

***PACTA SUNT SERVANDA REBUS SIC STANTIBUS***

(LOS PACTOS DEBEN CUMPLIRSE, MIENTRAS LAS COSAS SIGAN ASÍ)

TRABAJO FIN GRADO DE DERECHO

LA CRÍISIS PRESENTE,  
LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD Y  
LA OPERATIVIDAD DE LA CLÁUSULA *REBUS SIC STANTIBUS*

AUTOR

Santa Ospina Jorge Eliécer

DIRECTOR DEL TRABAJO

Gil Rodríguez Jacinto

CATEDRÁTICO DEPARTAMENTO

DERECHO CIVIL

San Sebastián, 20 julio 2015

eman ta zabal zazu



Universidad  
del País Vasco

Euskal Herriko  
Unibertsitatea



Zuzenbide Fakultatea  
Facultad de Derecho

## ÍNDICE

	Página
I. INTRODUCCIÓN	6
II LA CRISIS PRESENTE	7
III LA AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD PRIVADA.	10
<b>1. La autonomía de la voluntad y la contratación</b>	<b>11</b>
1.1. La libertad de contratación.	13
1.2. La libertad contractual.	13
1.2.1. <i>Libertad en cuanto al fondo.</i>	13
1.2.2. <i>Libertad en cuanto a la forma. El consensualismo.</i>	14
1.3. La fuerza obligatoria del negocio.	15
1.3.1. <i>El respeto a la palabra dada o pacta sunt servanda.</i>	15
1.3.2. <i>La lex privata.</i>	15
<b>2. Límites a la autonomía de la voluntad</b>	<b>16</b>
2.1. Restricciones impuestas por las partes.	16
2.2. Límites derivados de la ley.	16
2.3. Límites derivados de la moral y de las buenas costumbres.	17
2.4. Límites derivados del orden público.	17
2.5. Imposición de contenido contractual.	18
<b>3. La interpretación del negocio jurídico</b>	<b>19</b>
<b>4. La intervención del Estado en la economía de los contratos</b>	<b>20</b>
4.1. La contratación en masa.	20
4.2. Contratos de adhesión y asimilados.	21
4.3. Condiciones generales de la contratación.	21
4.4. Contratos normativos privados.	22
<b>5. Primacía del bienestar social sobre el individual</b>	<b>22</b>
5.1. El orden público económico.	22
5.2. El derecho de la competencia.	23
5.3. El orden público de protección.	23
III OPERATIVIDAD DE LA CLAUSULA REBUS SIC STANTIBUS	24
<b>1. Teoría de la presuposición.</b>	<b>27</b>
<b>2. Teoría de la imprevisión.</b>	<b>27</b>
<b>3. Teoría de la excesiva onerosidad de la prestación.</b>	<b>28</b>



<b>4.</b>	<b>Teoría de la base del negocio.</b>	29
<b>5.</b>	<b>La modificación sobrevenida de las circunstancias contractuales en el Derecho español.</b>	30
<b>6.</b>	<b>Ámbito de aplicación</b>	31
6.1.	Contratos de ejecución prolongada en el tiempo o de ejecución diferida.	31
6.2.	Contratos aleatorios.	32
6.3.	Contratos conmutativos y contratos unilaterales.	32
<b>7.</b>	<b>Fundamento técnico jurídico de la regla <i>rebus sic stantibus</i></b>	33
7.1.	La buena fe.	34
7.2.	La equidad.	35
7.3.	La causa y el equilibrio contractual.	36
7.4.	Imposibilidad de cumplimiento de la prestación.	37
7.5.	El error.	38
7.6.	La rescisión por lesión.	38
7.7.	La fuerza mayor.	38
7.8.	El caso fortuito.	38
<b>8.</b>	<b>Presupuestos de aplicación de la regla <i>rebus sic stantibus</i></b>	39
8.1.	Circunstancias imprevisibles y extraordinarias.	40
8.2.	Excesiva onerosidad – ruptura del equilibrio contractual.	41
8.3.	Aleas normal del contrato.	42
<b>9.</b>	<b>El reparto del riesgo contractual</b>	43
9.1.	La voluntad o acuerdo de las partes.	44
9.2.	La intervención judicial.	46
<b>10.</b>	<b>Análisis económico del contrato.</b>	46
<b>11.</b>	<b>Efectos</b>	48
11.1.	La revisión.	48
11.2.	Adaptación del contrato a las nuevas circunstancias por el juez.	49
11.3.	La resolución.	49
<b>12.</b>	<b>Jurisprudencia del Tribunal Supremo</b>	50
12.1.	Circunstancias relativas a los sujetos o al entorno.	50
12.1.1.	<i>Las dificultades económicas y/o la pérdida de expectativas de negocio.</i>	50
12.1.2.	<i>Circunstancias subjetivas.</i>	50
12.1.3.	<i>El comportamiento de las partes o de una de ellas.</i>	50



12.2.	Alteraciones de precio o valor.	50
12.3.	Pérdida de poder adquisitivo y devaluaciones.	51
12.4.	Licencias permisos y aprobación de proyectos.	51
12.5.	Últimas decisiones jurisprudenciales.	51
<b>13.</b>	<b>Propuesta de modernización del derecho de obligaciones y contratos.</b>	<b>53</b>
IV	CONSIDERACIONES FINALES.	56
V	BIBLIOGRAFIA.	58
<b>1.</b>	<b>Consultada y citada.</b>	<b>58</b>
<b>2.</b>	<b>Consultada no citada.</b>	<b>59</b>
<b>3.</b>	<b>Sentencias del Tribunal Supremo citadas.</b>	<b>64</b>



## I. INTRODUCCIÓN

La realización de éste ensayo es fruto de la curiosidad generada por la controversia que, entre los diversos operadores jurídicos, comenzaron a generar los pronunciamientos de la Sala Primera del Tribunal Supremo, al rescatar la conocida y antigua “cláusula” *rebus sic stantibus*.

El título del mismo, nos lleva a la consideración de tres temas de crucial importancia y que, a mi modo de ver, no pueden tratarse con pinceladas; ni menos impedir el sobresalto que causa comprender la línea dogmática que el ordenamiento civil obliga a seguir, frente a las nuevas realidades contractuales que imponen los modelos económicos vigentes en ésta época.

Desde el análisis de la crisis, su origen, la posterior afectación de sectores económicos de todo el mundo, en especial de la economía española, los efectos que ha causado en amplios sectores de la población, las medidas adoptadas para corregirla y ante todo, la revelación de que las relaciones contractuales previas al surgimiento de ella, se encontraban vinculadas por el dogmatismo civil, en especial por el baluarte de las doctrinas voluntaristas que es el principio *pacta sunt servanda*, pasando entonces por una aproximación a la autonomía de la voluntad, sus restricciones y casi nula prevalencia en el sistema convencional de hoy, llegamos a la consideración de la regla *rebus sic stantibus*.

Cada tema, en sí, podría ser una tesis doctoral; la especialización de cada uno de ellos se refleja en los grandes volúmenes de información, análisis, sustentos jurídicos y doctrinales que se han llevado a cabo, no desde antaño, sino precisamente en la época en que ubicamos la crisis actual; si acaso, el menos tratado sea el que ha suscitado la controversia y llama la atención que precisamente el magistrado que ha participado doctrinalmente de la discusión en torno a la *rebus sic stantibus*, sea el que haya proferido las decisiones más controvertidas y que han causado ataques, tanto de ilusión a favor como de reacción en contra del reconocimiento y aplicación de la misma.

No es posible pasar por alto la existencia del proyecto español de modificación de las obligaciones y contratos, en el cual se recogen las principales doctrinas, que en torno al reconocimiento y aplicación de la regla, consagran los ordenamientos europeos, parece que afín al movimiento renovador comunitario en el mismo sentido.

Podría alcanzarse, en cada uno de los temas, tanta profundidad o altura como el tiempo, la disposición y las condiciones lo permitieren, pero en este momento, no es posible; si acaso, queda el sabor amargo de tener que plasmar en tan poco espacio, unas líneas sobre tan importantes y actuales controversias.



## II. LA CRISIS PRESENTE

La crisis mundial, sólo tiene dos lecturas; una, realizada por quienes defienden a ultranza la aplicación del modelo económico neoliberal, lo que implica absoluta libertad de mercado y disminución proporcional del Estado; y dos, la del sector que propugna el restablecimiento del pacto no escrito entre el mundo empresarial y el mundo del trabajo iniciado una vez terminada la Segunda Guerra Mundial, llamado Modelo Liberal.

Siempre ha existido concentración de riqueza y poder; pero ha sido en épocas de transición entre sistemas ideológicos, cuando los métodos de explotación social son más evidentes. En nuestros días, se ha transitado desde un modelo ideológico en el que había primado un pacto simplemente reconocido, no escrito de respeto recíproco, con unas contraprestaciones socialmente acordadas y según las cuales, unos respetaban la propiedad de los medios de producción, recibían buenos salarios y las bondades del estado de bienestar; y los otros a cambio obtenían, sin mayor oposición, abundante mano de obra y los beneficios económicos correlativos; es la llamada época dorada del capitalismo.

De manera general se sabe que la crisis tuvo su origen en el sistema financiero de los Estados Unidos; los bancos americanos se dedicaron a vender por todo el mundo productos financieros sin suficientes garantías de cobro; cuando tal maniobra se hizo evidente, empezó la quiebra del sistema bancario y de los inversores privados que habían adquirido y tenían en su poder estos productos financieros. Al quebrar los bancos, dejó de fluir el crédito hacia las empresas y consumidores, los cuales a su vez dejaron de producir o comprar, decayendo la actividad económica y aumentando el desempleo.

Existe amplio consenso sobre la responsabilidad bancaria en el caos financiero; su responsabilidad en la paralización de la economía por la poca o nula concesión de créditos y en el agravamiento de la deuda pública; y sobre todo, existe consenso entre los analistas en la irresponsabilidad de los Estados al adoptar medidas de protección y salvaguarda hacia el sector bancario, abandonando el control y la regulación que les corresponden en defensa de la generalidad de la población.

En la década de los años noventa, los Estados Unidos afrontaron un gran desequilibrio entre el aumento de la población activa y la disminución de los salarios; esto influyó en la escasa demanda de bienes y servicios; para corregirlo, las autoridades americanas, a través de la Reserva Federal, pusieron en marcha una política económica de dinero barato con el propósito de que los bancos otorgaran créditos con mayor facilidad.

Como respuesta a esa política, los particulares y las familias comenzaron a adquirir deuda y los precios a subir, creando una falsa sensación de ascenso indefinido que fue aprovechada por grandes constructores, pequeños inversores y posteriormente por particulares para obtener grandes beneficios; se compraba y vendía rápidamente, surgiendo de esa manera la denominada “burbuja” inmobiliaria.

Los bancos americanos, ante la afluencia de tan lucrativo negocio, incentivaron de manera poco exigente la concesión de préstamos hipotecarios; surgen así los famosos préstamos NINJA (no income -sin ingresos-, no job -sin trabajo-, no asset -sin patrimonio); al aumentar el volumen de negocio, los bancos fueron perdiendo liquidez, por lo que recurren a la figura financiera de la titulización de los activos no negociables, convirtiéndolos en activos negociables a fin de obtener la liquidez necesaria para seguir operando en el sistema financiero.

Posteriormente, la Reserva Federal de los Estados Unidos consideró oportuno elevar el precio del dinero; subió los tipos de interés ocasionando que se frenaran las expectativas de crecimiento al tocar de lleno el mercado inmobiliario, dejando al descubierto la base en que se sustentaba el negocio especulativo y el elevado riesgo que soportaban los créditos concedidos; se descubre que las hipotecas sin garantía, despectivamente bautizadas como productos tóxicos o comúnmente hipotecas basura, se encontraban distribuidas por todo el mundo, afectando el circuito financiero global.

Esa realidad nos lleva a considerar y reconocer que existe un poder económico que ha arrebatado el control de la economía al poder político; de ahí que las decisiones tomadas en lo referente a la distribución de las rentas, a la orientación de la actividad económica y en general de la vida social, se hayan dirigido hacia un objetivo único y común: el beneficio de ese poder económico, generando de manera correlativa una enorme desigualdad social.

Como efecto de la implementación de los programas de recuperación de la Segunda Guerra Mundial, se generó una sobreproducción de bienes que origina una ralentización de la economía productiva, surgiendo la economía especulativa; las grandes empresas descubren que pueden y tienen que funcionar sin recurrir al dinero de los bancos; empiezan a emitir papel: bonos y acciones, más cómodos y baratos, logrando la financiación que antes costaba conseguir en el sector bancario; por el contrario, el sector bancario y los inversores recogían, ofertaban y vendían esos bonos y acciones –papel- en el mercado financiero.





Cuando se deja de financiar la actividad productiva, disminuye la renta o salario de los trabajadores, lo que a su vez repercute en su demanda de productos y en la consecuente disminución del tejido empresarial; por el contrario, aumentan las rentas de capital, los réditos que produce la especulación con su riesgo asociado, la titulización de capital ficticio, la deuda como fuente de grandes y arriesgadas ganancias.

De manera particular en España, las ideas neoliberales empiezan a aplicarse, aún en el régimen dictatorial del General Francisco Franco, y toman auge durante la transición y la posterior democracia. Todo el proceso de transición, fue orientado por las fuerzas políticas, económicas y las élites sociales afines a ese régimen.

El ingreso de España en la Unión Europea y en la Unión Monetaria, produjo efectos desiguales; ingresaron fondos que sirvieron para mejorar las infraestructuras, crear empleo y generar el espejismo de eterna primavera que se diluyó entrando el año 2008, incluso antes, cuando dejaron de fluir los recursos europeos; por otro lado, importantes sectores estratégicos para la economía española quedaron en manos y bajo el control de entidades extranjeras, sometidos a las decisiones de grandes grupos de inversión externos, sin ninguna vinculación con la situación económica, social y política interna. España se ha modernizado –con fondos estructurales- y se ha “democratizado”, pero manteniendo estructuras de poder consolidadas en la época del franquismo.

La construcción en España se convirtió en el eje fundamental a través del cual se canalizó toda la economía; primero las grandes infraestructuras financiadas con los fondos estructurales provenientes de la Unión Europea y luego con el fortalecimiento desde el Estado del endeudamiento privado, en apoyo de la construcción residencial, generando condiciones económicas de mucho movimiento, pero de poco valor añadido para el conjunto de la economía.

El sistema bancario español creó un enorme fondo de deuda, es decir, ha generado dinero -el destinado a la construcción inmobiliaria y sus derivados-; para sostener la rotación de ese fondo, y además ganar rentabilidad, los bancos españoles recurrieron a la financiación interbancaria internacional, en este caso europea, de ahí que sean esos acreedores (bancos franceses y alemanes) los que promuevan el rescate de la banca española, según el eufemismo neoliberal acuñado al efecto, “para rescatar a España de la crisis”.

Al igual que en los Estados Unidos, las autoridades tienen corresponsabilidad en la crisis. El Banco de España ha hecho la vista gorda ante el enorme endeudamiento generado por el



sector bancario, ha obviado los mecanismos de supervisión y pasado por alto el comportamiento de la banca al otorgar financiamiento al estilo americano: préstamos hipotecarios a más del cien por cien del valor de tasación de las viviendas o de la inversión de las empresas y constructoras y se ha declarado impotente, sumiso e inoperante para redirigir los recursos y evitar el racionamiento o cierre del grifo del crédito a empresas y consumidores.

Diariamente nos enteramos de la cantidad de desahucios e impagos que se suceden en España; de los dramas personales y familiares y en ocasiones de los trágicos resultados que la desesperación y la impotencia generan en los ciudadanos; de las injusticias de tales medidas. Jurídicamente se advierte que plantear otra salida a la situación va en contra de la seguridad jurídica y del sacrosanto aforismo contractual *pacta sunt servanda* que asumimos al contraer una obligación, que más o menos viene a decir que lo pactado obliga.

Tradicionalmente, este principio ha sido aceptado como manifestación de la autonomía de la voluntad, en el sentido de que los actos y acuerdos deben ser cumplidos en los términos acordados en su momento; teniendo en cuenta esto, se debe reconocer que los bancos y entidades financieras, están reclamando y exigiendo el cumplimiento de lo acordado en el contrato de préstamo hipotecario, tal y como se consintió en su momento.

La aplicación del *pacta sunt servanda*, en aras de mantener la seguridad jurídica, es el objetivo del sistema contractual español; pero es necesario recordar y reconocer que el contenido del Código Civil, con su rigidez y protección de la seguridad jurídica en beneficio de los contratantes, ha sido superado a día de hoy por la necesidad que impone el modelo económico.

### III. LA AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD PRIVADA

En la alta edad media la sociedad estaba conformada por personas de distinta clase; se trataba de una sociedad jerarquizada que provenía de los sistemas sociales romanos o germanos; una sociedad que, en estructura verticalizada, ubicaba a un sector poderoso con todos los privilegios reconocidos por el derecho medieval; otro sector intermedio luchando por llegar o conservar su status; y otro sector sin derechos ni margen alguno para intercambiar o negociar con los otros sectores.

El acontecimiento que se considera fundamental para el reconocimiento de la igualdad jurídica y de la autonomía de la voluntad, fue sin duda la abolición de la esclavitud. Es

importante recordar que la esclavitud en España fue abolida en 1886 y que tres años más tarde se promulgó el Código Civil. A partir de estos dos sucesos, se considera que el hombre es sujeto titular de derechos y libertades inalienables, reafirmando con ello la autonomía individual y la posibilidad de establecer relaciones contractuales en situación de igualdad con sus semejantes<sup>1</sup>.

### **1. La autonomía de la voluntad privada y la contratación.**

El principio de la autonomía de la voluntad privada se ha ido forjando lenta y paralelamente a la evolución de la forma de los contratos. La regulación decimonónica de los contratos civiles encontró su fundamento en las sociedades agrarias, en los pequeños comerciantes, artesanos y agricultores entre los cuales era más factible la libertad contractual.

En los reinos medievales se aplicaba un principio romano según el cual el simple acuerdo de voluntades era jurídicamente irrelevante. La aparición del derecho canonista, cuyo objeto era la regulación del fuero interno, de la conciencia humana y la organización de la iglesia, vino a modificar la apreciación romana del acuerdo de voluntades y fue imponiéndose con las reglas y el respeto a la palabra dada, a la voluntad declarada y a la buena fe; de modo que todas las promesas y convenciones realizadas tenían valor jurídico obligatorio inmediato. El incumplimiento de una promesa era considerado como una mentira, un engaño y un pecado.

Son las necesidades que se derivan del comercio, ante el auge de las ciudades, que hacen necesario dotar de fuerza obligatoria a las declaraciones de voluntad expresadas a través de un simple pacto. Siendo el siglo XII el origen del principio consuetudinario *convenances vainquent loi* en Francia, Inglaterra, Alemania y recogido en el Reino de Aragón con el principio *Standum est chartae* y en Navarra con el *paramiento fuero vience*<sup>2</sup>. En España, el Ordenamiento de Alcalá recogía en la Ley única del título 16 la influencia del derecho canónico, al reconocer eficacia jurídica a la declaración de voluntad, promulgando lo que se conoce como principio de libertad contractual<sup>3</sup>.

En la edad moderna la autonomía de la voluntad consigue mayor relevancia debido al crecimiento del comercio, al desarrollo de la industria y a la multiplicación de los intercambios comerciales. El economista liberal Adam Smith establece el principio *laissez faire, laissez passer, laissez contracter*, pretendiendo suprimir todas las trabas a la libertad contractual, tanto

---

<sup>1</sup> SÁNCHEZ-ARCILLA BERNAL, José, *Historia del Derecho Español*, editorial cálamó, Barcelona, 2001, págs. 124 - 207.

<sup>2</sup> LACRUZ BERDEJO, José Luis, y otros, *Comentarios a la compilación del derecho civil de Aragón*, volumen primero, Diputación General de Aragón, 1988, pág. 257 ss.

<sup>3</sup> CONDE NARANJO, Esteban, *Medioevo ilustrado: La edición erudita del Ordenamiento de Alcalá (1774)*, Universidad de Sevilla, 1998, pág. 9 -20.

las provenientes del corporativismo, como las del Estado, dejando al libre juego de oferta - demanda y al egoísmo individual, la prosperidad de hombres y naciones.

El modelo liberal económico del señor Smith entra en crisis debido fundamentalmente a la quiebra de uno de sus principios o postulados rectores, el que establecía que para alcanzar un desarrollo conveniente de la economía, los operadores económicos debían interactuar desde planos de igualdad en el momento de la contratación; ésta igualdad evidentemente desaparece al aumentar la pobreza de la mayoría de la población y al auge de un sector minoritario que controla los bienes que requieren la mayoría.

Frente a la idea clásica del contrato configurado en torno a la autonomía de la voluntad, surge otra forma de concebir los negocios jurídicos cuya principal característica es la limitación del poder de negociación de las partes; surgen así el contrato reglamentado, los contratos de adhesión, los que contienen condiciones generales de contratación, los convenios colectivos laborales; hoy es bastante usual que las partes acepten en sus contratos una serie de normas de las que se ignoraba su existencia y que rigen el contrato mientras las partes no las derogan de forma expresa, de ahí que los particulares se vean sometidos a obligaciones que no contrajeron voluntariamente y que de haber conocido, habrían rechazado<sup>4</sup>.

El contrato no se puede concebir hoy como la más pura manifestación de la autonomía de la voluntad, pues éste no se halla determinado en función de los intereses de los contratantes, sino que estará también constituido por valores derivados de la ley en general y de la equidad en particular, para satisfacer, además de los intereses privados, el bien común.

Actualmente parece normal decir que las personas tienen capacidad para obligarse porque quieren, con quien quieren y como quieren; es decir, ser libres para contratar o no, para elegir la persona con la cual se quiere compartir un vínculo contractual y sobre todo, que tienen la facultad de obligarse del modo que quieran, sea verbal o por escrito.

La autonomía de la voluntad se define como el “poder o facultad de los particulares de establecer y regular el conjunto de derechos y obligaciones, es decir, el contenido preceptivo, del negocio jurídico que llevan a cabo”. La voluntad es la explicación y justificación del contrato, es ella la que crea la fuerza obligatoria del mismo; si éste les obliga es porque así lo han querido, nadie les ha compelido a contratar<sup>5</sup>. Se considera que son características de ese

<sup>4</sup> LACRUZ BERDEJO, José Luis, y otros, *Elementos de Derecho Civil II, Derecho de Obligaciones*, volumen I, 5ª edición, editorial dyckinson, Madrid, 2011, pág. 337 ss.

<sup>5</sup> FERRI, Luigi, *La autonomía privada*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1969, pág. 8 ss.

poder de autorregulación, la libertad de contratación, la libertad contractual y la fuerza obligatoria del negocio.

### 1.1. La libertad de contratación.

Se dice que “la autonomía de la voluntad en el campo contractual es ante todo, libertad de contratación, libertad que conlleva la opción entre contratar y no contratar, por tanto libertad para constituir o no relaciones contractuales” y además, libertad de elegir la persona con quien se quiere contratar<sup>6</sup>. La práctica diaria enseña que en ocasiones los contratos no son esencialmente justos, que se utilizan por sectores fuertes para someter a otros más débiles y que existen algunos contratos que podrían llamarse forzosos, como los contratos de seguros de responsabilidad civil, en los que se obliga a contratar, pero dejando libre la elección del contratante, siendo ejemplo de ellos los contratos de seguros de coches.

### 1.2. La libertad contractual.

La libertad contractual actúa durante el inicio, la vida y el fin de la relación contractual<sup>7</sup>. La importancia radica en que concede a los contratantes el poder de determinar la conducta mediante la creación, modificación o extinción de una norma jurídica, es decir, existe la posibilidad de que las partes, de manera libre puedan crear, modificar, o extinguir derechos y obligaciones de manera consensual.

#### 1.2.1. Libertad en cuanto al fondo.

La autonomía de la voluntad encuentra su principal manifestación práctica en el artículo 1255 CC donde se recoge la libertad de estipulación; ésta, junto a la fuerza obligatoria del contrato, son considerados elementos esenciales del sistema de contratación; es decir, que la voluntad es necesaria para determinar sobre el qué –negocio y contenido- y el cómo –forma, verbal o escrita- se quieren obligar los contratantes. Esa libertad no es absoluta ya que, en el establecimiento de los pactos, cláusulas y condiciones, no podrán ir contra la ley, la moral y el orden público. Ese poder normativo emanado de la voluntad de los contratantes, será el que configure el contenido del contrato.

Ahora bien, la libertad de estipulación se ha visto reducida de manera considerable con el surgimiento, entre otros, de los monopolios, de los abusos de posición dominante y de la intervención del Estado en la economía, dando origen a nuevas formas contractuales que

<sup>6</sup> DIEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial I*, 4ª edición, editorial civitas, Madrid, 1993, pág. 126.

<sup>7</sup> LACRUZ BERDEJO, José Luis, y otros, *Elementos de Derecho Civil I, Parte General*, volumen tercero, 2ª edición, editorial dyckinson, Madrid 2000, pág. 125 ss.

limitan esa capacidad como los contratos normados o reglamentados, los contratos forzosos, las condiciones generales de la contratación, el contrato tipo, etc.

### *1.2.2. Libertad en cuanto a la forma. El consensualismo.*

El principio del consensualismo viene a establecer que lo importante es obligarse como uno quiera. Todos los modos de exteriorización de la voluntad son equivalentes desde el momento en que sean suficientemente expresivos e inequívocos; esta exteriorización se expresa básicamente en los artículos 1254 CC cuando establece que “[e]l contrato existe desde que una o varias personas consienten en obligarse, ...”; en el artículo 1258 CC para el cual “[l]os contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, ...” y el artículo 1278 CC al afirmar que “[l]os contratos serán obligatorios, cualquiera que sea la forma en que se hayan celebrado, ...”.

No obstante, con respecto a ciertos contratos es necesario cumplir con determinados requisitos de forma para que el negocio pueda alcanzar plena eficacia jurídica, por ejemplo el artículo 1279 CC condiciona la validez de un contrato al otorgamiento de escritura u otra forma especial que la ley exigiere, siempre que se hayan cumplimentado los demás requisitos exigidos para el tipo contractual y haya mediado consentimiento. El artículo 1280 CC, determina imperativamente que deben constar en documento público los actos y contratos que enumera, por tanto siendo excepciones a la libertad de forma.

La exigencia contenida en los artículos anteriores no priva de eficacia, no le resta valor a los actos y contratos llevados a cabo en documento privado, siendo considerado el otorgamiento de escritura y la constancia en documento público por la doctrina, como un requisito *ad probationem* cuando se pretendan ejercitar los derechos y obligaciones contenidos y los que se deriven del acuerdo alcanzado.

El principio de la autonomía de la voluntad encuentra concreción en la libertad de forma cuando las partes pueden imponerse una forma o también renunciar a ella. Las formalidades que deciden las partes al momento de concluir un contrato, son las que tienen fuerza jurídica distinta a las impuestas por la ley, y la sanción por no respetar la forma acordada, dependerá así mismo, de la voluntad de las partes, especialmente cuando el acuerdo ha sido verbal.

La libertad de forma presenta inconvenientes, sobre todo porque en ella hallan sustento aspectos perversos de la vinculación contractual como la toma de decisiones precipitadas, por desconocimiento o por inducción de alguna de las partes, o incluso decisiones viciadas, ya por

erróneas, por incompletas o por ineficientes. También puede ocurrir que, una vez concluido el contrato, aparezca la sensación de certidumbre sobre lo que se pactó.

Por el contrario, los negocios jurídicos o contratos celebrados por escrito permiten a los contratantes meditación acerca de las prestaciones a las que se obligan, con lo que se reduce el riesgo de decisiones precipitadas o hipotéticos olvidos. En la libertad de forma encuentra fundamento la inclusión de cláusulas desconocidas o poco comprensibles para el ciudadano normal y por las que luego será obligado al cumplimiento de la prestación pactada, sea excesivamente onerosa o no<sup>8</sup>.

### 1.3. La fuerza obligatoria del negocio.

Las partes asumen, una vez concluido un acto o negocio jurídico, estar sujetas a una serie de derechos, deberes y obligaciones que deben cumplir y respetar y que en caso de divergencias, serán los tribunales los que intervengan a fin de solucionar las diferencias.

#### 1.3.1. *El respeto a la palabra dada o pacta sunt servanda.*

El contrato no es un lugar de enfrentamiento o discordia entre partes; es un punto convergente de dos intereses, que siendo distintos, tienen necesidad de asociarse. Las partes no pueden desligarse cuando y como quieran de su compromiso, para ellas el contrato es irrevocable y su incumplimiento generaría una pérdida o disminución de la confianza social y por tanto la imposibilidad de realizar nuevos tratos.

La fuerza obligatoria implica que el deudor está obligado a cumplir con las obligaciones establecidas y derivadas del acuerdo alcanzado, es decir, las que han querido las partes y no otras. Es el principio general *pacta sunt servanda*, según el cual de cualquier pacto lícito surge para las partes el deber de atenerse a lo pactado. (STS 28 enero 1992).

#### 1.3.2. *La lex privata.*

Para evitar que la confianza y sus intereses no se vean menoscabados, el ordenamiento atribuye a los contratos la condición de normas de conducta jurídicamente vinculantes, esto es que, en caso de que una de las partes no cumpla, se le pueda exigir ante los tribunales de justicia el cumplimiento de las obligaciones contraídas. “Las partes al celebrar un contrato no se limitan a declarar que quieren algo, sino que declaran su intención de obligarse y efectivamente se obligan”<sup>9</sup>.

<sup>8</sup> DIEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, volumen I, *Introducción a la Teoría del Contrato*, 6ª edición, editorial thomson civitas, Madrid, 2007, pág. 289.

<sup>9</sup> DIEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, volumen I, ...cit., pág. 424.

El artículo 1091 CC hace del contrato ley particular entre las partes, su *lex privata*, y en caso de incumplimiento de lo prometido, el responsable podrá ser sancionado o compelido a cumplir, pues el compromiso negocial no sólo consiste en respetar y cumplir lo acordado, sino también en la prohibición de retirar o desconocer injustificadamente lo que se ha manifestado.

Ahora bien, las obligaciones que resultan de un contrato no tienen el rigor, la relevancia, ni el alcance del precepto legal, por mucho que el Código Civil diga que las obligaciones resultantes del contrato tienen fuerza de ley; es decir, que las normas creadas a partir de un acuerdo de voluntades no pueden equipararse a la ley, pues éstas se encuentran en un nivel distinto y superior al acuerdo de voluntades (STS 16 marzo 1995); en ocasiones las partes se verán obligadas a observar conductas no previstas inicialmente y que ha resultado insertas en el contrato por obra de la ley, los usos sociales y la buena fe (artículo 1258 CC).

## **2. Límites a la autonomía de la voluntad.**

La libertad que se establece en el ordenamiento, como aquella capacidad para fijar el contenido de los negocios jurídicos a través del acuerdo de voluntades, a día de hoy encuentra serias limitaciones originadas, de un lado, por la evidente desigualdad económica de los hombres, por las restricciones que se imponen las mismas partes y de otro, por los límites que se derivan de la ley, de la moral, las buenas costumbres, y el orden público.

### **2.1. Restricciones impuestas por las partes.**

El negocio jurídico y el contrato, como manifestación externa de la autonomía de la voluntad, requiere la confluencia de dos voluntades, de dos personas y de ahí surge la primera limitante importante, puesto que históricamente la existencia del hombre ha estado marcada por la división en estamentos, en clases sociales e incluso dentro de cada una de ellas, las diferencias han sido y son abrumadoras; ubicando un hombre frente a otro, aunque jurídicamente se establezca igualdad entre ellos, la realidad es que existirán diferencias que colocan a una parte en inferioridad de condiciones contractuales frente a la otra. En nuestros días se publicita la idea de igualdad entre los hombres, pero la realidad es absolutamente demoledora.

### **2.2. Límites derivados de la ley.**

El artículo 1255 CC permite a las partes ajustar el modelo legal del contrato a sus necesidades, sin que tales estipulaciones puedan considerarse ilícitas, salvo los términos del mismo Código Civil, en aquellos casos en que las partes dejen el cumplimiento de lo acordado a la voluntad de uno de ellos (artículo 1256), cuando se incluya la renuncia de un derecho inalienable (artículo 6.2), cuando por cualquier otra circunstancia se acordara alterar la naturaleza original



del contrato o cuando esa estipulación genere desequilibrio en las prestaciones, provocando desigualdad entre ellas. Estos casos ocurren generalmente en las relaciones contractuales realizadas entre bancos, aseguradoras, grandes empresas y usuarios o consumidores<sup>10</sup>.

Dentro de las normas imperativas, existen unas que limitan de manera positiva y se imponen al contenido que las partes pueden de manera libre establecer; otras limitan de manera negativa la libertad contractual, en este caso, prohíben a las partes regular el contenido en un sentido determinado, por ejemplo cuando el artículo 1449 CC establece que el señalamiento del precio no podrá nunca dejarse al arbitrio de uno de los contratantes.

Con respecto a las normas dispositivas, entendiendo por tales, aquellas que expresan efectos naturales de un contrato, pueden ser sustituidas o suprimidas por las partes sin que sea preciso seguir el modelo establecido de contrato. Es necesario que las estipulaciones –pactos, cláusulas y condiciones-, que se sustituyan o supriman, tengan justificación para considerarlas eficaces.

### 2.3. Límites derivados de la moral y de las buenas costumbres.

Para determinar cuando un comportamiento se considera moral, es necesario delimitar un ámbito espacial y temporal que nos permita definir, cuales son los comportamientos considerados ideales; cuales considera el grupo humano y social de ese ámbito determinado, según su juicio de valor, como moralmente correctos. Será el juez el que establezca las sanciones para aquellas estipulaciones que se consideran socialmente inmorales o sin aceptación general, y lo hará recogiendo las valoraciones del momento, actuales y vigentes, en la sociedad de la que forman parte y a la que pertenecen los contratantes, en aplicación del artículo 3.1 CC.

### 2.4. Límites derivados del orden público.

El orden público ha sido definido por la jurisprudencia como el “integrado por aquellos principios jurídicos públicos y privados, políticos, económicos, morales e incluso religiosos, que son absolutamente obligatorios para la conservación del orden social en un pueblo y en una época determinada” (STS de 5 de abril de 1966).

El concepto clásico que entiende la sociedad como el pilar básico en el que encuentran asiento el Estado, la familia y los individuos, y que encomendaba su protección a las prohibiciones, ha evolucionado hacia un nuevo concepto de orden público, el económico; éste persigue

---

<sup>10</sup> DIEZ-PICAZO, Luis, “Comentario a los artículos 1254 a 1260 del Código Civil”, *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, Tomo II, Secretaría General Técnica Centro de Publicaciones, Madrid 1991, pág. 431.

innovar la sociedad a través del reparto o intercambio de bienes, servicios y riqueza, estableciendo obligaciones. En materia contractual, la jurisprudencia ha venido interpretando que la moral y de orden público, como límites a la autonomía de la voluntad, son conceptos jurídicos indeterminados, y que como tales, deben ser interpretados en consonancia con el ordenamiento jurídico y la Constitución, así como con la vigencia social y cultural del momento en que se apliquen (STS 2 noviembre 1990, STS 19 octubre 1991).

## 2.5. Imposición de contenido contractual.

La capacidad de autorregulación que se otorga a las partes encuentra límites derivados de la acción de legislador o en su caso del juez. Cuando las partes han guardado silencio sobre un extremo del contrato, sea por desconocimiento o de manera deliberada, están autorizando a la Ley para que intervenga en su nombre.

Es posible que el ordenamiento establezca para un negocio concreto, una reglamentación contractual específica; también es posible que las partes hayan dejado aspectos imprecisos, lagunas que es preciso clarificar, siendo necesario entonces integrar en los contratos el contenido que hace falta, y que se une al previsto por los contratantes, siempre de acuerdo a lo establecido en la ley, los usos normativos, los principios de la equidad y la buena fe, según el artículo 1258 CC.

Los usos normativos pueden alterar el contenido del contrato en el sentido de que, para aclarar las cláusulas oscuras o ambiguas, permiten la inclusión de otras que no figuran en el contrato, pero que son usuales en los convenios de esa misma especie, y esto a pesar de ignorar su existencia. Sería el caso de las condiciones generales de la contratación, que precisan la aceptación del adherente respecto a la incorporación de éstas al contrato, aunque luego, sólo se haga referencia a ellas dentro del mismo o en el supuesto de contratos verbales, en los cuales bastará que el predisponente anuncie las condiciones generales en un lugar visible dentro del lugar donde se celebra el negocio, para que se le consideren incorporadas al contrato.

Otro criterio de integración hace referencia a la equidad o la buena fe que han asumido las partes al momento de concluir el convenio contractual. La buena fe le permite al juez evaluar la conducta individual asumida, así como la existencia de equilibrio obligacional en el contenido del contrato y en caso tal, haciendo uso de su arbitrio judicial, restablecer los desequilibrios que se observen apoyado en el contenido del artículo 1258 CC.

Las partes son autónomas para incorporar o no al convenio normas dispositivas en el sentido del artículo 1255; no se pueden, en todo caso, desvincular de la interpretación de cláusulas oscuras (artículo 1288 CC), ni de la posible resolución que establece el artículo 1289 CC, al tratarse de normas de derecho imperativo que no les son disponibles.

### 3. La interpretación del negocio jurídico<sup>11</sup>.

Para interpretar el negocio jurídico la doctrina ha recurrido a dos métodos, el método objetivo y el subjetivo. El método objetivo busca determinar la voluntad jurídica del negocio como ente con vida propia e independiente de la voluntad de sus creadores, si acaso completada con la equidad o la buena fe; en este sentido entonces, interpretar es aclarar el sentido de los términos, de las declaraciones, de los pactos, de las condiciones, de las cláusulas del contrato.

El método subjetivo, llamado voluntarista, o consensualista, se interesa por lo que han querido las partes; se preocupa por averiguar qué es lo que realmente quisieron, intentando reconstruir su voluntad y tratando de atribuir sentido a las declaraciones de los contratantes; para salvar la divergencia entre lo querido y lo que realmente se hizo, se debe recurrir a las circunstancias personales que rodearon la celebración del negocio jurídico.

El ordenamiento jurídico español ha acogido el sistema de interpretación finalista del contrato porque en ella priman el principio de la búsqueda de la voluntad real de los contratantes. Se debe entender que la voluntad real es aquella que existió en el momento de la formación y celebración del negocio, y no la voluntad de las partes en un momento posterior<sup>12</sup>.

La jurisprudencia también se ha manifestado en igual sentido al afirmar que “la interpretación de los contratos no es sino revelar o sacar fuera la verdadera intención de las partes ya que ésta es la determinante de los efectos de los mismos y el principio absolutamente imperativo que acoge el párrafo primero del artículo 1281 CC. Además, estableció que la intención de las partes puede deducirse “..de los actos coetáneos y posteriores..., así viene establecido en el artículo 1282 CC, el cual no excluye, los actos anteriores ni las demás circunstancias que pueda contribuir a la acertada investigación de la voluntad de los otorgantes, siendo indudable que entre estos elementos podrá tener importancia muy relevante la conexión que el acto negocio guarde con otros que le hayan servido de antecedentes o base legal, siempre que la parte contra la cual se esgrima esta norma interpretativa haya tenido o debido tener, oportuno conocimiento de ello” (STS 21 abril 1993).

<sup>11</sup> GIL RODRÍGUEZ, Jacinto, y otros, *Manual de derecho civil*, Tomo II, 3ª edición, marcial pons, Madrid, 2002, págs. 617 a 641.

<sup>12</sup> DIEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, volumen I, ... cit., pág. 498.



#### 4. La intervención del Estado en la economía de los contratos.

Los hombres superan la etapa de desigualdad que existía entre los diversos estamentos para, pasado el tiempo, afrontar una nueva desigualdad: la económica; esta nueva desigualdad, originada por el liberalismo económico y fundada en el *dejar hacer, dejar pasar* del señor Adam Smith, ha dado pie al individualismo, a la acumulación de capital y medios de producción en pocas manos, al aumento de la pobreza y por tanto, en materia comercial, ha derivado en posiciones diametralmente opuestas.

El medio o instrumento de que se sirve la persona para alcanzar la satisfacción de sus necesidades y el pleno desarrollo de su personalidad, es sin duda el contrato; mediante éste puede interactuar con otros sujetos, creando, modificando o extinguiendo relaciones jurídicas de contenido patrimonial y materializando las exigencias constitucionales relativas a los derechos fundamentales, al ejercicio del derecho de propiedad o de la libertad de empresa recogido en el artículo 38 CE. Atención, defender la productividad, no la especulación; la escasa inversión en productividad es una de las causas estructurales de la crisis que ha sufrido España.

Con fundamento en la libertad de empresa y la liberalización del mercado es que el Estado ha venido impulsando la aplicación del modelo neoliberal, el cual ha acentuado de manera alarmante la desigualdad económica, modificando a su vez la libertad y la autonomía de la voluntad en materia contractual; para corregir esto o para acentuarlo, el legislador ha promulgando normas que pretenden recoger los nuevos esquemas contractuales y la necesaria protección de los contratantes, sea a favor o en contra de ellos, de ahí la contratación en masa, los contratos de adhesión, las condiciones generales de la contratación, los contratos tipo y todos aquellos que han despersonalizado la contratación.

##### 4.1. La contratación en masa.

La contratación en masa, recoge las “condiciones preestablecidas por una empresa o grupo de empresas, y que son impuestas a los posibles clientes, cuando celebran contratos concretos, sin que sea viable modificarlos ni discutirlos”<sup>13</sup>. Al aplicar éste tipo de modelo de contratación, sin que sea viable la discusión de las condiciones contractuales, una de las partes queda en situación de inferioridad respecto a quien impone, unas estipulaciones que generalmente contienen mayores obligaciones contractuales para la parte que acepta; de ésta manera, la autonomía de la voluntad o el poder de negociación de las partes desaparece para dar lugar a situaciones de superioridad abstracta.

---

<sup>13</sup> DIEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, volumen I, ...cit., pág. 437.



#### 4.2. Contratos de adhesión y asimilados.

Los contratos de adhesión, dan predominio a la voluntad de una de las partes, que es la que dicta las condiciones que más se acomodan a sus intereses, sea porque le permiten ahorrarse los costos de la negociación, o ya porque facilita la distribución de los bienes y servicios que comercializa. Es un contrato que se presenta en masa al gran público; es un contrato completo en que se determinan todos los extremos de la relación contractual.

Los contratos tipos son aquellos que ya tienen una serie de cláusulas redactadas, de manera que las partes sólo tienen que firmar para que el contrato se considere concluido. Los formularios son instrumentos que facilitan la conclusión de determinados contratos, puesto que recogen los extremos tratados en determinado tipo de negocios, y se recogen con fórmulas o cláusulas forjadas por la práctica diaria, las partes sólo se limitan a suscribirlos.

#### 4.3. Condiciones generales de la contratación.

La ley las define como aquellas “...cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otra circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos” (art. 1, Ley 7/1998, de 13 de abril, Condiciones Generales Contratación).

Estas condiciones generalmente van insertas en los contratos de transporte, contratos de venta de mercancías, contratos bancarios, contratos de telefonía, contratos en los que el adherente, es decir, la persona que acepta o se adhiere a las condiciones así recogidas, quiere o necesita satisfacer una necesidad, y la otra parte, la que predispone las condiciones, el llamado estipulante, persigue la economía o la máxima eficiencia que pueda reportarle la celebración del negocio jurídico.

En la búsqueda o persecución de la máxima eficiencia se corre el peligro de insertar cláusulas abusivas y o engañosas que generan situaciones de inferioridad para una de las partes, especialmente aquel contratante que se ve casi obligado, ya por circunstancias personales, ya por situaciones publicitarias, a celebrar este tipo de contratos.

El que se adhiere al contenido del contrato, está aceptando la oferta que se le hace; la ley no exige que exista igualdad económica, ni que sea preciso realizar una negociación previa, sólo se requiere igualdad jurídica. La única posibilidad que le queda o de la que puede hacer uso el adherente, es ejercer su libertad de contratación; es decir, la posibilidad de elegir con quien

desea contratar y la posibilidad de prestar o no su consentimiento para la realización del contrato.

#### 4.4. Contratos normativos privados.

Se trata de aquellos contratos que han sido celebrados o concluidos generalmente entre asociaciones o gremios profesionales y que fijan unos criterios uniformes de contratación; pretenden la limitación voluntaria de la libertad contractual de los futuros suscriptores, tanto a nivel interno, como en las operaciones contractuales que se lleven a cabo con terceras personas.

### 5. Primacía del bienestar social sobre el individual.

Teóricamente España, a partir de la promulgación de la Constitución de 1978, se constituye en un Estado social y democrático de derecho. En el preámbulo ya anuncia que pretende establecer principios de igualdad, de libertad, de seguridad, de soberanía, de convivencia democrática y un orden económico y social justo.

El Código Civil establece el poder de autorregulación que tienen las partes, en la medida que respeten la ley, la moral, el orden público, los principios y derechos constitucionales de libertad individual y el derecho de propiedad conforme a su función social. (Artículos 1, 10, 14, 33, 128 CE). En los últimos años, el derecho de propiedad se ha puesto en relación con la libertad de mercado, incluso modificando el concepto tradicional de orden público, llevándolo al terreno de la economía, con el fin de encontrarle sustento al orden público económico.

#### 5.1. El orden público económico.

El concepto de orden público económico surge en el siglo XIX, logrando asentarse con el constitucionalismo. Se define como el conjunto de “reglas que son básicas en el orden jurídico global y conforme a las cuales, en un momento dado, se organiza la estructura y el sistema económico de la sociedad”.

Frente al orden público tradicional con carácter prohibitivo o negativo, el orden público económico se conforma de reglamentos, ordenes e instrucciones, es decir, obligaciones positivas que se imponen a sectores económicos, de manera que mediante ellas, se actúe como más convenga a la administración pública en un momento dado.

La Constitución Española en su artículo 38 recoge básicamente ese marco de actuación; se trata de líneas generales que pueden variar según el contexto económico en que sea necesario



su despliegue o aplicación, limitando la autonomía contractual y determinados derechos subjetivos de los particulares, todo ello con el propósito de orientar o planificar la política económica del Estado, de manera que, por ejemplo, toda la riqueza esté subordinada al interés general, aspecto que recoge como principio de orden público la función social del derecho de propiedad<sup>14</sup>.

### 5.2. El derecho de la competencia.

A partir del Tratado de Roma de 1957 se profundiza en Europa la aplicación de las tesis económicas provenientes de la escuela de Chicago: el neoliberalismo. Éste pretende desarrollar una política económica que preserve y fortalezca el funcionamiento del libre mercado, la libre competencia y la lealtad entre los diversos operadores económicos.

El Estado entre tanto, según esta escuela, debe asumir el rol de simple observador de las relaciones económicas, de la evolución del mercado, esto ocurrió así hasta la promulgación de la Constitución de 1978, época en la que se adopta, promueve e incluye en su contenido el orden público económico, que en todo caso, no produce ninguna variación dentro del esquema neoliberal, sino que le permite al Estado dirigir sus principios, como mejor interés en determinados momentos, a través de la planificación económica.

### 5.3. El orden público de protección.

Esta variante del orden público se relaciona con el consumidor y usuario, considerados partes débiles del contrato de consumo. La desigualdad económica y social entre las partes, impide una negociación basada en la discusión entre personas libres e iguales, llevándolos a los contratos de adhesión que, obviamente, posibilitan el aprovechamiento, ventajas excesivas, cláusulas abusivas, falta de equilibrio prestacional, etc.

Este orden público pretende proteger a una de las partes restableciendo el equilibrio contractual al momento de celebrar un contrato; busca asegurar que las partes se expresen en pie de igualdad, siendo el ámbito de los contratos de consumo donde puede cumplir mejor con sus objetivos.

Los derechos de los consumidores y usuarios se encuentran regulados por normas prohibitivas y en algunos casos dispositivas; la libre oferta y demanda de bienes y servicios coloca al consumidor en una posición absolutamente desventajosa, porque el neoliberalismo tiene como fundamento el consumo, y no el consumo necesario, sino el innecesario, de manera que para

---

<sup>14</sup> DIEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, volumen I, ...cit., pág. 53 ss.

alcanzar las cuotas de rendimientos proyectados por las empresas, se induce a los ciudadanos con prácticas comerciales demasiado agresivas y en un alto porcentaje engañosas; se le crean a los usuarios necesidades artificiales a fin de que consuman productos que no son indispensables o que no necesitan.

En ocasiones esa igualdad que persigue el orden público de protección, se pierde porque el consumidor, de manera consiente o inconsciente, acepta condiciones contractuales abusivas, y lo hace no por falta de conocimiento o la diligencia del buen padre de familia, sino por satisfacer una necesidad, sea real o ficticia.

El orden público de protección limita la capacidad del contratante fuerte imponiéndole restricciones de forma y de fondo. De forma, porque la ley exige que, en materia de consumo, los acuerdos contractuales consten en documentos escritos, pues considera que ésta es la mejor manera de conocer y probar el contenido específico de las obligaciones que ambas partes contraen; un ejemplo de esto es la exigencia contenida en las condiciones generales de contratación, según la cual, para que éstas sean válidas, el contrato debe ser firmado por todos los contratantes. Esto a fin de garantizar que el adherente ha emitido un consentimiento válido, libre y consiente sobre los extremos contractuales.

De fondo, el orden público de protección interviene imponiendo el deber de actuación diligente y leal en cuanto a la promoción y publicidad de los diferentes productos que se ofertan en el mercado, de manera que los consumidores no sean engañados y facilitando a estos la posibilidad de exigir información sobre los productos o bienes que van a comprar o el asunto sobre el que van a otorgar consentimiento; trata de impedir que el consumidor se vea obligado a aceptar o suscribir cláusulas que contienen obligaciones contrarias a la buena fe y que rompan el equilibrio prestacional.

### 3.- OPERATIVIDAD DE LA CLÁUSULA *REBUS SIC STANTIBUS*

El término *rebus sic stantibus* es una expresión latina que viene a significar “estando así las cosas” y que se refiere al principio de derecho según el cual, las condiciones, cláusulas y estipulaciones recogidas por las partes en un contrato, son las concurrentes al momento de la celebración del mismo.

Su origen se remonta a la *summa* teológica de Santo Tomas de Aquino; recogido y desarrollado por el derecho canónico en un pasaje de la obra de Cicerón y posteriormente en





el *Decretum* de Graciano, según el cual “el deudor no está obligado a restituir la espada al acreedor que, en ínterin, ha perdido la razón”; decían los canonistas que la eficacia de los contratos se proyecta al futuro, considerándose celebrado con la condición implícita de que las cosas permanezcan en el mismo estado en que se encontraban al momento de su celebración; los post glosadores –especialmente Bartolo y Baldo de Ubaldis– generalizaron esta idea canónica.

En el siglo XVII y XVIII formó parte del *usus modernus pandectarum* y de la doctrina del derecho natural, casi desapareciendo en el siglo XIX ante el auge de las teorías de la voluntad. Los tratadistas y tribunales franceses, durante la elaboración del Código Napoleónico y hasta la codificación francesa de 1804 fueron reacios a su inclusión en el *Code Civil*, circunstancia que explica su ausencia en el Código Civil Español de 1889<sup>15</sup>.

Finalizada la primera guerra mundial, en 1921, el jurista alemán Paul Oertmann (1865-1938) recupera la doctrina de la presuposición o “doctrina de los presupuestos”<sup>16</sup> que había ideado Bernhard Windscheid, y la adapta a la base del negocio con el fin de hacer frente a la difícil coyuntura económica que vivía Alemania en esos momentos.

El derecho consuetudinario francés la incluía en los contratos de tracto sucesivo o con relación diferida en el tiempo; posteriormente se le consideró implícita en los contratos por voluntad de los contratantes; es decir, que cada contrato ya contenía una cláusula que permitía la modificación del contrato en caso de que cambiaran las circunstancias iniciales a la celebración del mismo.

El Tribunal Supremo español, con posterioridad a la Guerra Civil (1936–1939), recupera la doctrina de manera rigurosa, formalista y exorbitante, estableciendo en la STS 1º de 17 mayo 1957, los requisitos que se deben dar para su reconocimiento y aplicación, los cuales han sido reiterados en las SSTS 25 enero 2007, 21 febrero 2009 y 27 abril 2012; el tratamiento rigorista y formalista ha llevado a que se plantee la regla sólo subsidiariamente, como una pretensión de defecto para aquellos casos en que las pretensiones principales no sean admitidas o como un complemento de ellas.

---

<sup>15</sup> AMUNATEGUI RODRIGUEZ, Cristina de, *La clausula rebus sic stantibus*, editorial tirant lo blanch, Valencia. 2003, pág. 31 ss.

<sup>16</sup> MARTINEZ VELENCOSO, Luz María, *La alteración de las circunstancias contractuales*, editorial thomson civitas, Madrid, 2003, pág., 31 ss.

Es necesario tener en cuenta que la jurisprudencia originaria sobre la *rebus sic stantibus* se conformó después de la Guerra Civil y que por tanto estuvo condicionada por su desenlace; claro antecedente de ello fue la Ley de 5 de noviembre de 1940 sobre “contratación en zona roja” que permitía anular y/o modificar los precios de contratos de suministro y de obra de los celebrados en lugar sometido a la dominación roja, después del 18 julio 1936; para resolver éstas cuestiones, se estableció un tribunal especial radicado en Madrid, cuya función era revisar y resolver los contratos al amparo de la *rebus sic stantibus*, pero exclusivamente para los vencedores de la Guerra Civil; de ahí el sesgo que se refleja en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, a pesar de que las circunstancias sociales y económicas actuales son otras.

En España, se recoge la regla como principio general en el Fuero Nuevo de Navarra, Ley 43 párrafo tercero, destacando su similitud con respecto a las exigencias del Tribunal Supremo para la aplicación de la regla *rebus sic stantibus*.

En general, los contratos se firman con la convicción y casi seguridad de que ambas partes cumplirán lo prometido; se asume un riesgo de incumplimiento que en ocasiones se recoge expresamente en el contrato o en otras, por conocimiento y confianza entre las partes, sencillamente se entiende implícito en el mismo. Son riesgos que más o menos se asumen, por entenderse implícitos en el riesgo contractual que la participación en el tráfico comercial normal asigna a las partes.

El problema se plantea cuando, en la ejecución de aquellos contratos denominados de tracto sucesivo, es decir, de ejecución y cumplimiento a largo plazo o durante largos periodos de tiempo, surgen situaciones que, siendo imprevisibles, tienden a modificar, de manera excesivamente onerosa las prestaciones contractuales; debiéndose entonces indagar si las partes han previsto fórmulas que permitan corregir tal eventualidad, o si por el contrario, nada han establecido al respecto; ante éste vacío es necesario determinar cual de las dos partes debe soportar la pérdida patrimonial que tal eventualidad produce, y además algo muy importante, si tal eventualidad ha podido ser prevista por alguna de ellas.

Ahora bien, entre la disyuntiva planteada de respetar un principio constituido como piedra fundamental del sistema contractual español y aplicar una regla recogida jurisprudencialmente sin asentamiento definitivo dentro del ordenamiento, los tribunales en la resolución de conflictos contractuales optan por aplicar otras figuras jurídicas, afines o parecidas a la regla *rebus sic stantibus* y que vienen a cumplir de manera similar la misma función, entre estas,

por ejemplo las normas sobre el error, las normas sobre la imposibilidad sobrevinida o la causalización de motivos.

En el ordenamiento de nuestro entorno son varias las instituciones jurídicas que intentan resolver este asunto, entre las más relevantes tenemos:

### **1. Teoría de la presuposición.**

Fue elaborada por el jurista Alemán Bernhard Windscheid (1817-1892) sobre el siglo XIX. En esa época era propio que los efectos declarados se correspondieran con los que realmente querían los contratantes, es el tiempo en que prevalece el dogma de la voluntad. Esta teoría diferencia la voluntad real, que permanece oculta, y la voluntad declarada; se le critica por el subjetivismo y la inseguridad jurídica que provocaría su aceptación; y porque admitirla, sería desconocer el principio de la fuerza obligatoria de los contratos, en el sentido de que los contratantes se obligan a todo lo que resulte del contenido del mismo, además considera irrelevantes las circunstancias que no se han expresado en el contrato o que puedan deducirse de él, vía interpretación.

La importancia de esta teoría radica en que puso de manifiesto la posible relevancia jurídica de aquellas circunstancias que, sin ser incorporadas al contrato, han llevado a las partes a la realización del mismo. En el ordenamiento español no tiene acogida, aunque se mencione en alguna sentencia (STS 17 mayo 1986).

### **2. Teoría de la imprevisión.**

Tiene origen en el Consejo de Estado Francés al resolver sobre los conflictos generados por los contratos de servicios públicos de larga duración; esta jurisprudencia se trasladó al ámbito civil, buscándole acomodo dentro de la rigidez del principio *pacta sunt servanda* y el respeto a la autonomía de la voluntad. Los tribunales administrativos acogen el principio del riesgo imprevisible que conlleva una distribución del riesgo entre las partes; al trasladar estas consideraciones al ámbito civil, se modifica este principio por el del riesgo previsible, en el sentido de que cada una de las partes debe soportar sus riesgos.

Esta teoría tienen como principio fundamental la fidelidad contractual entre las partes y la fuerza obligatoria de los contratos, sólo siendo admisible la liberación contractual en aquellos casos en que, de manera imprevisible, sobrevinieren circunstancias extraordinarias para las partes, es decir, que una vinculación contractual inicialmente querida, por efectos de circunstancias imprevisibles, se modifica, convirtiéndose en una relación extracontractual

imprevista e imprevisible para las partes<sup>17</sup>. Los tribunales civiles franceses sólo admiten la fuerza mayor como causa de liberación contractual. Esta teoría no ha tenido acogida en los tribunales españoles.

### 3. Teoría de la excesiva onerosidad de la prestación.

Esta teoría básicamente establece que durante la ejecución del contrato se pueden producir acontecimientos que una de las partes diligentemente no ha podido prever; ni su acaecimiento, gravedad o duración; y que una vez ocurren, generan desequilibrio prestacional, haciendo la prestación más onerosa o por el contrario depreciándola hasta el punto de hacerla innecesaria, pero conservando el valor acordado por las partes; se recoge en el Código Civil italiano (artículos 1467 ss.).

La excesiva onerosidad tendría reconocimiento cuando los acontecimientos son extraordinarios e imprevisibles, superando en todo caso el aleas o riesgo normal que asumen las partes al celebrar un contrato y específicamente los riesgos que se producen durante la ejecución y que provocan la excesiva onerosidad contractual, agravando de manera desproporcionada la prestación del deudor.

Con respecto a la imprevisibilidad, dice la doctrina que debe observarse si las partes han establecido alguna disposición expresa al momento de contratar, para en caso contrario, realizar una interpretación objetiva que permita establecer si, colocando en relación la situación económica y social del momento con los acontecimientos surgidos, estos han sido determinantes en la creación de la alteración prestacional.

Cuando esto ocurre, la parte que debe cumplir, puede demandar del juez la resolución del contrato, siempre y cuando no haya incumplido previamente o se haya constituido en mora; si el juez estima la demanda de resolución, ésta tendrá efectos *ex nunc* (a partir de ahora). La contraparte, para evitar la resolución, puede plantear una modificación equitativa del mismo, liberando al deudor de la excesiva onerosidad; el juez en este caso, sólo valorará que esa oferta modificatoria sea idónea para solventar la excesiva carga prestacional, colocando las prestaciones en un punto de equilibrio, y dentro del aleas normal del mismo, sin que lo exceda.

La doctrina y la jurisprudencia italiana plantean hoy que el fundamento de la resolución del contrato por excesiva onerosidad se encuentra ligado a su causa, entendida ésta como la función económica y social que pretendía colmar o llenar entre las partes.

---

<sup>17</sup> DIEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos del Derecho Patrimonial II, Las Relaciones Obligatorias*, 6ª edición, editorial thomson civitas, Madrid, 2008, pág. 1061.

Se crítica esta teoría pues sólo resuelve aquellos supuestos en que las circunstancias sobrevenidas conllevan una modificación o reequilibrio de las prestaciones entre las partes, sin tener en cuenta aquellos supuestos en los cuales la finalidad objetiva del contrato se hace inalcanzable porque las prestaciones han perdido su sentido, aunque las partes sigan conservando el equilibrio económico<sup>18</sup>.

#### **4. Teoría de la base del negocio.**

Esta figura ha sido objeto de análisis durante largo tiempo, sobre todo por la doctrina alemana, desde que el jurista Bernard Windscheid construyera la doctrina de los presupuestos que posteriormente fue recogida por su discípulo Paul Ernest Wilhelm Oertmann y publicada en 1921 bajo el nombre de la “base de negocios”; doctrina que fue adoptada en lo sucesivo por la Corte Suprema Alemana.

Se define como “la representación de una de las partes, manifestada al concluir un negocio y reconocida y no rechazada en su significación por la otra, o la representación común de las diversas partes sobre la existencia o la realización de ciertas circunstancias sobre cuya base se construye la voluntad negocial”<sup>19</sup>. Se diferenció fundamentalmente de la teoría de la presuposición en que la base del negocio debía ser común a ambos contratantes, excluyendo las representaciones mentales y expectativas de una sola de ellas.

Posteriormente Karl Larenz, distingue en la base del negocio dos sentidos; un sentido objetivo compuesto por las circunstancias que deben darse para que el contrato pueda presentarse como una regulación coherente entre las partes, es decir, circunstancias que determinan la regulación dotada de sentido, fin y objeto. En esta base objetiva puede ocurrir que se produzca la destrucción o alteración de la relación de equivalencia prestacional, teniendo en cuenta el riesgo o aleas normal que asumen las partes; cuando la alteración es de mucha trascendencia, impidiendo incluso considerar el contrato como una relación bilateral, con intercambio prestacional equilibrado o el convenido, esta base se considera destruida; puede ocurrir también que se presente una imposibilidad que no permita alcanzar el fin del contrato, perdiéndose el sentido o deseo originario, aunque la prestación se pueda cumplir; es el resultado que espera una de las partes el que no puede alcanzarse, por lo que el contrato carecería de fin u objeto.

---

<sup>18</sup> DIEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos del Derecho Patrimonial II*, ... op. cit., pág. 1062.

<sup>19</sup> AMUNATEGUI RODRIGUEZ, Cristina de, *La clausula sebus sic stantibus*, ...op. cit., pág. 71 ss.



Y una base del negocio en sentido subjetivo que comprende aquello que cada una de las partes se ha representado; circunstancias que coinciden cuando se concluye el contrato y que han sido determinantes para celebrarlo, en el sentido de que su inexactitud abocaría a su no realización o al menos, a su realización pero en otros términos. Se trataría de aquellas circunstancias que se consideran existentes al momento de celebrar el contrato o al menos se espera que subsistan durante su ejecución. La base subjetiva lleva a la consideración de que las partes han incurrido en un error recíproco sobre los motivos que les llevan a contratar.

Dos manifestaciones que se derivan de la doctrina de la base del negocio, son la ruptura de la equivalencia de las prestaciones y la frustración del fin del negocio; ésta sostenía que cuando el negocio, desde su origen, carece de sentido, finalidad y objeto o se presenta pérdida sobrevenida de estos, no debe ser exigible el mantenimiento del contrato. Es la denominada reserva virtual que las partes consideran inmanente a su voluntad y a las declaraciones contenidas en el contrato, que sin haber sido excluida expresamente del convenio, permite resolver la relación obligatoria si ésta, sobrevenidamente, ha perdido el sentido, la finalidad y el objeto<sup>20</sup>.

Se dice que existe una cláusula implícita en todos los contratos que obliga a su cumplimiento mientras las cosas continúen así. Según la doctrina, tal fundamentación es insatisfactoria por cuanto trata de insertar en una cláusula tácita la voluntad de las partes, de ahí que se ponga en entredicho que a esa reserva tácita se le pueda considerar o denominar como cláusula. Además, sostienen que la formulación es demasiado vaga por cuanto se ha limitado a establecer que los contratos de tracto sucesivo se entenderán concertados mientras las cosas continúen así, sin detallar cuáles contratos se deben someter a ella, ni cuáles son las cosas que deben permanecer inalterables, ni los efectos que en el contrato se asignen cuando aparezcan las circunstancias modificativas.

## **5. La modificación sobrevenida de las circunstancias contractuales en el Derecho español.**

En épocas normales, las personas con el fin de satisfacer unas necesidades celebran contratos, en ellos recogen una serie de condiciones, las esenciales que exige la ley para dar forma legal al mismo y las condiciones que las partes consideran relevantes para su ejecución, es decir, establecen un marco inicial que los vincula; en éste se incluyen los riesgos normales, las posibles circunstancias que consideran pueden afectar la relación contractual; pero es posible, que algunas circunstancias escapen al control y a la previsión de una o de las dos partes, originando posteriormente un desequilibrio prestacional y con ello un conflicto contractual.

---

<sup>20</sup> DIEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos del Derecho Patrimonial II*, ... cit., pág. 1063.

En situaciones de anormalidad social, política, económica o natural, una de las partes, aún queriendo mantener esa fidelidad contractual, no puede cumplir con la prestación correspondiente por una imposibilidad sobrevenida, imprevista y que se encuentra fuera del aleas normal del contrato suscrito y cuya exigencia puede considerarse injusta; de ahí las teorías que básicamente se han reseñado y que, con respecto al ordenamiento español, tiene como punto de partida relevante la STS de 30 de junio de 1948, conocida como el caso de la calle de la industria o “Más c. Carsi”<sup>21</sup>, cuyo fallo se sustenta en la regla *rebus sic stantibus*.

## 6. **Ámbito de aplicación.**

Existe consenso en el sentido de que debe tratarse de contratos de ejecución diferida en el tiempo, contratos onerosos, es decir, en los que exista reciprocidad de prestaciones.

### 6.1. Contratos de ejecución prolongada en el tiempo o de ejecución diferida.

Los contratos de tracto único son aquellos cuya prestación se cumple generalmente de forma inmediata, es decir, coinciden la conclusión del contrato con la ejecución, por lo que plantear que luego ha devenido una causa extraordinaria sobrevenida e imprevisible sería un alegato fuera de toda lógica, por tratarse de una prestación que ya se cumplió, con lo que se rompe con una de las exigencias de aplicabilidad de la regla *rebus sic stantibus*; además, y en este caso, se estaría atentando contra la seguridad jurídica, porque sería abrir espacio a la revisión de contratos ya ejecutados. No obstante, se admite su análisis en aquellos contratos de ejecución instantánea, pero que su cumplimiento se posterga para un momento posterior o futuro (SSTS 10 febrero 1997 y 15 noviembre 2000 entre otras, que analizan la *rebus sic stantibus* pero niegan su reconocimiento y aplicación).

El elemento esencial es el tiempo que media entre la perfección y la ejecución, con independencia de cual sea la parte obligada al cumplimiento, siendo imprescindible que la obligación diferida sea la principal y que se encuentre pendiente de ejecución, en todo o en parte.

Se diferencia entre aquellos contratos de ejecución continuada, en los cuales las prestaciones se van cumpliendo sin solución de continuidad, es decir, de manera progresiva desde el inicio del contrato hasta el fin del mismo, los contratos de ejecución periódica o de tracto sucesivo en los cuales las prestaciones se van cumpliendo de manera escalonada o por intervalos de tiempo y los contratos de ejecución diferida en los que se cumple con la prestación en un momento posterior al de la conclusión del contrato.

---

<sup>21</sup> DIEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos del Derecho Patrimonial II*, ... cit., pág. 1062.



Algunas sentencias del Tribunal Supremo han admitido la aplicación de la regla *rebus sic stantibus* en los contratos de ejecución periódica o continuada como el de agencia, los arrendamientos, el depósito, contrato de suministro, compraventas con cumplimiento de la obligación a tiempo diferido, contratos de explotación, y cualquier otro que implique prolongación en el tiempo de la prestación principal, entre otras las SSTS 27 junio 1984 y 28 enero 1970. También en los contratos de ejecución diferida como la franquicia, contratos de viajes, transacción, factoring e incluso ha mencionado las obligaciones accesorias al derecho de servidumbre.

## 6.2. Contratos aleatorios.

La doctrina ha señalado que los contratos aleatorios están excluidos del ámbito de aplicación de la regla *rebus sic stantibus*. La jurisprudencia analiza de manera aislada la aleatoriedad, pero sólo con respecto a los contratos en los que interviene el Estado, en los cuales el contratista asume el riesgo y ventura durante la ejecución del mismo, es decir, éste puede ganar más o ganar menos, incluso perder por cálculos mal realizados o por el advenimiento, durante la ejecución, de circunstancias imprevistas; a esto se refiere, entre otras, la STS 24 enero 1984. La condición de aleatorio significa que una de las partes asume el riesgo que lleva implícito este tipo de contratos; desde la celebración del mismo, las partes no tienen claro si les reportará ganancia o pérdida. (Real Decreto Legislativo 2/200, de 16 de junio, Texto Refundido de la Ley de Contratos de Las Administraciones públicas).

## 6.3. Contratos conmutativos y contratos unilaterales.

En principio, según la doctrina y la jurisprudencia, parece que sólo a los contratos conmutativos sería aplicable la regla *rebus sic stantibus*; no obstante, algunos autores consideran no necesaria la bilateralidad, ni la onerosidad, con lo que abren la puerta a la aplicación de la misma a los contratos unilaterales.

Las normas que regulan las condiciones generales de la contratación y el derecho de los consumidores, al estar inspiradas en principios como la buena fe, la lealtad contractual y el equilibrio prestacional, sirven como marco de valoración de la introducción en el contrato de posibles cláusulas abusivas; en este tipo de contratos la distribución del riesgo se determina a partir de lo que hayan establecido las partes, teniendo en cuenta además las limitaciones que las condiciones generales y el derecho de los consumidores establecen cuando definen y reconocen como posible la incorporación de una cláusula abusiva<sup>22</sup>.

---

<sup>22</sup> ALBALADEJO, Manuel, *Derecho Civil, Tomo II, Derecho de Obligaciones*, 12ª edición, editorial edisofer S.L, Madrid, 2004, pág. 426 ss.



En las obligaciones generadas fuera del ámbito contractual, la regla *rebus sic stantibus* ha sido aceptada en casos puntuales, siendo interesante la STS 14 febrero 1976, que permitió, haciendo referencia explícita a ella, una actualización por devaluación monetaria de una pensión alimenticia por separación conyugal.

### **7. Fundamento técnico jurídico de la regla *rebus sic stantibus***

El Derecho histórico español, desde el Ordenamiento de Alcalá (1348), posteriormente en la Novísima Recopilación (1805) y además, por la influencia del Código Civil Francés o Código Napoleónico (1804), proclama el principio de la autonomía de la voluntad en la contratación, lo que originó que la regla *rebus sic stantibus* no fuese acogida en el ordenamiento francés ni posteriormente en el español.

El Código Civil recoge casi de manera ilimitada, sino obligatoria, la fuerza contractual de lo pactado por las partes; el artículo 1091 CC establece que “[l]as obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes y deben cumplirse al tenor de los mismos”, es decir, que los pactos, cláusulas o condiciones recogidos en el mismo deben cumplirse de manera exacta, siempre y cuando se respeten los límites que la misma ley establece en el artículo 1255 CC.

Según el principio *pacta sunt servanda*, una vez celebrado el contrato, no podrá alterarse, ni dejarse sin efecto el contenido del mismo, salvo en los supuestos tasados que la misma ley permite. La situación actual es que esa consideración se encuentra a bastante distancia de la realidad contractual de nuestros días, en que las partes, aunque intervienen en el momento de celebrar el contrato, éste no se determina por su propia iniciativa.

En general, los ordenamientos jurídicos que consideran la prevalencia de la autonomía de la voluntad privada y el principio *pacta sunt servanda* como los ejes de su sistema contractual, son reacios a admitir la revisión o resolución de las condiciones contractuales inicialmente pactadas, cuando surgen circunstancias extraordinarias e imprevisibles que dificultan el cumplimiento de las prestaciones.

La doctrina española ha considerado que el reconocimiento y aplicación de la regla *rebus sic stantibus* puede tener respaldo jurídico en diversas teorías, entre ellas, la doctrina de la causa, la teoría del contrato leonino, la teoría del enriquecimiento injusto y sin causa, el error sustancial en la contratación (aunque éste debe ser inicial), la equidad, la buena fe, la reciprocidad de derechos y deberes, la doctrina del riesgo imprevisible, la teoría de la base del negocio; éstas teorías plantean problemas de encaje dentro de los requisitos y elementos exigidos por el Tribunal Supremo para el reconocimiento y aplicación de la regla.



Otro sector doctrinal estima, que el problema radica en la concepción del contrato recogida en el Código Civil, en el cual prevalece la voluntad de las partes, lo que estas hayan acordado y a lo que deben estar y someterse.

En los diversos pronunciamientos del Tribunal Supremo sobre el tema, ha destacado siempre su carácter excepcional, ante todo por el posible atentado a la seguridad jurídica y a la fuerza obligatoria de los contratos, de ahí sus cautelas a la hora de reconocerla (STS 20 febrero 2001); en otras sentencias se le reconocen ciertos efectos, pero se restringe su aplicación, a la vez que se proclama el principio *pacta sunt servanda* (STS 26 marzo 1963); en otras, se rechaza de manera contundente su aplicabilidad (STS 21 Octubre 1958).

No obstante, es necesario decir algo con respecto a la buena fe y la equidad, porque sobre estas figuras se han pronunciado en repetidas ocasiones los tribunales españoles, reconociéndoles una posible justificación para aplicar la regla *rebus sic stantibus*; así mismo, es necesario hacer algún apunte, de manera breve y superficial, sobre la doctrina de la causa y del equilibrio contractual<sup>23</sup>.

#### 7.1. La buena fe.

Con fundamento en la buena fe y en la equidad, en algunos supuestos, se ha planteado la excepción del principio *pacta sunt servanda* y de la seguridad jurídica tan recurrida para desestimar la aplicación de la *rebus sic stantibus*.

La buena fe ha adquirido en los últimos años una importante relevancia en todos los ámbitos contractuales, desde la *lex mercatoria*, la protección de los consumidores y usuarios, hasta el control de contenido de las condiciones generales de contratación y las cláusulas no negociadas en los contratos con consumidores, en las que debe prevalecer este principio.

Dice el artículo 1258 CC que “[l]os 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”.

Esta norma ha permitido elaborar un concepto objetivo de la buena fe, lo que ha sido reconocido por los tribunales para afirmar la aplicabilidad de la *rebus sic stantibus*, aunque luego, por el rigorismo de los requisitos exigidos para ello, niegue su reconocimiento

---

<sup>23</sup> DIEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos del Derecho Patrimonial II*, ... cit., pág. 1067.

efectivo. Se dice objetivo porque no indaga sobre lo que dijeron o quisieron los contratantes, sino en cual es la función del contrato en sí mismo, partiendo del análisis de lo que no han previsto las partes, del posible reparto del riesgo, según la conducta sea o no conforme a la lealtad y a la honestidad de los contratantes.

En materia de obligaciones, el concepto de buena fe se entiende como aquellas reglas de conducta, que sin estar escritas, son conocidas por todos, obedecen a principios éticos existentes en determinada sociedad. Cada contratante espera una actuación correcta, leal, honesta de su contraparte; éste comportamiento se espera en la fase precontractual como criterio de interpretación, y además en la fase ejecutiva como fuente de integración del contrato; ésta última consideración, para la doctrina esta fuera de toda duda, no obstante, al no existir una norma específica que le reconozca ese criterio integrador, la buena fe como principio general, será el medio mediante el cual se solventen las lagunas del contrato y se pueda así distribuir el riesgo de manera equitativa entre las partes.

El Tribunal Supremo ha promulgado sentencias en las que define la buena fe con criterio objetivo, integradora del contrato; y en otras, con criterio simplemente interpretativo, entre ellas las SSTS 16 noviembre 1979, 26 octubre 1995 y 10 febrero 1997. Frente a ésta posición jurisprudencial, también existe otra que establece una relación directa entre los artículos 1258 CC, el artículo 1901 CC, con el principio *pacta sunt servanda*, manteniendo la fuerza obligatoria del contrato, así la SSTS 14 diciembre 1940, 31 octubre 1963 y 21 febrero 1990. Son importantes los pronunciamientos referidos a la buena fe que se exige a fin de evitar el probable riesgo, entre ellas las SSTS 17 noviembre 2000, 15 noviembre 2000 y 1 junio 2010, que aunque analizan el reconocimiento de la regla *rebus sic stantibus*, niegan su aplicación.

## 7.2. La equidad.

La figura jurídica de la equidad permite, por un lado justificar la intervención del juez en el contrato –o de las partes si fuese preceptivo- aún en contra del principio *pacta sunt servanda*, es decir, excepcionando el respeto a la voluntad de los contratantes; y por otro, como un medio que permite restablecer el equilibrio contractual a través de la reducción o equiparación de las prestaciones de manera equitativa.

El Código Civil recoge la figura en el artículo 3.2, estableciendo que “[l]a equidad habrá de ponderarse en la aplicación de las normas, si bien las resoluciones de los Tribunales sólo podrán descansar de manera exclusiva en ella cuando la ley expresamente lo permita”, pero solamente cuando una ley lo permita y parece que a día de hoy esa ley no existe; por ello las

referencias jurisprudenciales a ella generalmente han sido de rechazo frente a la admisión de lo dicho con respecto a la buena fe del artículo 1258 CC.

### 7.3. La causa y el equilibrio contractual.

Para que exista un contrato se requieren consentimiento, objeto y causa, según el artículo 1261 CC, interesando a efectos de la regla *rebus sic stantibus*, las consideraciones doctrinales y pronunciamientos jurisprudenciales que sobre la causa se han realizado; sólo nos es permitido hacer una aproximación muy superficial, sobre todo teniendo en cuenta el sentido objetivo de ella<sup>24</sup>.

Los negocios persiguen una finalidad económica y social, que se concreta objetivamente en un intercambio de prestaciones y se prolongan durante la etapa de ejecución del contrato, especialmente en aquellos de larga duración o de ejecución diferida; ésta finalidad es por tanto independiente de los deseos, de las creencias subjetivas de cada uno de los contratantes; se excluye cualquier discusión o consideración en este apartado de los motivos que han llevado a las partes a celebrar el negocio.

El artículo 1274 CC dispone que “[e]n los contratos onerosos se entiende por causa, para cada parte contratante, la prestación o promesa de una cosa o servicio por la otra parte; ...”; en este precepto se suele fundamentar la pretensión de aplicación de la regla *rebus sic stantibus*<sup>25</sup>.

En los contratos onerosos se parte desde una aparente posición de equilibrio prestacional; las partes, al establecer las prestaciones recíprocas, han configurado el llamado sinalagma contractual; éste generalmente no es perfecto, porque las partes en su libertad de contratar, han asumido los riesgos propios del tráfico comercial, mercantil o patrimonial, los cuales pueden ocasionar desequilibrios en una u otra prestación.

El sinalagma genético considera el momento de la perfección del contrato como aquel acto en que pueden existir vicios, sea por falta o por ilicitud de la causa, y que por tanto producirían la nulidad del mismo. El sinalagma funcional hace referencia a la relación contractual, siendo el contrato inicialmente válido pero que, en la ejecución, puede resolverse, sea por incumplimiento de una de las partes, sea por alguna imposibilidad sobrevenida o por una excesiva onerosidad en el cumplimiento de la prestación.

<sup>24</sup> DIEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos del Derecho civil Patrimonial I*, ... cit., pág. 168 ss.

<sup>25</sup> MARTINEZ VELENCOSO, Luz María: “Derecho de superficie y cláusulas *rebus sic stantibus*”, *Revista de Derecho Patrimonial*, N° 8, 2002-1, págs. 211 y ss.



El equilibrio contractual, en lo que nos interesa, se rompe cuando durante la ejecución, circunstancias imprevistas y sobrevenidas, hacen más onerosa o gravosa la prestación de una de las partes, lo que implica que el resultado que se perseguía con el contrato, es decir, la finalidad económica del mismo, es imposible o difícilmente realizable, por lo que es necesaria la intervención judicial a fin de restablecer el equilibrio contractual o prestacional roto, planteamiento que nos aproxima a la consideración del maestro Larenz sobre la desaparición de la base del negocio.

Algunas sentencias consideran que la causa se prolonga durante la vida y ejecución del contrato y otras por el contrario le niegan esa finalidad; entre ellas se pueden citar las SSTS 14 diciembre 1940 y 5 junio 1945 que establecen la causa como requisito inicial del contrato. Las SSTS 8 febrero 1993 y 20 abril 1994 reconocen que la causa puede ser alterada durante la ejecución del contrato, especialmente cuando se alega la desaparición de la base del negocio o la frustración del fin del contrato por circunstancias imprevistas que han roto el equilibrio prestacional.

#### 7.4. Imposibilidad de cumplimiento de la prestación.

Cuando las partes han perfeccionado el contrato, se obligan al cumplimiento de unas prestaciones recíprocas, en algunas ocasiones, éste requiere un esfuerzo superior al inicialmente previsto, lo que cabría dentro del aleas o riesgo normal que asumen las partes al contratar y cuya corrección les corresponde, al permitírseles incluir en el contrato todo tipo de cláusulas y condiciones; pero puede ocurrir que sobrevengan circunstancias extraordinarias e imprevisibles que originen el incumplimiento del contrato, pudiendo ser éste, total o parcial, con origen objetivo o subjetivo.

Procede entonces analizar si éstas circunstancias imprevisibles le pueden ser imputadas al deudor o no, para de esa manera, determinar si la obligación continúa vigente o si por el contrario se libera de ella; o en que medida, teniendo en cuenta la dificultad de cumplimiento, la correspondiente exigencia de pago por parte del acreedor pueda considerarse contraria a la buena fe o a la equidad.

Cuando se presenta esa dificultad de cumplimiento, según la doctrina, podría invocarse la aplicación de la regla *rebus sic stantibus*, pero a efectos de revisión del contrato a fin de equiparar las prestaciones a la original onerosidad, y sólo en caso de que ésta no fuere posible, la relación contractual debería extinguirse.



#### 7.5. El error.

El Código Civil permite invocar la anulabilidad del contrato cuando adolece de vicios del consentimiento, entre éstos el error y especialmente el error considerado relevante, que debe ser esencial e inexcusable, específicamente aquel que incide sobre la substancia, sobre las condiciones de la cosa, o sobre la persona, sin dar cabida a otra clase de error, en especial a aquellos que afecten a los motivos.

El error, en el ordenamiento español, sólo puede invocarse cuando las circunstancias modificativas son anteriores al momento de perfección del contrato, si son posteriores, se excluye el alegato del error como vicio del consentimiento.

Para valorar la importancia del error se debe atender a la especial naturaleza del negocio y a la conducta de cada uno de los contratantes según el principio de la buena fe (artículo 1258 CC). El error tiene como consecuencia la insatisfacción del contratante que lo sufre, también la ruptura del equilibrio de las prestaciones, según se habían establecido por las partes; ahora, cuando el error es irrelevante, se traducirá en un problema de reparto de riesgos.

#### 7.6. La rescisión por lesión.

Ésta figura también ha servido en algunas ocasiones para fundamentar la solicitud de aplicar la regla *rebus sic stantibus*, siendo el Código Civil bastante restrictivo en éste sentido al tasar los supuestos de aplicación. En todo caso, la rescisión afectaría a la formación u origen del contrato, en lo que se ha dado en llamar el sinalagma genético, mientras que la onerosidad sobrevenida actuaría, como un vicio de la causa, en la ejecución del contrato, que sería el sinalagma funcional.

#### 7.7. La fuerza mayor.

La imprevisibilidad es el único elemento que acerca la regla *rebus sic stantibus* a la fuerza mayor, porque en los efectos no coinciden. La fuerza mayor libera totalmente del cumplimiento prestacional; todo el riesgo lo asume uno de los contratantes, opera de forma automática. En la *rebus sic stantibus* se produce es la revisión del contrato, repartiendo por tanto el riesgo y además, su aplicación debe ser invocada por la parte perjudicada.

#### 7.8. El caso fortuito.

Con respecto al caso fortuito del artículo 1105 CC, los caracteres de éste son la imprevisibilidad y la inevitabilidad. Un acontecimiento es imprevisible cuando la observación de la realidad no permita anticipar que ese acontecimiento ocurrirá o que tendrá unas



consecuencias que puedan afectar la relación contractual. La inevitabilidad hace referencia a la incapacidad para impedir que un acontecimiento tenga lugar o que produzca consecuencias perjudiciales. Son estos dos los requisitos que exige la jurisprudencia para reconocer la aplicación de la regla *rebus sic stantibus*.

Sea cual sea la ubicación jurídica que se le dé a la regla, será conveniente establecer, dentro del ordenamiento positivo, los cauces jurídicos a través de los cuales se pueda invocar, reconocer y aplicar.

### **8. Presupuestos de aplicación de la regla *rebus sic stantibus***

Los tribunales españoles, consecuentes con el origen dogmático francés, su defensa a ultranza del respeto a la palabra dada, a lo convenido inicialmente por los contratantes y a las doctrinas voluntaristas, han procurado mantener la fuerza obligatoria del contrato y el respeto del principio *pacta sunt servanda*.

A través de pronunciamientos jurisprudenciales se ha ido moldeando la regla *rebus sic stantibus*, estableciendo una serie de presupuestos necesarios para el posible reconocimiento de ésta; éstos presupuestos se recogen en diversas sentencias del Tribunal Supremo, siendo relevantes las SSTS 17 mayo 195, 6 junio 1959 y 28 diciembre 2001.

La diversidad y cantidad de requisitos ha llevado a algunos autores a sistematizarlos distinguiendo tres clases: primero, los relativos a las circunstancias; segundo, los relativos al establecimiento de la condición; tercero, los relativos a la aplicación de esa condición, incluyendo la alteración grave de las circunstancias, las circunstancias imprevistas e imprevisibles, el aspecto extraordinaria de las mismas y que el contrato se encuentre en fase de ejecución.

Otros autores prefieren hacer enumeraciones extensas de los requisitos, ya vinculados a la regla *rebus sic stantibus* o con fundamento en la teoría de la desaparición de la base del negocio, o de la regulación sobre el cumplimiento de las obligaciones, así que entre ellos se podría citar la onerosidad excesiva, la imprevisibilidad, la desproporción exorbitante, la solicitud de aplicación de parte, no existencia de actitud dolosa ni mora entre las partes, tratarse de un contrato de larga duración y que no exista otro medio para evitar el perjuicio.

Por el contrario, existe otro sector que tiende a limitar estos requisitos, recogiendo sólo que la parte perjudicada no sea considerada culpable, que ésta carezca de otro medio que permita



solucionar el perjuicio y que la alteración sea de tal magnitud que produzca una desproporción exorbitante<sup>26</sup>. De manera sucinta veremos aquellos requisitos que ha considerado relevantes la jurisprudencia a efectos de poder reconocer y aplicar la regla *rebus sic stantibus* y las características e intensidad que requiere la invocación a efectos de revisión o resolución contractual.

### 8.1. Circunstancias imprevisibles y extraordinarias.

Las circunstancias extraordinarias e imprevisibles deben surgir, aparecer o presentarse durante la ejecución, esto es, durante el lapso de tiempo que media entre la conclusión y el cumplimiento del contrato; de ahí que se hable de circunstancias sobrevenidas, es decir, que surgen con posterioridad a la celebración del contrato y sin que se haya cumplido totalmente la prestación. Se admite la aplicación de la regla *rebus sic stantibus* cuando las prestaciones han sido satisfechas de manera parcial o cuando cumplida una prestación, la afectada por la excesiva onerosidad no se haya cumplido.

Es necesario distinguir las circunstancias que se consideran imprevisibles, entendiendo por tales, aquellas cuya representación sea imposible de manera razonable al momento de celebrar el contrato; es decir, algún suceso que pueda ocurrir entre el momento de la celebración y la ejecución del contrato, abarcando tanto hechos humanos, naturales, técnicos, económicos, normativos y políticos; lo imprevisible se acerca más a la posible previsión que puedan establecer las partes. Las circunstancias extraordinarias serían aquellas extrañas al curso normal de los acontecimientos, que no se repiten ni se presentan con frecuencia.

Para determinar que circunstancia es imprevisible y extraordinaria se recurre a la valoración de las condiciones del mercado, a la presencia o no del deber de previsión y en general a la diligencia del hombre medio, es decir, aquel no excesivamente previsor, ni especialmente imprevisor; además, debe valorarse la entidad, la dimensión, la probabilidad del suceso y el carácter específico del mismo.

El surgimiento de la circunstancia imprevisible y extraordinaria debe romper el equilibrio, la equivalencia prestacional y por tanto convertir en inservible o imposible el fin que se persigue con el negocio. La imprevisibilidad guarda relación con la asunción de los riesgos o aleas del contrato, debiéndose analizar en cada caso, si la parte que invoca la aplicación de la regla ha

---

<sup>26</sup> DIEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos del Derecho Patrimonial II*, ...cit., pág. 1065 ss.





asumido expresa o implícitamente el riesgo derivado de la relación contractual<sup>27</sup>. En este sentido son importantes las SSTs 28 diciembre 2001, 22 abril 2004 y 27 abril 2012, entre otras; en todas se analiza la imprevisibilidad, pero no se admite la aplicación de la regla *rebus sic stantibus*.

La jurisprudencia española exige la presencia de ambos requisitos; esto ha conllevado que sea absolutamente restrictiva, porque el análisis de los sucesos imprevisibles y extraordinarios, dado el carácter subjetivo de su apreciación por parte los nuestros tribunales, ha terminado por negar la excesiva onerosidad y por tanto la aplicación de la regla *rebus sic stantibus*.

## 8.2. Excesiva onerosidad – ruptura del equilibrio contractual.

Es posible que el advenimiento de las circunstancias imprevistas conlleven una absoluta imposibilidad sobrevenida del cumplimiento prestacional; o que sencillamente se trate de una alteración que pueda ser corregida con la aplicación de lo convenido por las partes en materia de riesgos o según la distribución de riesgos que hace el legislador con respecto a los contratos en particular.

Para invocar la aplicación de la regla *rebus sic stantibus*, se deben dar de manera sucesiva, el advenimiento de las circunstancias imprevistas y extraordinarias y además que, con motivo y consecuencia de éstas, se produzca una alteración económica del contrato, de manera que el cumplimiento de las prestaciones, o de aquella más onerosa, rompa la proporcionalidad entre ellas, afectando el principio de equidad y buena fe contractual; es decir, que la prestación se haya convertido tan gravosa que esté en entredicho el cumplimiento o mantenimiento hasta el final del contrato, hasta su completa ejecución.

No se trata de hacer una valoración de las condiciones subjetivas del deudor, sino de que los tribunales valoren objetivamente cuando se rompe o cuando se produce el desequilibrio contractual y analicen en función de ello, si es viable o no la aplicación de la regla *rebus sic stantibus*, que persigue o tiene como finalidad última, la tutela de ese equilibrio contractual o prestacional.

A día de hoy existe legislación que se dirige a considerar la situación de una de las partes contratantes, específicamente aquella que pretende proteger los derechos de los consumidores o aquellas normas que persiguen el equilibrio contractual de las personas que se vinculan bajo las condiciones generales de la contratación, no obstante, a éstos también les sería de

---

<sup>27</sup> ALBALADEJO, Manuel, *Derecho Civil, Tomo II, ...cit.*, pág. 463 ss.

aplicación la onerosidad sobrevenida, pues tales normas se encuentran orientadas por los principios de la buena fe, la equidad y el equilibrio entre las prestaciones.

La rotura del sinalagma contractual, producto de una excesiva onerosidad, ha llevado a la doctrina a considerar que la prestación puede sufrir un incremento en la dificultad para cumplir, así como que ha podido perder todo o parte de su valor, con lo que ya no interesaría a una de las partes. En principio, se considera que las partes son libres para contratar, aún en términos de desigualdad inicial, por lo que la búsqueda del momento en que se rompe ese equilibrio contractual debe buscarse entre el momento inicial o equilibrio inicial del contrato, y el momento en que se debe cumplir o en el que se ejecuta el mismo; en este sentido son interesantes, entre otras, las STS 28 enero 1970 y 6 noviembre 1992.

### 8.3. Aleas normal del contrato.

En los contratos bilaterales existe o puede existir un aleas normal o natural que le acompaña, riesgo que en general es asumido por las partes, sin que en muchas ocasiones puedan conocer previamente si obtendrán beneficios o pérdidas.

La primera observación que en este sentido debe hacerse, es sobre el tipo de contrato que han elegido las partes para regular el negocio que les vincula, porque será la regulación de éste, la que haga el correspondiente reparto del riesgo, ejemplo de ello es el artículo 1593 CC referido al contrato de obra.

Como segundo paso, debe observarse el contenido de las condiciones acordadas por las partes, porque lo convenido por ellas, con respecto a la asunción de determinados riesgos o acontecimientos, ha de prevalecer sobre lo establecido por el legislador y como consecuencia de ello, se negaría la aplicación de la onerosidad sobrevenida y por tanto de la regla *rebus sic stantibus* al caso. Es importante tener en cuenta que, el análisis sobre la asunción o no del riesgo, debe tener en cuenta el tipo de riesgo y el acontecimiento correlativo que le daría origen, a fin de determinar si efectivamente éste se ha producido y en que proporción, para así concluir en que grado es asumible el riesgo pactado; con respecto a este tema son importantes las SSTS 14 diciembre 1993, 29 enero 1996 y 23 junio 1997, entre otras.

En todo caso, el análisis de cada situación en particular se produce de manera muy subjetiva y casuística, lo que implica que en unos casos el exámen sobre el acaecimiento o cumplimiento de todos los requisitos sea demasiado riguroso, y en otros más flexible, lo que genera inseguridad y problemas al momento de solicitar la aplicación de la regla *rebus sic stantibus*.



## 9. El reparto del riesgo contractual

Las partes, al firmar o suscribir un contrato, están asumiendo, manifestándolo expresamente o no, un riesgo que es implícito en el tráfico comercial, es decir, el llamado aleas normal de los contratos. El legislador, con respecto a determinados negocios, hace una asignación de riesgos aplicables a la fase de ejecución del acuerdo o contrato. El Código Civil regula la liberación del deudor cuando exista imposibilidad de cumplimiento de la prestación debido a caso fortuito o fuerza mayor, en cuyo caso, el acreedor perdería, tanto el derecho a la prestación como a la indemnización correlativa; esta regla general se excepciona en aquellos casos en los que el deudor incurre en mora o cuando las partes han pactado previamente la asunción de ese riesgo<sup>28</sup>.

De manera particular, el legislador va asignando el riesgo cuando sobrevienen circunstancias no previstas por las partes, específicamente por ejemplo en los contratos de obra en caso de aumento del precio de materiales o mano de obra a través del artículo 1593 CC que impide aumentar el precio de la obra si ésta se pactó por un precio alzado; o en los contratos de compraventa a través del artículo 1478 CC que regula la responsabilidad del vendedor a sanear por evicción; o el artículo 1486 CC para el caso de los vicios ocultos o para el caso de la pérdida de la cosa; teniendo en cuenta eso si, las circunstancias y el comportamiento de los contratantes para determinar si existe o no incumplimiento o cumplimiento inexacto o una lesión del deber contractual; hasta aquí aproximadamente el aleas normal.

La situación conflictiva se genera a partir del advenimiento de circunstancias imprevisibles que sobrepasan ese aleas normal, circunstancias no previstas ni por el legislador ni por las partes expresamente y que producen una ruptura inesperada del equilibrio contractual; distinguiéndose entonces entre aquellas circunstancias que generan absoluta imposibilidad de cumplimiento de la prestación y cuyo riesgo asume el acreedor perdiendo la prestación y la correspondiente indemnización, y aquellas otras circunstancias que generan una mayor onerosidad y que nos llevan a considerar varias situaciones:

- Primera, respetar la voluntad de los contratantes manteniendo la obligatoriedad inflexible de lo pactado, exigiendo al deudor la prestación pactada, aunque ello le implique una mayor onerosidad o dificultad, con lo que el riesgo será todo suyo; exigencia fundada en el principio *pacta sunt servanda*;

---

<sup>28</sup> ALBALADEJO, Manuel, *Derecho Civil*, Tomo II, ...Cit., pág. 465.



Segunda, permitir la resolución del contrato, liberando al deudor del cumplimiento, soportando el acreedor el riesgo, con lo que perdería la prestación, salvo que se le sustituyese por la indemnización;

Tercera, reconocer la onerosidad sobrevenida en la figura de la *rebus sic stantibus*, revisando el contrato a fin de restablecer el equilibrio contractual, y con fundamento en la buena fe, realizar el reparto del riesgo entre las partes, manteniendo el contrato, pero con unas nuevas condiciones; reparto que podría alcanzarse por varias vías: por acuerdo entre las partes, por la ley o por la intervención judicial.

A nivel general, el legislador regula la imposibilidad de cumplimiento de la prestación, sin que haya establecido ninguna norma con respecto a la onerosidad sobrevenida, salvo el reparto de riesgos para los contratos en particular. El legislador puede hacer un reparto del riesgo vía leyes especiales, cuando circunstancias excepcionales y extraordinarias lo ameriten; leyes que en todo caso serán temporales y dirigidas a corregir o paliar las consecuencias de la circunstancia imprevisible, sin posibilidad de aplicación analógica ni interpretación extensiva; a éstas normas hace referencia la STS 13 junio 1944.

El legislador también hace el reparto del riesgo a través de la regulación de los diferentes tipos contractuales, previendo una serie de efectos o consecuencias en caso de que sobrevengan circunstancias imprevistas durante la ejecución del contrato; ejemplo de ello es el artículo 1593 CC que regula las incidencias futuras en el contrato de obra; los gastos a que hace referencia el artículo 19.2 de la Ley de Arrendamientos rústicos<sup>29</sup>. Así mismo es ilustrativo el artículo 1469 y ss. CC que regulan la identidad e integridad del cumplimiento contractual en la compraventa.

#### 9.1. La voluntad o acuerdo de las partes.

Se considera que éste es, y debería seguir siendo, el criterio prioritario al momento de establecer la posible distribución de riesgos derivados del advenimiento de las circunstancias imprevistas posteriores a la celebración del contrato, porque serán las partes, las que consideren que riesgos pueden asumir según el tipo de contrato y la intención inicial.

Para asumir el riesgo, las partes pueden optar por elegir un tipo contractual específico de los establecidos por el legislador y a través de los cuales se regula un negocio en concreto

---

<sup>29</sup> Ley 49/ 2003, de 26 noviembre, de Arrendamientos Rústicos. BOE» núm. 284, de 27/11/2003. (BOE-A-2003-21616).



asumiendo la regulación del mismo, por ejemplo, en los contratos de obra, los riesgos futuros se distribuirán según lo establece el ordenamiento, con lo que las partes se evitan sorpresas al futuro. La situación se complica cuando las partes no siguen el esquema del contrato elegido y prefieren ajustarlo a sus necesidades, lo que ha permitido a la doctrina controvertir la importancia de esta forma de reparto del riesgo.

También podrán los contratantes insertar cláusulas o condiciones en el contrato a fin de regular las posibles consecuencias de una imposibilidad sobrevenida, siempre hablando de contratos de larga duración y en los que las partes que intervienen están más o menos preparadas; de ahí que los profesionales dedicados a comerciar en sectores determinados, estén más preparados y por tanto la reglamentación contractual que realicen sea más minuciosa con respecto al reparto de los riesgos, que aquellas otras personas que por impreparación y/o desconocimiento, ignoren o excluyan, o ni tan siquiera aprecien, la posibilidad de establecer condiciones puntuales para el caso de situaciones futuras imprevistas.

Puede ocurrir también que la confianza generada por la contraparte sea tal, que se considere innecesario hacer menciones futuras, con lo que nos encontraríamos con una situación de interpretación sobre la cual ha sido la intención de las partes; en un primer momento, por una utilización constante y habitual de determinadas condiciones contractuales, una de ellas considera que no es necesario recoger ese extremo en el contrato, entendiéndose que existe voluntad tácita entre ellos al respecto, función que en el ordenamiento español cumple el artículo 1258 CC.

También el hecho de no incluir en el contrato condiciones o cláusulas que se consideran absolutamente reconocidas para contratos de similares características, puede llevar a la consideración de que éste se ha celebrado a todo riesgo, presumiendo que ha sido voluntad de las partes asumir ese suceso concreto; es decir, que el no recogimiento de condiciones de revisión de los contratos indicaría una asunción del riesgo; ésta posición ha sido asumida por las SSTs 15 marzo 1972 y 10 diciembre 1990 que, entre otras, aceptan la metodología del análisis económico del derecho.

Parece entonces que lo decisivo sea la voluntad de las partes al prever las posibles consecuencias de las circunstancias imprevisibles, y que en caso de que no se haya recogido o previsto nada, el riesgo lo debe asumir el contratante correspondiente.



## 9.2. La intervención judicial.

La intervención judicial se produce cuando la ley o el acuerdo convencional han fallado o no se han establecido. Será el juez el que, producto de la interpretación de las normas legales y de lo previsto o no por las partes, pueda concluir si se dan los presupuestos para aplicar la regla *rebus sic stantibus* o en su caso la onerosidad sobrevenida de la prestación, si dadas las circunstancias puede apreciarse la imprevisibilidad, determinar hasta dónde llega el aleas normal del contrato y cuándo éste ha sobrepasado el que han asumido las partes, cuándo se dan las circunstancias tan extraordinarias que hacen inviable, difícil o imposible la prestación.

La interpretación del juez tendrá carácter voluntarista si dirige su indagación sobre el contenido de la voluntad de las partes, buscando la previsión o no de la situación que se plantea o puede hacer una interpretación más objetiva bajo el criterio de la buena fe contractual.

La labor interpretativa es crucial, especialmente en aquellos casos en que las partes no han acordado nada respecto al surgimiento de las circunstancias imprevistas y que puedan dificultar la ejecución de la prestación, pues ella puede determinar si el riesgo se ha asumido por algunas de las partes o debe imputársele, o por el contrario debe acudir a la norma general del riesgo y las consecuencias de la posible onerosidad.

Otro de los parámetros que en las últimas décadas se ha presentado como de gran importancia en la labor interpretativa del juez, es el económico, y específicamente el referente a la economía del contrato, el coste de las prestaciones o el reparto de las pérdidas entre los contratantes.

La actividad interpretativa no puede consistir en reformular el contrato, sino en discernir y explicar de manera ordenada los efectos jurídicos que produce la declaración de voluntad de las partes, teniendo en cuenta todos los factores relevantes presentes en el mismo.

## 10. Análisis económico del contrato.

El reparto de los riesgos se puede llevar a cabo por las partes al momento de hacer la valoración del negocio pretendido y ellas mismas pueden individualizar las posibles consecuencias que, originadas por circunstancias imprevistas, pueden incidir en el cabal cumplimiento de lo prometido, asumiendo cada una más o menos riesgo; ésta previsión depende de la preparación, información y de la experiencia de los intervinientes, según sean operaciones de gran calado económico o sean de mínima importancia; por tanto, será el contrato el instrumento jurídico fundamental a través del cual se haga el reparto del riesgo contractual.

De lo anterior se deriva la enorme relevancia que desempeña el comportamiento leal y el acogimiento del principio de la buena fe desde los tratos preliminares; es de gran importancia en la fase previa, obtener la información necesaria sobre el negocio o vínculo contractual a contraer a fin de poder discutir y asumir el correspondiente riesgo, porque dependiendo de ésta observación, será que cada uno de los contratantes pueda decidir si contrata o no y el alcance del riesgo que asume.

Ahora bien, cuando las partes no cuentan con la suficiente información, ante todo por que una de las partes se encuentra en inferioridad de condiciones contractuales –desconocimiento o poco conocimiento de los usos mercantiles-, serán los tribunales los que hagan esa valoración del contrato y procedan a hacer el reparto del riesgo entre ellas; los jueces, en la generalidad de los casos, han optado por atribuir el riesgo a la parte que pueda disponer de mayor conocimiento e información sobre el negocio realizado y por ello se supone que se encuentra en mejor condición de prever los riesgos futuros.

Las partes quedarían obligadas a cumplir la prestación aunque circunstancias extraordinarias la hicieren más onerosa, según lo previsto inicialmente. Se trata de que una de las partes asume la totalidad del riesgo como expresión de lo que se llama la eficiencia económica, y al asumirlo, siendo consiente de ello, pondrá todo su empeño y cuidado en que circunstancias adversas no se presenten o cuando menos, tratará de incluir en el contrato cláusulas que le permitan no asumir los posibles perjuicios ante el surgimiento de tales circunstancias; es la misma postura del *pacta sunt servanda*, es decir, mantenimiento obligatorio de la fuerza del contrato tal como se pactó, es la postura que el análisis económico del derecho acoge, que defienden los neoliberales y a la que sustentan desde el artículo 38 CE.

Otra línea de argumentación en torno al análisis económico del derecho, dice que el contrato sólo será eficiente cuando el coste de la actividad es menor que el beneficio que espera obtenerse, que debe ser mayor; si el resultado contractual es inverso debido al surgimiento de circunstancias extraordinarias, entonces lo más eficiente será suspender su ejecución.

La doctrina, visto lo anterior, ha concluido que el análisis económico del contrato no ofrece una solución jurídica al problema de la excesiva onerosidad sobrevenida, pues los distintos ordenamientos en nuestro tiempo, son más proclives a propiciar la renegociación entre las partes, evitando de esta manera entrar a revisarlos judicialmente.

## 11. Efectos

Los diversos pronunciamientos del Tribunal Supremo sobre la aplicación de la regla *rebus sic stantibus*, y la doctrina mayoritariamente, han establecido que, en el ordenamiento español, la finalidad fundamental de la regla, es la revisión, y por tanto el mantenimiento y preservación de los intereses económicos del contrato, y no su resolución, pues ésta implicaría la pérdida de los derechos que se había propuesto adquirir con la celebración del negocio o acuerdo<sup>30</sup>.

Se trata de mantener el contrato en términos, aunque diferentes a los inicialmente pactados, si adecuados en cuanto al equilibrio contractual. La resolución impondría consecuencias no esperadas y pérdidas económicas para las partes contratantes; además, la posible restitución de las prestaciones podría acarrear problemas en los que se verían inmersos terceros, complicando de manera sustancial esta solución.

La posición modificadora del contrato se ha adoptado especialmente en las SSTS 10 febrero 1997, 15 noviembre 2000 y 20 febrero 2001; no obstante, algún pronunciamiento reconoce los efectos resolutorios, así la STS 23 marzo 1988; otras admiten la revisión y subsidiariamente la resolución del contrato, en éstos términos la STS 28 enero 1970.

### 11.1. La revisión.

Para que el contrato pueda ser revisado debe ser válido en todos sus extremos y elementos; con posibilidades de desplegar plenos efectos y frente al cual, no sea posible ninguna otra medida de solución, porque como se debe recordar la regla *rebus sic stantibus* es un medio de solución subsidiario frente al cual prevalece lo inicialmente establecido por las partes y la regulación para los contratos en particular; cuando las partes hayan incorporado cláusulas de revisión, en previsión del advenimiento de circunstancias modificatorias del contrato, estarán sujetas a esas condiciones de revisión o modificación contractual.

La condición renegociadora puede ser incluida y llevada a cabo por las partes o puede tratarse de una disposición legal para el tipo contractual en particular, siendo necesario tener en cuenta la solución final adoptada, es decir, si las partes han declarado la extinción de la obligación anterior y configurando una novación de la obligación principal (artículo 1203.1 CC) o sencillamente han establecido una modificación a ésta, según lo dispuesto por el artículo 1204 CC, lo que conlleva el mantenimiento de posibles obligaciones accesorias que acompañen a la obligación principal.

---

<sup>30</sup> ALBALADEJO, Manuel, *Derecho Civil, Tomo II, Derecho de Obligaciones*, ... cit., pág. 463 ss.  
DIEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos del Derecho Patrimonial II*, ... cit., pág. 1080 ss.





### 11.2. Adaptación del contrato a las nuevas circunstancias por el juez.

En el ordenamiento español, el principal escollo que ha encontrado la aplicación de la regla *rebus sic stantibus* es que le falta el apoyo normativo positivo; se ha moldeado a la luz de criterios jurisprudenciales, originando que se le analice, con más o menos detenimiento, pero de manera general, siendo descartada su aplicación, por contradecir ese otro principio, si positivo, que es el *pacta sunt servanda* recogido en el artículo 1258 CC.

Son pocos los pronunciamientos que han permitido su aplicación, siempre orientados a la revisión del contrato, a adaptar las condiciones contractuales a las nuevas circunstancias; a falta de su reconocimiento positivo, se estará al albur de la interpretación subjetiva que cada juez o tribunal haga del cumplimiento de los rígidos requisitos exigidos.

La línea doctrinal más común se inclina por la revisión contractual conforme a los principios de equidad, buena fe y por el mantenimiento del equilibrio contractual; misma línea que se sigue para el reconocimiento de la onerosidad sobrevenida y para la aplicación de la regla *rebus sic stantibus*.

### 11.3. La resolución.

Es criterio general que cuando no sea posible la revisión, ya porque las partes no hayan alcanzado un acuerdo o no sea posible lograr el equilibrio contractual por otra vía, se pueda resolver el contrato; los términos de la resolución que adopte el juez deben, en todo caso, ir orientados a respetar el equilibrio contractual, en la medida que sea posible. La jurisprudencia ha negado los efectos rescisorios, resolutorios o extintivos del contrato, otorgándole los modificativos y siempre encaminados a la compensación del equilibrio de las prestaciones.

Es bastante complicado que en contratos de tracto sucesivo o de ejecución prolongada en el tiempo, sea posible restablecer el equilibrio contractual inicial, porque ya se han realizado y soportado unos gastos inherentes a la realización del propio contrato que se convierten en irrecuperables, además, la falta de cumplimiento de la prestación acarrea pérdidas que son difícilmente cuantificables, entre ellas las expectativas depositadas en el vínculo contractual y la posible restitución de prestaciones entre las partes.

Frente a la resolución, se viene planteando la integración del contrato a través del principio de la buena fe con fundamento jurídico en el mismo artículo 1258 CC. La interpretación que recoge este precepto es una premisa fundamental, pero no es su objetivo, porque es necesario determinar que fue lo que se pactó, cual fue la intención de las partes y la posible solución a

los problemas de falta de claridad de esa voluntad; además, la norma dice que no sólo se ha de cumplir lo pactado, sino aquellas consecuencias que se derivan de la buena fe, del uso o de la ley.

## 12. Jurisprudencia del Tribunal Supremo

Los distintos pronunciamientos del Tribunal Supremo podría, de manera esquemática, agruparse en bloques, teniendo en cuenta los requisitos mencionados anteriormente.

### 12.1. Circunstancias relativas a los sujetos o al entorno.

El Tribunal Supremo es bastante exigente cuando se trata de alegar y valorar aquellas circunstancias que rodean a las partes, su entorno, situación personal y eventos que sean de su absoluta responsabilidad o que se encuentren bajo su control. En este sentido ha aplicado la distribución de riesgos que hayan establecido las partes, en todo caso, siempre prevaleciendo la aplicación del principio *pacta sunt servanda*.

#### 12.1.1. Las dificultades económicas y/o la pérdida de expectativas de negocio.

En general no han sido consideradas como circunstancias imprevisibles por las partes, por el contrario, se consideran como riesgos susceptibles de prever. Los tribunales no conceden importancia a los efectos derivados de una onerosidad sobrevenida cuyo origen haya sido un acto administrativo, salvo algún pronunciamiento puntual reflejado en la STS 23 marzo 1988.

12.1.2. *Circunstancias subjetivas* no son tenidas en cuenta por los tribunales a efectos de la aplicación de la regla *rebus sic stantibus*.

12.1.3. *El comportamiento de las partes o de una de ellas*, como cuando se produce un retraso excesivo y, durante éste, el precio del objeto del contrato aumenta; la paralización de una obra por no ajustarse el proyecto presentado a las normas urbanísticas o cuando cambian los programas urbanísticos; se considera que los retrasos son unilaterales.

### 12.2. Alteraciones de precio o valor.

De manera general se ha negado la aplicación de la regla *rebus sic stantibus* a los supuestos alegados de variación de precios, porque considera el Tribunal que este riesgo esta asumido por los contratantes, es decir, como mínimo hace parte del aleas normal del contrato.



### 12.3. Pérdida de poder adquisitivo y devaluaciones.

Hoy día es muy frecuente que por fluctuaciones económicas se produzca devaluación de la moneda y se pierda poder adquisitivo; al tratarse de circunstancias que pueden ocurrir con frecuencia, es difícil considerarlas como imprevisibles y de extraordinaria ocurrencia y por ello que se acepten como supuestos de aplicación de la regla *rebus sic stantibus*.

### 12.4. Licencias permisos y aprobación de proyectos.

El Tribunal Supremo es bastante exigente en este sentido, sobre todo cuando se trata de empresas o personas que intervienen en el mercado inmobiliario, por considerar que éstas tienen un mayor volumen de información o conocimiento sobre el tema y por tanto actúan en posición ventajosa frente a la contraparte.

### 12.5. Últimas decisiones jurisprudenciales.

Éste pequeño ensayo es fruto del interés suscitado por los últimos pronunciamientos del Tribunal Supremo sobre la regla *rebus sic stantibus*, espacio temporal que podríamos ubicar a partir del año 2008 y hasta el 2015, y del cual podríamos decir, a priori, que en su seno existen, como mínimo, dos corrientes jurisprudenciales; un grupo mayoritario de jueces que hacen del *pacta sunt servanda* una aplicación rigurosa, y unos cuantos jueces que han decidido repensar el derecho y las normas conforme a la situación social, económica y real de hoy; de esas reflexiones han surgido pronunciamientos importantes, ya vía sentencia o a través de las cuestiones prejudiciales planteadas frente al Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Una vía importante de ese repensar ha resultado ser la recuperación de la regla *rebus sic stantibus* y su probable reconocimiento y aplicación en estas épocas aciagas de crisis económica para los ciudadanos.

Han sido importantes los pronunciamientos realizados por el Tribunal Supremo al respecto, sobre todo y de manera relevante tenemos:

La STS 8 octubre 2012 que negó la aplicación de la regla *rebus sic stantibus* en los supuestos de alteración de la economía.

Las SSTS 8 noviembre 2012, 17 enero 2013 y 18 enero 2013, a través de las cuales, la Sala Primera admitió que la crisis económica podía constituir una alteración extraordinaria e imprevisible de las circunstancias, pudiendo entonces los particulares, actuando en calidad de tales, sin ánimo especulativo en los negocios jurídicos, invocar la aplicación de la regla *rebus sic stantibus*. La primera, fue la antesala del análisis llevado a cabo en las siguientes sobre la

aplicación de la regla en tiempos de crisis económica. No obstante rechazaron la aplicación de la misma, pero avanzaron que ésta no puede descartarse en todos los casos de imposibilidad de obtener financiación por parte de los compradores de inmuebles.

En la STS 26 abril 2013, se resuelve un contrato de compraventa de vivienda, basada en la crisis económica, considerando que ésta había alterado sustancialmente las circunstancias, haciendo desaparecer la base del negocio e impidiendo al comprador adquirir la vivienda; un fundamento de esta decisión fue el retraso en la entrega del inmueble por parte del vendedor, lo que supuso la entrada de la crisis económica en todo su furor y la imposibilidad posterior de subrogación hipotecaria que ofrecía el comprador.

Al analizar la crisis económica, la naturaleza del riesgo contractual y la capacidad de pago atribuible a una de las partes, es necesario tener en cuenta la incidencia que la financiación pueda tener en el aseguramiento de los posibles riesgos y en el cumplimiento de la prestación. Para que la financiación tenga alguna incidencia es necesario que ésta haya formado parte de la base económica en que se sustenta el negocio contraído, de modo que constituya un elemento esencial o relevante, conocido y asumido en el momento de celebración del contrato; además, que el riesgo no haya sido asignado por el tipo contractual elegido.

Sería importante acreditar que ha existido unida comercial y que por tanto, la unidad causal no ha sido excluida, ya por resultar que la promotora o inmobiliaria sea filial o propiedad de la entidad bancaria concedente del crédito o bien por su especial vinculación con las ofertas realizadas a modo de lo que se establece en los contratos vinculados (art. 29 Ley 16/2011 de 24 junio de créditos al consumo) y los contratos accesorios (art. 16 Ley 4/2012 de 6 julio, de contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico).

Las SSTS 30 junio 2014 y 15 octubre 2104 aceptaron la aplicación de la regla *rebus sic stantibus* en las relaciones jurídicas entre empresarios, en los supuestos de crisis económica, incluso tratándose de empresas relevantes y concededoras del sector. La sentencia del 30 de junio se considera como la más relevante en éste sentido durante los últimos tiempos, pues viene a señalar que en la actualidad se ha producido un cambio en la concepción tradicional de la regla *rebus sic stantibus*, determinando que desde la aplicación restrictiva o excepcional se ha transitado hacia una nueva configuración que denomina “plenamente normalizada”, con una progresiva objetivación de su fundamento técnico que considera compatible con el sistema codificado, delimitando la regla en torno a tres elementos: fundamento causal, base del negocio y asignación contractual del riesgo derivado; así mismo diferencia a la regla *rebus*

*sic stantibus* de otras figuras próximas como la imposibilidad sobrevenida de prestación y los supuestos de resolución contractual.

La “plena normalización” se ha entendido como que ya ha dejado de ser esa regla peligrosa y de admisión necesariamente cautelosa, y que por tanto, las circunstancias imprevisibles, la desproporción desorbitante y la alteración extraordinaria, deben apreciarse de manera menos rigurosa; así mismo, la expresión “claramente compatible con el sistema codificado” ha llevado a pensar que para su apreciación se debe tener en cuenta el orden público económico, la regla de la conmutatividad del comercio jurídico como expresión del equilibrio básico entre los bienes y servicios que son objeto de intercambio y hasta el principio de la buena fe.

La posición jurisprudencial adoptada en ésta sentencia ha recibido innumerables críticas, a favor y en contra, lo que hace pensar que en las SSTS 11 diciembre 2014, 19 diciembre 2014, 13 marzo 2015, la Sala Primera se haya replanteado su posición y vuelva a limitar la aplicación de la regla *rebus sic stantibus* en las relaciones entre empresarios.

Así mismo, en el ATS 28 enero 2015 se inadmite un recurso de casación interpuesto por un particular que pretendía la adquisición de vivienda para la reventa y para cuya compra no obtuvo la financiación correspondiente; lo importante es que tratándose de un Auto inadmisorio, la Sala Primera analiza el asunto y rechaza la aplicación de la regla *rebus sic stantibus* en la línea jurisprudencial de la STS 8 noviembre 2012. Por tanto, parece ser que el reconocimiento y aplicación de la regla, vuelve a estar sujeto a la jurisprudencia de los años 2012 y 2013.

### **13. Propuesta de modernización del derecho de obligaciones y contratos.**

En el año 2009, la Comisión General de Codificación del Ministerio de Justicia presentó la Propuesta para la modernización del Derecho de obligaciones y contratos, siendo publicada en enero de 2013 como Anteproyecto de Ley. En lo que importa a éste ensayo, se encuentra en el Capítulo VIII, titulado de la Alteración extraordinaria de las circunstancias básicas del contrato, el artículo 1213 que básicamente recoge la regla *rebus sic stantibus* en los siguientes términos:

“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”.

Vista la propuesta y el actual ordenamiento, se encuentra que el punto de partida de la teoría de los contratos es el mismo, el principio de vinculación contractual, pues el contenido de los artículos 1243 de la propuesta y el artículo 1258 del CC son prácticamente iguales. Sigue prevaleciendo como regla general el principio *pacta sunt servanda*.<sup>31</sup>

Del contenido del artículo propuesto se pueden extraer diversas conclusiones :

1.- Siguiendo con la tradición histórica, recogería la experiencia de los ordenamientos de nuestro entorno al respecto. En éste caso, el artículo 1213 hace referencia a las diversas teorías que al inicio de este ensayo hemos mencionado; entre ellas la “base del contrato” haciendo alusión a la doctrina de la base del negocio, positivada por el legislador alemán en el párrafo 313 de su Código Civil, reformado en 2002.

El texto de la propuesta española recoge únicamente la base objetiva del negocio (párrafo 313.1 BGB: “Si las circunstancias en que consistió la base del contrato se modifican sustancialmente después de su celebración”); sin recoger la regulación sobre la base subjetiva (párrafo 313.2 BGB: falsedad de las representaciones esenciales de las partes y que fundamentan la celebración...).

En todo caso, se alega que la doctrina de la revisabilidad de los contratos, acogida por el ordenamiento alemán, está dirigida a proteger los intereses de sus fabricantes, vendedores y exportadores y en contra de los importadores y compradores externos, que deben pagar un precio por los productos manufacturados alemanes, país que en los últimos años ha venido ocupando los primeros puestos en este campo, situación que no sucede con España, cuyo principal activo ha sido y de momento seguirá siendo, el turismo.

---

<sup>31</sup> SALVADOR CODERCH, Pablo, “Alteración de circunstancias en el art. 1213 de la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos”, *InDret*, 4-2009. [www.indret.com](http://www.indret.com)

El artículo 1213 hace una exigencia alternativa: que el cambio de circunstancias haya hecho la ejecución del contrato excesivamente onerosa para una de las partes; parece que haciendo referencia a la excesiva onerosidad del artículo 1467 del Código Civil Italiano, que a su vez la recoge del artículo 6.2 de los principios UNIDROIT, de Contratos Mercantiles Internacionales; o bien que “se haya frustrado el fin del contrato”, recogiendo la doctrina de la *frustration del common law*; pudiéndose relacionar además con la doctrina española de la influencia de la causa en el negocio jurídico, pues considera al contrato como un todo, en contraposición a la onerosidad sobrevinida que era consideraba sólo cuando afectaba a una de las partes.

La propuesta hace referencia a las circunstancias del caso, especialmente a la distribución contractual o legal de riesgos haciéndose eco del análisis económico del derecho, según el cual debe estarse a la asignación de los riesgos contractuales que deben realizar las partes previamente a la perfección del contrato.

2.- Al incorporarse la regla sobre la alteración de las circunstancias al derecho positivo, dejaría de estar sujeta a los cambios jurisprudenciales; además desaparecerían las cautelas sobre su alegalidad, consideración que se esgrime por el Tribunal Supremo tradicionalmente. Así mismo, perderían vigencia los calificativos de “clausula peligrosa”, “desproporción exorbitante, fuera de todo cálculo”, “sobrevenida de circunstancias radicalmente imprevisibles”, con lo que tendríamos un cambio de significados interpretativos.

3.- Podría construirse un fundamento de derecho a partir de la invocación del artículo 1213, abandonando la equidad del artículo 3.2 CC que actualmente le sirve de soporte legal.

4.- En la regulación de los efectos, se prefiere la adaptación antes que la resolución, que será el recurso último cuando fracase la renegociación; por tanto, la revisión seguiría siendo excepcional, pero ya estaría configurada legalmente, con lo que una negativa injustificada de una de las partes a renegociar el contrato, violaría el principio de buena fe contractual.

La intervención judicial se produce para valorar las propuestas que ambas partes planteen, y si éstas no ofrecen una solución satisfactoria, será el juez el encargado de restaurar la reciprocidad de intereses del contrato.

Cuando las circunstancias extraordinarias e imprevisibles hagan más oneroso el cumplimiento del contrato, la conservación de éste no se orientará a la aplicación del *pacta sunt servanda*, sino que una vez constatadas esas circunstancias extraordinarias e imprevisibles, lo que debe proceder es la revisión a través de la renegociación que lleven a cabo las partes. Es la orientación que se observa en los ordenamientos de nuestro entorno y de la proyectada normativa internacional.



## V. CONSIDERACIONES FINALES.

Es indudable que el Derecho de los contratos y las obligaciones ha venido transformándose de manera irreversible; tales cambios han sido paulatinos, continuados en el tiempo e influidos por la enorme carga modificadora que ha experimentado la sociedad, y que por ello han afectando de manera directa a los principios contractuales.

No se trata de sucesos puntuales o de exigencias generadas desde el tráfico jurídico, ni hacen referencia a la ya mencionada protección contractual subjetiva de una de las partes, ni a la proyectada unificación contractual que se impulsa a nivel comunitario, ni por la evolución jurisprudencial tan parca en aceptar la evolución del Derecho, ni modernizarlo incorporando figuras jurídicas del Derecho comparado.

Se trata por el contrario de que la praxis contractual, nacional e internacional, se ha ido modificando, se ha ido apartando de los parámetros habituales, ha atenuado la influencia de algunos principios y figuras contractuales, entre estos, la absoluta libertad al momento de contratar, el dogma de la autonomía de la voluntad y el riguroso *pacta sunt servanda*; ha potenciado e introducido nuevos principios como la buena fe, la lealtad contractual y la conservación del contrato. No se niega la importancia de todos ellos, sino que pretende la adopción de medidas menos costosas o drásticas que permitan conservar el equilibrio contractual de las partes y buscarle acomodo dentro de las exigencias que actualmente demanda la contratación.

Parece ser que la onerosidad sobrevenida forma parte del ordenamiento interno español por la vía del principio de proporcionalidad que informa la normativa comunitaria y sobre todo por las decisiones del Tribunal de justicia de la Unión Europea, que en su concepción del contrato, se ha alejado de la interpretación voluntarista del *pacta sunt servanda*. Es innegable que el dogma de la voluntad ha perdido espacio frente al principio de la buena fe, el equilibrio contractual y el mantenimiento del contrato, moderándolo a través del principio del *favor contractus*.

El principio del *favor contractus* viene emergiendo en el actual Derecho de obligaciones, propugnando el mantenimiento del contrato pero a través de la renegociación entre las partes contratantes, es decir, dando cierta prevalencia a la autonomía de la voluntad, frente a las soluciones dogmáticas del *pacta sunt servanda*.





Se plantea que la unificación de criterios en torno al reconocimiento y aplicación de la regla *rebus sic stantibus* debe discurrir por cauces legislativos; frente a tal premisa es necesario tener en cuenta, quién tiene atribuida la facultad de proponer y promover los cambios legislativos en España; de manera general, sin entrar en mayores precisiones, se podría decir que, a día de hoy, esa posibilidad se encuentra en manos del Poder Ejecutivo y del Poder Legislativo, y que por tanto, por esas mayorías democráticas y la orientación ideológica predominante, cualquier modificación o reconocimiento positivo de la regla *rebus sic stantibus* es poco esperable.

La crisis y todas las consecuencias derivadas de ella han sido producto del modelo social económico y político que impulsa y respalda el Gobierno del Estado, por tanto plantear modificaciones legales que vayan en contra de ese modelo sería un contrasentido que le causaría grandes conflictos con los socios estratégicos del mundo que promueven tal fórmula de dirigir los Estados. Así mismo, la línea ideológica predominante en el Estado español, tampoco lo permitiría, esto le acarrearía grandes discusiones internas, desencuentros y pérdida de adláteres. Además continúan hoy los mismos problemas estructurales, económicos, jurídicos y sociales heredados del pasado.

Tampoco es posible cambios sustanciales desde la judicatura, la reconducción de la *rebus sic stantibus* a los anteriores cauces es síntoma de ello; ésta se encuentra aún apegada al dogmatismo que informan el sistema de Derecho civil, al principio *pacta sunt servanda*, al respeto a la autonomía de la voluntad, que aunque sensiblemente desvalorada, se sigue exigiendo, la prevalencia de la seguridad jurídica, que opera a favor de unos y en detrimento de otros. Por tanto seguiremos sujetos a la apreciación e interpretación que, de cada recurso, haga el magistrado de turno.

## V. BIBLIOGRAFIA.

### 1. Consultada y citada.

ALBALADEJO, Manuel, *Derecho Civil, Tomo II, Derecho de Obligaciones*, 12ª edición, editorial edisofer S.L, Madrid, 2004. (nt 22).

(UPV Sig. 347.(460) DER/II)

AMUNATEGUI RODRIGUEZ, Cristina de, *La clausula rebus sic stantibus*, editorial tirant lo blanch, Valencia, 2003. (nt 15).

(UPV Sig.347.44 AMU)

CONDE NARANJO, Esteban, *Medioevo ilustrado: La Edición Erudita del Ordenamiento de Alcalá (1774)*, Universidad de Sevilla, 1998. (nt 3).

DIEZ PICAZO, Luis, “Comentarios a los artículos 1254 a 1260 del Código Civil”, *Comentarios al Código Civil*, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica de Publicaciones, Madrid, 1991. (nt 10).

(UPV Sig. 347 (460) COM II)

DIEZ PICAZO, Luis, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial I*, 4ª edición, editorial thomson civitas, Madrid, 1993. (nt 6).

(UPV Sig. 347.2(460))

DIEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos del derecho civil patrimonial, Volumen I, Introducción a la Teoría del Contrato*, 6ª edición, editorial thomson civitas, Madrid, 2007. (nt 8).

(UPV Sig. 347.2 (460).FUN /I)

DIEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos de derecho civil patrimonial II, Las Relaciones Obligatorias*, 6ª edición, editorial thomson civitas, , Madrid, 2008. (nt 17).

(UPV Sig. 347.2(460) FUN/II)

FERRI, Luigi, *La autonomía privada*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1969. (nt 5).

(UPV Sig. 347.13 FER)

GIL RODRÍGUEZ, Jacinto, y otros, *Manual de derecho civil*, Tomo II, 3ª edición, editorial marcial pons, Madrid, 2002. (nt 11).

LACRUZ BERDEJO, José Luis, y otros, *Comentarios a la compilación del derecho civil de Aragón*, volumen primero, Diputación General de Aragón, 1988. (nt 2).

(UPV Sig. 347 (460.22) COM)

LACRUZ BERDEJO, José Luis, y otros, *Elementos de Derecho Civil I, Parte General*, volumen tercero, 2ª edición, editorial dyckinson, Madrid 2000. (nt 7).

(UPV Sig. 347(460) ELE/I-3)

LACRUZ BERDEJO, José Luis, y otros, *Elementos de Derecho Civil II, Derecho de Obligaciones*, volumen I, 5ª quinta edición, editorial dyckinson, Madrid 2011. (nt 4).

(UPV Sig. 347(460) ELE/II-1)

MARTINEZ VELENCOSO, Luz María, *La alteración de las circunstancias contractuales*, editorial thomson civitas, Madrid, 2003. (nt 16).

(UPV Sig. (347.44 (460) MAR)

MARTINEZ VELENCOSO, Luz María: “Derecho de superficie y cláusulas *rebus sic stantibus*”, *Revista de Derecho Patrimonial*, Nº 8, 2002-1. (nt 25).

SÁNCHEZ-ARCILLA BERNAL, José, *Historia del Derecho Español*, editorial cálamo, Barcelona, 2001. (nt 1).

SALVADOR CODERCH, Pablo, “Alteración de circunstancias en el art. 1213 de la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos”, *InDret*, 4-2009. (nt 31). [www.indret.com](http://www.indret.com)

## **2. Consultada no citada.**

ALBALADEJO, Manuel, *Derecho Civil, Tomo II, Derecho de Obligaciones*, 11ª edición, editorial bosch, Barcelona, 2002.

ALBALADEJO, Manuel, *Compendio de Derecho Civil*, 14ª edición, editorial edisofer SL, Madrid, 2010.

(UPV Sig. 347 (460) COM)

BANCO DE ESPAÑA, *Nota informativa sobre las ayudas financieras públicas en el proceso de recapitalización del sistema bancario español*, (2009-2013).

BANCO DE ESPAÑA, BOLETÍN ECONÓMICO, *Encuesta Financiera de las Familias (eff) 2011*, Métodos, Resultados y Cambios desde 2008 , Enero 2014, pág. 9.

BANDRES Y SANCHEZ CRUZAT, José Manuel, BANDRES Y SANCHEZ CRUZAT, Rosa María, MERINO HERNANDEZ, José Luis, “Comentario al artículo 3 de la Compilación Foral de Aragón”, en ALBALADEJO, Manuel y DIAZ ALABART, Silvia (directores), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo XXXIII, volumen 1, editorial edersa, Madrid, 2000.

(UPV Sig. 347 (460) COM XXXIII-1)

CABEZA, Laura y GÓMEZ ANSÓN, Silvia: *Los procesos de privatización en España: determinantes e implicaciones de la eficiencia empresarial*, Estudios de economía aplicada, vol. 27-2, 2009.

CASTRO Y BRAVO, Federico de, *El negocio jurídico*, editorial civitas, Madrid, 1985.  
(UPV Sig. 347.13(460) CAS)

DIEZ-PICAZO, Luis, *Extinción de las obligaciones*, Escuela Judicial/Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1977.

DIEZ-PICAZO, Luis, *Autonomía de la voluntad en el derecho privado, Estudios en conmemoración del 150 aniversario de la ley del notariado*, Tomo III-1, Derecho Patrimonial 1, Consejo General del Notariado, editorial wolters kluwer España, 2012.

(UPV Sig. (347.44(460) AUT/III-1)

DIEZ PICAZO, Luis., ROCA TRÍAS, Encarna, y MORALES MORENO, Antonio Manuel, *Los principios del Derecho Europeo de contratos*, editorial civitas, Madrid, 2002.

(UPV Sig. 341.96:347.4(4) DIE)

DIEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN BALLESTEROS, Antonio, *Sistema de Derecho Civil*, Volumen II, editorial tecnos, Madrid, 1999.

(UPV Sig. 347 (460) SIS/II)

DIEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN BALLESTEROS, Antonio, *Sistema de Derecho Civil*, Volumen I, 11ª edición, editorial tecnos, Madrid, 2005.

(UPV Sig. 347 (460) SIS/I)

GÁLVEZ MUÑOZ, Lina y TORRES LÓPEZ, Juan, *Desiguales. mujeres y hombres en la crisis financiera*, editorial icaria, Barcelona, 2010.

GETE-ALONSO, María del Carmen, y otros, *Manual de derecho civil*, Tomo II, 3ª edición, editorial marcial pons, Madrid, 2002.

GOMA LANZÓN, Ignacio y GOMA LANZÓN, Fernando, *Autonomía de la voluntad en el derecho privado, Estudios en conmemoración del 150 aniversario de la Ley del Notariado*, Tomo III-1, Derecho Patrimonial 1, Consejo General del Notariado, editorial wolters kluwer, España, 2012.

(UPV Sig. (347.44(460) AUT/III-1)

ITURRICASTILLO, I. y TEJEDOR, J. (2012): *Reflexiones sobre la crisis actual*. Ikastorratza. e-Revista de Didáctica, 9-2. [http://www.ehu.es/ikastorratza/9\\_alea/crisis2.pdf](http://www.ehu.es/ikastorratza/9_alea/crisis2.pdf) (ISSN: 1988-5911).

JORDÁN GALDUF, Josep María: *La tarea del desarrollo: una reflexión a partir de la crisis en España*, E-DHC, Quaderns Electrònics sobre el Desenvolupament Humà i la Cooperació, No 1, pág. 6 – 21.

LARENZ, Karl, *La base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos*, editorial comares, Granada, 2002.

(UPV Sig. 347.4 LAR)

LÓPEZ LÓPEZ, Ángel; MONTES PENADES, Vicente Luis. (Coord.), *Derecho Civil Parte General*, 2ª edición, editorial tirant lo blanch, 1995.

(UPV Sig. 347 .I (460) DER)

MARTINEZ SANCHIZ, José Ángel, *Autonomía de la voluntad en el derecho privado, estudios en conmemoración del 150 aniversario de la ley del notariado*, Tomo III-1, Derecho Patrimonial 1, Consejo General del Notariado, editorial wolters kluwer, España, 2012.

(UPV Sig. (347.44(460) AUT/III-1)

MURGA FERNANDEZ Juan Pablo, TOMÁS TOMÁS, Salvador (Coord), *Cuestiones actuales de derecho patrimonial desde una perspectiva Italo-española*, editorial tirant lo blanch, Valencia, 2013.

(UPV Sig. 347 CUE)

NAGORE YÁRNOZ, Javier, “Comentario a la ley 4 de la Compilación Foral Navarra”, en ALBALADEJO, Manuel y DIAZ ALABART, Silvia (directores), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo XXXV, volumen 1, editorial edersa, Madrid, 1994.

(UPV Sig. 347 (460) COM XXXV.1)

NAVARRO, Vicenç: *Neoliberalismo y Estado del Bienestar*, editorial ariel, 1997.

NAVARRO, Vicenç: *Globalización, Poder Político y Estado del Bienestar*, editorial ariel económica, 2000.

NAVARRO, Vicenç, *Bienestar insuficiente, democracia incompleta. Sobre lo que no se habla en nuestro país*, editorial anagrama, Barcelona, 2002.

NAVARRO, Vicenç, TORRES LÓPEZ, Juan y GARZÓN ESPINOSA, Alberto, *Hay alternativas: Propuestas para crear empleo y bienestar social en España*, ediciones sequitur, Madrid, 2011.

NIETO CAROL, Ubaldo, *Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas, pacta sunt servanda e intervención judicial*, editorial lex nova, Valladolid, 2000.

(UPV Sig. 347.44 (460) COM)

PLATAFORMA AUDITORIA CIUDADANA DE LA DEUDA: *La ilegitimidad de los rescates a la banca en el estado español*, octubre de 2013.

O’CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier, *Código Civil comentado y con jurisprudencia*, 7a edición, editorial la ley, Madrid, 2012.

(UPV Sig. 347 (460)COD)

ORDUÑA MORENO, Francisco, Javier, *Jurisprudencia Civil y Mercantil del Tribunal Supremo, Año 2012–2013*, 1ª edición, editorial thomson reuters, Pamplona, 2014.

(UPV Sig. 347 (460) JUR)



ORDUÑA MORENO, Francisco Javier y MARTINEZ VELENCOSO, Luz María, *La moderna configuración de la cláusula rebus sic stantibus*, 1ª edición, editorial aranzadi, Navarra, 2013.

(UPV Sig.347.44 MOD)

TORRES LÓPEZ, Juan y GARZÓN ESPINOSA, Alberto: *La crisis de las hipotecas basura, ¿Por qué se cayó todo y no se ha hundido nada?*, editorial sequitur, Madrid, 2010.

TORRES LÓPEZ, Juan: *Toma el dinero y corre. La globalización neoliberal del dinero y las finanzas*, editorial icaria, 2006.

TRIBUNAL DE CUENTAS, *Informe de fiscalización de la legalidad de las actuaciones del Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria (FROB), de los Fondos de Garantía de Depósitos y del Banco de España relacionados con la reestructuración bancaria*, referida al periodo 2009-2012. Aprobado por el Pleno del Tribunal el 27 de Marzo de 2014.

Internet.

CLAVERO, Vicente: Rescatar la banca ha costado ya a cada español 850 euros, *Diario Publico*. Es, 09/07/2013.

<http://juantorreslopez.com/impertinencias/15-n-a-la-calle-su-crisis-que-la-paguen-ellos/>

<http://www.observatoriosocial.org/ose>

[www.elconfidencialdigital.com/.../1337287864536carta20a20Solbes](http://www.elconfidencialdigital.com/.../1337287864536carta20a20Solbes).

VERSIÓN CONSOLIDADA DEL TRATADO CONSTITUTIVO DE LA COMUNIDAD EUROPEA, *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, C 325/35, 24.12.2002.



### 3. Sentencias del Tribunal Supremo citadas.

STS 14 diciembre 1940	(RJ 1940/1135).
STS 13 junio 1944	(RJ 1944/893 bis).
STS 30 junio 1948	(RJ 1948/1115).
STS 5 junio 1945	(RJ 1945/698).
STS 17 mayo 1957	(RJ 1957/2164).
STS 21 Octubre 1958	(RJ 1958/3110).
STS 6 junio 1959	(RJ 1959/3026).
STS 26 marzo 1963	(RJ 1963/2120).
STS 31 octubre 1963	(RJ 1963/4264).
STS 28 enero 1970	(RJ 1970/503).
STS 15 marzo 1972	(RJ 1972/1252).
STS 14 febrero 1976	(RJ1976/617).
STS 16 noviembre 1979	(RJ 1979/3850).
STS 24 enero 1984	(RJ 1984/486).
STS 27 junio 1984	(RJ 1984/3438).
STS 17 de mayo 1986	(RJ 1986/2725).
STS 23 marzo 1988	(RJ 1988/2228).
STS 21 febrero 1990	(RJ 1990/707).
STS 10 diciembre 1990	(RJ 1990/9927).
STS 28 enero 1992	(RJ 1992/271).
STS 6 noviembre 1992	(RJ 1992/9226).
STS 8 febrero 1993	(RJ 1993/690).
STS 21 abril 1993	(RJ 1993/3110).
STS 14 diciembre 1993	(RJ 1993/9891).
STS 20 abril 1994	(RJ 1994/3216).
STS 16 marzo 1995	(RJ 1992/9190).
STS 26 octubre 1995	(RJ 1995/8349).
STS 29 enero 1996	(RJ 1996/737).
STS 10 febrero 1997	(RJ 1997/665).
STS 23 junio 1997	(RJ 1997/5201).
STS 15 noviembre 2000	(RJ 2000/9214).
STS 17 noviembre 2000	(RJ 2000/9343).





STS 28 diciembre 2001	(RJ 2002/1650).
STS 22 abril 2004	(RJ 2004/2673).
STS 25 enero 2007	(RJ 2007/592).
STS 21 febrero 2009	(2009/Nº 21).
STS 1 junio 2010	(RJ 2010/2661).
STS 8 octubre 2012	(RJ 2012/9027).
STS 8 noviembre 2012	(RJ 2013/2402).
STS 17 enero 2013	(RJ 2013/1819).
STS 18 enero 2013	(RJ 2013/822).
STS 26 abril 2013	(RJ 2013/3268).
STS 30 junio 2014	(RJ 2014/3526).
STS 15 octubre 2014	(RJ 2104/6129).
STS 11 diciembre 2014	(RJ 2104/6374).
STS 19 diciembre 2014	(RJ 2014/6624).
STS 19 diciembre 2014	(RJ 2014/6625).
ATS 28 enero 2015	(JUR 2015/39330).
STS 13 marzo 2015	(ROJ 1067).