

## IV.- DISCURSO DE APERTURA DEL CURSO ACADÉMICO 2015-2016

*El 21 de octubre de 2015 tuvo lugar la inauguración del curso académico 2015/2016. Tras la lectura de la Memoria del anterior curso, que se puede leer en las páginas precedentes, dictó la lección inaugural el Catedrático de Derecho civil de la UIB y Académico Miguel Coca Payeras; versó sobre un tema de verdadera actualidad e importancia, cual es la exposición de la doctrina del Tribunal Supremo en aplicación de la cláusula rebus sic stantibus, para tratar de dar una solución a las situaciones injustas que ha planteado la actual crisis económica.*

*En una exposición completa de la materia, se parte de las aportaciones de la doctrina alemana introductorias del concepto “base del negocio” como determinante del equilibrio de las prestaciones convenidas al contratar, equilibrio que queda alterado cuando se produce, de manera casual e imprevista, una alteración de las circunstancias contempladas en el contrato.*

*Como sea que en el Derecho español –a diferencia de lo que sucede en el BGB y en el Código civil italiano– no hay normas generales que permitan la modificación o resolución del contrato por alteración de las circunstancias, ha tenido que ser la jurisprudencia la encargada de afrontar el problema. Precisamente, en la exposición del Doctor Coca Payeras se hace cumplida referencia a las tres etapas por las que han pasado los pronunciamientos jurisprudenciales. En una primera fase la*

*cláusula rebus sic stantibus es de aplicación extraordinariamente restrictiva, pues no deja de considerarse una excepción al principio general pacta sunt servanda (SSTS 14 diciembre 1940, 17 mayo 1941, 13 junio 1944 y 15 junio 1945). En una segunda etapa se procede ya a una elaboración dogmática de la figura, aunque manteniendo su carácter excepcional (SSTS 8 noviembre y 27 diciembre 2012).*

*Hasta llegar, finalmente, a una tercera etapa caracterizada por la admisión y configuración plenamente normalizada de la cláusula rebus sic stantibus, aunque necesitada de prudente aplicación (SSTS 17 enero 2013 y 30 junio 2014). Las sentencias de 11 y 19 de diciembre de 2014 reconocen, la crisis económica de 2008 como un hecho notorio, si bien ello no comporta, por sí solo, una aplicación generalizada o automática de la cláusula rebus sic stantibus, sino que es necesario que se acredite su incidencia real en el marco de la relación contractual de que se trate, dando lugar a un imprevisto desequilibrio contractual.*

# CRISIS ECONÓMICA, BASE DEL NEGOCIO Y CLÁUSULA REBUS SIC STANTIBUS EN LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO.

Miguel Coca Payeras

## I.-Introducción.

*“Las conmociones económicas sufridas...han privado a numerosos deudores de su base económica de subsistencia y les han colocado en situación de no poder cumplir sus obligaciones. Estas podrían ser quizá cumplidas, aunque no totalmente cuando aquellos consiguieran salvar algo de su patrimonio o hubieran creado otro nuevo. Mas las reclamaciones de los acreedores por la totalidad de las deudas amenaza de nuevo sus posibilidades económicas trabajosamente mantenidas”.*

No me negarán que lo que acaban de oír les suena a descripción de lo acontecido en este país en los años pasados, pero el párrafo ni es mío, ni va referido a España, ni es de la presente época.

La frase es de Karl LARENZ, Catedrático de Filosofía del Derecho, Derecho Civil y Procesal-civil en la Universidad de Kiel desde el año 1933, y posteriormente de Munich (1960-1971), va referida a la Alemania de la postguerra mundial y se halla en su obra *“Base del negocio y cumplimiento del contrato”* del año 1951, traducida al español en el año 1956.

LARENZ es un notable jurista alemán, cuya pertenencia a la Escuela de Kiel y al Partido Nacional Socialista -que le acarreó su suspensión como docente por la Administración británica de la zona en el trienio 1946-49- le persiguió incluso tras su muerte en el año 1993, enturbiando su importante obra.

Y a la pregunta que ustedes se estarán formulando, con razón, de por qué he comenzado esta intervención con un fragmento de LARENZ, cabe responder que no sólo porque describe el sustrato fáctico-jurídico de la posible

aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*, sino esencialmente por que la “nueva” jurisprudencia del Tribunal Supremo español sobre esa figura se apoya en la concepción de la “base del negocio” (*Geschäftsgrundlage*) del autor alemán, como ya hiciera gran parte de la doctrina española.

Con todo la noción “base del negocio” es anterior al año 1951, ya que había sido previamente formulada por Paul Ernst OERTMANN en su obra del año 1921 “*La base del negocio: un nuevo concepto jurídico*” (*Die Geschäftsgrundlage: ein neuer Rechtsbegriff*), siguiendo el enfoque de su maestro y suegro Bernhard WINDSCHEID (1892), que había planteado el dilema de si el principio *pacta sunt servanda* admitía excepciones, o no, y pergeñado su teoría de los presupuestos del negocio.

## **II.-Las válvulas de seguridad del sistema contractual frente a las crisis económicas.**

Aclarado esto, la mejor comprensión de la institución en el campo del derecho privado (dejando al margen su juego en el campo del derecho público y en el internacional) exige en un primer momento perfilarla y buscarle acomodo en la dogmática del contrato, para luego analizar su estructura y anclaje legal.

En mi opinión dicha institución no es sino una de las válvulas de seguridad, emergencia o alivio, que garantiza la subsistencia del principio *pacta sunt servanda*, o en palabras de nuestro art. 1091 CC garantiza que *el contrato es ley entre las partes contratantes y deben cumplirse al tenor de los mismos*. Principio que, junto al de autonomía de la voluntad y al de responsabilidad patrimonial universal, son las claves de bóveda del sistema jurídico-contractual.

O sea, la *rebus*, entra en juego cuando el sistema jurídico-contractual está en riesgo de hundimiento por el colapso de uno de sus pilares cual es el principio *pacta sunt servanda*.

Y el colapso puede producirse cuando al hecho de que el deudor no cumpla con lo pactado, se suma el de que los remedios que prevé el sistema frente al incumplimiento (la resolución, o señaladamente la ejecución forzosa) dejan insatisfecho al acreedor pues, o bien su resultado no alcanza a cubrir de forma relevante el interés tutelado de la posición acreedora (insuficiencia patrimonial), o incluso provocan la desaparición de cualquier activo en el patrimonio del deudor en razón del citado principio de responsabilidad patrimonial universal del art. 1911 del CC.

Ciertamente el sistema jurídico-contractual puede absorber esas situaciones a través de diferentes remedios puntuales, como la resolución del contrato por incumplimiento; la extinción de la obligación por imposibilidad sobrevenida; la irresponsabilidad del deudor por caso fortuito; o el concurso del deudor. Pero no puede hacerlo cuando esas situaciones se generalizan en el tráfico en razón de la concurrencia de una importante crisis económica.

En esa tesitura, para evitar el colapso del principio *pacta sunt servanda* y el hundimiento del sistema contractual existen dos opciones. Una externa al sistema preexistente, y otra interna al mismo.

### **1.- Activación de políticas legislativas de excepción.**

La opción externa consiste en la activación de una política legislativa que actué directamente sobre las relaciones contractuales, promulgando leyes excepcionales que durante un tiempo noven los contratos afectados.

**1.1.-**A modo de ejemplo, es lo que sucedió en Alemania al principio de la segunda guerra mundial con el *Decreto de amparo judicial de los contratos* de 30 de noviembre de 1939, y tras ella con la *Ley Federal de Amparo Judicial* de 26 de marzo de 1952 que posibilitaba, a través de un procedimiento judicial, la quita o espera de las obligaciones nacidas antes del 21 de junio de 1948.

**1.2.-**O lo que aconteció en España durante la guerra civil con la *Ley de bloqueo o suspensión del pago de obligaciones* de 1 de abril de 1939; y tras ella, con la *Ley de desbloqueo* de 7 de diciembre de 1939 cuya paternidad se atribuye al Ministro José Larraz aunque no falta quien apunte hacia Luis Sancho Seral, a la sazón Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Zaragoza, que había traducido en el año 1933 la obra de Paul OERTMANN *Introducción al Derecho Civil*, posteriormente nombrado miembro del consejo Ejecutivo del Banco de España (1962).

Ejemplo tristemente paradigmático es el de la *Ley* de 5 de noviembre de 1940 *de Anulabilidad de los contratos celebrados en zona roja*:

*Artículo séptimo.—Las obligaciones pendientes de cumplimiento a que vengan obligados los contratantes por suministro o suministro y obra, pactadas antes del dieciocho de julio de mil novecientos treinta y seis o bajo dominio marxista, se regirán por los precios del contrato, solamente modificables equitativamente para restablecer una más justa reciprocidad en el caso de que circunstancias posteriores al contrato y derivadas de la revo-*

lución o de la guerra hubiesen determinado una grave desproporción que alcanzare a significar una lesión superior a más de la tercera parte de su verdadero valor.

La transcripción de este precepto entiendo que se justifica por su alusión a la “lesión” como justificación de la modificación, por cuanto –como veremos mas adelante- nos sirve para poner de relieve una paradoja del planteamiento jurisprudencial de nuestro sistema contractual.

Estriba la paradoja en que nadie duda en aplaudir la prohibición general de la rescisión por lesión *ultra dimidium* (art. 1293 CC), pero al tiempo se hacen esfuerzos dogmáticos para acoger una posible resolución por “lesión” significativa o importante en una de las partes, -bajo otra denominación, claro está- cuando dicha lesión es el resultado de acontecimientos posteriores al contrato, y todo ello bajo el paraguas jurisprudencial de la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*.

Vienen a cuento las palabras de DE CASTRO, cuando señalaba que “*no puede dudarse de que existe una tara objetiva en los contratos rescindibles, pues el contrato celebrado con lesión ultra dimidium no ofrece la nota propia de la reciprocidad de intereses propia del contrato oneroso*”.

Idea ésta de la “reciprocidad de intereses” que, en forma sobrevenida está en la base de la *rebus*.

**1.3.-**En la actualidad, aunque en menor medida, cabe encuadrar en esa dirección la Ley 25/2015 de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social, cuyo preámbulo la inserta de forma manifiesta en esta dirección de política legislativa:

*La economía española lleva ya algunos meses dando signos esperanzadores de recuperación y consolidando un crecimiento económico...*

*Pero ello no debe llevar a olvidar ....que todavía existen muchos españoles que siguen padeciendo los efectos de la recesión. Y es misión de los poderes públicos no cejar nunca en el empeño de ofrecer las mejores soluciones posibles a todos los ciudadanos, a través de las oportunas reformas encaminadas al bien común, a la seguridad jurídica y, en definitiva, a la justicia.*

*En este ámbito se enmarca de manera muy especial la llamada legislación sobre segunda oportunidad. Su objetivo no es otro que permitir lo que tan expresivamente describe su denominación: que una persona física, a pesar*

de un fracaso económico empresarial o personal, tenga la posibilidad de encarrilar nuevamente su vida e incluso de arriesgarse a nuevas iniciativas, sin tener que arrastrar indefinidamente una losa de deuda que nunca podrá satisfacer.

La experiencia ha demostrado que cuando no existen mecanismos de segunda oportunidad se producen desincentivos claros a acometer nuevas actividades e incluso a permanecer en el circuito regular de la economía. Ello no favorece obviamente al propio deudor, pero tampoco a los acreedores ya sean públicos o privados....

A esta finalidad responde la primera parte de esta Ley, por la que se regulan diversos mecanismos de mejora del Acuerdo Extrajudicial de Pagos, introducido en nuestra legislación concursal por la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, y se introduce un mecanismo efectivo de segunda oportunidad para las personas físicas destinado a modular el rigor de la aplicación del artículo 1911 del Código Civil.

Y a la hora de explicar los principios inspiradores de la ley, leemos: “... ***muchas situaciones de insolvencia son debidas a factores que escapan del control del deudor de buena fe, planteándose entonces el fundamento ético de que el ordenamiento jurídico no ofrezca salidas razonables a este tipo de deudores que, por una alteración totalmente sobrevenida e imprevista de sus circunstancias, no pueden cumplir los compromisos contraídos.***”

## **2.-El ordenamiento jurídico se dota de una norma general para garantizar la subsistencia del sistema.**

La opción interna, se resume en que el propio ordenamiento contractual contenga normas generales que permitan su aplicación a los concretos supuestos y de esta forma evitar el colapso del principio *pacta sunt servanda* y el hundimiento de ese sistema contractual.

La ventaja -y a la vez, el peligro- de esta opción radica en que la aplicación de dichas normas-válvula no exige necesariamente que los supuestos a los que se aplica deriven de situaciones generalizadas en razón de la concurrencia de una importante crisis económica, sino que también pueden entrar en juego en supuestos en que la crisis afecte sólo a un sector de la economía, o incluso sólo a la economía del propio contrato, a la “reciprocidad de intereses” con la que nació un concreto contrato.

Algunos ejemplos de ello:

## 2.1.-BGB (Bürgerliches Gesetzbuch).

En el Libro II (Derecho de Obligaciones), Sección 3 (Obligaciones contractuales), Título 1 (justificación, contenido y extinción), Subtítulo 3 (Adaptación y extinción de los contratos), el párrafo 313 bajo el encabezado “*La desaparición de la base del negocio*”, se expresa así:

*(1). Si las circunstancias que constituyeron la base del negocio se ven gravemente alteradas después de la conclusión del contrato, de modo que las partes no hubieran concluido el contrato o su contenido hubiera sido diferente si hubieran previsto este cambio; se puede solicitar la adaptación del contrato en la medida en que no se pueda exigir a una parte la vinculación al contrato habida cuenta las circunstancias del caso, en particular, el reparto contractual o legal del riesgo.*

*(2). Dicho cambio de circunstancias es equiparable a la falsa representación de la realidad que atañe a la base del negocio.*

*(3) Si la adaptación del contrato no es posible o no es exigible a una de las partes, aquella en desventaja puede solicitar la resolución del contrato. En los contratos de tracto sucesivo, las partes, en lugar de la resolución, tienen derecho a denunciar el contrato.*

Este precepto, introducido tras la reforma del derecho de obligaciones que entró en vigor en el año 2002, recoge una construcción doctrinal (OERTMANN-LARENZ) y jurisprudencial de la base del negocio, que se había construido hasta entonces sobre el principio de la buena fe del párrafo 242 BGB (*El deber de prestación del deudor se rige por la exigencia de buena fe conforme a los usos del tráfico*), en un sistema no causalista como es el contractual alemán.

## 2.2.-Código Civil Italiano.

Dentro del capítulo de la resolución del contrato, y tras el incumplimiento y la imposibilidad sobrevenida, se regula la “excesiva onerosidad”.

**Art. 1467.-Contrato con obligaciones recíprocas.** *En los contratos de tracto sucesivo o de ejecución diferida si la prestación de una de las partes ha devenido excesivamente onerosa como consecuencia de acontecimientos extraordinarios o imprevisibles, la parte que debe realizar tal prestación*



*puede exigir la resolución del contrato, con los efectos establecidos en el artículo 1458. (Eficacia ex nunc).*

*La resolución no puede ser exigida si la onerosidad sobrevenida forma parte del alea normal del contrato.*

*La parte demandada de resolución puede evitarla ofreciendo modificar equitativamente las condiciones del contrato.*

**Art. 1468.-Contrato unilateral.** *En el supuesto contemplado en el precedente artículo, si se trata de un contrato en el que una sola de las partes ha asumido obligaciones, ésta puede exigir una reducción de su prestación o una modificación de la modalidad de cumplimiento que sea suficiente para reconducirla a la equidad.*

**Art. 1469.-Contrato aleatorio.** *Las normas de los precedentes artículos no se aplican a los contratos aleatorios por su naturaleza o por voluntad de las partes.*

Notemos que aquí, el instrumento técnico no tiene que ver con la base del negocio, sino que se mueve en el terreno de la causa, dado que el sistema contractual italiano sí es causalista, y no por casualidad contempla también una acción general de rescisión por lesión en mas de la mitad -en el art. 1448 del Codice- cuando la desproporción entre las prestaciones de una y otra parte sea debida al estado de necesidad de la parte perjudicada.

### **2.3.-Restatement (Second) of Contracts. Estados Unidos de América.**

En la Sección 89 describe la llamada “*Commercial impracticability*” nacida en la práctica de los tribunales a partir del año 1919, de la siguiente forma: “*En los casos en que sobrevengan dificultades posteriores al momento de celebración del contrato, desconocidas o imprevistas entonces, la parte perjudicada podrá exigir un incremento de la prestación estipulada, dada la mayor onerosidad no contemplada por las partes, de manera que éstas podrán celebrar un contrato con esta finalidad*”.

Hay “impracticability” cuando la prestación no ha devenido imposible, pero su coste es excesivo y desproporcionado. La figura juega por ende en el terreno del cumplimiento.

## 2.4.-Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales.

Dentro del Capítulo 6 dedicado al “*Cumplimiento*”, la Sección 2ª se intitula “*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).*

**ARTÍCULO 6.2.2 Definición de la “excesiva onerosidad” (hardship).** *Hay “excesiva onerosidad” (hardship) cuando el equilibrio del contrato es alterado de modo fundamental por el acontecimiento de ciertos eventos, bien porque el costo de la prestación a cargo de una de las partes se ha incrementado, o porque el valor de la prestación que una parte recibe ha disminuido, y:*

*(a) dichos eventos acontecen o llegan a ser conocidos por la parte en desventaja después de la celebración del contrato;*

*(b) los eventos no pudieron ser razonablemente tenidos en cuenta por la parte en desventaja en el momento de celebrarse el contrato;*

*(c) los eventos escapan al control de la parte en desventaja; y*

*(d) el riesgo de tales eventos no fue asumido por la parte en desventaja.*

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

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

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

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

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

- (a) *resolver el contrato en fecha y condiciones a ser fijadas; o*
- (b) *adaptar el contrato con miras a restablecer su equilibrio.*

## **2.5.-Principios del Derecho Contractual Europeo (PECL).**

En el Capítulo 6, relativo al Contenido y efectos del contrato, el último artículo, el 6:111, bajo el encabezado de “*Cambio de circunstancias*”, leemos:

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

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

*(a) Dicho cambio de circunstancias haya sobrevenido en un momento posterior a la conclusión del contrato.*

*(b) En términos razonables, en el momento de la conclusión del contrato no hubiera podido preverse ni tenerse en consideración el cambio acaecido.*

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

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

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

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

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

Nuevamente, idea de “onerosidad” y “riesgo contractual”.

### 3.-El sistema español.

Como ustedes saben, en el ordenamiento español -o mejor, en el Código Civil- no existe una norma-válvula al estilo de la *rebus sic stantibus*, lo cual es coherente con el principio de estabilidad y fuerza legal del contrato consagrado en el art. 1091 CC, del que se hace derivar, por ejemplo, la ya aludida prohibición general de la rescisión por lesión *ultra dimidium* del art. 1293 CC ya que –como han dicho los comentaristas del Código Civil- no se encuentra entre las condiciones de validez del contrato contemplado en el Código Civil la equivalencia de las prestaciones pactadas.

Puestos a buscar alguna regla general al respecto, hallamos el principio general de la buena fe del art. 7º.1 y el específico del art. 1258 CC en cuanto a la obligatoriedad de cumplimiento, y sobre todo la del art. 57 del C.de Com: *Los contratos de comercio se ejecutarán y cumplirán de buena fe, según los términos en que fueren hechos y redactados, sin tergiversar con interpretaciones arbitrarias el sentido recto, propio y usual de las palabras dichas o escritas, ni restringir los efectos que naturalmente se deriven del modo con que los contratantes hubieren explicado su voluntad y contraído sus obligaciones.*

Mas específicamente, existe una norma poco conocida en sede de arrendamientos rústicos, la del art. 1575 CC dedicada a los casos fortuitos “*extraordinarios*”. Dice el precepto:

*El arrendatario no tendrá derecho a rebaja de la renta por esterilidad de la tierra arrendada o por pérdida de frutos provenientes de casos fortuitos ordinarios; pero sí, en caso de pérdida de más de la mitad de frutos por casos fortuitos extraordinarios e imprevistos, salvo siempre el pacto especial en contrario.*

*Entiéndese por casos fortuitos extraordinarios: el incendio, guerra, peste, inundación insólita, langosta, terremoto u otro igualmente desacomunado, y que los contratantes no hayan podido racionalmente prever.*

El tufillo a adaptación temporal de la renta, por lesión *ultra dimidium* sobrevenida, a *rebus* en suma, es evidente, e incluso el Tribunal Supremo, en la Sentencia 820/2013 de 17 de enero ha afirmado que la doctrina de la cláusula *rebus sic stantibus* se halla “*próxima en su fundamento a los arts. 7 y 1258 CC, a su art. 1289 o a su art. 1575, atendiendo a la restricción del crédito provocada por la crisis económica y a las consiguientes dificultades de los compradores de viviendas para acceder al que hasta entonces venía siendo su medio habitual de financiación, es decir el préstamo hipotecario*”.

Y en los ordenamientos civiles especiales, la Ley 493 del Fuero Nuevo de Navarra, referido al “*Cumplimiento de la obligación*”, en su párrafo tercero se establece que “*Cuando se trate de obligaciones de largo plazo o tracto sucesivo, y durante el tiempo de cumplimiento se altere fundamental y gravemente el contenido económico de la obligación o la proporcionalidad entre las prestaciones, por haber sobrevenido circunstancias imprevistas que hagan extraordinariamente oneroso el cumplimiento para una de las partes, podrá ésta solicitar la revisión judicial para que se modifique la obligación en términos de equidad o se declare su resolución*”.

No olvidemos que en este sistema se contempla también la rescisión por lesión enorme.

Desde una óptica de *lege ferenda*, tanto en las Propuestas de la Comisión General de Codificación de Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos del año 2009, como en la de Código Mercantil de 2013, se contienen previsiones de tipificación de la figura.

### 3.1.- Propuesta de Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos

**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.*

Advirtamos la fusión entre el enfoque del BGB (base del contrato) y el del Codice Italiano (excesiva onerosidad).

### 3.2.-Propuesta de Código Mercantil.

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

*1. En caso de excesiva onerosidad sobrevenida, la parte perjudicada no podrá suspender el cumplimiento de las obligaciones asumidas, pero tendrá*

*derecho a solicitar sin demora la renegociación del contrato, expresando las razones en que se funde.*

*Si no se alcanzara un acuerdo entre las partes dentro de un plazo razonable, cualquiera de ellas podrá exigir la adaptación del contrato para restablecer el equilibrio de las prestaciones o la extinción del mismo en una fecha determinada en los términos que al efecto señale.*

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

### **3.3.-La jurisprudencia del Tribunal Supremo.**

Ha sido esta jurisprudencia la que ha acabado dando carta de naturaleza a la existencia de una implícita cláusula *rebus sic stantibus* en nuestro sistema contractual, aunque para ello han debido transcurrir ciento ochenta años desde la creación del Tribunal Supremo (1834), y el resultado obtenido no sea doctrinalmente pacífico.

Cabe distinguir tres momentos o fases en la construcción de la figura. Una primera de contemplación de la institución, sin construirla dogmáticamente, y como una excepción de interpretación muy estricta. Una segunda, de elaboración dogmática, aunque manteniendo su carácter excepcional. Y una tercera, de franca admisión y configuración plenamente normalizada aunque de necesaria aplicación prudente.

**3.3.1.-**Primera fase: admisión como una excepción al principio *pacta sunt servanda*, de interpretación muy estricta.

Tiene lugar en relación a supuestos en los que la guerra civil y sus consecuencias económicas son alegadas, con nulo éxito, como alteración sobrevenida de las circunstancias en tres sentencias.

En la STS 14 diciembre 1940, se alude a ella como una *teoría jurídica tan equitativa como necesitada de aplicación muy cautelosa que supone implícita en los contratos la cláusula «rebus sic stantibus»...*

Se afirma que *no está admitida hasta el presente, como norma general y bien perfilada, en el Derecho español, siquiera puedan registrarse en*

*el Código mismo y en la legislación del nuevo Estado, con relación a determinados casos, algunos atisbos y aplicaciones aisladas de ella.*

Se citan como elementos del supuesto:

*1.-La alteración de precios, debida a circunstancias más o menos transitorias.*

*2.-Imprevisibilidad*

*3.-Que tenga dimensiones tan excepcionales que pueda considerarse desaparecida la base del negocio.*

*4.-Que para una de las partes contratantes exista una imposibilidad absoluta o equiparable a ella de cumplir el contrato.*

En la STS de 17 de mayo de 1941, leemos que *“la llamada cláusula “rebus sic stantibus”, que tantos matices ofrece en el campo de la doctrina, se le asigna la eficacia de producir la revisión o la resolución y hasta la suspensión de los contratos, por acontecimientos sobrevenidos después de su celebración y en virtud de supremos principios de equidad, que aprecian y ponderan los Tribunales.*

Y niega la posibilidad del efecto resolutivo: *“además, en nombre de la reciprocidad de intereses y de la buena fe artículo 1258 del citado Código, es contrario a razón y a justicia decretar, no la revisión de un contrato para restablecer el equilibrio económico que pueda entenderse perturbado, que es a lo que parece inclinarse más la doctrina científica, sino su resolución”.*

La STS de 15 de junio de 1945, parece situar la figura en el campo de la voluntad presunta que conforma la base del negocio, al sostener que la *“Alteración, sobrevenida, de las bases contractuales que, por reputarse imprevisible, extraordinaria y cuantiosa, se supone extraña a la declaración de voluntad que, en su sazón, hicieron los contratantes”.*

Pero al tiempo, en el terreno de la causa: *“La inejecución de un pacto por imposibilidad de cumplirlo, o, simplemente, por excesiva y anormal onerosidad de las prestaciones, no constituye según la traza de nuestro Código, un caso de desaparición de la causa que, por su sola virtud, vicie lo que inicialmente fue válido y sigue siéndolo, sino una incidencia del cumplimiento”.*

Insiste en que “la posibilidad de construir, en el ámbito del derecho vigente la cláusula “*rebus sic stantibus*”, como medio de restablecer equitativamente el equilibrio de las pretensiones, si lo demandasen, imperiosa e inexcusablemente circunstancias muy cualificadas”, en la “cautela con que en materia tan quebradiza debe obrarse”, poniendo en guardia sobre la circunstancia de que “atenta al designio de que, por falta de prudencia en la aplicación, o por excesiva y anormal generalización de la doctrina, pudiera padecer la seguridad jurídica, sin motivo bastante, o atacarse, sin sobrada razón, la estabilidad de las convenciones”.

Y por último, reconduce a esa entendimiento “las más modernas ordenaciones positivas que rindiéndose a esa legítima preocupación doctrinal, dieron paso a la cláusula en cuestión en los contratos de ejecución diferida”, matizando que en tales casos “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, aún así, las facultades rescisorias, que no siempre se otorgan, pueden enervarse por obra de equitativas modificaciones ofrecidas por el demandado”.

Este enfoque cristaliza en la Sentencia de 17 de mayo de 1957, que resume, ordena y pergeña la doctrina de la Sala sobre la figura en sus tres aspectos: externo (admisibilidad), estructural, y en el plano de eficacia.

En el aspecto externo, tras negar valor de jurisprudencia a la segunda sentencia de 13 de junio de 1944, que la había admitido, se reitera que:

**Primero.-La cláusula «rebus sic stantibus» no está legalmente reconocida.**

**Segundo.-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.**

**Tercero.- Es una cláusula peligrosa y; en su caso, debe admitirse cautelosamente.**

En el perfil estructural, afirma tres **premisas fundamentales**, a saber:

**Primera.-Una alteración extraordinaria de las circunstancias en el momento de cumplir el contrato en relación con las concurrentes al tiempo de su celebración.**



Segunda.-*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,*

Tercera.-*Que todo ello acontezca por la sobrevenida de circunstancias radicalmente imprevisibles.*

Por último, en el plano de los efectos, concluye: *hasta el presente, le ha negado efectos rescisorios, resolutorios o extintivos del contrato otorgándole **solamente los modificativos** del mismo, encaminados a compensar el desequilibrio de las prestaciones.*

**3.3.2.-**Segunda fase: de elaboración dogmática, aunque manteniendo su carácter excepcional.

La glosada sentencia de 17 mayo 1957, concluye la primera fase, e inaugura lo que hemos denominado segunda fase, en la que se sigue manteniendo este planteamiento, siendo un buen exponente de ello el que cuarenta años mas tarde, la Sentencia 65/1997 de 10 de febrero, reproduzca literalmente lo afirmado en la primera.

Enfoque que se prolonga doce años mas tarde, añadiendo la nota de subsidiariedad, como refleja la STS 781/2009 de 20 de noviembre (*La doctrina y la jurisprudencia han aceptado la posibilidad de revisión de un contrato con aplicación del principio general de la cláusula rebus sic stantibus que exige los requisitos de alteración de las circunstancias entre el momento de la perfección del contrato y el de consumación, desproporción exorbitante entre las prestaciones de las partes, lo que ha de haber producido por un riesgo imprevisible y, por último, la subsidiariedad por no haber otro remedio. Lo cual puede dar lugar no a la extinción del contrato sino a su modificación y revisión. Así lo ha mantenido reiterada jurisprudencia, desde las sentencias de 14 de diciembre de 1940 (RJ 1940, 1135) , 17 de mayo de 1941 (RJ 1941, 632) , 17 de mayo de 1957 (RJ 1957, 2164) recogidas, entre otras muchas posteriores, por la de 17 de noviembre de 2000 (RJ 2000, 9343) y la de 1 de marzo de 2007).*

A finales del año 2012, la STS 644/2012 de 8 de noviembre, en un supuesto de resolución por incumplimiento de la obligación de entregar en el término pactado un despacho profesional y unos aparcamientos, siendo ponente el Magistrado el Sr. Orduña Moreno, y habiendo la parte vendedora alegado la situación de crisis económica como justificadora del retraso, afirma: *también procede desestimar el alegato que la parte recurrente realiza situando a*

*la crisis económica, y su trasunto en la crisis inmobiliaria, como verdadero motivo y justificación espuria de la resolución efectuada. Por el contrario conviene puntualizar, fuera del contexto del presente caso, que aunque la crisis económica, por sí sola, no permita al comprador desistir del contrato, no se puede descartar, en términos generales, su posible valoración a través de la aplicación de la regla “rebus sic stantibus” (estando así las cosas) cuando de la valoración del conjunto de circunstancias concurrentes, y de la propia configuración jurídica de la regla, se desprenda su posible y correcta aplicación al ámbito de la compraventa de viviendas realmente afectadas por la tipicidad jurídica que se derive de la crisis económica.*

Y en la STS 807/2012 de 27 diciembre, leemos: *Por las razones señaladas, también procede desestimar el alegato que la parte recurrente realiza situando a la crisis económica, y su trasunto en la crisis inmobiliaria, como verdadero motivo y justificación espuria de la resolución efectuada. Por el contrario conviene puntualizar, fuera del contexto del presente caso, que aunque la crisis económica, por sí sola, no permita al comprador desistir del contrato, no se puede descartar, en términos generales, su posible valoración a través de la aplicación de la regla “rebus sic stantibus” (estando así las cosas) cuando de la valoración del conjunto de circunstancias concurrentes, y de la propia configuración jurídica de la regla, se desprenda su posible y correcta aplicación al ámbito de la compraventa de viviendas realmente afectadas por la tipicidad jurídica que se derive de la crisis económica.*

Con todo, en la STS 807/2012 de 27 de diciembre, analizando la aplicabilidad de la cláusula *rebus sic stantibus* a un caso de dación en pago de activos a una entidad bancaria, reproduce de nuevo, casi literalmente, el planteamiento de la Sentencia de 17 de mayo de 1957: *dice la sentencia de 23 de abril de 1991 (RJ 1991, 3023) que “la doctrina ha examinado la dificultad extraordinaria sobrevenida en el cumplimiento de la obligación al igual que lo ha hecho la jurisprudencia, al tratar de la posibilidad de construir dentro de nuestro derecho vigente, la cláusula “rebus sic stantibus” como medio de establecer equitativamente el equilibrio de las prestaciones; con cita de las sentencias de 14 de diciembre de 1940 (RJ 1940, 1135) , 17 de mayo de 1941 , y 5 de junio de 1945 (RJ 1945, 698) , la de 17 de mayo de 1957 (RJ 1957, 2164) establece las siguientes conclusiones en relación con la aplicación de la citada cláusula: A) Que la cláusula “rebus sic stantibus” no está legalmente reconocida; B) Que, sin embargo, dada su elaboración doctrinal y los principios de equidad a que puede servir, existe una posibilidad de 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; y E) En cuanto a sus efectos, hasta el presente, le ha negado los rescisorios, resolutorios o extintivos del contrato otorgándole los modificativos del mismos, encaminados a compensar el desequilibrio de las prestaciones”. Tal doctrina se ha mantenido en posteriores resoluciones de esta Sala - Sentencias, entre otras, de 29 de mayo de 1996 (RJ 1996, 3862) , 10 de febrero de 1997 (RJ 1997, 665) , 15 de noviembre de 2000 (RJ 2000, 9214) , 27 de mayo de 2002 y 21 de marzo de 2003 (RJ 2003, 2762) “).*

**3.3.3.-**La tercera fase: franca admisión y configuración plenamente normalizada aunque de necesaria aplicación prudente.

Podemos situar su momento inicial en la STS 820/2013 de 17 enero, en un supuesto de pretensión de resolución de una compraventa de vivienda instada por los compradores por no haber obtenido financiación para subrogarse en la garantía hipotecaria. El Tribunal Supremo casa la sentencia de la Audiencia Provincial que había estimado la resolución. A pesar de casar la sentencia de apelación, se lleva a cabo un interesante excursus sobre las decisiones del Tribunal al respecto:

*“Reconocida dicha regla por la jurisprudencia, esta se ha mostrado siempre, sin embargo, muy cautelosa en su aplicación, dado el principio general, contenido en el art. 1091 CC , de que los contratos deben ser cumplidos...*

*... Más excepcional aún se ha considerado su posible aplicación a los contratos de tracto único como es la compraventa y por regla general se ha rechazado su aplicación a los casos de dificultades de financiación del deudor de una prestación dineraria...*

*.....Más concretamente, en relación con compradores de viviendas que debían pagar el precio en tiempo más o menos próximo al inicio de la todavía subsistente crisis económica, la sentencia n° 597/2012, de 8 de octubre (RJ 2012, 9027) , ha rechazado tanto la nulidad por vicio del consentimiento como la resolución por incumplimiento solicitadas por una compañía mercantil que había comprado tres viviendas de una misma promoción inmobiliaria y*

*alegaba que la vendedora se había comprometido a obtener la subrogación de la compradora como deudora hipotecaria, razonándose en la sentencia de esta Sala que el deudor debe prever las fluctuaciones del mercado, amén de apreciarse en la sociedad compradora una finalidad especulativa;*

*...la sentencia n° 568/2012, de 1 de octubre (RJ 2012, 9024) ha rechazado unas pretensiones similares de la compañía mercantil compradora de una vivienda, que igualmente alegaba el compromiso de la vendedora de facilitar la financiación del pago del precio, razonando esta Sala que “era previsible que el banco no hubiese aceptado la subrogación por falta de solvencia, pues a la propia compradora se le denegaron los préstamos que directamente solicitó a las entidades financieras”;*

*.. y la sentencia n° 731/2012, de 10 de diciembre (RJ 2013, 914) , ha rechazado unas pretensiones semejantes de los cónyuges compradores de una vivienda en una urbanización de la costa razonando que la propia ambigüedad de su planteamiento impedía dilucidar si en verdad les interesaba o no la financiación del pago del precio mediante un préstamo hipotecario.*

*Ahora bien, continuaba: Lo anteriormente razonado no significa, sin embargo, que la regla rebus sic stantibus haya de quedar descartada en todos los casos de imposibilidad de obtener financiación por parte de los compradores de inmuebles. Antes bien, una recesión económica como la actual, de efectos profundos y prolongados, puede calificarse, si el contrato se hubiera celebrado antes de la manifestación externa de la crisis, como una alteración extraordinaria de las circunstancias, capaz de originar, siempre que concurran en cada caso concreto otros requisitos como aquellos a los que más adelante se hará referencia, una desproporción exorbitante y fuera de todo cálculo entre las correspondientes prestaciones de las partes, elementos que la jurisprudencia considera imprescindibles para la aplicación de dicha regla.*

*...Por otra parte, en la actualidad es clara una tendencia a que la regla se incorpore a propuestas o proyectos de textos internacionales ( art. 6.2.2 de los principios UNIDROIT), de Derecho de la Unión Europea ( art. 6.111 de los Principios de Derecho Europeo de la Contratación, PECL) y nacionales ( art. 1213 del CC en la Propuesta para la modernización del Derecho de obligaciones y contratos preparada por la Comisión General de Codificación). Así, en el último trabajo citado se propone para el art. 1213 CC el siguiente texto, inspirado tanto en la idea de la causa negocial como en la de la asignación de riesgos:*

Con todo, matizaba: *Ahora bien, que la regla rebus sic stantibus pueda aplicarse a determinados casos de imposibilidad de financiación absolutamente imprevisible al tiempo de perfeccionarse la compraventa de una vivienda no significa que la crisis económica, por sí sola, permita al comprador desistir del contrato, pues en tal caso se produciría un manifiesto desequilibrio en contra del vendedor, se propiciarían los incumplimientos meramente oportunistas, favoreciendo a quien en verdad siguiera interesado en comprar pero por un precio inferior, y, en definitiva, se desvirtuaría el verdadero sentido de una determinada solución jurídica hasta el punto de convertirla en un incentivo para el incumplimiento.*

Por su parte, la STS 822/2013 de 18 de enero, en un supuesto similar, llega a la misma conclusión y no aplica la rebus que, ciertamente no había sido alegada como fundamento de la demanda resolutoria.

El gran cambio, tiene lugar con la STS 333/2014 de 30 de junio, siendo ponente el Magistrado Orduña Moreno, relativa a un contrato de explotación de la publicidad de los autobuses de la EMT de Valencia, en la que en razón de la crisis económica, aplicó la *rebus sic stantibus*, casó la sentencia de apelación y confirmó la de primera instancia cuyo fallo era:

*se ha producido una alteración imprevisible de las circunstancias que sirvieron de base para la formación de la voluntad negocial y que dicha alteración genera un desequilibrio de las prestaciones que surgen a cargo de Promedios, del contrato...y en consecuencia acuerdo modificar, con efectos desde enero de 2009 las bases para el cálculo del canon a abonar por Promedios a la EMT fijándolo en un 80 por ciento de la facturación neta mensual de PROMEDIOS con un mínimo garantizado de 100.000 € mensuales.*

Dicha sentencia se vio prontamente acompañada por otra, con el mismo Ponente, la STS 591/2014 de 15 de octubre que estimó nuevamente la concurrencia de un supuesto aplicativo de la rebus en un contrato de arrendamiento de unos edificios para hotel, por razón de la crisis económica, fallando:

*1.-Que, por aplicación de la doctrina jurisprudencial relativa a la cláusula rebus sic stantibus, procede la modificación del contrato, de 25 de febrero de 1999, respecto de la relación arrendaticia del Hotel Ibis, en el sentido de reducir la renta anual un 29% respecto de la renta vigente en el momento de interposición de la demanda.*

2.-*Que dicha reducción de la renta arrendaticia será aplicable desde la presentación de la demanda del presente pleito hasta el ejercicio del año 2015, con la consiguiente devolución del exceso de renta cobrada durante la tramitación del presente procedimiento.*

Ambas sentencias, y sobre todo la segunda han sido muy mal recibidas en general por la doctrina y operadores jurídicos, que hablan de entronización del caos, de exceso jurisprudencial, de terremoto jurídico, de un nuevo foco de litigiosidad, de alteración de las reglas contractuales de asignación de riesgos, de confundir la conmutatividad de los contratos con el equilibrio de las prestaciones, aunque algunos han preferido hablar de un primer paso precipitado de una mayor elaboración.

En mi opinión, las críticas a esta nueva jurisprudencia vienen facilitadas por una doble oscuridad. Una expositiva, como veremos, es farragosa y dificultosa la exposición de la doctrina. Y otra de fundamentación, ya que se ha construido sobre bases procedentes de distintos ordenamientos de muy difícil conjunción.

Intentaremos exponerla, siguiendo en parte el orden del propio Tribunal, distinguiendo entre el marco de aplicación, la fundamentación de la figura, su estructura y su eficacia.

1.-En cuanto al marco de aplicación, leemos que *ciertamente se ha producido un cambio progresivo de la concepción tradicional de esta figura referenciada en torno a un marco de aplicación sumamente restrictivo concorde, por lo demás, con una caracterización singular de la cláusula, de “peligrosa” o “cautelosa” admisión, y con una formulación rígida de sus requisitos de aplicación: “alteración extraordinaria”, “desproporción desorbitante” y circunstancias “radicalmente imprevisibles, hacia una configuración plenamente normalizada en donde su necesaria aplicación prudente no deriva de la anterior caracterización, sino de su ineludible aplicación casuística, de la exigencia de su específico y diferenciado fundamento técnico, y de su concreción funcional derivada de su imprevisibilidad contractual y de la ruptura de la base económica del contrato, con la consiguiente excesiva onerosidad para la parte contractual afectada.*

En suma, no se trata de una figura excepcional, aunque sí de aplicación prudente y casuística.

2.-Se abandona, y creo que ello es un acierto, la antigua fundamentación jurisprudencial de la figura, en reglas “de equidad y justicia” en pro de una progresiva objetivación de su fundamento técnico de aplicación.

En concreto, su fundamento se residencia en las propias directrices del orden público económico, particularmente en la regla de la conmutatividad del comercio jurídico y del principio de buena fe.

2.1.-*Todo cambio de bienes y servicios que se realice onerosamente tiene que estar fundado en un postulado de conmutatividad, como expresión de un equilibrio básico entre los bienes y servicios que son objeto de intercambio. Este “equilibrio básico”, resulta también atendible desde la fundamentación causal del contrato, y sus correspondientes atribuciones patrimoniales, cuando deviene profundamente alterado con la consiguiente desaparición de la base del negocio que le dio sentido y oportunidad.*

2.2.-*El principio de buena fe en la economía de los contratos, permite una ponderación de los resultados que se deriven de la regla de que los pactos deben siempre ser cumplidos en sus propios términos. En este sentido, cuando, fuera de lo pactado y sin culpa de las partes y de forma sobrevenida, las circunstancias que dotaron de sentido la base o finalidad del contrato cambian profundamente las pretensiones de las partes, lo que conforme al principio de buena fe cabe esperar en este contexto, pueden ser objeto de adaptación o revisión de acuerdo al cambio operado.*

3.-El supuesto aplicativo viene conformado por un cambio en las circunstancias existentes a la hora de celebrar el contrato que conlleva una excesiva onerosidad. Y se indica que *los elementos típicos del cambio de circunstancias son dos: la doctrina de la base del negocio, y el denominado “riesgo normal del contrato”, al que debe sumarse la excesiva onerosidad.*

### 3.1.-Base del negocio.

3.1.1.-En sentido objetivo, nos permite concluir que la mutación o cambio de circunstancias determina la desaparición de la base del negocio cuando:

-La finalidad económica primordial del contrato, ya expresamente prevista, o bien derivada de la naturaleza o sentido del mismo, se frustra o se torna inalcanzable.

-La conmutatividad del contrato, expresada en la equivalencia o proporción entre las prestaciones, desaparece prácticamente o se destruye, de suerte que no puede hablarse ya del juego entre prestación y contraprestación.

3.1.2.-Complementariamente: la base subjetiva del negocio. En aquellos supuestos en donde la finalidad económica del negocio para una de las



partes, no expresamente reflejada, pero conocida y no rechazada por la otra, se frustra o deviene inalcanzable tras la mutación o cambio operado.

3.2.-El aleas o marco de riesgo establecido o derivado del negocio, el denominado “riesgo normal del contrato”, como segundo elemento de tipicidad.

*Aquí el contraste se realiza entre el cambio de circunstancias y su imbricación o adscripción con los riesgos asignados al cumplimiento del contrato o “riesgo normal” inherente o derivado del contrato.*

*En suma, estos criterios de tipicidad determinan si dicho cambio tiene entidad suficiente, esto es, altera el estado de las cosas de un modo relevante, y si dichas alteración debe tener consecuencias para las partes implicadas.*

Significativo es que aunque, en el caso de la STS 591/2014, la parte arrendataria era una empresa relevante en el sector de alojamientos turísticos y, por tanto, conocedora del riesgo empresarial que entraña la explotación del negocio de hostelería, la Sala entiende que *no se le puede imputar, exclusivamente, la falta de previsión acerca de la crisis económica; de forma que por las circunstancias de su irrupción, de su especial impacto y trascendencia, su asignación como riesgo no puede caer sólo en la esfera de control de la parte en desventaja, ni tampoco cabe establecer que “razonablemente” se hubiera debido tener en cuenta en la distribución natural de los riesgos derivados del contrato celebrado.*

3.3.-La excesiva onerosidad. El tribunal Supremo aborda la cuestión de si la actual crisis económica, puede ser considerada como un fenómeno capaz de alterar la base del negocio por excesiva onerosidad para una de las partes, Concluyendo que sí, pero no en todo caso, sino *sólo cuando el cambio operado comporte una significación jurídica relevante, y por ello digna de atención en el caso concreto planteado.*

3.3.1.-La excesiva onerosidad, continúa, *debe ser relevante o significativa respecto de la base económica que informó inicialmente el contrato celebrado, por resultar determinante tanto para la frustración de la finalidad económica del contrato (viabilidad del mismo), como cuando representa una alteración significativa o ruptura de la relación de equivalencia de las contraprestaciones (conmutatividad del contrato). De este modo, las hipótesis de excesiva onerosidad pueden ser dos:*

a)-Aquella que refleja *un substancial incremento del coste de la prestación.*



b)-O, en sentido contrario, que la excesiva onerosidad *represente una disminución o envilecimiento del valor de la contraprestación recibida.*

3.3.2.-*Para determinar la excesiva onerosidad, puede ser tenida en cuenta la actividad económica o de explotación de la sociedad o empresario que deba realizar la prestación comprometida, cuando dicha actividad, por el cambio operado de las circunstancias lleve a:*

a).-*Un resultado reiterado de pérdidas: imposibilidad económica.*

b).-*La completa desaparición de cualquier margen de beneficio: falta del carácter retributivo de la prestación.*

En ambos casos, *por mor de la tipicidad contractual de la figura, el resultado negativo debe desprenderse de la relación económica que se derive del contrato en cuestión, sin que quepa su configuración respecto de otros parámetros más amplios de valoración económica: balance general o de cierre de cada ejercicio de la empresa, relación de grupos empresariales, actividades económicas diversas, etc.*

Aquí se detecta cómo cuando se habla de la excesiva onerosidad en sede de rebus, en realidad sólo se está pensando en la posición de quien está obligado a realizar una prestación pecuniaria, pero nunca en la contraparte obligada a realizar una prestación de dar o hacer.

Y este es así, pues aunque se expone la posibilidad de que la excesiva onerosidad *represente una disminución o envilecimiento del valor de la contraprestación recibida*, para determinar la existencia de esa excesiva onerosidad se rebasa el marco contractual y se acude a la actividad económica o de explotación de la sociedad o empresario que deba realizar la prestación comprometida, para determinar si se dá un resultado reiterado de pérdidas (imposibilidad económica), o la completa desaparición de cualquier margen de beneficio (falta del carácter retributivo de la prestación).

Dicho de otra forma, si en un momento de euforia económica resultara que la renta pactada en un contrato de arrendamiento de un inmueble perfeccionado años antes no alcanza si quiera el 50% de la renta de mercado, el arrendador no podría pretender un incremento de renta en aplicación de la doctrina rebus, pues ni el resultado es de pérdidas ni de desaparición de cualquier margen de beneficio (falta del carácter retributivo de la prestación), sino de menor beneficio.

#### 4.-La eficacia de la cláusula.

Es el aspecto al que se dedica menos atención, sobre todo en la primera de las sentencias. En la segunda la 591/2014, se plantea el alcance de su aplicación, previendo una posible dualidad: eficacia modificativa o resolutoria del contrato. Y establece las siguientes reglas:

*Primera.- El alcance modificativo de la cláusula rebus ha resultado de aplicación preferente, con carácter general, tanto en la doctrina tradicional de esta Sala, como en su reciente caracterización.*

*Segunda.-Esta solución se corresponde, en mayor medida, con el principio de conservación de los actos y negocios jurídicos (favor contractus); criterio, que la reciente doctrina de esta Sala ha elevado a principio informador de nuestro sistema jurídico, más allá de su tradicional aplicación como mero criterio hermeneúutico.*

*Tercera.-En todo caso, el alcance modificativo también se corresponde mejor con la naturaleza y características del contrato celebrado, esto es, de un contrato de arrendamiento de larga duración.*

*Cuarta.-Tratándose de un contrato con prestaciones duraderas, debe establecerse un plazo de duración de la modificación operada, que se ajuste al contexto temporal especialmente afectado por la alteración de las circunstancias.*

Creo que intento del TS para superar la concepción tradicional de la doctrina rebus sic stantibus y objetivizar la aplicación de la excesiva onerosidad se ve empañado, sin embargo, además de por su poco clara exposición, por otras circunstancias tales como:

-Recurrir a doctrinas y teorías ajenas a nuestro ordenamiento (base del negocio).

-Intentar conjugar la teoría de la base del negocio con la de la excesiva onerosidad.

-Dejar multitud de aspectos estructurales en una gran inconcreción: diferenciar entre riesgos asumidos y no asumidos; previsibilidad, o no, de las circunstancias sobrevenidas.

-Exceder del marco del contrato, adentrándose en el resultado económico de una de las partes, para determinar la excesiva onerosidad.

Tras esas dos sentencias, el TS ha dictó otras tres ese mismo año, que según algunos autores, parecen mitigar el planteamiento de esas dos, aunque yo no estoy tan seguro de ello. Concretamente, son tres sentencias referidas a la concurrencia de fuerza mayor, leemos:

STS 742/2014 de 11 de diciembre: *El problema de la crisis financiera es un suceso que ocurre en el círculo de sus actividades empresariales, que no puede considerarse, imprevisible o inevitable (fuerza mayor) ( sentencia 1039/1998 de 14 de Noviembre del 1998 (RJ 1998, 9972) , recurso: 1744/1994 ).*

STS 741/2014 de 19 de diciembre: *el hecho que ha determinado un retraso tan notable en el cumplimiento de su obligación por parte del recurrente no puede atribuirse sin más y en general a la crisis inmobiliaria y financiera, pues ello determinaría que el retraso se extendiera de igual forma a todas las promociones, sino que ha de concretarse en circunstancias individuales.*

STS743/2014 de 19 diciembre: *Las dificultades económicas ligadas al pago para la obtención de las licencias de obras, tampoco es un hecho imprevisible, pues tendría que tener concedida la financiación para ello antes de crear expectativas y plazos de entrega en los contratos celebrados con los compradores interesados.*

Y por último, en este año 2015, el TS ha dictado dos sentencias en la materia.

En la primera, la STS 64/2015 de 24 febrero, relativa a un contrato de compraventa de fincas rústicas, del año 2006, se plantea, como cuestión de fondo, la posible aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* dado que dicha compraventa tuvo por base negocial las expectativas de desarrollo urbanístico de la zona, que se vieron alteradas por el rigor de la crisis económica de 2008 y la consecuente caída del valor de los bienes inmuebles.

Siendo ponente el citado Orduña Moreno, se puntualiza: *interesa resaltar que la consideración, por esta Sala, del carácter de hecho notorio que caracterizó la crisis económica de 2008, no comporta, por ella sola, que se derive una aplicación generalizada, o automática, de la cláusula rebus sic stantibus a partir de dicho periodo, sino que es del todo necesario que se contraste su incidencia causal o real en el marco de la relación contractual de que se trate.*

Para concluir que: *en el presente caso, no puede estimarse que la citada crisis económica, fuera de su consideración general, determinase la quiebra de*

*la base económica de la relación contractual llevada a cabo, ni comportara una injustificada excesiva onerosidad para la parte compradora. Así, en el primer aspecto indicado, debe precisarse que si bien el contexto de crisis económica señalado ha podido incidir en un retraso de la ejecución del propósito urbanizador de la parte compradora, no obstante, no ha resultado determinante para la frustración de la base negocial del contrato (viabilidad del proceso de urbanización), pues las expectativas del aprovechamiento urbanístico resultante que se derive de las fincas adquiridas y, con ello, la inversión estratégica de la mercantil adquirente, permanecen inalteradas, con la natural dependencia que presenten los flujos u oscilaciones del mercado inmobiliario, al ser incluidas en un área de expansión urbanística de la ciudad de Burgos, Sector S-27 “Ciudad del Ave”.*

*Del mismo modo nos debemos pronunciar, en relación a la pretendida excesiva onerosidad de la prestación derivada del cambio de circunstancias provocado por la citada crisis económica, bien en atención a un incremento sustancial del coste de la prestación, o bien, referida a una significativa disminución o envilecimiento del valor de la contraprestación recibida. Así, en el primer aspecto indicado, la parte recurrente nada ha acreditado acerca del nexo o relación causal de la crisis económica respecto de un significativo incremento del coste de la prestación, especialmente con relación a las circunstancias y condiciones de financiación para el pago del precio, bien respecto de la restricción de la misma, o bien de su respectivo encarecimiento. Extremos, cuya incidencia tampoco se acredita respecto de la actividad del grupo empresarial, sin constatación de una incidencia de un resultado de pérdidas económicas, o de una completa desaparición de cualquier margen de beneficio. Sin perjuicio, todo ello, de la adecuación del precio objeto del contrato acorde con el precio medio de adquisición de las fincas enclavadas en dicho sector estratégico de desarrollo urbanístico de la ciudad de Burgos.*

*En parecidos términos, respecto del segundo aspecto indicado de la excesiva onerosidad, en donde la viabilidad del desarrollo urbanístico de la zona impide que se constate, de presente, el envilecimiento del valor de la contraprestación recibida que, conforme a su configuración como riesgo empresarial, dependerá del contexto económico que acompañe al desarrollo urbanístico, pleno y definitivo, que se realice de este sector estratégico de la ciudad.*

Por último la STS 131/2015 de 13 de marzo, admite, aunque obiter dicta, que en los supuestos de aplicación de la cláusula rebus sic stantibus el efecto puede ser el resolutorio “cuando no sea posible establecer de otra forma el equilibrio jurídico”.