenio sobre usufructo vitalicio por devaluación de la moneda. STS, 1ª, 28.1.1970: véase la nota que sigue a ésta. Con posterioridad y del mismo autor, véase Luis Díez-PICAZO (1996, pp. 669 y ss.).

35 Como ocurrió, por ejemplo, en el caso de la STS, 1ª, 6.11.1992, en el cual, el socio, al 50%, del demandante y arrendatario de una empresa, vendió su parte a un tercero quien, a continuación, denunció el contrato de arrendamiento, impidiendo al demandante la continuidad en la explotación: “la base negocial quedó radicalmente alterada por la sobrevenida de la imprevisible circunstancia de la resolución del contrato de arrendamiento” (F.D. 4). En la jurisprudencia más antigua, pueden citarse, por ejemplo, la STS, 1ª, 28.1.1970: revisión de contrato de suministro eléctrico, cuyo precio pasa de 7 céntimos el KW a 64 y 70 en meses de estiaje, habiendo mediado un incremento del “valor adquisitivo” del 1.000% (Segunda Sentencia); también, la STS, 1ª, 11.6.1951: “en contratos (...) a muy largo plazo había de entrar en juego la justiciera norma de la cláusula ‘*rebus sic stantibus*’ (...) por depreciación del poder adquisitivo del dinero, por aumento exorbitante del precio de los elementos necesarios para realizar el transporte, o por otros motivos semejantes” (Considerando 5º).

36 *El Negocio Jurídico*, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1967, pp. 313 y ss., nº 378 y ss.

37 Federico DE CASTRO (1967, epígrafe 385, p. 318).

de nuevas circunstancias haya dejado de conseguirse la finalidad práctica propuesta la finalidad práctica propuesta. Por ejemplo, arrendada una mina de oro por veinte años, la devaluación de la moneda (caso de Alemania y Austria después de la primera guerra mundial) hace que la renta quede reducida prácticamente a la nada. Es posible, por el contrario, entender que no se puede romper la conexión con la causa y que, dada la frustración del propósito concreto del negocio, queda abierta la posibilidad de acudir al Juez para que dé por resuelto el negocio o para que lo adapte equitativamente a las nuevas circunstancias<sup>38</sup>.

DE CASTRO analizó la jurisprudencia de la época, evitando limitar la búsqueda de casos relevantes a aquellos en los que el Tribunal Supremo realizaba una referencia textual a la expresión “cláusula *rebus sic stantibus*” y ampliándola a la de los supuestos relacionados con la causa entendida como propósito comercial concreto. Analizada de esta forma la jurisprudencia sobre renegociación y revisión de los contratos, el panorama, ya entonces, era más flexible de lo que la jurisprudencia había dado a entender<sup>39</sup>, como señalaría la doctrina posterior hasta la actualidad<sup>40</sup>.

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

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

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

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

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

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

38 Federico DE CASTRO (1967, epígrafe 337, pp. 313-314). Por la misma razón, de Castro se manifestaba contrario a la recepción de la doctrina alemana de la base del negocio: la consideraba inútil, dada la tradición causalista y espiritualista del derecho español. Sobre esto, véase *infra* epígrafe 9.

39 Federico DE CASTRO (1967, epígrafe 386, pp. 320-321 y sentencias allí citadas).

40 Con posterioridad, véanse Julio Vicente GAVIDIA SÁNCHEZ (1987, pp. 525 y ss.). Luis Díez-PICAZO (1996, pp. 669 y ss.). En la literatura académica reciente, las mejores síntesis de derecho comparado y español son las monografías contemporáneas de Luz M<sup>a</sup> MARTÍNEZ VELENCOSO (2003) y Cristina de AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ (2003). Véanse en ambas las citas de la doctrina anterior.

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

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

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

7ª. Finalmente (...) no falta quien cree que en la alteración de las circunstancias, al hacer muy gravoso el cumplimiento del contrato para una de las partes, constituye un caso de fuerza mayor.<sup>41</sup>

“En mi opinión”, concluía el maestro ALBALADEJO, “el único camino seguro para conseguir una adecuación entre los imperiosos dictados de la realidad y los preceptos jurídicos es acoger legislativamente (con todas las cautelas y cortapisas que se quiera) la regla de la revisabilidad de los contratos por alteración de las circunstancias<sup>42</sup>.”

La misma conclusión puede leerse, más recientemente, en la monografía de Cristina DE AMUNÁTEGUI<sup>43</sup>: “En nuestro Derecho (...) al no existir normas dentro del Código que regulen las situaciones de onerosidad sobrevenida y frustración de la finalidad del contrato son los jueces los encargados de intentar dar respuesta a estos planteamientos. (...) se trata básicamente de una opción que corresponde al legislador, que será quien tenga que valorar la postura que debe adoptar cada ordenamiento (...) por la que se distribuya el riesgo entre los contratantes”.

Mas como ya había advertido el Prof. Antonio-Manuel MORALES MORENO<sup>44</sup>, “la posible impugnación del negocio por la caída de su causa subjetiva no está expresamente admitida, con carácter general, en nuestro Código, a través de un mecanismo de impugnación directamente ligado a esa razón”, y aunque se vea facilitada “de modo indirecto” por figuras como el error vicio o la resolución por incumplimiento, la cuestión es “¿han de considerarse especiales o excepcionales, o deben interpretarse como expresión de un criterio general, el de atender a las circunstancias que impidan lograr el propósito concretamente perseguido por el negocio?”<sup>45</sup>. “El problema”, respondía el autor, “de la insatisfacción del adquirente por las anomalías de la cosa puede ser contemplado, aproximándonos a él desde una perspectiva económica, como un problema de distribución de riesgos<sup>46</sup>, un problema fundamentalmente económico que –

41 Manuel ALBALADEJO (1989, pp. 485-486). Parecidamente –con énfasis en la buena fe y la voluntad implícita de las partes-, Joaquín RAMS ALBESA (1994, epígrafe 69, nº 323 y ss., pp. 537 y ss.): hay que poner a cargo de cada una de las partes “el *alea* de cualquier cambio de circunstancias mientras la alteración de éstas no exceda de aquellos límites que tales contratantes o uno de ellos pudieron tener presentes en el momento de contratar, sin mengua de la buena fe”.

42 Manuel ALBALADEJO (1989, p. 486).

43 Cristina de AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ (2003, p. 29). Igualmente, al final del libro, p. 325: “Legislar e incorporar la cláusula (...) puede garantizar, a mi entender, una mayor seguridad jurídica”.

44 Antonio-Manuel MORALES MORENO (1983).

45 *Ibidem* (1983, p. 1536).

46 *Ibidem* (1983, p. 1539).

añadía, con referencia al error,- “el análisis económico del Derecho” aborda con “criterios de eficiencia”, criterios que el Derecho “no (...) puede aceptar sin más, como si se tratara de algo necesario, impuesto por la naturaleza de las cosas; debe valorarlos”<sup>47</sup>.

## 5. La alteración extraordinaria de las circunstancias en el art. 1213 de la Propuesta de 2009

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

El art. 1213 de la Propuesta mejoraría, sin duda alguna, el estado de cosas descrito. El nuevo artículo recibe la doctrina tradicional, pero la despoja de todo paroxismo interpretativo.

Sigue tratándose de alteración o cambio de las circunstancias, como resulta del título mismo del Capítulo VIII (“De la alteración (...) de las circunstancias (...) del contrato”) y de la doble referencia a la expresión “circunstancias” en el texto del art. 1213 (“Si las circunstancias (...) hubiesen cambiado (...) el contratante al que, atendidas las circunstancias [alteradas] del caso”). La expresión “circunstancias” -“accidente[s] de tiempo, lugar, modo, etc., que está[n] unido[s] a la sustancia de algún hecho o dicho”<sup>48</sup>- es la mayor concesión que la Propuesta hace a la doctrina histórica, pero los términos utilizados (“Si las circunstancias que sirvieron de base al contrato hubiesen cambiado”) recogen la formulación inicial de la doctrina de la base del negocio, recientemente positivada por el legislador alemán (parágrafo 313.1 del BGB: “Si las circunstancias en que consistió la base del contrato se modifican”), aunque el texto español conserva la modalización propia de la cláusula *rebus* (“de forma extraordinaria o imprevisible”) mientras que el alemán prefiere apuntar a la idea de modificación muy importante o significativa –esencial– (“*schwerwiegend*”)<sup>49</sup>.

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

47 *Ibidem* (1983, pp. 1543-1544).

48 RAE, [primera acepción](#).

49 Y recoge, a diferencia del español, la referencia a la base subjetiva del negocio (parágrafo 313.2: “La falsedad de las representaciones esenciales de las partes sobre el contrato y que constituyeron su fundamento equivale a una alteración esencial de las circunstancias”). Sobre esto, véase *infra*, p. 33.

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

Temporalmente, el cambio debe haberse producido “durante su ejecución [del contrato]”, es decir, no habría debido tener lugar en el momento de su celebración: parecería así que el texto toma así partido en cuanto a la distinción entre vicios de la voluntad –error, disenso- relevantes en sede de celebración del contrato (contrato como acto) y vicisitudes, posteriores a la celebración válida, pero relevantes en sede de remedios y excepciones (contrato como regla y su régimen jurídico). Pero la cuestión no es indiscutible: a una modificación de las circunstancias equivale la ausencia originaria de la base subjetiva del negocio, como –expresamente- sucede en el derecho alemán (parágrafo 313.2 BGB) y sobre todo en los casos de error bilateral o, aunque más difícilmente, en el de error vicio o en los motivos<sup>50</sup>. Como, con acierto, se había señalado en relación con el CC, “la posible impugnación del negocio por la caída de la causa subjetiva no está expresamente admitida, con carácter general, en nuestro código, a través de un mecanismo de impugnación directamente ligado a esa razón. Se facilita [sin embargo], de modo indirecto, por medio de ciertas figuras, como, por ejemplo, el error vicio”<sup>51</sup>. Parecidamente, el cambio latente puede concurrir en el momento de la celebración del contrato y, en tal caso, habrá que estar a la nota de la imprevisibilidad, pues si la alteración, por más que latente en el momento de la celebración, era entonces imprevisible y sólo *ex post* se revela como relevante, la latencia misma no obsta a la aplicabilidad de la regla del art. 1213. Sin embargo, es innegable que los autores de la Propuesta evitaron referencias explícitas a la base subjetiva del contrato, aunque –de nuevo- las alusiones a la “frustración del fin” del contrato o a la “distribución contractual (...) de los riesgos” puedan entenderse en clave subjetiva.

Permanece la exigencia de que el cambio debe ser “imprevisible” en el texto del artículo, recogiendo así la doctrina de la imprevisión que tradicionalmente rechazara la jurisprudencia civil francesa sobre el Code civil de 1804. “Imprevisible” significa “que no se puede prever”<sup>52</sup>, verbo este último con varias connotaciones:

En una primera y segunda acepción “prever” es “ver con anticipación” y “conocer o conjeturar por algunas señales o indicios lo que ha de suceder”. Ello apela a un criterio objetivo, anclado en saberes descriptivos o científicos: lo predecible llama a la predicción –no a la profecía-, pues ha de fundamentarse en “señales o indicios”, es decir, en datos empíricos y relevantes para prever el cambio de circunstancias de que se trata<sup>53</sup>. Por ello, la denotación o –si se prefiere- la referencia de aquello que se califica como previsible ha de ser objetivo y susceptible

50 SCHULZE (2003, p. 391): “Einer Veränderung der Umstände steht Ander der Voraussetzungen des Abs 2 das ursprüngliche Fehlen SMG zT str [= polémicamente]). Dies betrifft insb[esonders] Fälle des gemeinschaftlichen Motivirrtums”. En España, véanse las acertadas consideraciones de Cristina de AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ (2003, pp. 112 y ss.), pero referidas al derecho del CC de 1889. La amplia regulación prevista para el error en el art. 1298 de la Propuesta refuerza esta primera aproximación.

51 Antonio-Manuel MORALES MORENO (1983, p. 1536).

52 Seguimos aquí las indicaciones de la [RAE](#).

53 Refuerzan la consideración del texto los sentidos que la RAE ofrece para “conocer” (“averiguar por el ejercicio de las facultades intelectuales la naturaleza, cualidades y relaciones de las cosas”) y “conjeturar” (“formar juicios de algo por indicios u observaciones”).

de prueba: la alegación de imprevisibilidad no exige una imposible prueba negativa, pero sí una razonable prueba de que, al menos *prima facie*, el cambio de circunstancias no era objetivamente anticipable por la parte desfavorecida por la alteración. Corresponderá entonces al demandado poner de manifiesto las “señales o indicios” objetivos que permitían anticipar el cambio mismo y bastará para ello mostrar cómo su existencia, en el momento de la celebración del contrato, resultaba del conocimiento ordinario o científico y tecnológico.

Pero, además, en una tercera acepción, “prever” es “disponer o preparar medios contra futuras contingencias”. Quien contrata ha de ser, en tal sentido, “previsor” y de ningún modo puede repercutir sobre la otra parte las consecuencias de su propia imprevisión cuando, por hipótesis, había indicios o señales que permitían anticiparse a la contingencia de que se trate. Conviene insistir en que se trata de tanto de riesgos como de incertidumbres, es decir, de cambios posibles de estados de cosas, aunque no se pueda cuantificar, con un juicio de probabilidad, cuál es el riesgo de que el cambio mismo tenga lugar: ciertamente, el texto de la Propuesta habla luego de “distribución (...) de riesgos”, pero el predicado “imprevisible” incluye, en sus sentidos comunes (RAE) tanto a riesgos como a incertidumbres, en el conocido sentido que esta distinción tiene desde el artículo pionero, de 1921, de Frank Knight<sup>54</sup>. Hay, con todo, un límite normativo: el art. 1213 dice luego que el cambio ha de ser tal que la permanencia o vinculación del contrato en sus términos históricos “no (...) sea razonablemente exigible” a la parte desfavorecida. El juicio de razonabilidad –similar al de la negligencia en derecho de daños- requiere que los indicios o señales de que se trate sean suficientemente indicativos de la posibilidad de la alteración de circunstancias.

El art. 1213 propuesto dice “imprevisible”, no “imprevisto” (compárese, con todo, art. 1208 de la Propuesta), y aunque lo primero implica lo segundo, es mucho más amplio: para que el cambio de circunstancias sea previsible basta la concurrencia de datos empíricos relevantes y dados en el momento de la celebración del contrato conducentes a tal alteración. Aunque el criterio es, como hemos señalado, objetivo, se refiere a conocimiento, al menos conjetural, de lo que puede suceder y ello requiere accesibilidad: si los indicios o señales en que se basa el juicio de previsibilidad no eran materialmente asequibles –o, probablemente, sólo lo eran a un coste excepcional-, el cambio de circunstancias puede calificarse como imprevisible.

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

El proyectado art. 1213 es mucho más moderado, pues se limita a exigir que la ejecución “se haya hecho excesivamente onerosa para una de las partes o se haya frustrado el fin del contrato”, que, como señalábamos hace un momento, la permanencia de la vinculación “no (...) sea razonablemente exigible” a la parte desfavorecida.

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

54 Frank H. KNIGHT (1982), *Risk, Uncertainty, and Profit*, Hart, Schäffner and Marx, Boston.

## 6. Onerosidad excesiva o frustración del fin del contrato e impedimentos al cumplimiento ajenos a la voluntad del deudor o a su esfera de control

En el supuesto de hecho del art. 1213.1, la Propuesta exige, alternativamente, que el cambio de circunstancias, alternativamente, “haya hecho” la ejecución del contrato “excesivamente onerosa para una de las partes” o bien “se haya frustrado el fin del contrato” mismo. Al menos terminológicamente, es patente la doble influencia del art. 1467 del *Codice civile* italiano de 1942 (“En los contratos de ejecución continuada o periódica y en los de ejecución diferida, si las prestaciones de una de las partes ha devenido excesivamente onerosa por la verificación de acontecimientos extraordinarios e imprevisibles (...)”)<sup>55</sup> y de la doctrina de la *frustration* del *Common Law*<sup>56</sup>.

Negativamente, ambas alternativas presuponen que la ejecución no es imposible porque “el incumplimiento haya obedecido a un impedimento ajeno a [la] voluntad [del deudor] y extraño a su esfera de control” (art. 1209 de la Propuesta, inspirado en el art. 79.1 del Convenio de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías<sup>57</sup>). Si efectivamente lo es, entonces

55 Ampliamente, Cristina de AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ (2003, pp. 43 y ss.), con referencia a la jurisprudencia y doctrina italianas.

56 Por todos, véase G. H. TREITEL (1994). La expresión “Frustration” tiene cuatro usos: 1) *Frustration of contract* “refers to the whole doctrine of discharge by supervening events irrespective of the type of event which brings about discharge” (p. 57, nº 2-045); 2) *Frustration of the adventure* “refers to (...) to one particular cause of discharge (...) most commonly to cases in which performance has not become permanently impossible” (pp. 58-59, nº 2-046); 3) *Frustration of purpose* refers “to cases in which there is no ‘impossibility’, even of temporary nature, in rendering the performance promised by each party: for example, to cases such as the coronation cases (p. 59, nº 2047); 4) *Frustrating breach* “refers to the type of breach which is sufficiently serious to justify the victim’s rescission of the contract, in the sense that it gives the victim the option of refusing, on account of the breach, to perform his own part, and to accept further performance from the party in breach (pp. 60-61, nº 2-49).

57 Instrumento de Adhesión: BOE, nº 26, de 31.1.1991, disposición nº 2552, p. 3170. Sección IV. *Exoneración. Art. 79.1*: “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 había 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”. Véase Pablo SALVADOR CODERCH (1997, pp. 635 y ss). El supuesto de hecho del artículo 79 arranca de un incumplimiento contractual en el marco de una regulación según la cual la responsabilidad por tal incumplimiento existe, en principio, siempre que éste se deba a obstáculos surgidos dentro del ámbito que, según el contrato, quedan bajo el dominio del deudor: en su esfera de influencia, la responsabilidad es así principalmente objetiva –como, por otro lado, manifiesta el texto al referirse de “impedimento ajeno a su voluntad”. Sin embargo, ello no excluye que junto a circunstancias puramente objetivas, puedan concurrir otras de carácter subjetivo, conforme al criterio o test de la persona razonable (art. 8 del Convenio). Entonces, si concurre un impedimento ajeno a la voluntad del deudor que incumple, éste queda exonerado. Para valorar la circunstancia exoneradora, habrá que estar al contrato concreto, a la asunción de riesgos que sería razonable esperar de las partes, habida cuenta de las circunstancias del contrato (“esperar razonablemente”, dice el art. 79) y a las previsiones incluidas para las situaciones de riesgos más típicas en el sector del tráfico de que se trate. La cuestión principal en el art. 79 es la relacionada con la identificación de los impedimentos liberatorios: a) Los impedimentos por antonomasia tienen carácter objetivo. Así, los de carácter natural (catástrofes) o social (convulsión o conflicto civiles) y tanto si son de naturaleza fáctica (interrupción total de las comunicaciones que sigue a una catástrofe natural) o jurídica (bloqueo gubernamental por las mismas razones). Específicamente, el deudor responde por las circunstancias objetivas de su propia organización, por sus fallos de cualquier índole, que no constituyen, consecuentemente, impedimento exoneratorio alguno. b) A la noción de impedimento objetivo se oponen las circunstancias personales, tanto las que provocan una insuficiencia patrimonial que dificulta o –incluso– imposibilita el cumplimiento, como aquellas que –como el error de derecho– son estrictamente subjetivas. Salvedades a lo anterior se reconocen en los casos en que las circunstancias personales hayan sido tenidas específicamente en cuenta el contrato o, por lo menos, a las que deban considerarse asumidas por ambas partes y que, por tanto, deberán al menos haber sido reconocibles por el acreedor. c) Por la misma razón, el deudor responde por sus propios actos (y omisiones) en cuanto hayan originado el incumplimiento. d) En particular, la insuficiencia patrimonial subjetiva no es causa de exoneración: el artículo se aparta de la tradición de la cláusula *rebus* en cuanto no prevé, como consecuencia de derecho, ninguna pretensión de alteración del contenido del contrato, ni mucho menos, de extinción: simplemente establece una regla de exoneración de responsabilidad por incumplimiento. En el derecho de la Convención de Viena, el deudor asume normalmente el riesgo económico propio de la actividad empresarial. Sin embargo, la alteración esencial e insoportable de las circunstancias que afecta a la propia “existencia social” del empresario, como, sólo por ejemplo, la guerra, el hundimiento del sistema económico o de la moneda nacional, puede ser tomada en consideración para exonerar al deudor. No hace falta que la dificultad genere un riesgo inminente de insolvencia y, por tanto, de concurso. Ni se distingue, con todo, entre imposibilidad originaria y



el deudor afectado quedaría exonerado de responsabilidad en la medida y alcance –también temporal- del impedimento<sup>58</sup>.

## 7. Excesiva onerosidad o hardship

Positivamente, hay que distinguir: la primera alternativa -onerosidad excesiva- afecta a una de las partes, perjudicándola o desfavoreciéndola, aunque no se precisa además que beneficie a la otra (así, puede tratarse de un incremento exorbitante de los costes de fabricación del producto sin consecuencias en su precio de reventa).

El sustantivo “onerosidad” tiene un sentido común (condición de “pesado, molesto, gravoso”, RAE), el cual, en derecho de contratos, se relaciona con el equilibrio contractual y su alteración. La Propuesta acoge la idea de *hardship* tal como resulta, ejemplarmente, del art. 6.2.1. de los Principios Unidroit sobre los Contratos Comerciales Internacionales 2004, en cuya versión en español<sup>59</sup> aquella expresión se traduce precisamente como “onerosidad sobrevenida”:

sobrevenida. e) Esencial es que el impedimento sea ajeno a la voluntad del deudor, es decir, que se haya originado fuera de su esfera de influencia, al margen, por lo tanto, del ámbito propio de responsabilidad que, en principio, del propio contrato delimita. Ello no quiere decir, con todo, que el acontecimiento deba ser externo al deudor, pues puede haberse originado internamente con tal que estuviera fuera de su esfera de influencia: el caso de los riesgos de desarrollo conformaría un supuesto típico de esto último. También, las intervenciones estatales, las administrativas o las decisiones de una agencia reguladora: el deudor podrá alegarlas si adoptó las medidas exigibles, de acuerdo con la buena fe. f) El impedimento es también liberatorio si se origina en el ámbito de influencia del acreedor, que, por ejemplo, niega su colaboración al deudor o, literalmente, le priva de los medios o instrumentos que, según el contrato y la distribución prevista en él de los riesgos debería ofrecer o, al menos, permitir conseguir y utilizar (véase, enseguida, lo señalado en torno al art. 80 del Convenio). g) No basta con que el impedimento fuera inevitable si resultó previsto o era previsible en el momento de la celebración del contrato. Pero en caso de ausencia de previsión, hay que estar a un estándar de razonabilidad. h) El impedimento tampoco es exoneratorio si se origina en el ámbito de las personas o entidades que no pertenecen a la organización del deudor, pero le auxilian en el cumplimiento (típicamente, subcontratistas y proveedores).

58 Art. 1209.2 de la Propuesta: “La exoneración prevista en este artículo surtirá efecto mientras dure el impedimento”. Según el art. 80 de la Convención de Viena: “Una parte no podrá invocar el incumplimiento de la otra en la medida en que tal incumplimiento haya sido causado por acción u omisión de aquélla.” Este texto recoge el principio de actos propios y permite al deudor exonerarse de un incumplimiento formal de sus obligaciones si éste ha sido causado por la contraparte. Sus requisitos son los siguientes: a) La simple causación, por una parte, del incumplimiento de la otra, basta para la exoneración: en cuanto plasmación del principio de actos propios, no se requiere culpa, imputación subjetiva –el texto no habla de ella, sino sólo de causalidad-, sino simple causación. b) El acreedor debe haber causado el incumplimiento aunque sea mediatamente: basta la causalidad indirecta o mediata si el acreedor reclamante ha creado el riesgo que luego se concreta en el incumplimiento. c) La causación del incumplimiento parcial libera al deudor en la medida en que éste se deba a aquélla. El principal efecto jurídico de la regla consiste en que el deudor queda liberado y enervada la acción por incumplimiento que ejercita el acreedor causante de aquél.

59 <http://www.unidroit.org/spanish/principles/contracts/principles2004/blackletter2004.pdf> (consultado el 26.8.2009). Para un comentario reciente, véase Ewan MCKENDRIK (2009). Para la regulación propuesta por la COMMISSION ON EUROPEAN CONTRACT LAW, véase Ole LANDO y Hugh BEALE (2000, art. 6:111 en relación con art. 8:108). Ole LANDO, Eric CLIVE, André PRÜM & Reinhard ZIMMERMANN (2003). RÖSLER (2007, pp. 503 y ss). En España, véase, por todos, Luz M<sup>a</sup> MARTÍNEZ VELENCOSO (2003, pp. 61 y ss.). De acuerdo con el art. 6:111 PECL, *Change of Circumstances*:

(1) A party is bound to fulfill its obligations even if performance has become more onerous, whether because the cost of performance has increased or because the value of the performance it receives has diminished.

(2) If, however, performance of the contract becomes excessively onerous because of a change of circumstances, the parties are bound to enter into negotiations with a view to adapting the contract or terminating it, provided that:

(a) the change of circumstances occurred after the time of conclusion of the contract,

(b) the possibility of a change of circumstances was not one which could reasonably have been taken into account at the time of conclusion of the contract, and

(c) the risk of the change of circumstances is not one which, according to the contract, the party affected should be required to bear.

(3) If the parties fail to reach agreement within a reasonable period, the court may:

## SECCIÓN 2: EXCESIVA ONEROSIDAD (*HARDSHIP*)

### ARTÍCULO 6.2.1

(*Obligatoriedad del contrato*)

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

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

### ARTÍCULO 6.2.2

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

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

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

El calificativo “excesivo” (“que excede y sale de la regla”, RAE) apela, como antes “extraordinaria” (“fuera del orden o regla natural o común”, RAE) a la idea de excepcionalidad (“excepcuar”: “excluir a alguien o algo de la generalidad de lo que se trata o de la regla común”, RAE) que preside el artículo propuesto, pues la regla común es la vinculación contractual. Unidroit usa “fundamental” (“que sirve de fundamento o es lo principal en algo, RAE), expresión, a su vez, que guarda relación con el fundamento o base del contrato (sobre ello, *infra*, apartado octavo)<sup>60</sup>.

La naturaleza del evento origen de la alteración no es relevante –salvo que resulte imputable a una de las partes-, pero debe provocar efectivamente un cambio fundamental en el equilibrio contractual y debe proyectarse sobre obligaciones todavía no cumplidas. Mas la *crux* interpretativa está en falta de concreción de “fundamental”, omisión de los redactores de los Principios que deja perplejos a los comentaristas<sup>61</sup>, pero que es intrínseca al sistema mismo: de la doctrina *rebus*, la Propuesta y sus fuentes de inspiración asumen la naturaleza extraordinaria de la doctrina tradicional. De ser aceptada, la regla del art. 1213 de la Propuesta involucrará al Poder Judicial en tal labor de concreción, pero siempre bajo la prevención de que la decisión

(a) end the contract at a date and on terms to be determined by the court ; or

(b) adapt the contract in order to distribute between the parties in a just and equitable manner the losses and gains resulting from the change of circumstances.

In either case, the court may award damages for the loss suffered through a party refusing to negotiate or breaking off negotiations contrary to good faith and fair dealing.

60 En la Propuesta comentada. Compárese, en el art. 3.10 de los Principios UNIDROIT: “excesiva disparidad”, “*gross disparity*”.

61 “The lack of any guidance is, however, rather surprising”, MCKENDRICK (2009, nº 8, p. 721).

se condicionará a la superveniencia de un acontecimiento que está fuera del orden natural o común, extraordinario.

Los restantes requisitos del art. 6.2.2 de los Principios están a caballo entre la regla comentada del art. 1213 de la Propuesta (art. 6.2.2. letra a): eventos que acontecen durante la ejecución, es decir, después de la celebración<sup>62</sup>; d): distribución del riesgo contractual) y el sistema de la Propuesta misma sobre el cumplimiento y los remedios al incumplimiento, arts. 1208 (letra b): eventos que no pudieron ser razonablemente previstos) y 1209, nº 1, ya citado (letra c): eventos extraños a la esfera de control del deudor). Se refuerza así la idea, sobre la cual volveremos enseguida, de que la regulación de la alteración extraordinaria de circunstancias debe interpretarse en el marco del sistema de los remedios al incumplimiento contractual.

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

## 8. Frustración del fin del contrato y doctrina de la base del negocio (*Geschäftsgrundlage*)

En la Propuesta, la segunda alternativa, sobre frustración del fin del contrato (“o se haya frustrado el fin del contrato”) se puede relacionar con la citada doctrina española sobre la influencia de la causa del negocio, pero -sobre todo- se presenta con un perfil marcadamente objetivo: el contrato, considerado como un todo, ha quedado privado de base o fundamento y, por tanto, no puede alcanzar su fin. Dos razones llevan a la consideración anterior: la frustración del fin se proyecta ahora sobre el contrato, en contraposición a la sobrevenida onerosidad de la ejecución del contrato que lo había devenido “para una de las partes”; pero, en segundo lugar, reforzaría tal línea interpretativa la clara -pero parcial- referencia del texto español a la doctrina alemana de la base del negocio (“*Geschäftsgrundlage*”), expresamente recogida por el legislador alemán en 2002 en el nuevo párrafo 313.1 del Código Civil alemán (“Si las circunstancias en que consistió la base del contrato se modifican sustancialmente después de su celebración”)<sup>63</sup>, quizás la principal fuente de inspiración de la Propuesta española para el comienzo del art. 1213.1 (“Si las circunstancias que sirvieron de base al contrato hubiesen cambiado de forma extraordinaria e imprevisible durante su ejecución”).

Obsérvese, en efecto, que los autores del texto español han recogido únicamente la referencia del Código alemán a la denominada base<sup>64</sup> objetiva del negocio (párrafo 313.1 BGB: alteración, posterior a la celebración, de las circunstancias) pretiriendo hacer lo propio con la regulación de la base subjetiva (párrafo 313.2: falsedad de las representaciones esenciales de las partes y que fundamentaron la celebración). El texto íntegro del Código alemán dice:

62 Pero obsérvese el sesgo objetivista del art. 1213 de la Propuesta, la cual se refiere únicamente al cambio de circunstancias que tiene lugar “durante” la “ejecución” del contrato, mientras que el art. 6.2.2 de PICC incluye el desconocimiento, por la parte desfavorecida, de acontecimientos que tuvieron lugar antes de la celebración.

63 La monografía clásica es de Karl LARENZ (1967). Indispensable: Werner FLUME (1975, párrafo 26, pp. 494 y ss.). Hay traducción española de José María MIQUEL GONZÁLEZ y Esther GÓMEZ CALLE (1998). Dos buenas síntesis de la reforma de 2002 pueden consultarse en SCHULZE (2003, pp. 387 y ss.) y Herbert ROTH (2007, pp. 1747 y ss.) y, allí, más bibliografía. La doctrina es unánime en la apreciación de que el nuevo párrafo 313 BGB recoge la síntesis de la jurisprudencia anterior sobre la base del negocio concretándola en un supuesto de hecho específico y distinto al párrafo 242 BGB, sobre la buena fe, en el cual se había residenciado tradicionalmente.

64 “*Grundlage*”, en español: “base” o “fundamento”. En el texto se usan indistintamente ambas expresiones.

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

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

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

La inclusión, en tercer lugar, de la acotación temporal (“durante su ejecución”) en el art. 1213.1 del texto español podría reforzar una lectura que dejaría fuera de su supuesto de hecho los casos de falsedad de las representaciones esenciales de las partes sobre la base del contrato, que quedarían, su caso, sujetos a la regulación general de los requisitos del contrato -de su válida formación- y, en particular, de los vicios de la voluntad y de la causa. En la práctica, con todo, la referencia al “fin” del contrato puede relacionarse con el propósito común o resultado económico querido o pretendido por ambas partes con el programa contractual y, como ya mostrara DE CASTRO, no habría ningún obstáculo textual insuperable para que la jurisprudencia considerara, bajo la regla propuesta, los casos de frustración de tal propósito por la falsedad de las representaciones esenciales de las partes. Permanecería el principio de prioridad del contrato, pues la regla del art. 1213 está pensada para un contrato válidamente formado y, por lo tanto, válido y eficaz. Confirma esta interpretación el párrafo segundo del artículo propuesto: si es posible, el contrato se adapta para restaurar la reciprocidad de intereses; si no lo es, se resuelve, pero en todo caso, no se declara su nulidad.

Por otro lado, las referencias, en ambos textos, a la inexigibilidad (*Unzumutbarkeit*) del contrato originario, dadas las circunstancias y, en particular, la distribución contractual o legal de los riesgos (*unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls, insbesondere der vertraglichen oder gesetzlichen Risikoverteilung*) ponen adicionalmente de manifiesto el interés con el cual los redactores del texto español han considerado la doctrina alemana y los presupuestos de su aplicación. Así, de ser aceptada la regla del art. 1213 de la Propuesta por el legislador español, la influencia en ella de la positivación alemana de la doctrina de la base del negocio incrementaría las diferencias del nuevo derecho español con la doctrina de la cláusula *rebus*. Y aunque no procede trasladar miméticamente la exégesis del párrafo 313 del BGB a nuestro proyectado sistema legal, cabe destacar la generalidad y rotundidad de la formulación del derecho alemán: la moderna regulación del derecho de obligaciones y contratos de una nación -que, en 2007, todavía era la primera exportadora de productos manufacturados del mundo- acoge la doctrina de la revisabilidad de los contratos sin configurarla como un cuerpo extraño al sistema, sino como una respuesta flexible del legislador ante la posibilidad de cambios en las circunstancias esenciales que fundamentaron el contrato. La jurisprudencia española sobre la cláusula *rebus* quedaría así muy alejada de la formulación de la doctrina de la base del negocio, cuya aplicación requiere la concurrencia de los cinco elementos de su supuesto de hecho<sup>65</sup>: 1) cambio o alteración de determinadas circunstancias posterior a la celebración del contrato; 2) tales circunstancias integraron la base o fundamento del contrato;

65 ROTH (2007, nº 8, p. 1751).

3) las partes no previeron la alteración; 4) hipotéticamente, las partes no habrían celebrado el contrato de haber previsto el cambio de circunstancias; y 5) la alteración es esencial, de forma que la ejecución del contrato originario no es exigible a una de las partes, dadas las circunstancias del caso concreto y, en particular, la distribución contractual o legal de los riesgos<sup>66</sup>.

La doctrina alemana, codificada en esta década, de la base del negocio admite una crítica obvia: está sesgada a favor de partes contratantes cuyas prestaciones –de hacer, de dar o de prestar servicios (no financieros)- son características y en contra, al menos normalmente, de sus contrapartes, importadores y compradores, que deben pagar un precio en dinero, es decir, está pensada para una cultura de fabricantes, vendedores y exportadores. Para contrarrestar tal sesgo, habría que limitar la aplicación del parágrafo 313 cuando el riesgo concretado había sido previsto por las partes, es decir, cuando estaba en su distribución de probabilidades, aunque en su extremo. Sin embargo, limitar la aplicabilidad de la cláusula a los *shocks* externos, a los cambios de la distribución misma traicionaría su tenor literal. Como se me ha señalado en las discusiones de los borradores de este trabajo<sup>67</sup> –siempre sujeto a la mejor opinión de sus lectores- faltan instrumentos analíticos que nos permitan distinguir con claridad entre un tipo y otro de cambio. La noción de riesgo sistémico ayuda, pero no cubre todos los casos. Conviene por ello acometer la problemática que las referencias de los textos alemán y español realizan a la distribución contractual y legal de los riesgos del contrato para tratar de arrojar luz sobre los presupuestos de su aplicabilidad. Al efecto, cabe recurrir a los instrumentos y resultados del análisis económico del derecho.

## 9 Distribución del riesgo del contrato, remedios al incumplimiento y análisis económico normativo del derecho de contratos

Como es sabido, positivamente, el análisis económico del derecho construye modelos para explicar y predecir las consecuencias de su aplicación. Pero, normativamente, conforma sólo propuestas evaluables en términos de eficiencia económica que ciudadanos, legisladores y jueces pueden aceptar o rechazar, en todo o en parte. Sin embargo, el conocimiento de tales consecuencias probables parece un estado de cosas preferible a la ignorancia y, a la postre,

66 Tanto si se concibe subjetiva como objetivamente: tradicionalmente, la base del negocio debía tener una base en las declaraciones de voluntad de las partes. Hoy basta con que, objetivamente, su operación económica, tal y como resulta del contrato, permita un juicio hipotético razonable sobre su carácter fundamental: no se trata de averiguar qué habrían pactado los contratantes concretos de haber previsto la alteración de las circunstancias, sino qué habrían pactado contratantes razonables situados en su posición. Se distingue entre la “grande” y “pequeña” base del negocio: la primera abarca sucesos, de naturaleza política, económica, social y natural, que tienen carácter general y que potencialmente pueden afectar a la contratación –en la línea de las cláusulas de “fuerza mayor” sobre riesgos excluidos en los contratos de seguro-. La segunda incluye los demás, cuya relevancia requiere una valoración concreta, en cada caso. La doctrina es aplicable a todo tipo de contratos todavía no cumplidos o no cumplidos del todo. La duración y tipología importan, pero no hay tipos excluidos a priori. La adaptación o adecuación del contrato a las circunstancias tiene preferencia sobre su resolución: el párrafo segundo del texto citado es de aplicación subsidiaria al primero. Naturalmente así, se privilegia la renegociación y reacomodación del contrato a su extinción. El juicio sobre exigibilidad (*Zumutbarkeit*) es relativo a la capacidad de existencia social continuada del deudor: no abarca las dificultades, sino aquellas que sitúan al deudor en el límite de lo exigible. Tampoco, por otro lado, se exige que el pago implique un riesgo inminente de concurso. Para contribuir a definir o delimitar la exigibilidad es imperioso acudir a la distribución legal o contractual de riesgos contractuales: en principio, cada tipo tiene su propio sistema de mecanismos de asignación de riesgos y, en cada contrato, el precio –muy principalmente- indica o señala la distribución histórica. Como en el caso anterior, la duración del contrato es también un índice claro. En las relaciones duraderas, la denuncia puede interpretar el papel de la adaptación. La jurisprudencia construye constelaciones de casos típicos en torno a figuras o situaciones tales como el error común, la creciente dificultad de la prestación, la erosión progresiva del equilibrio contractual originario, la inflación –o la deflación-, la caída de la finalidad negocial, la funcionalidad de la prestación, etc. tales indicadores ofrecen medidas o parámetros para calibrar la adecuación en cada caso.

67 En el Seminario de Profesores del Área de derecho civil de la UPF, así como en el IV Congreso del Club Español de Arbitraje, celebrado en Barcelona, los días 15 y 16 de junio de 2009. Agradezco muy particularmente al Club y a sus miembros la oportunidad concedida de presentar un primer borrador y las enriquecedoras observaciones que tuvieron a bien formular en aquella ocasión.

si la eficiencia económica dejara de ser relevante, los contratos –instrumentos jurídicos por antonomasia del tráfico económico- tenderían a desaparecer.

Como hemos visto que señalaban los profesores Morales-Moreno y Amunátegui, la asignación del riesgo del cambio de circunstancias es el punto crucial de toda doctrina sobre revisabilidad de los contratos. Efectivamente, la aparición de una contingencia no prevista en el contrato puede reducir el valor de su cumplimiento para el acreedor o incrementar el de su coste para el deudor<sup>68</sup>. Atribuir mayor o menor grado de relevancia jurídica a una alteración sobrevenida de circunstancias, concediendo al deudor desfavorecido por tal cambio una pretensión de revisión o resolución del contrato, produce un efecto equivalente, pero inverso, de reducción de la intensidad de los remedios al incumplimiento puestos a disposición del acreedor.

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

Así, si suponemos la posibilidad de un contrato de obra entre Comitente y Fabricante, cuyo objeto consista en la fabricación y entrega, por el segundo, de un bien de equipo único al primero, para que se celebre el contrato es necesario que el valor, V, que Comitente atribuye al futuro bien, sea superior al precio, P, que está a punto de pactar con Fabricante y que tal precio sea, a su vez, superior al Coste, C, de fabricación, transporte, entrega e instalación del equipo: para que haya contrato es necesario que  $V > P > C$ . En tales circunstancias, el contrato es posible; para que, además, resulte efectivamente celebrado, habrán de concurrir otras adicionales<sup>69</sup> y, en lo fundamental, que concurren los requisitos legales, según el derecho aplicable, para que la celebración del contrato sea válida –básicamente, determinación del objeto y precio, ausencia de vicios del consentimiento y cumplimiento de las formalidades eventualmente requeridas-.

Un cambio posterior de las circunstancias como consecuencia de la concreción de una contingencia no prevista puede afectar a las tres variables básicas consideradas<sup>70</sup>, pero, en línea con la breve descripción realizada en el epígrafe anterior de la doctrina de la base del negocio y con el ejemplo que ahora acabamos de presentar, únicamente consideraremos, con Miceli, la posibilidad de que los costes de fabricación del equipo resulten superiores a los que fabricante previó en el momento de la celebración del contrato<sup>71</sup>. Es, pues, imaginable, que, ante

68 Para la exposición que sigue, véase Thomas J. MICELI (1997, Chapter 4-5, p. 114), luego sintetizado en Thomas J. MICELI (2005, Chapter 5, pp. 107 y ss.). Benjamin E. HERMALIN, Avery W. KATZ y Richard CRASWELL (2007, pp. 8 y ss., pp. 95-96). Robert COOTER y Thomas ULEN (2008, pp. 288-289).

69 Tales como, por ejemplo, que los costes de transacción sean muy reducidos o nulos.

70 Si la demanda de los productos que comercializa el Comitente cae, se reducirá el valor, V, que atribuía ex ante al contrato. Si el precio de maquinaria alternativa se reduce en la industria que los fabrica, P parecerá excesivo para el mismo Comitente.

71 La discusión se ciñe al incremento de costes que no está relacionado con el cambio de las condiciones del mercado. Víctor P. GOLDBERG (2006, Ch. 19, pp. 333 y ss.), la pregunta sobre la relevancia de la alteración de circunstancias, escribe, es siempre ¿qué habrían resuelto partes razonables en tal situación? Y su respuesta es que las partes serán más propensas a excusar el incumplimiento si las circunstancias sobrevenidas afectan adversamente a los costes de ejecutar precisamente el contrato concreto y por razones no relacionadas con las condiciones generales del mercado que si se trata de misma evolución de este último. Para el autor, si la ocurrencia del acontecimiento no está relacionado con las condiciones del mercado, entonces, en el momento de la celebración del contrato el valor esperado del cambio del precio entre la fecha del contrato y la de la producción del acontecimiento es cero. En el *Common Law* habría que distinguir, en puridad, entre *impossibility* e *impracticability*, caso en este último en el cual “performance, though it remains posible, has become impracticable”. Véase, de nuevo, la aportación clásica de G. H. TREITEL (1994, pp. 237 y ss., nº 6-001 y ss.). Ulteriormente, suele decirse que *impracticability* afecta primariamente al prestador característico –al *supplier*-, mientras que *frustration of purpose* -su viva imagen- afecta al *recipient* (pp. 281 y ss., nº 7-001 y ss.). Los casos de la Coronación son típicamente casos de frustración de

un aumento de los costes previstos, el precio  $P$  quede por debajo de los costes  $C$ , es decir,  $P < C$ , que, entonces, Fabricante se plantee la posibilidad de incumplir el contrato y Comitente la de accionar judicialmente y esgrimir ante el Juez los remedios al incumplimiento previstos en el contrato mismo o, en su defecto, por la ley del contrato. En el caso supondremos también que los remedios disponibles consisten exclusivamente en una indemnización de daños,  $D$ . En esta tesitura, Fabricante sólo incumplirá si  $C > P + D$ . Nótese que si, efectivamente,  $D$  incorpora fielmente el remedio contractual previsto, el incumplimiento resultará privadamente eficiente. Para que, además, lo sea socialmente, se requerirá que  $V < C$ , es decir, que el valor del equipo para Comitente sea más reducido que el de los recursos empleados por Fabricante en construirlo.

La cuantía de la indemnización,  $D$ , adicional al precio  $P$  de la prestación incumplida y que, en principio, haría coincidir beneficio privado con beneficio social sería aquella que dejara al acreedor perjudicado por el incumplimiento igual que si éste no hubiera tenido lugar, es decir,  $D = V - P$ , el acreedor obtiene los denominados daños de la expectativa o *expectation damages*, una indemnización tal que le deja indiferente entre el cumplimiento o el incumplimiento. Obsérvese, señala Miceli, que un sistema de remedios contractuales que operara de este modo sería equivalente al modelo de la negligencia en causación unilateral de daños, en el cual, la víctima tiene derecho a una indemnización por la estimación del daño causado por el dañador negligente<sup>72</sup>.

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

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

Permanece, pues, la idea de que la primera regla, según la cual el incumplidor ha de indemnizar por los daños de la expectativa, es superior a las otras dos<sup>73</sup>.

---

la base o fundamento del negocio.

72 Véase una síntesis en Pablo SALVADOR CODERCH y Carlos GÓMEZ LIGÜERRE (2005).

73 Mas nótese, en primer lugar, que no siempre –por no decir, casi nunca- Comitente habrá revelado a Fabricante la cuantía de  $V$ , es decir, el valor que *ex ante* otorga al cumplimiento de la prestación que encarga. En segundo lugar, la primera regla genera, *ex post*, fuertes incentivos para que Comitente incremente oportunísticamente el valor que asociaba al incumplimiento –para que mienta sobre el valor originario- y reclame una indemnización desmesurada. Por último, ya hemos señalado que el modelo sencillo de la indemnización por daños de la expectativa,  $D = V - P$ , está pensado, como el de la negligencia en causación unilateral de daños y responsabilidad extracontractual, para supuestos en los cuales únicamente el comportamiento del deudor de la prestación contractual incumplida –de Fabricante en nuestro ejemplo- es causalmente relevante en la generación de los daños.

Mas es obvio que, en la mayor parte de los casos, lo anterior no será el caso: lo normal será que el acreedor, Comitente, haya incurrido inversiones específicas, *reliance investments*, en la confianza de que Fabricante cumplirá con lo prometido: habrá, por ejemplo, adquirido o alquilado los locales donde se instalaría la maquinaria encargada, habrá contratado servicios de formación para sus empleados, habrá comprometido anticipadamente entregar a terceros los productos fabricados

En el derecho español vigente (art. 1.107 CC) y en la Propuesta comentada (art. 1.208), el punto de partida, en materia de remedios contractuales, es la regla –tradicional en el *Civil Law* y en el *Common Law*<sup>74</sup>- de la responsabilidad del deudor por los daños previstos y previsibles en el momento de la celebración del contrato, por ambas partes:

Art. 1107 CC:

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

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

Art. 1208 de la Propuesta de la Comisión General de Codificación:

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

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

---

por el equipo encargado, etc. De hecho, el valor, V, que Comitente atribuya al cumplimiento del contrato, dependerá en buena medida de tales inversiones en confianza, R, y será creciente con ésta –aunque cabe suponer que lo será menos que proporcionalmente-.

Entonces, estaríamos ante una situación similar a la que se produce, en derecho de responsabilidad extracontractual, en causación bilateral de daños, en cuya sede ya sabemos que la regla óptima de negligencia comparativa o compensación de culpas –frecuentísimamente aplicada por nuestra jurisprudencia- distribuye la estimación del daño coacusado en función del grado de contribución de cada una de las partes e incentiva, por lo tanto y ex ante, a que tanto el dañador potencial como la víctima potencial asuman precauciones razonables en evitar el accidente, reducir su gravedad o mitigar sus consecuencias.

Si tal es la lógica de nuestro sistema de responsabilidad extracontractual, en el cual se parte de que no hay relación contractual entre las partes, mucha más razón habrá para pensar que la misma es aplicable al derecho de la responsabilidad contractual, donde, por definición, las partes han establecido el marco y las consecuencias de su relación.

En una situación semejante, pues, no cabrá suponer que Fabricante ofreció sin más un seguro de cumplimiento a Comitente –o, mejor dicho, no habrá que hacerlo si el contrato no lo establece así, y una cláusula semejante normalmente habría ido acompañada de un incremento del precio P-. Habrá, en cambio que asumir, de acuerdo con la naturaleza de las cosas, que el incumplimiento es un hecho incierto –nadie contrata sobre certidumbres- y que, además, el acreedor podrá influir con su propia actuación más o menos osada o precavida, en la probabilidad y gravedad del incumplimiento de su deudor. En la contratación es aún más obvio que en derecho de responsabilidad civil incluir la posibilidad de causación bilateral de daños.

74 Art. 1150 del *Code Civil* francés de 1804; *Hadley v. Baxendale*, (1854) 9 Ex. 341, 156 Eng. Re 145; art. 74 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías hecha en Viena el 11 de abril de 1980, instrumento de adhesión del Reino de España de 17 de julio de 1990 (BOE, 26, 30.1.1991). En la doctrina española, véanse las aportaciones básicas de Fernando PANTALEÓN PRIETO (1989, 1991 y 1993). Más recientemente, es fundamental Fernando GÓMEZ POMAR (2002).



La intuición básica del modelo del Código, seguido por la Propuesta, es que hay que incentivar al candidato a acreedor a revelar el valor, *V*, que atribuye al cumplimiento de la prestación, en particular, si se trata de un valor tal que está por encima del valor promedio que pagaría un acreedor medio si es un valor que, a la inversa, está por debajo del promedio. Este valor, naturalmente, tenderá a reflejarse en el precio de la operación, pues a mayor confianza del acreedor en el cumplimiento del deudor, mayor precio estará dispuesto a pagar. La comparación del modelo de la responsabilidad contractual con el de la causación bilateral de daños en derecho de responsabilidad extracontractual es inmediata<sup>75</sup>: dada la circunstancia de que tanto la víctima como el dañador adopten precauciones conducentes a evitar el accidente, a disminuir su probabilidad o su gravedad, es razonable incentivar a ambas partes a adoptar tales precauciones, pero no lo es permitir a la víctima potencial confiar ilimitadamente en que el dañador adoptará todas las cautelas imaginables, incluidas aquellas que la víctima podría haber adoptado a mínimo coste<sup>76</sup>.

De esta forma, en sede de remedios –es decir, sin necesidad todavía de acudir a la doctrina de la alteración de circunstancias y a su posible relevancia jurídica–, queda claro que el acreedor contractual no puede confiar ilimitadamente en que o bien su deudor cumplirá a toda costa –sea cual fuere el coste del cumplimiento–, o bien pagará por los daños de la expectativa frustrada por el incumplimiento: carecería de sentido económico y resultaría contrario a la buena fe jurídica permitir una confianza ilimitada –y no revelada– del acreedor y exigir que el deudor cargara con costes extraordinariamente elevados en prevención del propio incumplimiento<sup>77</sup>.

Y tal es particularmente el caso, cuando una inversión razonable del acreedor en evitar el incumplimiento o en mitigar sus consecuencias puede permitir al deudor concentrar su precaución en afrontar aquellas circunstancias que normalmente lo obstaculizarán, dejando a un lado aquéllas que, siendo infrecuentes o simplemente imprevisibles, multiplican exponencialmente el coste del cumplimiento<sup>78</sup>.

Otras reglas de la Propuesta, además de la ya citada de su art. 1208, refuerzan la misma conclusión. Así, la doctrina conforme a la cual el acreedor contractual tiene un deber razonable de mitigar los daños que el incumplimiento del deudor ocasiona (STS, 1ª, 15 de noviembre de 1994 (RJ 8488)) es acogida ahora con carácter general –y vinculada de nuevo con la buena fe– por el art. 1211 de la Propuesta:

75 Véase lo señalado *supra*, nota 73.

76 Así, incluso en sistemas de prevención de accidentes claramente escorados hacia la responsabilidad predominante de una de las partes –como el sistema español de accidentes de trabajo, art. 42 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales–, el empresario asume las consecuencias de los daños sufridos por el trabajador por su propia negligencia simple, pero no los causados por su negligencia grave.

77 La diversidad de tipos de acreedores y la consiguiente dificultad de determinar a cuál de ellos pertenece el demandante acota la funcionalidad de la regla de la responsabilidad limitada. Como escribe Fernando GÓMEZ POMAR (2002, p. 269), “En aquellas circunstancias en las cuales el coste de transacción *per capita* asociado a la revelación del tipo al deudor sea típicamente bajo, es muy probable que el valor social de la información que permite adaptar el contrato a las características del acreedor resulte superior a ese coste de transacción. Entonces, la regla de responsabilidad limitada puede desplegar su efecto primordial de inducir una revelación de información (que aquí es eficiente con casi total seguridad) al menor coste posible”. La regla de la responsabilidad plena es, en cambio, más eficiente en “los escenarios de altos costes de transacción” (p. 270). Tal es la diferencia fundamental entre responsabilidad extracontractual, donde se dará esta última circunstancia muy frecuentemente y la responsabilidad contractual, donde será más infrecuente (*ibidem*).

78 Todo ello, naturalmente, en función de que el programa contractual no haya establecido una cláusula que, en la práctica, equivaldría a asegurar al acreedor contra los efectos de toda suerte de incumplimiento.

Art. 1211:

“No responderá el deudor del daño que el acreedor hubiera podido evitar o reducir adoptando las medidas requeridas por la buena fe (...)”<sup>79</sup>.

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

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

Y, en tercer lugar, está la posibilidad abierta a la partes de establecer *ex ante* una medida de la responsabilidad contractual, mediante la adopción de una cláusula penal (art. 1154 CC), que recogen los arts. 1146 a 1152 de la Propuesta. En particular, el art. 1147 señala:

Art. 1147:

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

Esta regla responde al principio general sobre autonomía de las partes de predeterminar las condiciones y alcance de la responsabilidad por incumplimiento, implícito en los actuales arts. 1102 y 1103 CC, y que ahora recoge la Propuesta en su art. 1212, justamente antes de establecer –en el siguiente 1213- la nueva regla sobre alteración extraordinaria de las circunstancias del contrato:

Art. 1212:

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

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

Este art.1212 se relaciona, como acabamos de mencionar, hasta en el mismo sistema externo de la Propuesta, con la siguiente, el art. 1213, sobre revisión del contrato por alteración sobrevenida de las circunstancias, artículo que, en la parte que aquí interesa, dice:

“(...) el contratante al que, atendidas las circunstancias del caso y especialmente la distribución contractual o legal de riesgos, no le sea razonablemente exigible que permanezca sujeto al contrato, podrá pretender su revisión (...)” (Énfasis añadido).

Así, el sistema de la Propuesta parte de la idea de que, entre las funciones básicas del contrato y del derecho de contratos, está la de asignar recíprocamente los riesgos de contingencias imprevistas<sup>80</sup>.

79 “(...)”, pero deberá resarcir los gastos razonable ocasionados al acreedor con tal fin, aunque las medidas hayan resultado infructuosas”.

80 A. Mitchell POLINSKY (1983, pp. 427-444).

A este respecto, desde un famoso trabajo, publicado en 1977 por Richard A. POSNER y Andrew M. ROSENFELD<sup>81</sup>, se defiende el criterio del asignar tales riesgos a aquella de las partes que lo pueda soportar o sobrellevar mejor (*superior risk bearer*): de acuerdo con un principio normativo de eficiencia económica, la parte que esté en mejores condiciones para prevenir o, subsidiariamente, para asegurar el riesgo debería cargar con las consecuencias de su concreción. Si, en efecto, una de las dos partes puede prevenir la contingencia de que se trata mejor que la otra, imputarle el riesgo en cuestión a esta última contrariaría el buen sentido. Y si ninguna de las dos puede influir sobre la magnitud o probabilidad de la contingencia, queda la posibilidad de inquirir sobre cuál de ellas podría haberlo asegurado a menor coste<sup>82</sup>. Por último y más allá de la tesis Posner-Rosenfeld, hay que considerar la hipótesis de que ninguna de las partes estuviera *ex ante* en condiciones de asegurar, ni mejor ni peor que la otra, la contingencia de que se trate. Hay, pues, tres escalones:

a) En primer lugar, una de las partes puede soportar mejor el riesgo que la otra si puede prevenirlo de manera más eficiente, en cuyo caso excusar el incumplimiento infracentivará al deudor a adoptar las precauciones óptimas tendentes a cubrir el riesgo de que se trata. Típicamente, el deudor de la prestación característica en un contrato estará en mejores condiciones que su contraparte, obligada a pagar el precio, en relación con las circunstancias que afecten a los costes de su propia prestación. Claro que éste no será siempre y necesariamente el caso: un fabricante y vendedor de equipos que hayan de instalarse en locales del comprador estará normalmente en peores condiciones que este último para controlar los riesgos de incendio, accidente, robo u otros similares que se puedan producir en un lugar que, por hipótesis, está en la esfera de influencia del comprador y bajo su control. Además y, como hemos indicado, hay circunstancias que no son prevenibles como podría llegar a ser, en el caso, un incendio que se originara fuera del círculo de influencia del comprador y que se propagara afectando a sus locales.

b) Por ello y en segundo lugar, el criterio Posner-Rosenfeld se refería al mejor asegurador, es decir, a la parte que estuviera, en el momento de la celebración del contrato, en mejor situación para asegurar el riesgo de que se trate. Tal asignación puede resultar, de nuevo, de la naturaleza misma de la prestación o de la posición de la industria o, incluso, de la empresa o de la parte en cuestión para asegurar la contingencia a menor coste. Como en el supuesto anterior, son cuestiones de hecho. Así, una empresa agraria podrá usualmente contratar seguros de cosecha mejor que su comprador, pero no siempre será el caso: si, como escribe Miceli, el comprador es un mayorista que puede diversificar geográficamente sus compras, podría ser que fuera el mejor asegurador o autoasegurador del riesgo<sup>83</sup>. En todo caso, la prueba relativa sobre cuál de las partes pudo asegurar o autoasegurar mejor la contingencia puede resultar costosa para las partes y generar, a su vez, serias contingencias de error de apreciación en los tribunales. El contrato puede ofrecer, con todo, índices para la apreciación de tal mayor capacidad. Señaladamente, el precio pactado: si, *caeteris paribus*, fue más elevado mayor que el usual en la industria y en el momento de la celebración del contrato, ello indicaría que el acreedor estaría pagando mayor seguridad.

c) Mas, en tercer lugar, ¿qué ocurre en los casos en los cuales ninguna de las partes pudiera prevenir ni asegurar el riesgo mejor que la otra? Ya en 1991, Pietro Trimarchi puso de manifiesto que hay riesgos que, además de no resultar susceptibles de prevención, tampo-

81 "Impossibility and Related Doctrines in Contract law: An Economic Analysis", 6 *Journal of Legal Studies* 83.

82 Robert COOTER y Thomas ULEN (2008, pp. 288-289). Thomas J. MICELI (2005, pp. 118 y ss.).

83 Op. y loc. citis.

co son asegurables<sup>84</sup>. Cuando la alteración de las circunstancias es efecto de la concreción de riesgos muy generales, sistémicos, e imprevisibles, los criterios anteriores no resultan aplicables. Hay, pues, que distinguir entre “riesgos que solamente afectan a individuos y no la sociedad como un todo”, que son en principio asegurables, y “eventos extraordinarios e imprevisibles que afectan a toda la sociedad o a una parte amplia de ella”, como, por ejemplo, “una repentina espiral inflacionaria, un incremento muy grande del precio de un producto o una caída comparable del mismo, como consecuencia de una guerra, de una crisis internacional o de algún otro acontecimiento similar”<sup>85</sup>. En relación con este segundo grupo de contingencias, las doctrinas de la impracticabilidad, de la revisión de los contratos por alteración de la doctrina de la alteración de circunstancias cobra su pleno sentido, pues se trata de amortiguar las consecuencias de la concreción del riesgo no asegurable distribuyéndolas –también– entre las partes de la relación.

La reflexión de Trimarchi, jurista del *Civil Law* latino y pionero en la aplicación del análisis económico al derecho privado, permite relacionar la doctrina de la revisión del contrato por cambio en las circunstancias con la formalmente establecida en culturas legales –como la francesa– tradicionalmente reacias a admitir la doctrina de la imprevisión, pero que, en cambio, admiten la excepción de fuerza mayor. Funcionalmente, los ejemplos de Trimarchi son pensables como casos de fuerza mayor. Interesa entonces respetar la distinción básica entre riesgos asegurables o autoasegurables y aquellos que no lo son porque, funcionalmente, esta distinción permite reconducir los segundos al ámbito de la *force majeure* en sistemas legales que no acogen la doctrina de la imprevisión, de la onerosidad sobrevenida, de la base del negocio, de la impracticabilidad mercantil o de la cláusula *rebus*. También en el esquema de la Propuesta, su art. 1208, aquí comentado, no se limita a acoger una única tradición cultural de la doctrina de la alteración de las circunstancias, sino que, como ya hemos señalado repetidamente, su texto, muy abierto, da cabida a las más influyentes: la alteración de circunstancias no es una *questio nominis*, sino un problema funcional. En tal sentido, la Propuesta es realista, no formalista.

Este tercer escalón, integrado por los casos caracterizados por la inasegurabilidad de la contingencia, apunta a una de las limitaciones del test Posner-Rosenfield: sus críticos siempre han destacado que descuida un elemento esencial de doctrina de la imprevisión, esto es, la imposibilidad o extraordinaria dificultad de prever la contingencia de que se trata<sup>86</sup>: difícilmente cabe asignar a una de las partes riesgos que las partes mismas no han podido prever. Y, subsidiariamente, la idea de que, en caso de que ninguna de las partes pueda gestionar mejor que la otra el riesgo de que se trate, aún quedaría la posibilidad de considerar cuál podría haberlo asegurado mejor encuentra el obstáculo, acaso insuperable, de que muchos de los eventos que están en la raíz de la regla de la revisión por cambio de las circunstancias son típicamente inasegurables: los daños que ocasionan están excluidos del seguro. El ejemplo más claro –pero, desde luego, no el único– es el de los riesgos sistémicos, es decir, de aquellos en cuya virtud, “(i) un *shock* económico tal como un fallo institucional o un fallo del mercado desencadena (...) sea ya el desplome de una cadena de mercados o instituciones, sea una cadena de pérdidas financieras de instituciones financieras, (ii) con la consecuencia de incrementos en el coste del capital o la disminución de su disponibilidad (...)”<sup>87</sup>. Como señala

84 Pietro TRIMARCHI (1991, pp. 63-82).

85 Pietro TRIMARCHI (1991, p. 66).

86 Alan O. SYKES (1990).

87 Steven L. SCHWARCZ (2008).

Melvin EISENBERG, “la mayor parte de los casos de circunstancias inesperadas surgen precisamente porque las partes tácitamente asumieron que un tipo determinado de circunstancias no ocurriría durante la vigencia del contrato” y, “a menudo, el mercado no ofrece seguros para cubrir las expectativas y responsabilidades que los casos de alteración de las circunstancias plantean”<sup>88</sup>. En segundo lugar, EISENBERG ha criticado, en un trabajo polémico, la equivalencia –en la tesis considerada- entre seguro y autoseguro: “el autoseguro (...) no es ningún tipo de seguro”, pues, en aquél, no hay “transferencia de un riesgo de una entidad independiente a otra, usualmente mediante una transacción mercantil”<sup>89</sup>.

Por su parte, GOLDBERG, ha criticado el test Posner-Rosenfield por otra razón, en cuanto no tiene en cuenta la distinción, crucial en la construcción de aquel autor, entre incremento de costes que derivan de circunstancias específicas que imposibilitan o dificultan extraordinariamente el cumplimiento del deudor, de aquellas otras –que no habrían de ser relevantes- que derivan generalmente de cambios en las condiciones del mercado<sup>90</sup>.

88 Melvin EISENBERG (2009, p. 251, nº 99). Con cita de Michael J. TREBILCOCK (1988, p. 243).

89 Hay, continúa EISENBERG (2009, p. 250, nº 97), dotaciones de reservas de riesgo o la constitución de una entidad de seguros cautiva de la compañía que se autoasegura. Los tribunales deberían, en principio, atender a la pretensión de modificación alegada por la parte desfavorecida en dos constelaciones de casos: primera, si las partes hubieran compartido una asunción tácita e incorrecta sobre la no concurrencia de una circunstancia y lo hubieran hecho de modo indudable (*the shared-assumption test*); y, segunda, si, como consecuencia de un incremento desmesurado de los costes, el cumplimiento del contrato causara al promitente una pérdida significativamente mayor que el riesgo que ambas partes razonablemente habrían presupuesto que asumiría el promitente (*the bounded-risk test*). La primera constelación de casos estaría representada por *Krell v. Henry* ([1903] 2 K.B. 740): el arrendatario de un balcón bajo el que pasaría el desfile de la Coronación de Eduardo VII se negó a pagar el precio del arriendo después de que la ceremonia se postpusiera por una súbita enfermedad del Príncipe de Gales. Ambas partes habrían tenido en cuenta la circunstancia que fundamentó el contrato. La segunda constelación de casos estaría representada por casos como *Moyer v. Little Falls* (510 N.Y.S. 2d 813 (Sup. Ct. 1986): un vertedero de basuras cerrado por decisión de la autoridad forzó a que el contratista afectado hubiera de utilizar otro más alejado de la ciudad con un incremento de costes de un 666%. Eisenberg ofrece índices para calibrar el test de las asunciones compartidas, tácitas e incorrectas, como el grado de incertidumbre que las partes atribuyeron a la contingencia de que se trata: si no la dieron por cierta, es razonable pensar que previeron su posibilidad y una cierta dispersión en cuanto al grado de su probabilidad; la duración del contrato: cuanto mayor, superior es la incertidumbre y la conveniencia de considerar la renegociabilidad del contrato; la asignación, expresa o implícita de la contingencia; los usos del sector, que, en muchos casos, asignarán tales o cuales contingencias a una u otra industria; la naturaleza no compartida de la asunción –sólo una parte la dio por hecha- o su carácter especulativo –una jugó a que no fallaría-; la irrelevancia causal de su concurrencia: si la contingencia no se materializa en pérdidas graves, manda la vinculación: todo contrato distribuye riesgos; la imputabilidad subjetiva –la culpa- de la concurrencia de la circunstancia; la naturaleza del remedio previsto o aplicable ante el incumplimiento: una cosa es que no resulten exigibles los daños equivalentes a la valoración estimada en el contrato por las partes de la prestación omitida por frustrada y otra muy distinta que el deudor no deba pagar nada: el denominado interés negativo (los gastos de contratar y los realizados en razonable confianza en el cumplimiento, por ejemplo) serán exigibles con frecuencia; lo mismo si el remedio previsto es la cláusula penal: el Tribunal Supremo tiene una jurisprudencia muy estable, de acuerdo con la cual, la moderación judicial de la pena es posible si y sólo si el deudor ha cumplido parcialmente, pero no es de aplicación en casos de incumplimiento total e imputable. La segunda constelación de casos –el riesgo razonablemente asumido- tiene en cuenta la naturaleza de la contingencia misma: para limitarnos a las circunstancias económicas actuales, una recesión no es lo mismo que una depresión, un nivel de inflación anual del 5% que otro del 50% o un estancamiento de los precios que una deflación continuada: circunstancias extraordinarias requieren remedios extraordinarios y compartidos; no toda asunción tácita, esencial y compartida constituye ciertamente una circunstancia extraordinaria con consecuencias generalmente exorbitantes, pero algunas lo hacen. Recientemente, Victor P. GOLDBERG (2009) ha criticado los tests de EISENBERG: el primero (*shared-assumption test*), porque depende de cuestiones de hecho que se dan por supuestos; y el segundo (*bounded-risk test*) por su intrínseca asimetría: se aplicaría en casos de incrementos elevados e impredecibles de costes y precios, pero no en aquéllos en los cuales, inversamente, unos u otros bajan. Además, escribe GOLDBERG, los casos citados por EISENBERG no darían razón de su doctrina: por ejemplo, en la constelación de “casos de la Coronación”, hay mucha información disponible sobre seguros contratados por alguna de las partes, justamente preocupadas ante la posibilidad de que la ceremonia se aplazara o suspendiera. Hay, ciertamente, muchas maneras distintas de leer *Krell v. Henry*.

90 GOLDBERG (2006, p. 337), en relación con *Transatlantic Financing Corp. v. United States*, 363 F.2d 312 (D.C. Cir 1966), un caso en el cual el Tribunal no consideró que la interrupción de la navegación por el Canal de Suez excusara al demandante y que POSNER y ROSENFELD consideran acertadamente resuelto, pues la naviera reclamante estaba mejor situada que los Estados Unidos para soportar el riesgo correspondiente. Para GOLDBERG, la distinción relevante es, en todo caso, otra, según el bloque hubiera afectado en particular al puerto de destino o, como en el caso, en general a toda la navegación: en el segundo caso, en la tesis de GOLDBERG, se trata de un acontecimiento que afecta a las condiciones del mercado, que no es específico de la parte contratante afectada. Quien escribe estas líneas, en 2009, estima acaso excesivamente optimista la conclusión de GOLDBERG, escrita en 2006, según la cual “private parties are pretty clever” (p.346). No siempre, quizás. El mejor análisis sistemático de los casos del Canal de Suez es todavía el de G. H. TREITEL (1994, pp. 178 y ss., nº 4-4061 y ss.).

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

## 10. El momento de la renegociación de los contratos: costes y beneficios de la renegociación y la doctrina del mejor asegurado

En el art. 1213.1 de la Propuesta de la Comisión General de Codificación, “el contratante al que (...) no le sea razonablemente exigible que permanezca sujeto al contrato, podrá pretender su revisión, y si ésta no es posible o no puede imponerse a una de las partes, podrá aquel pedir su resolución”. Añade el art. 1213.2 que “[l]a pretensión de resolución solo podrá ser estimada cuando no quepa obtener de la propuesta o propuestas ofrecidas por cada una de las partes una solución que restaure la reciprocidad de intereses del contrato”.

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

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

### ARTÍCULO 6.2.3

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

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

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

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

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

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

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

La presuposición fáctica del texto español responde casi intuitivamente a la exigencia de respeto al principio de la buena fe contractual (art. 1243 de la Propuesta), como, explícitamente también, se encarga de hacer notar la doctrina que ha comentado los Principios citados: “En caso de onerosidad excesiva, la parte perjudicada tiene derecho a pedir negociaciones. La petición debe dirigirse a la contraparte. No hay una obligación expresa impuesta sobre la otra parte, en cuya virtud ésta deba positivamente entrar en negociaciones con la parte perjudicada. Pero debe tenerse en cuenta que los PICC incluyen un principio general de buena fe (art. 1.7) y un deber de cooperación mutua (art. 5.1.3)<sup>91</sup>.”

Y una propuesta de política legislativa similar se incluye en los ya citados arts. 1135-1, 2 y 3 del *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, e-publicados por la Association Henri Capitant<sup>92</sup>:

Art. 1.135-1:

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

Art. 1.135-2:

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

Art. 1.135-3:

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

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

Característicamente, el anteproyecto elude referirse a la doctrina de la imprevisión: el supuesto de hecho de la regla de la renegociación es el pacto y la alteración del equilibrio contractual, no ésta cuando no hubiera sido prevista por las partes o no hubiera podido serlo. El

91 Ewan MCKENDRIK (2009, p. 722), “In the event of hardship the disadvantaged party is entitled to ‘request negotiations’. This request must be addressed the other contracting party. There is no express obligation imposed upon the other contracting party positively to enter into negotiations with the disadvantaged party. But it must be borne that the PICC contain a general principle of good faith [art. 1.7] and that the parties are subject to a duty to co-operate [art. 5.1.3]”.

92 [http://www.henricapitant.org/sites/default/files/Avant-projet\\_de\\_reforme\\_du\\_droit\\_des\\_obligations\\_et\\_de\\_la\\_prescription\\_et\\_expose\\_des\\_motifs.pdf](http://www.henricapitant.org/sites/default/files/Avant-projet_de_reforme_du_droit_des_obligations_et_de_la_prescription_et_expose_des_motifs.pdf) (Consultado el 15.8.2009).

Art. 1135-1 Dans les contrats à exécution successive ou échelonnée, les parties peuvent s’engager à négocier une modification de leur convention pour le cas où il adviendrait que, par l’effet des circonstances, l’équilibre initial des prestations réciproques fût perturbé au point que le contrat perde tout intérêt pour l’une d’entre elles.

Art. 1135-2 A défaut d’une telle clause, la partie qui perd son intérêt dans le contrat peut demander au président du tribunal de grande instance d’ordonner une nouvelle négociation.

Art. 1135-3 Le cas échéant, il en irait de ces négociations comme il est dit au chapitre 1er du présent titre. Leur échec, exempt de mauvaise foi, ouvrirait à chaque partie la faculté de résilier le contrat sans frais ni dommage.

texto manifiesta, con todo, un punto de inflexión en la tradición legal del derecho civil francés, generoso con la fuera mayor, pero contrario a la *imprévision*<sup>93</sup>.

Por su parte, los *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law (Draft Common Frame of Reference, DCFR)* prevén, para el caso de variación o terminación judicial del contrato por cambio de las circunstancias, que el tribunal podría adoptar una de tales determinaciones si, entre otros, requisitos, “el deudor ha intentado, razonablemente y de buena fe, conseguir, mediante una negociación, una adaptación razonable y equitativa de los términos que regulan la obligación”<sup>94</sup>.

Naturalmente, como ha señalado la doctrina alemana sobre el párrafo 313 BGB<sup>95</sup>, la imposición de una obligación, en sentido estricto, de renegociación carece de sentido: la renegociación del contrato es, como el contrato mismo, voluntaria. Sin embargo, dados los presupuestos de la revisión y adaptación del contrato por alteración de las circunstancias, la posibilidad de ejercer con éxito la pretensión correspondiente incentivará a la parte reacia a entablar negociaciones.

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

Y el incentivo sería mayor si el derecho procesal español, en lugar de seguir el principio de vencimiento en las costas (art. 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), adoptara una regla tal como la establecida por el art. 68 de las *Federal Rules of Civil Procedure* estadounidenses: si una de las partes en un litigio rechaza la oferta de transacción prejudicial formulada por la otra, pero luego obtiene, por sentencia, un resultado menos favorable que el hubiera derivado de la transacción, deberá pagar las costas del juicio<sup>96</sup>.

Este tipo de reglas responde al buen sentido y, desde luego, a las exigencias del principio de buena fe: normalmente, las partes estarán mejor informadas que el Juez para adaptar el

93 Véase el comentario de Alain GHOZI en el estudio preliminar que precede al articulado (pp. 35-36).

94 *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law Draft Common Frame of Reference (DCFR)*. Prepared by the [Study Group on a European Civil Code](#) and the [European Research Group on Existing EC Private Law \(Acquis Group\)](#). Based in part on a revised version of the [Principles of European Contract Law](#). Edited by Christian VON BAR, Eric CLIVE and Hans SCHULTE-NÖLKE and Hugh BEALE, Johnny HERRE, Jérôme HUET, Peter SCHLECHTRIEM†, Matthias STORME, Stephen SWANN, Paul VARUL, Anna VENEZIANO and Fryderyk ZOLL. Interim Outline Edition 1.1.2008: <http://www.storme.be/DCFRInterim.pdf>. Outline Edition 1.1.2009: [http://www.storme.be/2009\\_02\\_DCFR\\_OutlineEdition.pdf](http://www.storme.be/2009_02_DCFR_OutlineEdition.pdf). <http://webh01.ua.ac.be/storme/DCFRInterim.html> (consultado el 30.8.2009).

95 Herbert ROTH (2007, nº 79, p. 1767).

96 “At any time more than 10 days before the trial begins, a party defending against a claim may serve upon the adverse party an offer to allow judgment to be taken against the defending party for the money or property or to the effect specified in the offer, with costs then accrued. If within 10 days after the service of the offer the adverse party serves written notice that the offer is accepted, either party may then file the offer and notice of acceptance together with proof of service thereof and thereupon the clerk shall enter judgment. An offer not accepted shall be deemed withdrawn and evidence thereof is not admissible except in a proceeding to determine costs. If the judgment finally obtained by the offeree is not more favorable than the offer, the offeree must pay the costs incurred after the making of the offer. The fact that an offer is made but not accepted does not preclude a subsequent offer. When the liability of one party to another has been determined by verdict or order or judgment, but the amount or extent of the liability remains to be determined by further proceedings, the party adjudged liable may make an offer of judgment, which shall have the same effect as an offer made before trial if it is served within a reasonable time not less than 10 days prior to the commencement of hearings to determine the amount or extent of liability. <http://www.law.cornell.edu/rules/frcp/Rule68.htm> (consultado el 29.8.2009).



contrato y sus costes de hacerlo así serán, al menos en principio, menos elevados que los de un litigio; conviene además alinear los intereses de abogados y clientes evitando el optimismo interesado o ignorante y la autonegación de la probabilidad de obtener un resultado negativo en el pleito.

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

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

Parecidamente, la relación entre renegociación –voluntaria- del contrato y revisión –impuesta-judicial sólo es directa si se entiende que las partes han podido excluir la segunda *ex ante*, adoptando un compromiso inequívocamente irrevocable. Pero si no fue así, entonces la integración judicial del contrato opera o puede operar de modo similar a los casos en los cuales las partes han escogido, siempre *ex ante*, desplazar las posibles cuestiones relacionadas con el cambio de circunstancias desde el *front-end* al *back-end* de su relación. Ocurre así algo similar a lo que sucede cuando las partes, en el momento de la celebración del contrato, renuncian a establecer una regulación detallada (“*rules*”) y optan por establecer principios generales (“*standards*”), que, en caso de discrepancia posterior habrán de ser desarrollados por el juez o el árbitro.

### 10.1. Beneficios de la renegociación de los contratos

El advenimiento de una nueva circunstancia imprevista en el contrato originario ofrece con frecuencia una ocasión para renegociar el contrato, sobre todo, si éste es de larga duración. La renegociación ahorra hoy los costes de prever lo que puede ocurrir mañana o dentro de diez años y permite, en particular, reajustar *ex post* el contrato a nuevas dificultades surgidas después de su celebración.

El caso más sencillo, obvio –y, por lo tanto, casi trivial- es aquél en el cual la renegociación puede beneficiar a una parte sin perjudicar a la otra<sup>97</sup>-. Así, en un supuesto de incremento muy elevado de los costes, *C*, de fabricación de un producto o de construcción de una obra, el incremento supera con mucho la diferencia entre el valor, *V*, que el adquirente atribuye a la prestación y el precio, *P*, que ha de pagar por ella, puede defenderse que el fabricante o constructor debería poder terminar el contrato si accediera a pagar al adquirente una cantidad  $D =$

97 En términos del lenguaje de los economistas, si se pueden evitar “ineficiencias de Pareto”. Una situación *B* es más eficiente que otra *A*, en el sentido de Pareto, si, con el cambio de *A* a *B*, al menos una de las partes afectadas gana y ninguna pierde.

V<sup>98</sup>. Hay, pues, buenas razones para reconocer la posibilidad de renegociar un trato cuando surgen dificultades no previstas<sup>99</sup>.

De derecho, además, el mismo Código Civil reconoce –desde 1889- en casos como el que ha servido de arranque al epígrafe anterior, que la vinculación es económica, no material, y que su alcance viene delimitado por el propio contrato. Es decir, que en el ejemplo de la compradora o comitente que quiere romper el contrato con su fabricante y vendedor porque ha encontrado una solución más ventajosa, puede hacerlo, pero si y sólo si indemniza al segundo los costes en que ha incurrido y le paga además el beneficio previsto de la operación:

“El dueño [de la obra o comitente] puede desistir, por su sola voluntad, de la construcción de la obra aunque se haya empezado, indemnizando al contratista de todos sus gastos, trabajo y utilidad que pudiera obtener de ella” (art. 1594 del Código Civil).

## 10.2. Costes de la renegociación

Sin embargo –conviene advertir- la anticipación por una de las partes de la renegociación futura impone costes que no son en absoluto desdeñables: por ejemplo si una de las partes realizó cuantiosas inversiones específicas para cumplir sus obligaciones contractuales –por ejemplo, para construir una central térmica-, y la otra se comprometió a suministrarle, durante un largo periodo de tiempo, combustible por un precio fijo cuando éste se ha doblado o cuadruplicado, está claro que si las partes hubieran sabido *ex ante* del incremento del precio del combustible que ha tenido lugar *ex post*, el ajuste contractual originario habría indudablemente sido otro distinto. Pero normalmente las inversiones específicas de las compañías propietarias de las centrales térmicas habrán sido dimensionadas, entre otras cosas, para el precio histórico originariamente pactado y no para otro superior<sup>100</sup>.

98 En la práctica surgirán dificultades: por ejemplo, no será fácil acertar *ex post* el valor de reserva que la compradora daba *ex ante* al cumplimiento de la obligación. Sólo conoceremos el precio.

99 También hay razones en contra, que no cabe obviar: Christine JOLLS (1997, pp. 203-237), sostuvo, en contra del sentir dominante, que las partes pueden mejorar su bienestar *ex ante* si se vinculan hasta el extremo de renunciar a toda posible modificación del contrato –como Ulises atado al mástil de su navío-. Así, en contratos entre “empleador-propietario y trabajador”, el principal es un propietario que puede asumir los riesgos del contrato de mejor manera que su contraparte, un trabajador cuyas acciones afectan al propietario: la renuncia mutua a la renegociación reduce la tentación del riesgo moral (pp. 211 y ss.). O parecidamente, en situaciones tales como las derivadas de los contratos de remuneración en especie (*stock option repricings*) entre una sociedad y sus ejecutivos. En el texto, no se discute la posibilidad de que las partes asuman inequívocamente un compromiso irrevocable, un *irrevocable commitment* o *covenant*. El segundo tipo de situaciones que identificaba JOLLS en su artículo –los casos de modificación temporal de las preferencias de los contratantes (pp. 219 y ss.)- son más polémicos, pues la optimización *ex ante* del bienestar de las partes requiere asunciones muy, pero que muy estrictas (p. 222: contextos en los cuales la tasa de interés es positiva y las partes afrontan un horizonte infinito).

100 El fabricante, al menos en muchas ocasiones, sabrá del creciente incremento de costes antes de iniciar el proceso de producción o, incluso comenzado éste, podrá frecuentemente suspenderlo. En otras ocasiones, no habrá manera de conocer el valor de reserva que la compradora realmente asignaba al equipo y, en casi todas, las precauciones adoptadas por ambas partes podrían haber sido mayores o menores de lo que realmente fueron: por ejemplo, el fabricante podría haber dispuesto de más materias primas, piezas o recursos humanos. Las expectativas de renegociación afectan a las inversiones de cada parte en prevenir las contingencias de incumplimiento. Todo ello apela a una consideración detenida de cada caso concreto, así como a una discusión más detallada de la renegociabilidad de los contratos. En caso histórico, a inicios de la década de los años sesenta del siglo pasado, Westinghouse Electric Company LLC celebró contratos con 27 compañías eléctricas estadounidenses de suministro de uranio por una cantidad total de 65 millones de libras de mineral, a 9,50 USD la libra y por una duración de 20 años. Entre 1973 y 1975, la industria maduró, entraron en funcionamiento numerosas centrales nucleares y la potencia instalada se incrementó durante el trienio mencionado en 26.000 MW –cuando, por ejemplo, entre 1968 y 1972 lo había hecho en 10.000 MW-. Como consecuencia de lo anterior, la demanda de uranio creció bruscamente y el precio del uranio subió de forma igualmente drástica hasta superar los 40 USD por libra. Entonces Westinghouse rompió los contratos alegando la doctrina legal de la inviabilidad comercial (*Commercial Impracticability*, art. 2-615 del *Uniform Commercial Code*). Según esta doctrina, no incumple un contrato de compraventa el vendedor que deja de entregar lo prometido por circunstancias cuya no ocurrencia había sido una asunción básica del contrato. Concretamente, Westinghouse sustentaba su alegación poniendo de manifiesto que hacer honor a su palabra le habría costado más de 2.000 millones de USD. Las compañías explotadoras

Así, la renegociación permite ajustar o adaptar el contrato a las nuevas circunstancias y mejorarlo *ex post*, pero a costa de la protección que merecen, *en el momento anterior de la celebración del contrato*, las inversiones específicas de las partes: la amenaza de la revisión *ex post*, que fuerza la renegociación, destruye la posibilidad de un acuerdo *ex ante*, impidiendo el contrato. Las partes nunca llegarán a un acuerdo original si saben que éste puede ser destruido posteriormente por un cambio en las circunstancias.

En otro ejemplo, simétrico con el anterior, si la compañía comitente de una central eléctrica en construcción pactada con la contratista ha invertido cuantiosamente en contratar y formar a personal altamente especializado, la contratista puede tratar de aprovecharse de esta circunstancia para pedir un sobreprecio por la resolución de la obra: de nuevo, aparece el fantasma del *holdup* y la necesidad imperiosa de la vinculación contractual.

Otro punto relacionado con los costes de la renegociación es su comparación con los costes de la celebración del contrato originario: aun en el caso de que ambos costes sean iguales, como la renegociación es sólo probable, su coste es menor, por lo que puede valer la pena dejar cuestiones abiertas por si se llegaran a plantear las contingencias que cubrirían.

### 10.3. Contratos financieros y renegociación

Otra constelación de problemas asociados con la posibilidad de renegociar contratos surge en los de carácter exclusivamente financiero, para los cuales la renegociación no será normalmente una buena solución. Así, en un ejemplo de Steven Shavell<sup>101</sup>, imagínese que el contrato entre dos compañías estipula que compartirán por iguales partes los costes de una *joint venture* entre ellas, pero ninguna de sus cláusulas prevé que la proporción en la contribución a los gastos será inferior si una de las dos empresas se encuentra en dificultades financieras graves, cláusula que, supongamos, habría sido deseable y aceptada por ambas partes en el momento del contrato. Si luego una de las dos compañías experimenta tales dificultades, no hay arreglo mutuamente beneficioso derivado de una hipotética renegociación, pues aquello que dejaría de perder una coincidiría exactamente con lo que dejaría de ganar la otra. La renegociación no mejoraría nada.

### 10.4. Expectativas de renegociación e inversiones específicas contra contingencias de incumplimiento

Hemos visto que, con frecuencia, la renegociación puede actuar a favor de las partes y, por tanto, resulta deseable. Así, en el ejemplo puesto en el apartado 2, letra a) y luego, en este apartado 3, letra a), si los costes de producción para Fabricante se multiplicaban por tres y pasaban de 500 a 1.500, Fabricante debería poder romper el contrato si accediera a pagar a Comitente el valor que para ésta tenía el cumplimiento del contrato, esto es, 1.000, en interés del primero y sin perjuicio del segundo<sup>102</sup>.

---

de las centrales demandaron judicialmente a Westinghouse por incumplimiento contractual, pero, paralelamente, las partes renegociaron los contratos en cuestión y, finalmente, todos los casos acabaron en transacciones extrajudiciales. Cuando, en 1980, se cerró la última de ellas, Westinghouse había renegociado sus contratos por un coste total de 950 millones de USD. La transacción –*out-of-court settlement*– es muy frecuente en la vida legal norteamericana. De hecho, muy pocos conflictos mercantiles acaban por sentencia judicial o veredicto de un jurado. Véase, con todo, Theodore EISENBERG y Charlotte LANVERS (2008): la transacción puede reflejar tanto el éxito del demandante, como una medida de conflictos litigados que se resuelven extrajudicialmente sin sentencia. Sobre el caso resumido en esta nota, véase Paul L. JOSKOW (1977). Para un resumen y análisis económico de la doctrina legal de la imposibilidad, véase Robert COOTER y Thomas ULEN (2008, pp. 287 y ss.). Para un análisis enmarcado en el conjunto de casos relevantes sobre *impracticability due to market movements*, véase G. H. TREITEL (1994, pp. 242 y ss., nº 6-066).

101 Steven SHAVELL (2004, p. 317).

102 Como escriben Benjamin E. HERMALIN, Avery W. KATZ y Richard CRASWELL (2007, pp. 8 y ss., p. 96): “changed-circumstance doctrines can also be understood as special applications of the theory of optimal remedies”, pues abrir la puerta a la renegociación de un contrato por cambio de circunstancias afecta no solo a la asignación originaria de riesgos, sino también

Sin embargo, no siempre es así, pues, en ocasiones, la posibilidad de renegociación, conocida por ambas partes, no las beneficiará. Por ejemplo, ello puede suceder si una de las partes, sabedora de que el contrato es renegociable, no pone de su parte todo lo que, según el contrato mismo, le correspondería hacer para que la operación no se frustre<sup>103</sup>.

### 10.5. La renegociación como hecho

El art. 1213 de la Propuesta, comentado de urgencia en estas breves páginas, llenaría una laguna normativa en nuestro sistema de derecho privado, incorporaría una valiosa síntesis de las doctrinas de la cláusula *rebus sic stantibus*, de la base del negocio, de la frustración del fin del contrato y de la onerosidad excesiva o *hardship*, salvaría el hiato existente entre el cumplimiento ordinario de las obligaciones y el concurso de acreedores –sobre todo, en casos en los cuales el concurso es mucho más costoso que la negociación, revisión o resolución de contratos- especificaría el principio general de buena fe para el caso de alteración extraordinaria e imprevisible de las circunstancias, sumaría el saber y buen hacer del Tercer Poder, de los tribunales, a los esfuerzos innegablemente desplegados por legisladores y gobiernos a combatir las consecuencias de los ciclos económicos, particularmente en casos históricos de crisis profundas o recesiones económicas, incorporaría al derecho español disposiciones que hoy son comunes en ordenamientos y principios de ordenación de los contratos muy influyentes en nuestro entorno cultural.

Así y con todas las cautelas que, precisamente de buena fe, se han querido tener muy en cuenta en este trabajo, la regulación proyectada en la Propuesta de la Comisión General de Codificación –de la cual es buena muestra su art. 1213- mejoraría sin lugar a dudas nuestro sistema de derecho general de contratos si el legislador tuviera en cuenta su contenido para reformar el Libro IV del Código Civil de 1889. Para impulsarla y en la medida de nuestras modestas fuerzas hemos escrito este trabajo.

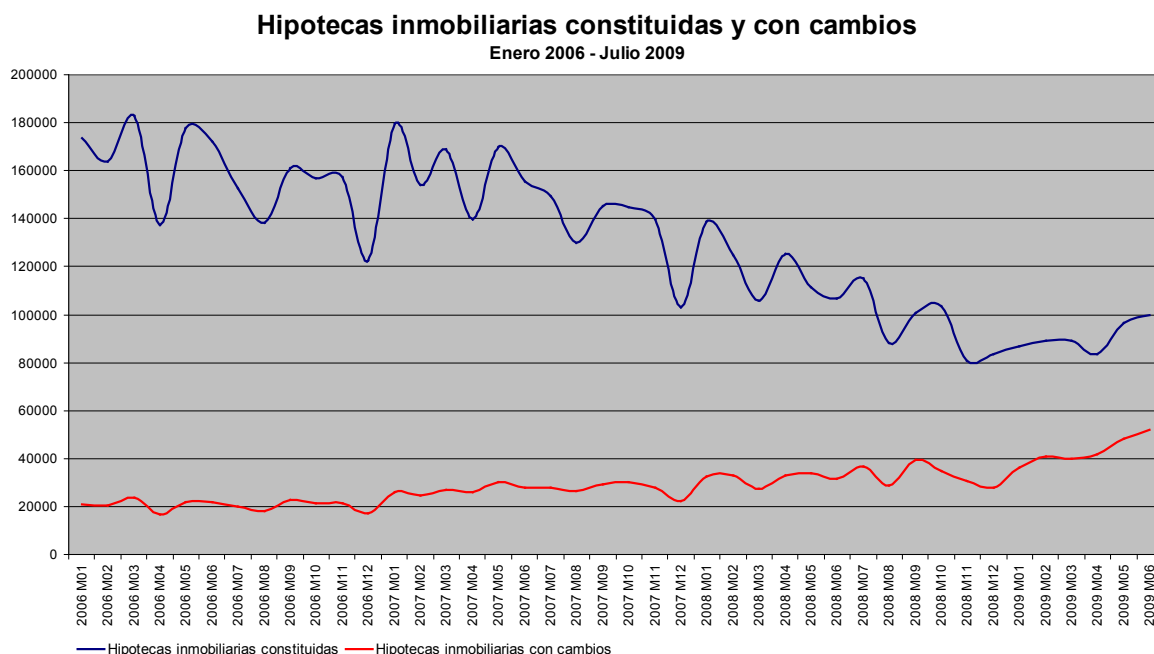
Sus lectores contribuirán, si duda, en mayor medida que su autor a la mejora que todos deseamos. Esbozado aquí el análisis, quedan pendientes las tareas ingentes de su crítica, desarrollo e implementación. Podrá, por ejemplo, discutirse si el cambio, propuesto por la Comisión y en este trabajo, de la vieja doctrina jurisprudencial de la cláusula *rebus sic stantibus* a la regla legal de la alteración extraordinaria de las circunstancias es acertado o equivocado; podrá debatirse si la puesta en relación de la regla propuesta con el principio de buena fe y con las reglas de la Propuesta misma sobre remedios al incumplimiento es o no la sistematización más apropiada de la regla misma; podrá objetarse si el escalonado de las soluciones propuestas –en función de cuál de las partes esté en mejores condiciones de afrontar la contingencia imprevista, o de cuál de ellas pueda asegurarla o autoasegurarla de mejor manera, o qué regla es la menos mala en los casos de contingencias no asegurables o, incluso, de riesgos sistémicos-, podrá también opinarse en contra de la incentivación de la renegociación de los contratos, considerada como un posible paso previo –de nuevo, un escalón más- anterior a la

---

a los incentivos en precaución para evitar el incumplimiento.

103 Piénsese, por ejemplo, en un caso en el cual la calidad de la cosecha vendida a un Mayorista por una Empresa Agraria depende de dos factores: i) el esfuerzo y buen hacer de ésta en roturar la tierra, abonarla, sembrar y cuidar la plantación, y ii) el tiempo, mejor o peor, es decir, de una segunda variable que es puramente probabilística. Entonces, el contrato originario puede prever que el importe del precio dependerá de la calidad (y cantidad) de la cosecha, pacto que se establece porque Mayorista, quien no puede vigilar cada día el esfuerzo de Empresa Agraria, trata de incentivar los mejores esfuerzos de esta última. Si el contrato puede ser renegociado, ambas partes tenderán a hacerlo así una vez que Empresa Agraria haya sembrado, pues sólo entonces estará particularmente sujeta a las inclemencias del tiempo. Mas, la anticipación, en el momento de celebrar el contrato, de la posibilidad de renegociación minará incentivos de Empresa Agraria por esforzarse en hacer bien las cosas que sólo dependen de ella misma, esfuerzos que Mayorista ya hemos supuesto que no podía controlar constante y adecuadamente. En casos como éste, la renegociabilidad no es deseable.

revisión y resolución de los contratos. Todas y cada de una de las páginas de este trabajo están abiertas a su revisión. Pero tengan los lectores la seguridad de que están escritas de buena fe y con la vista puesta en la realidad del tiempo en que han sido escritas –este turbulento año de 2009-. Hay una circunstancia ante cuyo advenimiento el jurista no puede permanecer impasible, esto es, la fuerza normativa de la realidad, su cambio imprevisto por casi todos y que estos tiempos han visto acaecer de una forma y con una intensidad insospechadas: en medio de una crisis económica sin precedentes desde 1929, la propuesta normativa sobre renegociación de los contratos que se formula en este trabajo es perfectamente discutible. Pero también es una realidad indiscutible: en el gráfico que cierra estas páginas incluimos información sobre el número de hipotecas inmobiliarias constituidas en España durante el primer trimestre de los años 2006 a 2009 y las comparamos con el número de hipotecas inmobiliarias con cambios introducidos en los mismos periodos:



Fuente: [Instituto Nacional de Estadística. Hipotecas.](http://inec.es)

El número de hipotecas inmobiliarias constituidas en el periodo considerado –desde enero de 2006 a julio de 2009– ha descendido de forma notable (un 42,59%); mientras que, en el mismo lapso de tiempo, pero en sentido opuesto, el número de hipotecas modificadas (los datos publicados por el INE se refieren tanto a cambios en los tipos de interés como a cambios en el plazo de amortización u otros) se ha más que duplicado, con un aumento total de un 150,23%.

La renegociación de los contratos es un hecho de nuestros días, explicable por la alteración sobrevenida e imprevista –¿también imprevisible?– de las circunstancias<sup>104</sup>. La respuesta pu-

<sup>104</sup> En el caso estadounidense –de cuyo mercado hipotecario nos ha proporcionado valiosa información el Prof. José García Montalvo, así como bibliografía relevante al respecto– los datos del *Department of Treasury* indican que se han modificado más de 230.000 préstamos hipotecarios desde la aprobación de la ley *Hope for Ownership* en marzo de 2009. A éstas les siguen otras 400.000 modificaciones que actualmente se encuentran en trámite ([http://makinghomeaffordable.gov/pr\\_08042009.html](http://makinghomeaffordable.gov/pr_08042009.html)). Sin embargo, estos datos no coinciden con otras fuentes del sector, que cifran las renegociaciones en 131.000. Al respecto, véanse los trabajos de Alan M. WHITE (2009 y 2009b). En este último, WHITE indica que la modificación de hipotecas puede generar consecuencias no deseadas en forma de comportamientos oportunistas de los deudores hipotecarios, pues existe la posibilidad de que “borrowers not in default will stop making payments to benefit from what are perceived to be generous restructuring terms” (p. 1115). Igualmente, y al respecto del plan de ayuda previsto por el gobierno norteamericano, WHITE señala que “[the] modifications are not reducing principal debt, they are increasing it. Almost no modifications include significant cancellation of either past due interest or principal, and many modifications involve capitalizing unpaid interest and fees and reamortizing the loan”. Finalmente, WHITE concluye que “mortgage modifications will succeed in achieving

dente del legislador, apostando por una incorporación decidida de los Tribunales a la tarea de salvar los hiatos y las soluciones de continuidad que se dan hoy en nuestro derecho de contratos entre el normal cumplimiento de las obligaciones y el concurso puede enriquecer el instrumental de nuestro derecho privado de contratos. Con tal esperanza, hemos escrito estas páginas.

## 11. Bibliografía

Manuel ALBALADEJO (1989), *Derecho Civil. II, Derecho de Obligaciones. Volumen primero. La obligación y el contrato en general*, 8ª edición, Librería Bosch, Barcelona

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

Rodrigo BERCOVITZ Y RODRÍGUEZ-CANO (2009), “Introducción al derecho de contratos”, en Rodrigo BERCOVITZ Y RODRÍGUEZ-CANO (Dir.), *Tratado de Contratos*, Tomo I, Tirant lo Blanc, Valencia

Federico DE CASTRO Y BRAVO (1967), *El Negocio Jurídico*, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid.

Robert COOTER y Thomas ULEN (2008), *Law and Economics*, 5th ed., Pearson Addison Wesley.

Luis Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN (1973), *Estudios sobre la Jurisprudencia Civil, III*, Tecnos, Madrid.

Luis Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN (1993), *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. I. Introducción. Teoría del Contrato*, 4ª edición, Civitas, Madrid, p. 127. Véanse además, pp. 124-130.

Luis Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN (1996), “La cláusula *rebus sic stantibus*”, en José Ramón FERRÁNDIZ GABRIEL (Coord.), *Extinción de Obligaciones*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, pp. 669 - 686.

Joaquín DUALDE (1943), *De la cláusula rebus sic stantibus*, en COLEGIO NOTARIAL DE BARCELONA, *Temas varios de derecho Público y Privado*, Librería Bosch, Barcelona.

Melvin EISENBERG (2009), “Impossibility, Impracticability, and Frustration”, 1 *Journal of Legal Analysis* 207. <http://ssrn.com/abstract=1349482>.

Theodore EISENBERG/Charlotte LANVERS (2008), “What is the Settlement rate and Why Should We Care?”, *Cornell Legal Studies Research Paper No. 08-30*, disponible en <http://ssrn.com/abstract=1276383>.

---

sustainable repayment, and in reducing the aggregate debt overhang, only if they include reductions of principal to align debt with property values, are permanent and fully amortizing, and are negotiated as early as possible in the delinquency, or even before a delinquency occurs” (p. 1126). Sin embargo, hay que tener en cuenta que en el sistema norteamericano cabe la posibilidad de que el deudor hipotecado abandone la propiedad y, con ello, se desvincule de la obligación personal, a diferencia de lo que ocurre en España. Al respecto, Lior J. STRAHILEVITZ (2009, p. 24) desaconseja tal medida, porque “a rule permitting such abandonment may well spark a lawless race”. En su lugar, STRAHILEVITZ se inclina por el *foreclosure*: “[t]he superior rule in these instances would prohibit abandonment and require the lien holder to foreclose on or otherwise take possession of the property and force its sale”.

Ronald FINDLAY y Kevin O'ROURKE (2008), *Power and Plenty: Trade, War, and the World Economy in the Second Millennium*, Princeton Economic History of the Western World

Werner FLUME (1975), *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts. Zweiter Band. Das Rechtsgeschäft*, 2. Auflage, Springer Verlag, Berlin, Heidelberg, New York.

Julio Vicente GAVIDIA SÁNCHEZ (1987), "Presuposición y riesgo contractual (Introducción al estudio del riesgo contractual)", *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 40, II, pp. 525 – 600.

Victor P. GOLDBERG (2006), *Framing Contract Law. An Economic Perspective*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, and London, England.

Victor P. GOLDBERG (2009), "Excuse Doctrine: The Eisenberg Uncertainty Principle", *The Center of Law and Economics Studies. Columbia University School of Law*, Working Paper No. 351, <http://ssrn.com/abstract=1436493>. De próxima publicación en *Journal of Legal Analysis*, Vol. 2, nº 1, 2010.

Fernando GÓMEZ POMAR (2002), *Previsión de daños, incumplimiento e indemnización*, Civitas, Madrid.

James GORDLEY (2004), "Impossibility and Changed and Unforeseen Circumstances", *52 American Journal of Comparative Law* 513.

James GORDLEY y Arthur Taylor VON MEHREN (2006), *An Introduction to the Comparative Study of Private Law. Readings, Cases, Materials*, Cambridge University Press, Cambridge.

Benjamin E. HERMALIN, Avery W. KATZ y Richard CRASWELL (2007), *Contract Law*, en A. Mitchell POLINSKY y Steven SHAVELL, *Handbook of Law and Economics*, I, Elsevier, North Holland.

Christine JOLLS (1997), "Contracts as Bilateral Commitments: A New Perspective on Contract Modification", *26 Journal of Legal Studies* 203 (January 1997).

Paul L. JOSKOW (1977), "Commercial Impossibility, The Uranium Market and the Westinghouse Case", *6 Journal of Legal Studies* 119.

A. K. R. KIRALFY (1957), *A source Book of English Law*, Sweet & Maxwell, London.

Frank H. KNIGHT (1982), *Risk, Uncertainty, and Profit*, Hart, Schäffner and Marx, Boston.

Ole LANDO y Hugh BEALE, *Principles of European Contract Law [PECL], Parts I and II*, Kluwer Law International, The Hague, 2000, art. 6:111 en relación con art. 8:108.

Ole LANDO, Eric CLIVE, André PRÜM y Reinhard ZIMMERMANN (eds.) *Principles of European Contract Law, Part III* 2003, The Hague, London, Boston, 2003.

Karl LARENZ (1963), *Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung*, 3. Auflage, Beck, Berlin-München (traducción al español de Carlos Fernández Rodríguez, edición a cargo de José Luis

Monereo Pérez (2003), *Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos*, Comares, Granada).

Karl LARENZ (1980), *Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts. Ein Lehrbuch*, 5. Auflage, Beck, München, 1980 (1ª edición, 1967).

Karl LARENZ y Manfred WOLF (1997), *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, Beck, München.

Luz M<sup>a</sup> MARTÍNEZ VELENCOSO (2003), *La alteración de las circunstancias contractuales. Un análisis jurisprudencial*, Thomson Civitas, Madrid.

Ewan MCKENDRIK (2009), "Provisions of the UNIDROIT Principles on Hardship: Arts. 6.2.1 to 6.2.3", en Stefan VOGENAUER/Jan KLEINHEISTERKAMPF, *Commentary on the Unidroit Principles of International Commercial Contracts (PICC)*, Oxford University Press, Oxford.

Thomas J. MICELI (1997), *Economics of the Law. Torts, Contracts, Property, Litigation*, Oxford University Press, Oxford.

Thomas J. MICELI (2005), *The Economic Approach to Law*, 2<sup>nd</sup> ed., Stanford Economics and Finance, Stanford.

José María MIQUEL GONZÁLEZ y Esther GÓMEZ CALLE (1998), *El negocio jurídico. Tomo Segundo. Parte general de Derecho civil*, Fundación Cultural del Notariado, Madrid.

Antonio-Manuel MORALES MORENO (1983), "El 'propósito práctico' y la idea de negocio en Federico de Castro (Notas en torno a la significación de la utilidad de la cosa en los negocios de tráfico)", *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 36, IV, pp. 1529-1546.

Paul OERTMANN (1921), *Die Geschäftsgrundlage. Ein neuer Rechtsbegriff*, Leipzig und Erlangen.

Kevin O'ROURKE y Jeffrey G. WILLIAMSON (1999), *Globalization and History. The Evolution of a Nineteenth Century Atlantic Economy*, MIT Press, Cambridge.

Fernando PANTALEÓN PRIETO (1989), "Resolución por Incumplimiento e Indemnización", *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 42, IV, pp. 1143-1168.

--- (1991), "La Responsabilidad Contractual (Materiales para un Debate)", *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 43, III, pp. 1019-1092.

--- (1993), "Las Nuevas Bases de la Responsabilidad Contractual", *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 46, IV, pp. 1719-1746.

A. Mitchell POLINSKY (1983), "Risk Sharing Through Breach of Contract Remedies", 12 *Journal of Legal Studies* 427.



A. Mitchell POLINSKY y Steven SHAVELL (2008), “Voz *Economic Analysis of Law. Contracts*”, en Steven N. DURLAUF y Lawrence E. BLUME (eds.), *The New Palgrave Dictionary of Economics*, 2<sup>nd</sup> ed., Palgrave MacMillan, London, New York.

Richard A. POSNER y Andrew M. ROSENFELD (1977), “Impossibility and Related Doctrines in Contract law: An Economic Analysis”, 6 *Journal of Legal Studies* 83.

Susana QUICIOS MOLINA (2009), “La ineficacia contractual”, en Rodrigo BERCOVITZ Y RODRÍGUEZ-CANO (Dir.), *Tratado de Contratos*, Tomo I, Tirant lo Blanc, Valencia.

Joaquín RAMS ALBESA (1994), “La regulación contractual”, en José Luis LACRUZ BERDEJO *et alii*, *Elementos de derecho civil, II. Derecho de obligaciones, Volumen Primero. Parte general. Teoría general del contrato*, 3<sup>a</sup> ed., José María Bosch editor, Barcelona.

Hannes RÖSLER (2007), “Hardship in German Codified Private Law – In Comparative Perspective to English, French and International Contract Law”, *European Review of Private Law*, 3-2007.

Herbert ROTH (2007), “Comentario al párrafo 313 BGB”, en *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2, Schuldrecht Allgemeiner Teil* (Redakteur: Dr. Wolfgang KRÜGER), 5. Auflage, Beck, München.

M<sup>a</sup> Ángeles EGUSQUIZA BALMASEDA (2002), “Comentario a la Ley 493”, en Enrique RUBIO TORRANO (Dir.), *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra*, Aranzadi, Pamplona, pp. 1664-1673.

Aziz T. SALIBA (2001), “*Rebus sic stantibus*: A Comparative Survey”, *E Law / Murdoch University Electronic Journal of Law*, Vol. 8, No. 3, September. Accesible en [http://www.murdoch.edu.au/elaw/issues/v8n3/saliba83\\_text.html](http://www.murdoch.edu.au/elaw/issues/v8n3/saliba83_text.html).

Pablo SALVADOR CODERCH (1997), “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, pp. 635 y ss.

Pablo SALVADOR CODERCH y Carlos GÓMEZ LIGÜERRE (2005), “El derecho de daños y la minimización de los costes de los accidentes”, *Indret*, 1-2005. [www.indret.com](http://www.indret.com)

Reiner SCHULZE (2003), “Comentario al párrafo 313 del BGB”, en SCHULZE, DÖRNER, EBERT, ECKERT, HOEREN, KEMPER, SAENGER, SCHULTE-NÖLKE y STAUDINGER, *BGB. Bürgerliches Gesetzbuch. Handkommentar*, 3. Auflage, Nomos, Baden-Baden.

Steven L. SCHWARCZ (2008), “Systemic Risk”, *Duke Law School Legal Studies. Research Paper Series*, Research Paper No. 163, March 2008, <http://ssrn.com/abstract=1008326>.

Alan SCHWARTZ y Robert E. SCOTT (2003), “Contract Theory and the Limits of Contract Law”, 113 *Yale Law Journal* 1, Nov/Dec 2003. Accesible en <http://papers.ssrn.com/abstract=397000>.

Steven SHAVELL (1998), "Voz *Contracts*", en Peter NEWMAN (ed.), *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, Vol. 1, A-D, MacMillan Reference Limited and Stockton Press, London, New York.

Steven SHAVELL (2004), *Foundations of Economic Analysis of Law*, The Belknap Press of Harvard University Press.

Lior J. STRAHILEVITZ (2009), "The Right to Abandon", *John M. Olin Law & Economics Working Paper no. 455*. Accesible en <http://ssrn.com/abstract=1348211>.

Alan O. SYKES (1990), "The Doctrine of Commercial Impracticability in a Second-Best World", 19 *Journal of Legal Studies* 43.

Michael J. TREBILCOCK (1988), "The role of Insurance Considerations in the Choice of Efficient Civil Liability Rules", 4 *Journal of Law and Economics and Organization* 243.

G. H. TREITEL (1994), *Frustration and Force Majeure*, Sweet and Maxwell, London.

Pietro TRIMARCHI (1991), "Commercial Impracticability in Contract Law: an Economic Analysis", 11 *International Review of Law and Economics* 63.

Alan M. WHITE (2009), "Rewriting Contracts, Wholesale: Data on Voluntary Mortgage Modifications from 2007 and 2008 Remittance Reports", 36 *Fordham Urban Law Journal* 509.

--- (2009b), "**Deleveraging the American Homeowner: The Failure of 2008 Voluntary Mortgage Contract Modifications**", 41 *Connecticut Law Review* 1107.

Reinhard ZIMMERMANN (1990), *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Juta & Co., South Africa/Beck, München (Reprint: 1992).