



FACULTAD DE DERECHO

La alteración sobrevenida de las circunstancias contractuales y el aviso anticipado de incumplimiento

Autor: Carla Bravo Gil de Antuñano

5º, E3 A

Derecho Civil

Tutor: Ana Soler Presas

Madrid
Mayo 2017

Resumen

La alteración sobrevenida de las circunstancias contractuales carece en el ordenamiento jurídico español de una regulación positiva general. Conscientes de esta laguna, la Comisión General de Codificación incluyó en el artículo 1213 de la Propuesta de Modernización del Código Civil una regulación general del fenómeno.

En este trabajo, después de hacer un estudio de los elementos y fundamentos del artículo 1213, se analizan las ventajas tanto de índole económico como de seguridad jurídico que conllevaría aprobar dicho artículo como norma vigente.

La segunda parte del trabajo, da un salto conceptual a la figura del aviso anticipado de incumplimiento del contrato, que tampoco encuentra amparo jurídico en el Derecho español. A la hora de buscar una respuesta jurídica en nuestro ordenamiento a esta figura es cuando llegamos al punto de conexión de ambas partes del presente trabajo. Se propone y se estudia aplicar el fundamento y la operativa del fenómeno de la alteración sobrevenida de las circunstancias a los supuestos de aviso anticipado de incumplimiento, en concreto, en los términos del artículo 1213 de la Propuesta de Modernización.

Palabras clave: principio *pacta sunt servanda*, excesiva onerosidad, frustración del fin del contrato, cambio extraordinario e imprevisible, la causa del contrato, la cláusula *rebus sic stantibus*, aceptación de la modificación contractual bajo intimidación.

Abstract

Spanish enacted Law lacks a general disposition in regards to the phenomenon of the unexpected alteration of the circumstances which were the base of a specific contract. Conscious of this legal gap, the so called Comisión General de Codificación included in article 1213 of their Draft for the Modernization of the Civil Code a general regulation of this figure.

In this work, after conducting a study of the elements and foundations of article 1213, we go on to analysing the benefits, both economic and legal, which approving article 1213 would lead to.

The second part of this piece of work, focuses on the figure of anticipatory breach of contract, which equally is not contemplated in Spanish enacted Law. When trying to find a legal response in the Spanish legal system to the figure of anticipatory breach of contract is when we reach the link between both parts of this work. We suggest to apply the foundations and legal ratio of the phenomenon of the unexpected alteration of the circumstances to the figure of the anticipatory breach of contract.

Keywords: *pacta sunt servanda*, hardship, frustration, unforeseeable risks, *rebus sic stantibus*, economic duress.

ÍNDICE.

1. INTRODUCCIÓN.....	3
2. LA ALTERACIÓN SOBREVENIDA DE LAS CIRCUNSTANCIAS EN EL ARTÍCULO 1213 DE LA PROPUESTA DE MODIFICACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL.	4
2.1. Estado de la cuestión.....	4
2.2. Distinción de supuestos afines.....	5
2.3. Elementos del artículo 1213.....	7
2.4. Fundamentos de la alteración extraordinaria de las circunstancias básicas del contrato del artículo 1213 de la Propuesta.....	15
2.5. Remedios y Consecuencias jurídicas del artículo 1213 de la Propuesta.....	17
2.5.1. Regulación general del CC.....	17
2.5.2. Regulación en el artículo 1213 de la Propuesta.....	19
2.6. Ventajas que supone el artículo 1213 de la Propuesta frente a la regulación general del CC.....	21
2.6.1. Regulación general del Código Civil.....	21
2.6.2. Regulación en el artículo 1213 de la Propuesta.....	22
2.7. Moderna configuración de la cláusula rebus por parte del Tribunal Supremo.	23
2.8. Conclusión.....	27
3. EL AVISO ANTICIPADO DE INCUMPLIMIENTO DE CONTRATO.....	31
3.1. Descripción de la figura.....	31
3.2. Posibilidades de actuación al alcance de la parte que recibe el aviso.....	31
3.3. Propuesta: Aplicar el fundamento y la operativa del fenómeno de la alteración sobrevenida de las circunstancias a los supuestos de aviso anticipado de incumplimiento.	33
3.3.1. Planteamiento.....	33
3.3.2. ¿Los términos en los que está formulado el artículo 1213 permiten que sea aplicado a los supuestos de aviso anticipado de incumplimiento?.....	35
3.3.3. ¿Se puede aplicar directamente o habría que hacer alguna matización? ..	36
3.4. Mención a la aceptación de la modificación bajo intimidación.	38
3.4.1. Que no tenía más alternativa razonable que consentir, pues los remedios frente a al incumplimiento resultaban insatisfactorios.....	39
3.4.2. Antijuridicidad de la amenaza.....	40

3.4.3. ¿Circunstancias personales de la parte que dice haber sido amenazada? .	43
3.5. Conclusión.....	43
4. RECAPITULACIÓN FINAL.....	44
5. LISTADO DE ABREVIATURAS.....	45
6. BIBLIOGRAFÍA.....	45
6.1. Legislación.....	45
6.2. Jurisprudencia.....	45
6.3. Obras doctrinales.....	46

1. INTRODUCCIÓN.

Los contratos de larga duración representan un reto para las partes especialmente en los tiempos actuales donde los cambios son cada vez más acelerados. Tradicionalmente el derecho civil ha estado muy anclado en el principio *pacta sunt servanda* y no ha dedicado especial atención a buscar soluciones jurídicas a la problemática derivada de los cambios sustanciales en las circunstancias en los contratos cuyo cumplimiento se alarga en el tiempo.

Ante esta postura tradicional, ha habido una reacción en el contexto internacional en varios textos de *soft law* y Derecho comparado. También en España ha habido una reacción jurisprudencial, a través de la moderna configuración de la cláusula *rebus*, así como doctrinal en la Propuesta de Modernización del Código Civil y en el Anteproyecto de Ley de Código Mercantil.

El presente trabajo tiene como objetivo llamar la atención hacia la necesaria modernización del Derecho Civil a través de la incorporación de una norma escrita que regule la problemática de la alteración sobrevenida de las circunstancias contractuales y con ello, la del aviso anticipado de incumplimiento.

En cuanto a la metodología seguida, después de sentar las bases doctrinales con el complemento de la jurisprudencia destacada al respecto, se pasa a un estudio crítico de las figuras.

2. LA ALTERACIÓN SOBREVENIDA DE LAS CIRCUNSTANCIAS EN EL ARTÍCULO 1213 DE LA PROPUESTA DE MODIFICACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL.

2.1. Estado de la cuestión.

Diversos textos internacionales (*Principles of International Commercial Contracts* (UNIDROIT), *Principles of European Contract Law* (PECL), *Draft Common Frame of Reference Common European Sales Law* (DCFR))¹ regulan el fenómeno de la alteración sobrevenida de las circunstancias, apreciándose diferencias en cuanto a los requisitos de aplicación y en cuanto a las consecuencias y remedios previstos.

En el Derecho español carecemos de una regulación positiva general del fenómeno de la alteración sobrevenida de las circunstancias. Por el contrario, la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos² (en adelante, la Propuesta) en su artículo 1213 y el Anteproyecto de Ley de Código Mercantil, sí contienen preceptos generales que tratan esta cuestión. A pesar del valor indicativo e inspirador de estos textos, que marcan la tendencia de modernización de nuestro derecho de contratos, aun no son normativa vigente.

En sede de tribunales, la cuestión de la alteración de las circunstancias, se ha tratado básicamente a través de la cláusula *rebus sic stantibus*³. Podemos apreciar en la jurisprudencia una evolución de la cláusula *rebus sic stantibus*, que ha llevado a la doctrina a hablar de una moderna configuración de la cláusula *rebus*⁴. Dicha moderna

¹ *Principles of International Commercial Contracts* (Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales, también referidos como Principios UNIDROIT) elaborados por el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado Europeo, UNIDROIT (edición 2010); *Principles of European Contract Law* (Principios del Derecho Europeo de Contratos) elaborados por la Comisión Lando; *Draft Common Frame of Reference* (Borrador del Marco Común de referencia).

² Propuesta para la modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos de 2009, elaborada por la Sección de Derecho Civil de la Comisión General de Codificación.

³ Parra Lucán, M^a. , "Riesgo imprevisible y modificación de los contratos." *Indret*, vol. 4, no 10, 2015, p.4: "la referencia a la "cláusula *rebus sic stantibus*" ha venido siendo habitual para aglutinar todos los supuestos en los que una de las partes pretende liberarse de un contrato o aligerar su responsabilidad porque, aunque la prestación a la que está obligada no ha devenido materialmente imposible, o bien le resulta económicamente más onerosa o bien la contraprestación que iba a recibir ya no satisface su interés."

⁴ Entre otros, Orduña Moreno, en *La moderna configuración de la cláusula *rebus sic stantibus*. Tratamiento jurisprudencial y doctrinal de la figura*, Thomson Reuters, Pamplona, 2016, p. 262, se refiere a la "moderna configuración de la cláusula *rebus sic stantibus* o si se prefiere, la relevancia del cambio o mutación de las condiciones básicas del contrato", formulación que se asemeja en gran medida a la utilizada en el artículo 1213 de la Propuesta; Castiñeira Jerez trata esta evolución jurisprudencial en "Hacia una nueva

configuración de la cláusula *rebus* parte de la teoría que le da su nombre, es complementada con otras teorías (en especial, la teoría de la base del negocio alemana, la doctrina española de la desaparición de la causa del contrato, la teoría de la frustración del fin del contrato) y se ve influida por los textos internacionales, así como el artículo 1213 de la Propuesta.

En cualquier caso, lo que no es discutido es que la regla general en materia contractual es el *pacta sunt servanda*, el principio de vinculación contractual reflejado en el artículo 1091 Código Civil (en adelante CC) o en el artículo 1243 de la Propuesta. La excepción será el régimen de alteración extraordinario de las circunstancias del contrato ya sea en su formulación jurisprudencial (cláusula *rebus sic stantibus* o la moderna configuración de la misma) o en los términos del artículo 1213 de la Propuesta.

2.2. Distinción de supuestos afines.

Antes de entrar en el análisis del artículo 1213 de la Propuesta, conviene hacer una distinción de supuestos afines:

- i. Una **mera dificultad o mayor onerosidad**⁵ (como, por ejemplo, una elevación de costes o reducción de beneficios en el cumplimiento), entra dentro del riesgo normal derivado de toda relación contractual, por lo tanto, lo tendrá que asumir la parte que lo sufre.
- ii. En los supuestos de **imposibilidad absoluta sobrevenida inimputable (supuestos de caso fortuito y fuerza mayor)**, el régimen contenido en el actual Código Civil distingue en función de si se trata de una obligación genérica o específica.

Si se trata de una obligación de dar cosa específica o en las obligaciones de hacer, “si la cosa determinada [...] se perdiere o destruyere sin culpa del deudor” (art. 1182 CC) o para el caso de las obligaciones de hacer “cuando la prestación resultare legal o físicamente imposible” (art. 1184 CC) el deudor quedará liberado y exonerado de responsabilidad por los daños que sufra su acreedor (art. 1105 CC). Por lo tanto, en el Código Civil, si nada distinto se ha estipulado en el contrato, la imposibilidad sobrevenida la soporta el acreedor porque de él son

configuración de la doctrina *rebus sic stantibus*: a propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 2014." *InDret*, vol.4, 2014.

⁵ Así en, García Caracuel, M., *La alteración sobrevenida de las circunstancias contractuales*. Librería-Editorial Dykinson, Madrid, 2014, p. 337; Parra Lucán, M.^a, *Op. Cit.* p.24.

también los frutos. Sin embargo, tanto la doctrina mayoritaria como la jurisprudencia, han permitido al acreedor que no recibe la contraprestación esperada debido a un caso fortuito resolver el contrato por entender que la obligación del acreedor ha quedado sin causa. De este modo, a sensu contrario de lo que establece el Código Civil, el riesgo se traslada al deudor, interpretación por la que se decanta tanto el Derecho armonizado como la Propuesta.

De tratarse de una obligación genérica (por ejemplo, obligaciones pecuniarias), rige la regla de que el *genus nunquam perit*, mientras siga habiendo bienes o servicios pertenecientes al género correspondiente, el deudor sigue obligado, por lo tanto, la imposibilidad sobrevenida la soporta en este caso el deudor. Si el cumplimiento es excesivamente oneroso pero posible por existir bienes o servicios pertenecientes al género, será aquí donde el deudor tratará de acudir al régimen de la alteración extraordinaria de las circunstancias.

- iii. El tercer supuesto a distinguir es el que regula el **artículo 1213 de la Propuesta**, esto es, la **alteración extraordinaria e imprevisible de las circunstancias básicas del contrato**. La prestación es objetivamente posible, sin embargo, la alteración se traduce en una excesiva onerosidad para una de las partes o una frustración del fin del contrato, ambas inimputables.

Los supuestos del artículo 1213 de la Propuesta comparten el elemento de la inimputabilidad con los supuestos de imposibilidad absoluta sobrevenida arriba mencionados y se diferencian en que en los supuestos del 1213 la prestación es objetivamente posible, mientras que en los supuestos imposibilidad absoluta sobrevenida la prestación es imposible objetivamente.

Teniendo en cuenta estas similitudes y diferencias, propone acertadamente Soler Presas que los supuestos del artículo 1213 se entiendan como el caso fortuito particular y relevante interpartes. Diferenciaríamos entonces entre supuestos de hecho que constituyen fortuitos en general (los supuestos de imposibilidad absoluta sobrevenida) en donde el cumplimiento es imposible para cualquier agente económico y casos fortuitos en particular (los supuestos del artículo 1213), donde la prestación es imposible para el deudor obligado, pero no para todo operador en el mercado. En estos casos no podemos hablar de imposibilidad absoluta objetiva, sino únicamente de imposibilidad particular.

Lo difícil va a ser determinar que eventos constituyen fortuitos en general o supuestos de imposibilidad absoluta sobrevenida y cuales otros constituyen casos fortuitos en particular o supuestos del artículo 1213 de la Propuesta⁶:

- Los supuestos de **imposibilidad objetiva** en donde el bien determinado se pierde o destruye sin culpa del deudor o donde la prestación de hacer resulte legal y físicamente imposible para cualquier persona, no plantean dudas en cuanto a su clasificación.
- Los supuestos de **imposibilidad subjetiva**, serán aquellos supuestos donde la obligación resulta de imposible cumplimiento para la parte que está obligada pero no para el resto de personas. Al intentar pensar en qué supuestos se incluyen dentro de esa imposibilidad subjetiva (en contraposición con la imposibilidad objetiva) parece que solo se podrían encuadrar supuestos en donde para la parte obligada cumplir resulta tan excesivamente oneroso que se podría calificar como imposible económicamente.

Los supuestos de imposibilidad subjetiva o económica deben conducirse por el régimen del artículo 1213 de la Propuesta. De modo que dejamos el régimen y las consecuencias de la imposibilidad absoluta sobrevenida solo para aquellos casos de imposibilidad objetiva⁷. Como apunte final, concluye Martínez Velencoso que “existen impedimentos de naturaleza subjetiva que dan lugar a la imposibilidad objetiva liberatoria cuando por naturaleza de la prestación y por su carácter infungible, tales impedimentos de naturaleza subjetiva impiden efectivamente cumplir al deudor.”⁸

2.3. Elementos del artículo 1213.

A través del artículo 1213 de la Propuesta, lo que tratamos de dilucidar en último término, es si resulta razonable permitir a la parte perjudicada por la alteración de las

⁶ Parra Lucán, M.^a, *Op. Cit.*, p.21: “la diferencia entre el tipo de problema a que se refiere la *rebus* y el caso fortuito tiene que ver más con el resultado (imposibilidad del cumplimiento en el caso fortuito) que con la razón que lo provoca. Pero el ámbito del caso fortuito y el de la *rebus* pueden resultar difíciles de deslindar. Ello por dos razones: de una parte, porque la línea que separa la imposibilidad de la extraordinaria dificultad es a veces muy delgada; de otra, porque ambas categorías comparten el presupuesto de la imprevisibilidad o la inevitabilidad.”

⁷ Así, Martínez Velencoso afirma que “la imposibilidad debe ser una imposibilidad absoluta y objetiva, de manera que significa un obstáculo para cualquier tipo de personas y en cualquier tipo de circunstancias” (Orduña Moreno, F.J y Martínez Velencoso, L.M., *La moderna configuración de la cláusula rebus sic stantibus. Tratamiento jurisprudencial y doctrinal de la figura*, Thomson Reuters, Pamplona, 2013, p. 164).

⁸ *Ibid.*, p. 169.

circunstancias excepcionar el principio *pacta sunt servanda* y acudir a los remedios que reconoce el artículo. Para entender que efectivamente resulta razonable excepcionar el principio de vinculación contractual⁹, el cambio de circunstancias debe reunir los siguientes requisitos contenidos en el artículo 1213 de la Propuesta:

- **Cambio de las “*circunstancias que sirvieron de base al contrato*”.**

Como explica Caracuel “no cualquier cambio de circunstancias es susceptible de desencadenar el mecanismo previsto en el artículo 1213, sino sólo el de aquellas que han servido de base al contrato” y, en último término, “quedará al juicio del intérprete discernir qué circunstancias deben considerar la base del contrato.”¹⁰

Con la alusión a la base del contrato la Comisión Codificadora trae a colación la doctrina alemana de la base de negocio, doctrina a la que ya ha aludido en numerosas ocasiones la jurisprudencia española.¹¹

- **Que el cambio sea “*extraordinario e imprevisible*” y que al contratante, “*atendidas las circunstancias del caso y especialmente la distribución contractual o legal de riesgos, no le sea razonablemente exigible que permanezca sujeto al contrato.*”**

El carácter extraordinario e imprevisible del cambio han sido circunstancias que la doctrina del Tribunal Supremo ha exigido tradicionalmente para que resulte de aplicación la cláusula *rebus sic stantibus*.

En cuanto al carácter extraordinario, apunta Salvador Coderch que “la medida de lo extraordinario estará en función de cada contrato concreto, de las circunstancias en las que se haya celebrado y de sus vicisitudes posteriores¹²”, no pudiéndose establecer una

⁹ Resulta interesante la opinión de Jesús Alfaro, que entiende que de lo que trata el régimen de la alteración sobrevenida de las circunstancias es “de actualizar un riesgo que las partes no habían asignado a ninguna de ellas, exonerar a una de las partes contratantes de un riesgo no asignado a ella en el contrato o atenuar las consecuencias de su realización” (consultado en su blog <http://derechomercantilesmana.blogspot.com.es/>, 02/04/2017).

¹⁰ García Caracuel, *Op. Cit.* p.468.

¹¹ Las siguientes sentencias aluden a la teoría de la base del negocio: STS 28 diciembre 2001 (RJ 2002, 1650), STS 1 marzo 2007 (RJ 2007, 1618), STS 20 febrero 2012 (RJ 2012, 4044), STS 26 abril 2013 (RJ 2013, 3268)

¹² Salvador Coderch, P., "Alteración de circunstancias en el art. 1213 de la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos." *Indret*, vol. 4, 2009, p.7.

regla general *a priori*. Lo que es indiscutido es que el cambio debe revestir cierta gravedad, pues un cambio leve debe ser asumido por la parte que lo sufre.¹³

Por otro lado, la característica de la imprevisibilidad del cambio está estrechamente relacionada con la falta de razonabilidad de exigir a la parte perjudicada que permanezca sujeta al contrato en sus términos originales.

Los riesgos previstos expresamente o implícitamente (en cuyo caso habrá que acudir a las herramientas de interpretación del contrato) en el contrato deberán ser soportados por aquel que los sufre. Esto es así porque, debido a la previsión, resulta razonable mantener la vinculación contractual sin permitir a la parte perjudicada acudir al régimen excepcional que supone el artículo 1213 de la propuesta.

Con respecto a los riesgos no previstos en el contrato, tendremos que distinguir si se trata de riesgos no previstos pero previsibles o de riesgos imprevisibles *strictu sensu*.

Respecto a los riesgos no previstos pero previsibles, aquellos que derivan de la “*naturaleza y tipicidad del contrato*”¹⁴ (Orduña Moreno) deberán ser asumidos¹⁵ por la parte que lo sufre, que, acorde con la diligencia exigida, los debió de prever en el momento de contratar.

Con carácter general, apunta Caracuel¹⁶ que la diligencia que se exige en cuanto a la previsión de riesgos será la del empresario medio o diligencia normal¹⁷ en palabras de Velencoso. Diligencia que sufrirá modulación¹⁸ en función del tipo del contrato y de las circunstancias de las partes (nivel de experimentación de las partes contratantes; contratantes profesionales en el sector que se trate o no; empresario o consumidor; la cantidad de información a la que tienen acceso las partes contratantes).

Si la parte, por falta de diligencia, no previó un riesgo previsible, no será razonable que repercuta esa falta de diligencia en la contraparte acudiendo al régimen del artículo

¹³Orduña Moreno, F.J y Martínez Velencoso, L.M., *Op. Cit.*, pág. 239.

¹⁴ *Ibid.*, p.268; también Castiñeira Jerez (*Op. Cit.*, p.18) describe estos riesgos como los que derivan de “circunstancias y/o naturaleza del contrato”

¹⁵ Martínez Velencoso (*Op. Cit.*, p.210) expone que “*podría hablarse de una asunción tácita del riesgo en todos aquellos casos en los que el mismo ha podido preverse y no se ha hecho*”. A la asunción tácita también se refiere Castiñeira (*Op. Cit.*, p.18).

¹⁶ García Caracuel, *Op. Cit.*, p.470.

¹⁷ Orduña Moreno y Martínez Velencoso, *Op. Cit.*, p. 240.

¹⁸ En este sentido, García Caracuel, *Op. Cit.*, p. 470; Martínez Velencoso, *Op. Cit.*, p. 240; Salvador Coderch, *Op. Cit.*, p. 27.

1213¹⁹. Por lo tanto, también respecto de estos riesgos será razonable mantener la vinculación contractual en sus términos originales.

Por otra parte, los riesgos imprevisibles *strictu sensu*²⁰ son aquellos en donde no es razonable exigir a la parte que lo sufre haber previsto ese riesgo, pues va más allá de la diligencia exigida. Será respecto a estos riesgos donde no sea exigible a la parte perjudicada que permanezca sujeta al contrato en sus términos iniciales, permitiendo por tanto excepcionar el principio *pacta sunt servanda* y acudir a los remedios del artículo 1213 de la Propuesta²¹.

En último término, qué riesgos se deben considerar imprevisibles *strictu sensu* permitiendo a la parte perjudicada acudir a los remedios del artículo 1213 de la Propuesta, será una cuestión a valorar en el caso concreto por el juez de acuerdo con los criterios orientativos mencionados.

- **Que el cambio ocurra “durante la ejecución” del contrato.**

Tanto la tradicional doctrina *rebus sic stantibus* como su moderna configuración encarnada en la Propuesta son aplicables a contratos de tracto sucesivo o ejecución diferida²². En consecuencia, como apunta Orduña Moreno, lo que es evidente es que “el cambio de circunstancias no puede ser valorado sobre prestaciones que ya han resuelto ejecutadas en orden a la base económica que informó el contrato”²³.

Sin embargo, si comparamos la tradicional formulación jurisprudencial de la cláusula *rebus* con los términos del artículo 1213 de la Propuesta, apreciamos que el artículo 1213 aboga por un periodo temporal de aplicación más amplio.

¹⁹ Parra Lucán, *Op. Cit.*, p.20: “se requiere que la parte perjudicada no lo asumiera ni fuera razonable exigirle que lo hiciera. De esta forma se pretende excluir de la exigencia de revisión aquellos supuestos en los que, por su previsibilidad, cabe pensar que el riesgo debe ser asumido por la parte sobre la que recae y que no tuvo la precaución de pactar su falta de responsabilidad o de precaverse de ella.”

²⁰ *Ibid.*, p.22: “para que pueda hablarse de circunstancias imprevisibles debe tratarse de acontecimientos independientes de la voluntad que no pudieran razonablemente tenerse en cuenta en el momento de celebrar el contrato, por lo que tampoco es exigible a las personas diligentes haberlos previsto. Las fronteras son muy difíciles de precisar porque no cabe fijarlas de antemano y con carácter general.”

²¹ Castiñeira Jerez, *Op. Cit.*, p. 18: “la no asunción de un determinado riesgo unido a la razonabilidad de su imprevisión es lo que provoca, en definitiva, que no pueda afirmarse que la excusa del cumplimiento en un supuesto de alteración sobrevenida de las circunstancias es contraria al respeto a los compromisos adquiridos.”

²² Orduña Moreno y Martínez Velencoso, *Op. Cit.*, p. 302. Así se desprende, por ejemplo, en la STS 17 junio 2005 (RJ 2005, 4275).

²³ *Ibid.* Así queda también reflejado en la STS 5 abril 2006 (RJ 2006, 5313).

El Tribunal Supremo establece que para que resulte de aplicación la cláusula *rebus sic stantibus*, debe suceder una “alteración extraordinaria de las circunstancias en el momento de cumplir el contrato en relación con las concurrentes al tiempo de su celebración²⁴”. Parece entenderse que la cláusula *rebus* es una figura a alegar, únicamente a partir del momento del cumplimiento pactado.

Por su lado, el artículo 1213 de la Propuesta, se refiere a una alteración extraordinaria de las circunstancias básicas del contrato que puede ocurrir durante todo el periodo de ejecución del contrato. A diferencia de la formulación tradicional de la cláusula *rebus*, donde se puede discutir si puede surtir efectos en un momento anterior al momento del cumplimiento pactado, no hay lugar a duda que, si el artículo 1213 fuese norma vigente, la parte perjudicada podría acudir a los remedios que le otorga dicho artículo durante toda la ejecución del contrato, sin tener que esperar al momento del cumplimiento. Consecuentemente, los efectos que tiene alegar dichos remedios (que se analizarán posteriormente) pueden producir consecuencias jurídicas en un momento anterior al vencimiento pactado²⁵. Esto nos va a permitir aplicar el artículo 1213 a los supuestos de aviso anticipado de incumplimiento, cuestión que desarrollaremos en el epígrafe segundo del presente estudio.

- **Que el cambio haya llevado a que la ejecución del contrato sea “excesivamente oneroso para una de las partes” o “se haya frustrado el fin del contrato”**

Aquí la propuesta recoge la teoría de la excesiva onerosidad italiana a la vez que la teoría de la frustración del contrato angloamericana, ambas mencionadas por la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

En primer lugar, para situarnos en el marco del artículo 1213, es preciso que la excesiva onerosidad o la frustración del fin del contrato, no sea imputable a la parte que lo sufre. No será de aplicación el artículo 1213 y sus remedios cuando la excesiva onerosidad se deba a una mala gestión por la parte perjudicada, por ejemplo, por una incapacidad de adaptarse a un entorno cambiante. Por el contrario, no hay imputabilidad, cuando la parte perjudicada pueda probar que esa excesiva onerosidad, no se ha producido por una mala

²⁴ STS 17 de mayo 1957 (RJ 1957, 2164), STS 22 de abril 2004 (RJ 2004, 2673), STS 12 noviembre 2004 (RJ 2004, 6900), 25 enero 2007 (RJ 2007, 592), 27 diciembre 2013 (RJ 2013, 1625).

²⁵ Argumento estructural que apoya lo anterior es que el artículo 1213 está intencionadamente situado fuera del Capítulo VII del incumplimiento.

gestión, sino por un entorno que ha cambiado extraordinaria e imprevisiblemente, de modo que ni siquiera con la mejor de las gestiones, se hubiese podido evitar esa excesiva onerosidad.

La onerosidad excesiva afecta a una de las partes, no precisándose que resulte beneficiada la otra²⁶. Esta excesiva onerosidad, por la que se ve afectada una de las partes, quiebra o altera de modo esencial el equilibrio contractual que las partes han determinado voluntariamente en el contrato²⁷.

Resulta fundamental dejar por sentado que no se trata de que las prestaciones estén equilibradas, como parece apuntar algún autor y la jurisprudencia cuando hace referencia a criterios como la equidad o el principio de conmutatividad, pues el equilibrio abstracto de las prestaciones no es un requisito de validez de los contratos ni tampoco de su mantenimiento. Lo que pretende la referencia a la excesiva onerosidad es que, no un equilibrio abstracto entre prestaciones, sino el equilibrio concreto que las partes han determinado voluntariamente en el contrato se vea salvaguardado, en cierta medida, durante toda la vida del contrato.

La excesiva onerosidad puede relacionarse con los límites del ejercicio de la pretensión de cumplimiento. Es decir, se debe de tratar de una onerosidad tan excesiva que haga que la pretensión de cumplimiento se torne en abusiva. En último término, que resulta excesivamente oneroso para una de las partes en un caso concreto, quedará a la recta valoración de los tribunales.

La frustración del fin del contrato se relaciona en la doctrina²⁸ y en la jurisprudencia²⁹ como un supuesto de desaparición de la base del negocio (haciendo así referencia a la

²⁶ Orduña Moreno y Martínez Velencoso, *Op. Cit.*, p. 240.

²⁷ Así en, Parra Lucán, *Op. Cit.*, p. 25: “la excesiva onerosidad que provoca una “alteración fundamental en el equilibrio del contrato” puede proceder de un aumento de los costes de la ejecución o de una disminución del valor de la contraprestación que se recibe”; García Caracuel, *Op. Cit.*, p. 338: “la comparación debe hacerse entre los equilibrios contractuales, el anterior y el posterior, no entre las prestaciones recíprocas”; Salvador Coderch, *Op. Cit.*, p. 31: “la naturaleza del evento origen de la alteración no es relevante, salvo que resulte imputable a una de las partes, pero debe provocar efectivamente un cambio fundamental en el equilibrio contractual y debe proyectarse sobre obligaciones todavía no cumplidas”.

²⁸ Parra Lucán (*Op. Cit.*, p. 28) se decanta por relacionar la frustración del fin del contrato con la desaparición de la base del negocio, mientras Martínez Velencoso (*Op. Cit.*, p. 240) se decantan por establecer la relación con “*la doctrina española sobre la continuadora influencia de la causa del negocio, aunque se presenta con un perfil objetivo en el sentido de que el contrato, considerado como un todo, ha quedado privado de base o fundamento y por tanto no puede alcanzar su fin.*”, también se manifiesta en este sentido Salvador Coderch, *Op. Cit.*, p. 32: “*sobre la frustración del fin del contrato se puede relacionar con la citada doctrina española sobre la influencia de la causa del negocio; ... el contrato considerado como un todo, ha quedado privado de base o fundamento y por lo tanto no puede alcanzar su fin.*”.

²⁹ El Tribunal Supremo se refiere a ambas teorías a la hora de justificar la resolución del contrato en supuestos de alteración sobrevenida de las circunstancias.

doctrina alemana de la base del negocio) o, alternativamente, como un supuesto de desaparición de la causa del contrato (en referencia de la doctrina española sobre la influencia continuadora de la causa del contrato).

A efectos ilustrativos vamos a hacer una breve referencia a los cambios que se podrían considerar, en términos generales, que revisten las notas de extraordinario e imprevisible, dando lugar a una excesiva onerosidad para una de las partes o una frustración del fin del contrato³⁰.

Comencemos con los cambios extraordinarios e imprevisibles que dan lugar a una excesiva onerosidad para una de las partes. Las variaciones de precio, por mucho que sean bruscas, entran dentro del marco de lo previsible, forman parte del riesgo empresarial, del compromiso contractualmente asumido³¹. Únicamente una ruptura del mercado reviste el carácter de imprevisible, facultando, la aplicación del fenómeno de la alteración sobrevenida de las circunstancias. Entendemos como ruptura de mercado una situación en la que no funcionan los mecanismos normales de oferta y demanda de un determinado producto, bien porque están afectados por alguna catástrofe natural o una situación política crítica o incluso una guerra.

En esta línea se pronuncia Salvador Coderch, pues establece que serán los “eventos extraordinarios e imprevisibles que afectan a toda la sociedad o a una parte amplia de ella como, por ejemplo una repentina espiral inflacionaria, un incremento muy grande del precio de un producto o una caída comparable del mismo, como consecuencia de una guerra, de una crisis internacional o de algún otro acontecimiento similar”³² a los que se debe aplicar el fenómeno de la alteración sobrevenida de a las circunstancias.

Por ejemplo, podríamos considerar como ruptura de mercado las consecuencias que para el mercado del cobre tendría un potencial golpe de estado en Chile, primer productor mundial con gran diferencia de esta materia prima. La oferta quedaría colapsada y los

³⁰ Una breve estudio en este sentido se encuentra recogido en García Caracuel, *Op. Cit.*, p.323: “con carácter general el TS ha sentado que no constituyen alteraciones significativas de las circunstancias contractuales: alteración del valor de los inmuebles, depreciación monetaria, alteración de precios de suministros y materiales en general necesarios para el cumplimiento de la prestación, alteraciones en la edificabilidad de los inmuebles, revisiones de planes generales de ordenación urbana, dilaciones en la tramitación administrativa de expedientes necesarios para el cumplimiento de la prestación, dificultad en la obtención de financiación necesaria para cumplir la obligación pecuniaria asumida, precaria situación económica o financiera de la parte obligada, elevación del coste de la ida, huelgas de trabajadores y crisis económica en general.”

³² Salvador Coderch (*Op. Cit.*, p. 42) citando a su vez a P. Trimarch.

demandantes se encontrarían con precios absurdos, que harían imposible a muchos de ellos atender sus obligaciones contractuales. Sin embargo, si lo mismo sucediera en un país productor de petróleo importante, por ejemplo, Irak, no deberíamos considerarlo como ruptura de mercado, ya que no tiene un impacto tan grande en la oferta, por cuanto Irak no llega al 10 % de la producción mundial de petróleo.

Se ve todavía con más claridad la ruptura de mercado en los casos de productos más específicos. Si una empresa se ha comprometido a entregar un volumen determinado de vino de Rioja y se da un terremoto en la zona que destruye una gran parte de las bodegas es evidente que el mercado deja de funcionar y estamos ante una alteración sobrevenida extraordinaria e imprevisible.

Ahora bien, la doctrina jurisprudencial que en el pasado ha sido muy restrictiva, no considerando alteraciones significativas de las circunstancias contractuales las variaciones de precio, ha pasado, sin duda, influida por la situación de crisis económica prolongada, a aceptar variaciones en los precios como alteración sobrevenida, siempre que sean de una magnitud considerable.³³

En mi opinión, esta evolución introduce un factor de inseguridad jurídica al ser muy difícil distinguir la magnitud del cambio necesario en los precios para constituir una alteración sobrevenida capaz de excepcionar el *pacta sunt servanda*. El mismo porcentaje de variación que en algunos mercados puede ser resultado de una ruptura del mismo, puede, sin embargo, ser un movimiento ordinario en otros mercados más volátiles. No parece lógico que sean los tribunales los que tengan que decidir cuándo el cambio de los precios es suficientemente significativo. Para un tribunal es más fácil apreciar las circunstancias extraordinarias de una ruptura de mercado, guerras, crisis políticas, catástrofes naturales. Limitando la apreciación judicial a estos supuestos, el fallo será más previsible para los operadores económicos.

Por otro lado, supuestos de frustración del fin del contrato que permitan la aplicación del artículo 1213 serían supuestos como los siguientes: “se deniega la autorización para construir en el solar adquirido, porque se cancela el evento al que se iba asistir y para el que se alquiló el balcón desde el que se podía contemplar” (Parra Lucán), siempre y cuando sean riesgos imprevisibles *strictu sensu*.

³³ Véase, Orduña Moreno y Martínez Velencoso, *Op. Cit.*, p. 299.

2.4. Fundamentos de la alteración extraordinaria de las circunstancias básicas del contrato del artículo 1213 de la Propuesta.

La fundamentación de esta figura varía ligeramente de autor a autor, sin embargo, el fundamento mayoritario reside en la causa del contrato³⁴.

Cuando hablamos de la causa como fundamentación de esta figura, entendemos “causa en sentido objetivo, en el sentido en que la contempla el art. 1274 CC” (Parra Lucán)³⁵. La causa en sentido objetivo, como elemento esencial de todo contrato (art. 1261 CC), viene a ser el fin económico o práctico que desempeña el contrato. La causa necesaria para la validez de todo contrato ha de existir, ser lícita, veraz y suficiente (esto es, capaz de explicar todos los efectos que el contrato va a cumplir) y ha de mantenerse con tales requisitos durante toda la vida del contrato.

Como hemos mencionado, el supuesto de frustración del fin del contrato es equivalente con la desaparición de la causa del contrato. Siendo la causa elemento esencial del contrato, desaparecida la misma, la doctrina general de contratos y obligaciones, apunta que el contrato sería sobrevenidamente nulo de pleno derecho (aunque el artículo 1213 de la propuesta habla de resolución). Pues bien, entiendo que el lector se pueda preguntar el sentido de la mención a la frustración del fin del contrato en el artículo 1213 de la Propuesta si contamos con un remedio en la doctrina general de contratos y obligaciones, cuestión que se pretenderá aclarar más adelante en el subapartado “consecuencias jurídicas del artículo 1213 CC”.

El supuesto de la excesiva onerosidad para una de las partes también encuentra su fundamento en el elemento de la causa. A diferencia de lo que ocurre en la fundamentación de los supuestos de frustración del fin del contrato, donde se mantiene mayoritariamente la causa en su sentido objetivo, en los supuestos de excesiva onerosidad, varios autores mantienen la fundamentación basada en la causa, pero abandonando el concepto de causa objetiva en el sentido del artículo 1274 CC.

Por ejemplo, Castiñeira cae, en mi humilde opinión, en el riesgo de describir una causa subjetiva. El autor defiende que “la equivalencia entre las prestaciones se relaciona con la causa de los contratos onerosos” añadiendo que el artículo 1274 CC exige una

³⁴ Entre otros, Caracuel, *Op. Cit.*, p. 475; Castiñeira, *Op. Cit.*, p. 9; Parra Lucán, *Op. Cit.*, p.19.

³⁵ Parra Lucán, *Op. Cit.*, p. 19.

equivalencia mínima, equivalencia que “debe ser suficiente para que podamos hablar de verdadera onerosidad” (Castiñeira).³⁶

Toda aquella fundamentación que abandona el concepto de causa objetiva produce el riesgo de convertir la causa del derecho continental en la *consideration* anglosajona y de abrir la entrada a los jueces para valorar la economía del contrato.

Entonces, ¿cómo mantenemos la causa como fundamentación del supuesto de excesiva onerosidad sin que se convierta en puerta de entrada de los jueces para entrar a valorar la economía de los contratos?

Pues bien, logramos tal coherencia manteniendo una causa en sentido objetivo. La causa de los contratos onerosos es la “*prestación o promesa de una cosa o servicio por la otra parte*” (artículo 1274 CC) pero en ningún caso su equivalencia³⁷. Por lo tanto, lo que se debe mantener durante la vida del contrato no es ni debe ser el equilibrio suficiente entre las prestaciones³⁸ sino que lo que se debe mantener es el equilibrio contractual determinado por las partes en el contrato o en palabras del artículo 1213 de la Propuesta, “*la reciprocidad de intereses del contrato*”, pues esta será la causa, el fin práctico del contrato.

Por lo tanto, la excesiva onerosidad producida por la alteración sobrevenida de las circunstancias, afecta a la causa del contrato porque afecta o altera de modo esencial “el equilibrio inicialmente alcanzado por las partes en el momento de la celebración del contrato” (Parra Lucán)³⁹.

Otros autores acuden también a una fundamentación basada en el principio de la buena fe⁴⁰. Eso sí, el principio de buena fe, debido a su indeterminación, solo puede servir como fundamento complementario⁴¹.

³⁶ Castiñeira, *Op. Cit.*, p. 9. Ahora bien, el mismo autor en un momento posterior (p. 20) parece decantarse por la fundamentación basada en la causa del contrato en sentido objetivo: “a mi juicio, la determinación de la excesiva onerosidad debe partir de la relación de equivalencia establecida por las partes. A partir de esa relación de equivalencia, debe analizarse si un aumento de los costes de la propia prestación o una disminución de valor de la contraprestación (no imputable a las partes) ha provocado que la relación de onerosidad establecida inicialmente haya quedado totalmente destruida desde un punto de vista objetivo.”

³⁷ Carrasco Perrera citado en el artículo de Castiñeira, *Op. Cit.*, p. 9.

³⁸ El juez en el momento de perfección del contrato no puede entrar a valorar si el equilibrio entre las prestaciones es o no suficiente, por lo tanto, tampoco podrá hacer tal cosa durante la ejecución del contrato

³⁹ Parra Lucán, *Op. Cit.*, p. 4.

⁴⁰ Véase, Díez Picazo; Parra Lucán, *Op. Cit.*, p. 19; García Caracuel, *Op. Cit.*, p. 475.

⁴¹ Así lo establece Castiñeira Jerez, *Op. Cit.*, p.12.

2.5. Remedios y Consecuencias jurídicas del artículo 1213 de la Propuesta.

2.5.1. Regulación general del CC.

Antes de entrar a analizar los remedios y consecuencias jurídicas reconocidas en el artículo 1213, conviene hacer referencia a qué consecuencias jurídicas se enfrentan y que remedios ostentan las partes ante una alteración sobrevenida de las circunstancias en la regulación general del Código Civil.

La parte perjudicada por la alteración sobrevenida de las circunstancias, no encuentra en la regulación vigente ninguna norma que ampara de modo concreto su situación, por lo que, no tendrá otra opción más que situarse en una situación de incumplimiento de contrato alegando complementariamente la cláusula *rebus* en sede jurisprudencial.

La contraparte tendrá entonces acceso a los remedios frente al incumplimiento establecidos en el Código Civil y complementados por la jurisprudencia del Tribunal Supremo:

- La prestación es objetivamente posible, sin embargo, la alteración de las circunstancias se traduce en una excesiva onerosidad para una de las partes o una frustración del fin del contrato. Es más que asentada la jurisprudencia del Tribunal Supremo que establece que para admitir la pretensión de cumplimiento además de que la prestación sea objetivamente posible, se requiere que no sea abusiva. Si el juez entiende que efectivamente la alteración sobrevenida de las circunstancias produce una excesiva onerosidad para una de las partes o una frustración del fin del contrato, no estimará la pretensión de cumplimiento. A partir del momento en que el juez juzgue que la pretensión de cumplimiento devino abusiva será el momento en que se entienda que el acreedor debió de resolver y mitigar daños.
- Puesto que estamos en el marco de los contratos con obligaciones recíprocas, ante el incumplimiento de la parte perjudicada por la alteración sobrevenida de las circunstancias, la parte contraria tendrá en sus manos la facultad de resolver el contrato regulada en artículo 1124 CC.
- No se estimará pretensión indemnizatoria si el juez entiende que efectivamente concurre una alteración sobrevenida de las circunstancias que produce a una excesiva onerosidad o una frustración del fin del contrato inimputable. Pues precisamente por lo extraordinario e imprevisible del cambio, que no permite a un agente económico diligente adaptarse, falta el elemento de la imputabilidad necesario para estimar una pretensión indemnizatoria.

Si la parte perjudicada por la alteración de las circunstancias entiende que más que de un supuesto de excesiva onerosidad para la misma, lo que ha conllevado el cambio es a una frustración del fin del contrato, podrá llevar su argumentación por la figura de la causa. Ahora bien, el anterior análisis de los remedios frente al incumplimiento lo hemos llevado a cabo suponiendo que efectivamente estamos ante un cambio de circunstancias que reúne los requisitos del artículo 1213 (o si se prefiere de la cláusula *rebus*): cambio “*extraordinario e imprevisible*” y que al contratante, “*atendidas las circunstancias del caso y especialmente la distribución contractual o legal de riesgos, no le sea razonablemente exigible que permanezca sujeto al contrato*”. Cuando el supuesto de hecho reúne tales características, la excesiva onerosidad o frustración del fin del contrato será inimputable (podemos hablar de un caso fortuito particular), excluyendo por tanto la pretensión de cumplimiento y la indemnizatoria. Si los supuestos del artículo 1213 son capaces de excluir tanto la pretensión de cumplimiento como la indemnizatoria se refuerza la idea de que deben limitarse a casos muy residuales.

Por otro lado, cuando la alteración de las circunstancias no reúne los requisitos arriba mencionados, es decir, no estamos ante un supuesto del artículo 1213, la excesiva onerosidad o frustración del fin del contrato que lleve aparejado dicho cambio será imputable, la misma calificación recibirá entonces el incumplimiento del deudor. El acreedor podrá insistir en el cumplimiento o ejercitar la pretensión de resolución, con una indemnización de daños y perjuicios en ambos casos.

Aun cuando no estemos ante un supuesto del artículo 1213, la pretensión de cumplimiento seguirá estando sujeta a los límites del abuso de derecho. Se entenderá que la pretensión de cumplimiento devino abusiva cuando la misma sea imposible o sea excesivamente onerosa para una de las partes o en palabras de Soler Presas, “bien porque obedezca a un interés meramente especulativo; bien porque su coste resulte desproporcionado, si se compara con la satisfacción que otros posibles remedios -i.e. resolución y cobertura en el mercado- pudieran reportar al agraviado” (Soler Presas) ⁴². Podemos apreciar que los casos de pretensión de cumplimiento abusiva son más frecuentes que los del artículo 1213, ya que incluyen casos de incumplimiento imputable.

Destacar que el momento a partir del cual el juez juzgue que la pretensión de cumplimiento devino abusiva, es determinante para fijar los siguientes aspectos:

⁴² Soler Presas, A., "La indemnización por resolución del contrato en los PECL/DCFR.", *Indret*, vol. 2, 2009, p. 19.

- Será el momento en que se entienda que el acreedor debió de resolver, liquidar los daños y mitigar la pérdida acudiendo al mercado de cobertura. No se indemnizarán aquella parte del daño que ha escalado y que hubiera sido evitable si se hubiesen adoptado las medidas razonables para mitigar el daño⁴³.
- Será “el momento relevante para la determinación del coste de sustitución resarcible” (Soler Presas)⁴⁴.

2.5.2. Regulación en el artículo 1213 de la Propuesta.

Por el contrario, si el artículo 1213 de la Propuesta fuese norma vigente, la parte perjudicada por la alteración sobrevenida de las circunstancias, que reúna todos los requisitos exigidos por el artículo 1213 (ya sea en el supuesto de excesiva onerosidad para una de las partes o frustración del fin del contrato), podría alegar los remedios contenidos en dicho precepto, que son los siguientes:

- Podría ejercer una pretensión de revisión del contrato, que deberá orientarse a “restaurar la reciprocidad de intereses del contrato” (artículo 1213 de la Propuesta). Como hemos argumentado, en el apartado referido a la fundamentación de la norma, con la anterior alusión lo que la norma pretende es que la pretensión de revisión se oriente a restaurar la reciprocidad de los intereses que las partes han establecido voluntariamente en el contrato, es decir, el equilibrio contractual determinado por las partes en el contrato, y en ningún caso deberá orientarse a la reciprocidad de las prestaciones de modo abstracto y genérico. Con esta referencia a la reciprocidad de intereses del contrato, se protege la voluntad inicial de las partes contratantes y se evita que los jueces entren a valorar la economía del contrato.
- Si la pretensión de revisión “no es posible o no puede imponerse a una de las partes” o “no restaure la reciprocidad de interés del contrato” (artículo 1213 de la Propuesta), la parte perjudicada por la alteración sobrevenida de las circunstancias podrá pedir la resolución del contrato en el momento que sucede el cambio que reúne los requisitos del artículo 1213 de la propuesta, sin tener que esperar al momento del vencimiento pactado.

En caso de resolución, no ampara el artículo 1213 la pretensión indemnizatoria, y que si el cambio de circunstancias reúne los requisitos exigidos por dicho artículo,

⁴³ *Ibid.*, p.4.

⁴⁴ *Ibid.*, p.19.

la excesiva onerosidad para una de las partes o la frustración del fin del contrato es inimputable. Ahora bien, a la hora de resolver y liquidar el contrato, van a surgir costes no imputables (por ejemplo, “gastos e inversiones incurridos por el acreedor en la preparación de su propia prestación”, Castiñeira, 2014⁴⁵), en los que se podría alegar, que lo lógico y justo, es que los soporte la parte perjudicada por la alteración. Sería una especie de indemnización sin imputabilidad cuyo apoyo legal se podría extraer del artículo 1488 CC.

Como valoración respecto a los remedios que prevé el artículo considero muy acertado que no se incluya una obligación expresa de renegociar el contrato⁴⁶, obligación que sí se encuentra en varios textos internacionales⁴⁷. El artículo 1213 obliga de modo indirecto al acreedor a renegociar, amenazándole con la facultad que se otorga al deudor de pretender la resolución del contrato. Solo aceptará la revisión del contrato aquel acreedor que siga interesado en la prestación. De esta manera la revisión surgirá de la voluntad de ambas partes contratantes.

Con respecto al papel del juez en relación con las pretensiones que prevé el artículo 1213, como apunta Martínez Velencoso, “en ambos casos se precisa la intervención judicial, aunque para la adaptación del juez habrá que tener en cuenta las propuestas de revisión que le ofrezcan las partes contratantes”⁴⁸. Por lo tanto, no se atribuye al juez el poder de adaptar el contenido del contrato⁴⁹, sino que se tendrá que limitar a estimar o desestimar la pretensión de revisión en función de los parámetros que fija el artículo 1213 de la Propuesta, esto son, que sea posible, que pueda imponerse a las partes, que restauren la reciprocidad de intereses del contrato, etc. Podrá tener cierto papel decisor, mediador, pero siempre en función de las “*propuestas revisión ofrecidas por cada una de las*

⁴⁵ Castiñeira (*Op. Cit.*, p. 15) señala que “esa neutralidad en la doctrina exige que el deudor cumpla con todas y cada una de las obligaciones exigibles con anterioridad a la alteración sobrevenida de las circunstancias, así como con la obligación de indemnizar aquellos gastos e inversiones incurridos por el acreedor en la preparación de su propia prestación. A lo que en ningún caso tendrá derecho el acreedor es a la indemnización del interés contractual positivo.

⁴⁶ Opinión compartida con Coderch (*Op. Cit.*, p. 47) que apunta que “la imposición de una obligación en sentido estricto de renegociación carece de sentido: la renegociación del contrato es, como el contrato mismo, voluntaria.”

⁴⁷ Así se incluye en los principios UNIDROIT, PECL, DCFR.

⁴⁸ Orduña Moreno y Martínez Velencoso, *Op. Cit.*, p. 241.

⁴⁹ A este respecto, Parra Lucán, *Op. Cit.*, p. 36: “no resulta razonable imponer a la otra parte que se mantenga en un contrato con un contenido que puede no interesarle.”

partes”. Si no estima la pretensión de revisión por no haber propuesta ofrecida por las partes que restaure la reciprocidad del contrato, podrá acordar la resolución. Limitar el papel del juez otorga un grado de seguridad jurídica que resulta esencial para el campo del derecho contractual. La facultad primaria del juez en este sentido es la de constatar que estamos ante un supuesto subsumible bajo el artículo 1213 de la Propuesta.

Por último, apuntar que igual que hace el Tribunal Supremo (como se explicará a continuación) el artículo 1213 de la Propuesta podría haber sacado los supuestos de frustración del fin del contrato, dejando que dichos supuestos queden resueltos por la doctrina de la desaparición de la causa del contrato, sin embargo, el artículo 1213 ha preferido unificar el régimen de la excesiva onerosidad y el de frustración del fin del contrato. Lo cual produce la ventaja de contar con un régimen general para los supuestos de alteración sobrevinida de las circunstancias.

Entre ambos remedios (pretensión de revisión o resolución), el artículo 1213 de la Propuesta establece una preferencia por la revisión del contrato, pues *“la pretensión de resolución solo podrá ser estimada cuando no quepa obtener de la propuesta o propuestas de revisión ofrecidas por cada una de las partes una solución que restaure la reciprocidad de intereses del contrato”*, preferencia que está en consonancia con el principio de conservación del contrato.

Pues bien, si la pretensión de revisión del contrato no es estimada, llegaremos a la resolución del contrato sin pretensión indemnizatoria alguna, idéntica consecuencia jurídica a la que llegaríamos con la regulación general del Código Civil. Es por ello que conviene determinar qué ventajas supone el artículo 1213 de la Propuesta frente a la regulación actual del Código Civil.

2.6. Ventajas que supone el artículo 1213 de la Propuesta frente a la regulación general del CC.

Para hacer el siguiente análisis, establezco como presupuesto de partida que en el supuesto de hecho ocurre efectivamente un cambio de circunstancias que reúne los requisitos del artículo 1213 (o si se prefiere de la cláusula *rebus*):

2.6.1. Regulación general del Código Civil.

Ante el incumplimiento (o aviso de incumplimiento) de la parte deudora que alega que está afectada por una alteración de las circunstancias que reúne los requisitos del artículo 1213, el acreedor puede entender que el cambio de circunstancias no reúne los requisitos del artículo 1213. Puesto que en el régimen general el deudor no puede pretender la

resolución del contrato, el acreedor no sentirá amenaza de ningún tipo y es probable que insista en el cumplimiento sin mitigar daños, suponiendo que le serán indemnizados. Ante la inactividad, lo más probable es que los daños generales escalen.

Sin embargo, insistir en el cumplimiento es un remedio que no está exento de riesgos para la parte acreedora, ya que el juez puede estimar que, a partir del momento del vencimiento, esa pretensión de cumplimiento devino abusiva, por lo que la parte acreedora, a partir del vencimiento del contrato, debió de optar por resolver el contrato y mitigar el daño. De hecho, el juez puede llegar a entender que la pretensión de cumplimiento devino abusiva no solo a partir del momento del vencimiento del contrato, sino incluso desde el aviso de buena fe de la parte deudora de la imposibilidad de cumplir el contrato en sus términos originales.

Como podemos apreciar, en el régimen general, que concede una pretensión de cumplimiento generalizada sin regular la alteración de las circunstancias básicas del contrato, se corre el riesgo de favorecer un comportamiento antieconómico del acreedor, que deja escalar unos daños, pensando que le van a ser indemnizados. Sin embargo, como hemos supuesto que estamos ante una alteración de circunstancias que reúne los requisitos del artículo 1213, llegados a juicio, el incumplimiento se entenderá inimputable y no cabrá indemnización alguna.

2.6.2. Regulación en el artículo 1213 de la Propuesta.

El artículo 1213 de la Propuesta pretende que, si efectivamente concurren los requisitos para su aplicación, ese cambio de circunstancias extraordinario e imprevisible no lleve a la inactividad, sino que impulsa a que se adopten soluciones jurídicas (pretensión de revisión o resolución) en el momento en que las circunstancias se han alterado sin tener que esperar al momento del vencimiento (en los supuestos de avisos anticipado de incumplimiento) o sin que tenga que transcurrir mucho tiempo desde el vencimiento. Esto llevará a que el daño general producido por ese cambio de circunstancias, que tendrá que soportar una u otra parte, sea lo mínimo posible, favoreciendo así al tráfico económico, a un comportamiento económico ordenado.

Cuando una de las partes contratantes se ve afectada por una alteración sobrevenida de las circunstancias del contrato, ejercerá la pretensión de revisión y/o resolución que le concede el artículo 1213. Si la pretensión de revisión no es fructífera, la parte perjudicada por el cambio solicitará la resolución. Desde el momento en que la parte perjudicada solicita la resolución, la contraparte inevitablemente se va a ver forzada a impedir que los daños escalen.

En resumidas cuentas, el artículo 1213 conlleva las siguientes ventajas: se favorece la conservación del contrato, se reducen al mínimo los daños generales que tendrá que soportar una u otra parte a causa del incumplimiento otorgando mayores facultades al deudor a la vez que salvaguardando la voluntad y facultades del acreedor, además de favorecer la seguridad jurídica.

2.7. Moderna configuración de la cláusula *rebus* por parte del Tribunal Supremo.

La cuestión de la alteración de las circunstancias, se ha tratado en la jurisprudencia a través de la cláusula *rebus sic stantibus*, cuyos requisitos y efectos se han repetido en numerosas sentencias del Tribunal Supremo, a través de la siguiente formulación⁵⁰:

“A) Que la cláusula rebus sic stantibus no está legalmente reconocida;

B) Que, sin embargo, dada su elaboración doctrinal y los principios de equidad a que puede servir, existe una posibilidad de que sea elaborada y admitida por los tribunales;

C) Que es una cláusula peligrosa y, en su caso, debe admitirse cautelosamente;

D) Que su admisión requiere como premisas fundamentales:

a. Alteración extraordinaria de las circunstancias en el momento de cumplir el contrato en relación con las concurrentes al tiempo de su celebración;

b. Una desproporción exorbitante, fuera de todo cálculo, entre las pretensiones de las partes contratantes que verdaderamente derrumben el contrato por aniquilación del equilibrio de las prestaciones, y

c. Que todo ello acontezca por la supervivencia de circunstancias radicalmente imprevisibles, y

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

Del pasaje anterior, podemos extraer que la cláusula *rebus* está más bien dirigida a dar solución jurídica a los supuestos de excesiva onerosidad para una de las partes, frente a los supuestos de frustración del fin del contrato. Los efectos de la aplicación de la misma será la revisión y modificación del contrato⁵¹, pero no a su resolución.

⁵⁰ STS 17 de mayo (RJ, 1957, 2164). Pueden citarse las siguientes sentencias en que después se cita literalmente este pasaje: STS 22 abril (RJ 2004, 2673), STS 12 noviembre 2004 (RJ 2004, 6900), STS 25 enero 2007 (RJ 2007, 592), STS 27 diciembre 2012 (RJ 2013, 1625).

⁵¹ Así, por ejemplo, sin ánimo de exhaustividad, pueden citarse las siguientes resoluciones, en donde el TS estima la modificación del contrato debido a la aplicación de la cláusula *rebus*: STS 23 marzo 1998 (RJ 1988, 2228), STS 4 octubre 1996 (RJ 1996, 7032), STS 30 de junio 2014 (RJ 2014, 3526), STS 15 octubre 2014 (RJ 2014, 6129).

Para tratar los supuestos de frustración del fin del contrato, el Tribunal Supremo ha considerado preferentemente aplicable la teoría de la desaparición sobrevenida de la causa frente a la teoría de la cláusula *rebus sic stantibus*. En este sentido se pronuncia la Sentencia 20 de abril 1994 (RJ 1994, 3216):

“ no es que haya que moderar equitativamente el contrato, dejándolo subsistente, en virtud de la doctrina de la cláusula *rebus sic stantibus*, porque carece de sentido que, si la prestación de una de las partes se ha hecho imposible, la otra tenga que cumplir la suya de forma más reducida. Tal doctrina solo es aplicable en caso de notorio desequilibrio de las prestaciones, no en caso de ausencia de una de ellas [...]. Ha considerado ejercitable la facultad de resolución cuando existe un hecho obstativo que de modo absoluto, definitivo e irreformable impide el cumplimiento, y cuando la prestación pactada no responde a la finalidad para cuya consecución se concertó el contrato, frustrándose la misma. Por eso es extravagante el recurso a la cláusula *rebus sic stantibus*, si hay una frustración total del fin del contrato”

En el caso citado, el Tribunal Supremo entiende que la causa ha quedado frustrada y procede resolver el contrato, de ahí que mencione que “no es que haya que moderar equitativamente el contrato (efecto propio de la cláusula *rebus*), sino que hay que poner fin al mismo.”

En resumidas cuentas, en los supuestos de frustración del fin del contrato (o si se prefiere, frustración de la causa) el Tribunal Supremo acuerda la resolución del contrato⁵². También cabe apuntar que en estos mismos supuestos de frustración del fin del contrato, el Tribunal Supremo se refiere además de a la teoría de la desaparición sobrevenida de la causa a la doctrina de la ruptura de la base del negocio, aplicando también efectos resolutorios⁵³.

Se aprecia una equivalencia entre la desaparición de la base del negocio y la causa del contrato. Considero que, debido a que la causa es un elemento propio de nuestro ordenamiento jurídico a diferencia de la doctrina de la base del negocio que procede del ordenamiento alemán, sería menos confuso si se acudiese únicamente a la doctrina de la desaparición o afectación a la causa del contrato⁵⁴.

A la vista de lo anterior, podemos extraer que en los supuestos de excesiva onerosidad para una de las partes el Tribunal Supremo ha aplicado la tradicional doctrina de la cláusula *rebus sic stantibus* dando lugar a la revisión del contrato, mientras que los

⁵² Así ocurre, por ejemplo, STS 1 junio 2010 (RJ 2010, 2661), STS 13 marzo 2015 (RJ 2015, 1131).

⁵³ Como sucede en la STS 26 de abril 2013 (RJ 2013, 3268).

⁵⁴ A este respecto, Castiñeira, *Op. Cit.*, p. 19.

supuestos de frustración del fin del contrato, ha aplicado la doctrina de la desaparición de la causa o de la base del negocio, dando lugar a la resolución del contrato⁵⁵.

Sin embargo, no siempre es tan nítida la anterior distinción: “no siempre distingue el Tribunal Supremo entre la cláusula *rebus sic stantibus* y otras teorías usadas para resolver el problema de la supervención contractual. En ocasiones, la unifica en un único razonamiento y las usa indistintamente [...], otras veces, las separa nítidamente”⁵⁶(Caracuel). En numerosas ocasiones el Tribunal Supremo aglutina bajo la referencia a la cláusula *rebus*, todos los supuestos de alteración sobrevenida de las circunstancias contractuales. Así ocurre por ejemplo en la STS de 17 de enero 2013 (RJ 2013,1819):

“la cláusula o regla rebus sic stantibus trata de solucionar los problemas derivados de una alteración sobrevenida de la situación existente o circunstancias concurrentes al tiempo de la celebración del contrato, cuando la alteración sea tan acusada que aumente extraordinariamente la onerosidad o coste de las prestaciones o bien acabe frustrando el propio fin del contrato”.

Lo anterior conlleva a que, aludiendo a la cláusula *rebus sic stantibus* junto a otras teorías (la teoría de la base del negocio, de la frustración del fin del contrato o la desaparición de la causa del contrato) aplique efectos resolutorios, que, en principio, no le son propios.⁵⁷

A partir de dos sentencias de 2014, estas son, la sentencia de 30 junio 2014 (RJ 3526) y la sentencia 15 de octubre 2014 (RJ 6129), podemos apreciar en la jurisprudencia del Tribunal Supremo una evolución de la cláusula *rebus sic stantibus* que ha llevado a la doctrina a hablar de una moderna configuración de la cláusula *rebus*. El Tribunal Supremo aboga por una aplicación “*normalizada*”⁵⁸ de la cláusula *rebus sic stantibus*, frente a la anterior postura de aplicación restrictiva que consideraba la misma como una “*cláusula peligrosa*” y “*de admisión cautelosa*”.⁵⁹

Esa moderna configuración de la cláusula *rebus*, en virtud de la cual los jueces van a permitir la adaptación y resolución de contratos, ante la ausencia de norma expresa que

⁵⁵. Así se desprende de la STS 20 de abril 1994 (RJ 1994, 3216), STS 20 de febrero 2001 (RJ 2001, 1490), la STS 12 de noviembre 2004 (RJ 2004, 6900).

⁵⁶ García Caracuel, *Op. Cit.*, p. 280.

⁵⁷ Así, por ejemplo, pueden citarse las siguientes resoluciones, en donde el TS, alude a la cláusula *rebus sic stantibus*, estimando la resolución contractual: STS 6 noviembre 1992 (RJ 1992,9226), STS 21 julio 2010 (RJ 2010, 3897), STS 20 febrero 2012 (RJ 2012, 4044), STS 1 junio 2010 (RJ 2010, 2661), STS 26 de abril 2013 (RJ 2013, 3268).

⁵⁸ STS 30 de junio 2014 (RJ 2014, 3526), STS 15 octubre 2014 (RJ 2014, 6129).

⁵⁹ *Vid.* Nota 50.

lo permita, se fundamenta necesariamente a través de figuras objetivas contenidas en nuestro ordenamiento jurídico⁶⁰: la exigencia de causa durante la vida del contrato, los principios de conmutatividad y buena fe⁶¹.

La conmutatividad, que se refiere a la reciprocidad, al equilibrio oneroso, pretende, en primer lugar, el respeto a la reciprocidad establecida por las partes, pero también permite ir un paso más allá, pues permite a los tribunales controlar la usura. Por lo tanto, la referencia al principio de conmutatividad en los supuestos de alteración sobrevenida de las circunstancias produce el riesgo de que jueces justicieros, aprovechen dicha alteración para entrar a valorar la economía del contrato. Riesgo que se aprecia cuando el Tribunal Supremo, en la referida sentencia de 30 junio 2014, describe la regla de “*la conmutatividad del comercio jurídico como expresión de un equilibrio básico entre los bienes y servicios que son objeto de intercambio*”. La conmutatividad que debe mantenerse es la que las partes han voluntariamente establecido en el contrato, pero ninguna otra.⁶²

Como podemos apreciar los fundamentos de la moderna configuración de la cláusula *rebus* (salvo la referencia a la conmutatividad) y el artículo 1213 de la Propuesta son equivalentes. De hecho, hay una mutua influencia entre el artículo 1213 de la Propuesta y la jurisprudencia del Tribunal Supremo. La Comisión Codificadora partió de la jurisprudencia para elaborar la Propuesta de Modernización del Código Civil y, a su vez, el Tribunal Supremo menciona en varios de sus sentencias dicho artículo⁶³.

Como mero apunte, se debería de abandonar la referencia a la histórica cláusula *rebus*, pues el sustrato de dicha doctrina en nada tiene que ver con la moderna configuración de la misma, para pasar a hablar de un régimen de alteración extraordinario de las circunstancias básicas del contrato.

⁶⁰ En este sentido, García Caracuel, *Op. Cit.*, p.323; Castiñeira Jerez, *Op. Cit.*, p.9; Parra Lucán, *Op. Cit.*, p.1.

⁶¹ Así se reconoce en la STS 30 de junio 2014 (RJ 2014, 3526), STS 15 octubre 2014 (RJ 2014, 6129). Así lo recoge también el magistrado Orduña Moreno, *Op. Cit.*, p. 259.

⁶² En este sentido, Alfaro Aguila- Real, J. resalta en “El coste de la *rebus*”, Almacén de Derecho, 28 de abril de 2015 (disponible en <http://derechomercantilesana.blogspot.com.es/2015/04/el-coste-de-la-rebus.html#more>, última consulta 18/04/2017) que “la aplicación de la doctrina *rebus sic stantibus* no puede conducir a una modificación del equilibrio económico pactado por las partes”). En la misma línea, Bercovitz citado por Salvador Coderch menciona que “la conmutatividad de los contratos no depende del equilibrio o desequilibrio de las prestaciones de las partes.”

⁶³ Así ocurre en la STS 17 de enero 2013 (RJ 2013, 1819), STS de 30 de julio de 2014 (RJ 2014, 3526).

2.8. Conclusión.

¿Es adecuada la moderna configuración de la cláusula *rebus* para regular el fenómeno de la alteración sobrevenida de las circunstancias o sería necesario que el artículo 1213 de la Propuesta fuera norma vigente?

Como premisa fundamental, dejar el fenómeno de la alteración sobrevenida de las circunstancias contractuales única y exclusivamente en manos jurisprudenciales provoca una enorme inseguridad jurídica en los agentes económicos.

La tradicional doctrina de la cláusula *rebus sic stantibus*, ha sido aplicada de forma absolutamente restrictiva y muy poco frecuente, de modo que no había un gran perjuicio a la seguridad jurídica. Sin embargo, la evolución de la doctrina jurisprudencial de la cláusula *rebus* a su moderna configuración, cambio que se produce entre los años 2013 y 2014, lleva a una aplicación más abierta de la cláusula *rebus*, adaptando o resolviendo el tribunal contratos sin contar con un verdadero respaldo legal.

Enumeramos las siguientes sentencias en las que el Tribunal Supremo consideró aplicable la cláusula *rebus*, en su moderna configuración: STS 17 de enero 2013 (RJ 1819), STS 26 de abril 2013 (RJ 3268), STS 30 junio 2014 (RJ 3526), STS 15 de octubre 2014 (RJ 6129), STS 13 marzo 2015 (RJ 1131).

De las anteriores sentencias surge la pregunta de si efectivamente los cambios, que se alegan y que son reconocidos por el Tribunal Supremo como relevantes para considerar aplicable la cláusula *rebus*, revisten las características de extraordinarios e imprevisibles. ¿Verdaderamente se trata de riesgos imprevisibles *strictu sensu* donde no es razonable exigir a la parte que lo sufre haber previsto ese riesgo, pues va más allá de la diligencia exigida o pueden considerarse más bien (en contra de la opinión del Tribunal Supremo) riesgos no previstos pero previsibles pues derivan de las circunstancias y naturaleza del contrato y deben ser por ende asumidos por la parte que los sufre? Vamos a destacar lo resuelto en las dos sentencias siguientes:

- La STS 30 de junio 2014 (RJ 3526) versa sobre un contrato de explotación publicitaria celebrado en 2006 entre la EMT de Valencia y una empresa de medios en virtud del cual esta última se comprometía a pagar un porcentaje de su facturación con un mínimo mensual a cambio de la explotación de los espacios publicitarios de los autobuses de la EMT de Valencia. El contrato de duración de cuatro años se cumple durante los dos primeros. La importante reducción del volumen de negocio de la empresa de medios, llevan a la misma a solicitar a la EMT una modificación del contrato, que esta rechaza. La empresa demanda la aplicación de la *rebus* ante los tribunales y el

Supremo confirma la sentencia de primera instancia que acordó la rebaja del precio del canon pactado al 80% y la reducción del mínimo mensual de 244.000 a 100.000 euros.

Resulta muy dudoso entender que, en 2006, año en que se firma el contrato de explotación de los espacios publicitarios, la caída de la publicidad era algo imprevisible para una empresa del sector⁶⁴. En lo que se ampara la empresa perjudicada, y lo que es reconocido por el Tribunal Supremo, es que lo imprevisible *strictu sensu* no es la caída de la demanda publicitaria, sino una caída tan pronunciada. A pesar de tratarse de una caída pronunciada, dicho riesgo forma parte del riesgo empresarial, de la naturaleza del contrato, por lo tanto, hay una asunción tácita del riesgo. Únicamente una ruptura del mercado es susceptible de quedar fuera del riesgo contractual tácitamente asumido. Si no se hubiese querido asumir el riesgo de una caída pronunciada, la diligencia razonable obliga a preverlo de modo expreso en el contrato. Claro está que, si hubiera querido repartir ese riesgo, probablemente no hubiese salido adjudicataria del contrato.

- STS 15 de octubre 2014 (RJ 6129) versa sobre un contrato para la explotación de dos hoteles por 25 años. La arrendataria, una compañía hotelera, podía desistir a los 10 años indemnizando al arrendador con el 15% de las rentas que faltara por abonar hasta la terminación prevista. La crisis provoca una caída de la demanda hotelera y el arrendatario demanda a su contraparte solicitando una reducción de la renta. En la presente sentencia, el Tribunal supremo modifica el contrato reduciendo la renta anual en un 29%, entendiéndose que la falta de previsión de la crisis y en este sentido, de una posible cláusula de revisión de la renta, no deben ser soportadas exclusivamente por la arrendataria.

La pregunta que suscita esta resolución es si realmente se dieron los requisitos para modificar sobrevenidamente un contrato, es decir si estábamos o no ante un riesgo imprevisible *strictu sensu*. La arrendataria era una empresa hotelera, por lo tanto, el grado de diligencia en la previsión de riesgos debe ser mayor. Puesto que las caídas de mercado a causa de crisis son algo cíclico, la diligencia razonable imponía a la arrendataria la obligación de prever en el contrato una cláusula de revisión y adaptación de precios. No hizo tal cosa (probablemente porque hubiera supuesto incrementar el coste del contrato)

⁶⁴ Véase, Alfaro Aguila- Real, J. “Rebus sic stantibus (IV): y llegó la crisis”, Almacén de Derecho, 22 de julio de 2014 (disponible en <http://derechomercantilesparana.blogspot.com.es/search?q=Rebus+sic+stantibus+%28IV%29%3A+y+Ileg%C3%B3+la+crisis>; última consulta 18/04/2017) y Yzquierdo M. , “La cláusula *rebus sic stantibus* no puede dar tanto de sí”, *Hay Derecho*, 3 de noviembre de 2014 (disponible en <http://hayderecho.com/2014/11/03/la-clausula-rebus-sic-stantibus-no-puede-dar-tanto-de-si/>, última consulta 02/04/2017).

y, por lo tanto, asumió tácitamente el riesgo. Esto es precisamente porque a pesar de tratarse de una crisis duradera y profunda, no se trató de una ruptura del mercado.

Pues bien, la moderna configuración de la cláusula *rebus*, que implica, nada más y nada menos que la aplicación de la cláusula *rebus* de modo mucho más amplio, ha suscitado fuertes críticas doctrinales⁶⁵.

La configuración “*plenamente normalizada*”⁶⁶ de la cláusula *rebus* que propugna la última jurisprudencia del Tribunal Supremo, sin verdadero respaldo legal deja entrar supuestos dudosos, con el riesgo de convertir el régimen de alteración extraordinario de las circunstancias del contrato en su formulación jurisprudencial (esto es, la cláusula *rebus sic stantibus*) en una excepción bastante amplia al *pacta sunt servanda*. Poniendo en riesgo el principio del *pacta sunt servanda*, como regla general que es y debe ser, se pone en riesgo todo el derecho contractual.

El riesgo anterior, también podría darse si el artículo 1213 fuese norma, pues al ser normal general y precisar de interpretación judicial, siempre abre la puerta a una aplicación extensiva. Sin embargo, al haber un respaldo legal, unos requisitos y remedios claramente identificados, siempre hay una mayor seguridad y protección jurídica para las partes.

Por otro lado, destacar que, “por mucho que las sentencias contengan una exposición teórica sobre la *rebus*” (Parra Lucán), como toda sentencia, se referirán a supuestos concretos de alteración de las circunstancias. El valor del precedente se predicará únicamente respecto esos supuestos concretos de alteración de las circunstancias, y no respecto de la exposición teórica que pueda hacer el Tribunal Supremo en la sentencia que resuelve el caso concreto⁶⁷.

⁶⁵ La última jurisprudencia del Tribunal Supremo, en palabras de Jesús Alfaro (Op. Cit.), se asemeja a “un Derecho civil de pobres que excuse el cumplimiento del contrato a aquellos que se han sobre endeudado” y provoca el insólito efecto de que “el Juez de la Audiencia tiene que justificar porque aplica el *pacta sunt servanda*.”

En la misma línea, Yzquierdo M. menciona en “La cláusula *rebus sic stantibus* no puede dar tanto de sí”, (Op. Cit) que “lo de “plenamente normalizado” en realidad invita a que la regla se pueda aplicar sin que se halle necesariamente presidida por su clásica nota de excepcionalidad” con el peligro de que “la resolución o la modificación de un contrato por alteración extraordinaria de las circunstancias ya no es un instituto que forme parte, como hasta ahora, de la patología del Derecho de contratos, sino de su fisiología.”

⁶⁶ Vid. Nota 58.

⁶⁷ Parra Lucán, Op. Cit., p.43: “En las SSTs, 1ª, 30.6.2014 (RJ 3526) y 15.10.2014 (RJ 6129) se resuelve, exclusivamente, acerca de si la falta de previsión de una cláusula de revisión del precio a la baja en caso de que una de las partes tuviera menos ingresos implica o no, ante una situación de crisis calificada como imprevisible, que deba asumir ella sola las consecuencias negativas de su negocio. No hay doctrina jurisprudencial sobre otros casos, por mucho que las sentencias contengan una exposición teórica sobre la *rebus*.[...]En consecuencia, los tribunales inferiores, y el propio Tribunal Supremo, deberán en el futuro analizar minuciosamente la proximidad entre el caso que

Por lo tanto, es preciso dotar nuestro ordenamiento de una norma general que regule la alteración extraordinaria de las circunstancias, como lo es el artículo 1213 de la propuesta. Es evidente que no se evitarían todos los riesgos del fenómeno de la alteración sobrevenida de las circunstancias (protección casuística de la figura), pero, como hemos mencionado, otorgaría mayor seguridad jurídica⁶⁸. Sin embargo, esta no es la única ventaja de convertir el artículo 1213 en norma vigente. A pesar de la cierta equivalencia entre la moderna configuración de la cláusula *rebus sic stantibus* del Tribunal Supremo y el artículo 1213 de la Propuesta, se aprecian diferencias. El artículo 1213 de la Propuesta, frente a la moderna configuración de la *rebus*, conlleva las siguientes ventajas:

- Atiende específicamente a “*restaurar la reciprocidad de intereses del contrato*”.
- Otorga un régimen único y general para los supuestos de excesiva onerosidad y frustración del fin del contrato.
- Protege a ambas partes contratantes. La modificación del contrato tiene que venir de “*propuestas revisión ofrecidas por cada una de las partes*”, las cuales deben ser posibles, capaces de ser impuestas a la otra parte y dirigirse a restaurar la reciprocidad de intereses del contrato. Ahora bien, si la contraparte no se muestra colaborativa a la hora de buscar una modificación del contrato oportuna, se va a ver amenazada con la resolución del contrato, por lo tanto, sin haber una obligación expresa a renegociar, lo hará (obligada de modo indirecto) si le sigue interesando la prestación.

deban resolver y los ya decididos, apreciando si la cuestión jurídica planteada, aun cuando sean diferentes los casos concretos, es la misma. Hay otros supuestos de alteración de las circunstancias que son ajenos a esta jurisprudencia, como los derivados de aumento de los costes de producción (y que, según el contrato de que se trate pueden corresponder a la parte profesional sobre la que recaen, que pudo comprar más materia antes de que subieran los precios, por ejemplo) o como los derivados de la desaparición de la presuposición común de las partes al contratar (que, aun en el caso de ser verdaderamente común y compartida, raramente daría lugar a una modificación del contrato, que no interesaría a la parte perjudicada).”

⁶⁸ Según Albaladejo (citado por Salvador Coderch, *Op. Cit.*, p.23) “el único camino seguro para conseguir una adecuación entre los imperios dictados de la realidad y los preceptos jurídicos es acoger legislativamente la regla de la revisibilidad de los contratos por alteración de las circunstancias.” En oposición, Parra Lucán (*Op. Cit.*, p.9) entiende que “estas sentencias (SSTS, 1ª, 30.6.2014 (RJ 3526) y 15.10.2014 (RJ 6129)) respaldarían la suficiencia del ordenamiento para proteger los intereses de deudores afectados por la crisis, sin necesidad de pronunciamiento expreso del legislador sobre la posibilidad de exigir una revisión de los contratos.”

3. EL AVISO ANTICIPADO DE INCUMPLIMIENTO DE CONTRATO.

3.1. Descripción de la figura.

El aviso anticipado de incumplimiento de contrato ocurre cuando el deudor, antes del vencimiento del contrato, avisa al acreedor de su decisión de no cumplir.

Con la intención de llevar a cabo un análisis más preciso, hemos considerado conveniente distinguir dos modalidades dentro de la categoría genérica de aviso anticipado de incumplimiento de contrato:

- i. Aviso anticipado de incumplimiento firme. El deudor simple y llanamente, es decir, sin ninguna petición o matiz adicional, avisa al acreedor de su decisión de no cumplir el contrato.
- ii. Aviso anticipado de incumplimiento como estrategia para lograr la modificación de los términos del contrato. En esta modalidad, la comunicación de incumplimiento anticipado, viene condicionada por un elemento adicional, esto es, el deudor avisa al acreedor que si no se modifican los términos del contrato se verá obligado a no cumplir el contrato.

En cualquiera de las dos modalidades puede ser un comportamiento puramente oportunista o estar objetivamente justificado.

3.2. Posibilidades de actuación al alcance de la parte que recibe el aviso.

En el Derecho continental, y desde luego, en el Derecho español, rige una “concesión generalizada de la pretensión de cumplimiento”, incluso más allá, en cuanto a los remedios de incumplimiento “el reconocimiento de la primacía de una pretensión de cumplimiento correctamente delimitada es un imperativo del modelo de responsabilidad contractual que desde luego receta el sistema español” (Soler Presas) ⁶⁹.

La concesión generalizada de la pretensión de cumplimiento implica que el acreedor puede insistir en el cumplimiento del deudor aun cuando haya bienes homogéneos en el mercado, siempre que para ese acreedor concreto la adquisición de esos bienes de un tercero implique costes transaccionales altos o difíciles de cuantificar. Ese coste transaccional puede ser por limitaciones del acreedor: otro idioma, no querer manifestar

⁶⁹ Soler Presas, A., "La indemnización por resolución del contrato en los PECL/DCFR.", *Indret*, vol. 2, 2009, p. 18.

una debilidad ante competidores, etc. Por lo tanto, “la mera posibilidad de cubrirse adquiriendo una prestación sustituta en el mercado no precluye, ..., la pretensión de cumplimiento. Ésta sigue vigente y es al deudor a quien corresponde probar que su ejercicio es abusivo y en qué momento devino así” (Soler Presas)⁷⁰

Por lo tanto, cuando el acreedor recibe el aviso anticipado de incumplimiento, en términos generales, es totalmente acorde a derecho que decida **no aceptar el aviso e insistir en el cumplimiento**. Incluso llegado el momento del vencimiento pactado, momento en el cual se evidenciará el incumplimiento ya anticipado, en principio, el acreedor estará legitimado para seguir insistiendo en el cumplimiento.

Ahora bien, insistir en el cumplimiento, conlleva el riesgo de que el juez entienda que la pretensión devino abusiva a partir del momento de vencimiento o incluso a partir del momento del aviso anticipado de incumplimiento de buena fe⁷¹. Esto implicará que todos aquellos daños que razonablemente pudiera haber evitado el acreedor a partir del momento en que la pretensión de cumplimiento devino abusiva, no serán indemnizables. A pesar de dicho riesgo, si el acreedor no resuelve en el momento que recibe el aviso o en el momento del vencimiento, pero sí lo hace en un momento posterior “debe prevalecer el momento de resolución efectivo, frente a aquel otro en que primeramente pudiera resolverse el contrato” (Soler Presas, 2009)⁷². Prevalencia que el deudor puede destruir probando que se debió de resolver en un momento anterior.

Por otro lado, el acreedor puede **aceptar el aviso, resolver el contrato y solicitar indemnización** que se valora en el momento de la recepción de aviso de incumplimiento (la indemnización, siempre que haya imputabilidad, cubrirá el mayor coste de sustitución en el momento del aviso de incumplimiento y otros daños adicionales, como gastos transaccionales).

Nos hemos estado refiriendo al a la modalidad de aviso anticipado de incumplimiento firme. Ahora bien, cuando el deudor lanza el aviso de incumplimiento como estrategia

⁷⁰ *Ibid.*

⁷¹ *Ibid.*, p. 16: “Así ocurre en todos los casos de incumplimiento previsible por comunicación del deudor, en un momento anterior al vencimiento, de su voluntad firme obstativa al cumplimiento. Si el sistema le permite insistir en el cumplimiento del contrato, como nadie duda que sea el caso en la Convención de Viena, también deberá someterle a las perniciosas consecuencias que deriven de la opción ejercitada cuando, salvaguardando igualmente su interés económico de cumplimiento, la elección de otros remedios fuera más razonable.”

⁷² Véase, *Ibid.*, p.19.

para modificar los términos del contrato, el acreedor en este caso tendrá tres posibles respuestas:

- **Aceptar el aviso, aceptando además la modificación del contrato.**
- **Aceptar el aviso sin aceptar la modificación del contrato, por lo tanto, limitándose a resolver el contrato y liquidar daños.**
- **No aceptar el aviso e insistir en el cumplimiento.**

Habiendo reflejado las posibles alternativas de reacción al alcance del acreedor, ¿cuándo debe correr el acreedor el riesgo de insistir en el cumplimiento y cuando, por el contrario, debe aceptar el aviso?

Como primera aproximación, podríamos responder diciendo que el acreedor deberá aceptar el aviso cuando entienda que es de buena fe y que el insistir en el cumplimiento es abusivo (y que, por lo tanto, en juicio se reputará como tal), debiendo, por el contrario, rechazar el aviso e insistir en el cumplimiento (siempre que le siga interesando) cuando entienda que es un aviso oportunista, de mala fe, y que el insistir en el cumplimiento no es abusivo.

Esto nos lleva a la siguiente disyuntiva: ¿cuándo es el aviso anticipado de incumplimiento de buena fe y cuando se debe reputar como oportunista? Muy pronto podemos apreciar como el desarrollar una pauta de actuación en base a un concepto jurídico indeterminado, como es el de buena fe, resulta poco operativo.

Con respecto al aviso de incumplimiento que pretende la modificación del contrato se nos plantea la siguiente cuestión a resolver: suponiendo que estamos ante un aviso de buena fe, ¿está obligado el acreedor a aceptar la modificación del contrato en aras de la conservación del mismo o es perfectamente legítimo que decida aceptar el aviso, resolviendo y liquidando el contrato?

Para resolver las anteriores cuestiones, proponemos aplicar el fundamento y la operativa del fenómeno de la alteración sobrevenida de las circunstancias en los términos del artículo 1213 de la Propuesta a los supuestos de aviso anticipado de incumplimiento.

3.3. Propuesta: Aplicar el fundamento y la operativa del fenómeno de la alteración sobrevenida de las circunstancias a los supuestos de aviso anticipado de incumplimiento.

3.3.1. Planteamiento.

Hemos visto que el fenómeno de la alteración sobrevenida de las circunstancias se encuentra regulado en el artículo 1213 de la Propuesta. Al no ser norma vigente, en

España, dicho fenómeno está teniendo un encaje y aplicación jurisprudencial, través de la cláusula *rebus sic stantibus*, o más recientemente a través de la moderna configuración de la misma.

Ahora bien, en la propuesta que desarrollamos a continuación, vamos a tratar el fenómeno de la alteración sobrevenida de las circunstancias a través del artículo 1213 de la Propuesta, por las ventajas que una norma escrita presenta frente a una doctrina jurisprudencial (ventajas referidas en la conclusión del epígrafe primero del trabajo).

Cuando una parte incumple un contrato, sigue operando el principio de vinculación de las partes al contrato (artículo 1091 CC). El contrato no tendrá la eficacia inicialmente querida por las partes contratantes, pero sí tendrá una eficacia secundaria, prevista por el legislador. Esta eficacia prevista, consiste en que la contraparte, podrá insistir en el cumplimiento (con sus límites) o resolver el contrato y, acompañar una u otra pretensión, con una pretensión indemnizatoria. Por lo tanto, incumplir un contrato y atenerse a las consecuencias que conlleva el incumplimiento siempre será legítimo, pues seguimos dentro de la órbita del principio *pacta sunt servanda*.

El incumplimiento⁷³ ocurre cuando llegado el momento del vencimiento la parte obligada no entrega la prestación debida.

El aviso anticipado de incumplimiento pretende avisar al acreedor que, llegado el momento de vencimiento pactado, no se va a poder entregar la prestación debida. Sin esperar al momento del vencimiento pactado, se avisa anticipadamente que en dicho momento se va a producir un incumplimiento.

La intención del aviso de incumplimiento, en la modalidad de aviso anticipado firme, es pretender que la parte contraria resuelva el contrato y liquide daños, en y respecto de ese momento, sin esperar al momento del vencimiento, donde los daños probablemente hayan acrecido. Por otro lado, el aviso de incumplimiento como estrategia para lograr la modificación de los términos del contrato pretende que, al acreedor, al que le siga interesando la prestación, acepte la modificación para evitar el incumplimiento, o que, si con la modificación la prestación le deja de interesar, resuelva y liquide el contrato en y respecto de ese momento, sin esperar el momento del vencimiento.

De modo genérico, lo que está pretendiendo hacer la parte que lanza el aviso anticipado de incumplimiento, es adelantar el momento del vencimiento y los remedios frente al incumplimiento, al momento del aviso y no al momento de vencimiento inicialmente

⁷³ Se trata de una noción de incumplimiento objetiva, que no incorpora referencia alguna a la imputabilidad o no de la parte incumplidora.

pactado. Lo que pretende es que, si la parte contraria no atiende al aviso, es decir, insiste en el cumplimiento, se someta dicha pretensión a los límites del abuso de derecho. Cuando en realidad no habría que hablar de pretensión de cumplimiento, ya que el incumplimiento no habría llegado aún, por lo tanto, el acreedor no tendría que preocuparse de mitigar hasta que no llegue el momento de vencimiento inicialmente pactado.

Si el ordenamiento reconoce esos efectos jurídicos que pretende la parte que avisa anticipadamente del incumplimiento, estaría permitiendo una excepción al principio de *pacta sunt servanda*, pues se estaría adelantando el momento del vencimiento y el análisis del adecuado ejercicio de la pretensión de cumplimiento a un momento anterior al pactado inicialmente por las partes.

Tendrá sentido permitir que el aviso anticipado de incumplimiento excepcione el principio *pacta sunt servanda* cuando no obedezca a un interés subjetivo, sino a un motivo objetivo. En términos generales, el ordenamiento jurídico solo permite excepcionar el principio de vinculación contractual cuando concurre una alteración extraordinaria sobrevenida de las circunstancias básicas del contrato.

Por lo tanto, el aviso solo será legítimo, pudiendo producir las consecuencias pretendidas, cuando haya ocurrido un evento que permita excepcionar el *pacta sunt servanda*, esto es, cuando haya ocurrido una alteración extraordinaria sobrevenida de las circunstancias. De modo más concreto, cuando se haya producido una alteración extraordinaria de las circunstancias básicas del contrato en los términos del artículo 1213 de la Propuesta:

- Que el cambio lo sea de las circunstancias que sirvieron de base al contrato
- Que el cambio sea “*extraordinario e imprevisible*” y que 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.*”
- Que el cambio haya llevado a que la ejecución del contrato sea excesivamente onerosa para una de las partes o se haya frustrado el fin del contrato.

3.3.2. ¿Los términos en los que está formulado el artículo 1213 permiten que sea aplicado a los supuestos de aviso anticipado de incumplimiento?

Como se ha explicitado cuando se han analizado los elementos del artículo 1213 de la Propuesta, dicha norma establece que la alteración extraordinaria de las circunstancias

básicas del contrato puede ocurrir durante todo el periodo de ejecución del contrato. La parte perjudicada podrá acudir a los remedios que le otorga dicho artículo durante toda la ejecución del contrato, sin tener que esperar al momento del cumplimiento.

Que el arco temporal de aplicación del artículo 1213 sea durante toda la ejecución del contrato tiene plena coherencia con la finalidad perseguida por el precepto. El artículo 1213, al igual que los textos internacionales que regulan este fenómeno, pretende que los daños generales, de la parte acreedora y deudora, se vean reducidos al mínimo posible, impulsando que se tomen medidas conjuntas en el momento en que se sabe que la parte perjudicada no puede cumplir el contrato en los términos iniciales debido a un motivo objetivo.

Si únicamente limitamos la aplicación del artículo 1213 al momento del cumplimiento establecido por las partes en el contrato, estaríamos mermando la finalidad de dicho precepto, cuando el cambio de circunstancias no se produce en el momento de cumplimiento pactado, sino en un momento anterior. Más aun, el artículo casi sería totalmente ineficaz, pudiéndose regular la situación de excesiva onerosidad o frustración del fin del contrato en el momento de cumplimiento, con la figura de la pretensión de cumplimiento y sus límites o la teoría de la desaparición de la causa.

Por lo tanto, acudiendo a los términos en los que está redactado el artículo 1213 y su finalidad, podemos concluir que es perfectamente aplicable a los supuestos de aviso anticipado de incumplimiento.

3.3.3. ¿Se puede aplicar directamente o habría que hacer alguna matización?

Considerado el arco temporal del artículo 1213, los cambios producidos durante la ejecución del contrato, la parte perjudicada por la alteración extraordinaria de las circunstancias básicas del contrato no tendrá que esperar al momento del vencimiento pactado para pretender la revisión y/o resolución del contrato.

Por lo tanto, cuando avisa anticipadamente que va a incumplir el contrato y se trata de un aviso anticipado firme lo que está ejercitando es la pretensión de resolución que le otorga el artículo 1213 de la Propuesta. Cuando avisa del incumplimiento como estrategia para lograr la modificación de los términos del contrato, lo que está haciendo es ejercitar la pretensión de revisión, y si esta no es fructífera, se entiende implícita la pretensión de resolución.

La contraparte que recibe el aviso anticipado, tendrá las siguientes posibilidades de actuación:

- i. Aceptar el aviso, esto es, aceptar la pretensión de revisión o resolución. Deberá hacer tal cosa cuando entienda que concurre un cambio que reúne los requisitos del artículo 1213, siendo el aviso legítimo. Se entiende que no es razonable que la parte permanezca sujeta al contrato en sus términos originales. Por lo tanto, se trata de un aviso capaz de excepcionar el *pacta sunt servanda*.
- ii. No aceptar el aviso, esto es, no aceptar la pretensión de revisión o resolución, y, por lo tanto, insistir en el cumplimiento, cuando entienda que no concurren los supuestos del artículo 1213. Estaremos ante un aviso de incumplimiento ilegítimo que no excepciona el *pacta sunt servanda*, por lo que el análisis de la condición abusiva de la pretensión de cumplimiento se hará a partir del momento del vencimiento pactado, no teniendo hasta entonces el acreedor obligación de mitigar el daño. El coste de sustitución, por lo menos hasta el momento del cumplimiento pactado, será indemnizable.
- iii. Aceptar el aviso que pretende la modificación del contrato, aun cuando entienda que no concurren las circunstancias del artículo 1213 de la Propuesta, por lo tanto, estaremos ante un aviso no amparado por la pretensión de revisión del artículo 1213, y, después, pretender la anulación de la modificación por estar la misma viciada por el vicio del consentimiento de la intimidación y, por ende, resulte aplicable el contrato en sus términos originales.

Las dos primeras posibilidades de actuación de la parte que recibe el aviso de incumplimiento se encuentran directamente amparadas bajo el artículo 1213 de la Propuesta.

Situándonos en el primer supuesto, la parte contratante recibe un aviso anticipado de incumplimiento, que entiende legítimo por concurrir un cambio de circunstancias que reúne los requisitos del artículo 1213. Si se trata de un aviso de incumplimiento como estrategia de modificación del contrato, lo que se está ejerciendo es la pretensión de revisión. Vamos a resolver la pregunta que se planteó con anterioridad, esto es: ¿está obligado el acreedor a aceptar la modificación del contrato en aras de la conservación del mismo o es perfectamente legítimo que decida aceptar el aviso, resolviendo y liquidando el contrato?

En mi opinión, si bien es cierto, que el principio de conservación del contrato es un principio a tener en cuenta en sede jurisprudencial, el principio que debe primar en el

derecho contractual, es el principio de la voluntad de las partes. Ante un aviso de incumplimiento legítimo podemos excepcionar el *pacta sunt servanda* y entender que no es razonable exigir que la parte perjudicada permanezca sujeta al contrato en sus términos originales, pero lo que no podemos es imponer al acreedor una obligación expresa de modificar el contrato.

Llegamos a la conclusión anterior, haciendo primar la voluntad contractual, pero también mediante la propuesta que se hace en este apartado, esto es, mediante la aplicación del fenómeno de la alteración sobrevenida de las circunstancias en los términos del artículo 1213 a los supuestos de aviso anticipado de incumplimiento.

El artículo 1213 de la Propuesta no impone al acreedor una obligación de modificar el contrato, ni tan siquiera obligación de renegociación. Lo que regula el artículo 1213 es una obligación de revisar implícita para aquel acreedor que pretenda evitar la resolución del contrato.

Lo anterior es directamente aplicable para el acreedor que recibe un aviso de incumplimiento como estrategia para lograr la modificación del contrato legítimo. Si al acreedor le sigue interesando la prestación, aceptará la pretensión de revisión, en caso contrario, tendrá que resolver. De esta manera la revisión surgirá de la voluntad de ambas partes contratantes.

Por último, para hacer valer la tercera posibilidad de actuación, no bastará con acudir al artículo 1213 de la Propuesta. Habrá que alegar que no se aceptó el aviso porque no concurría una alteración de las circunstancias que reúna los requisitos del artículo 1213, pero, además, habrá que probar que se aceptó la modificación bajo una voluntad viciada por el vicio de la intimidación, figura que se desarrollará en el siguiente apartado.

3.4. Mención a la aceptación de la modificación bajo intimidación.⁷⁴

Nos estamos centrando aquí en la segunda modalidad de aviso anticipado de incumplimiento, es decir, aquella que se lanza como estrategia para lograr la modificación de los términos del contrato.

Si la parte que avisa que se va a tener que situar en situación de incumplimiento a no ser que se modifiquen los términos originales del contrato por concurrir un cambio de circunstancias que reúne los requisitos del artículo 1213. Será un aviso legítimo amparado en derecho y, por lo tanto, por mucho que pueda presionar en cierto modo a la otra parte

⁷⁴ Lo que se conoce como *economic duress* en el sistema anglosajón.

contratante a modificar el contrato, dicha presión no faculta a una posterior anulación de la modificación por concurrir intimidación.

Si no concurrió una alteración de las circunstancias que reuniese los requisitos del artículo 1213 de la propuesta, el aviso sería ilegítimo, y más que aviso anticipado de incumplimiento podríamos hablar de amenaza de incumplir un contrato para lograr la modificación del mismo. Si se acepta la modificación bajo amenaza, bajo intimidación, se podrá posteriormente anular la modificación aceptada bajo consentimiento viciado.

Para que la parte contratante que recibe la amenaza de incumplimiento y acepta la modificación del contrato, puede pretender la anulación de la modificación por estar la misma viciada por el vicio del consentimiento de la intimidación y, por ende, resulte aplicable el contrato en sus términos originales, tendrá que probar que concurren los siguientes requisitos:

3.4.1. Que no tenía más alternativa razonable que consentir, pues los remedios frente a al incumplimiento resultaban insatisfactorios.

En virtud del artículo 1267 CC, para que concorra intimidación, tiene que haberse producido el anuncio de un mal inminente y grave que cause un temor racional y fundado en la parte que pretende la anulación del contrato.

Que el mal sea inminente y grave implica que se trata de un “mal de cierta entidad”, “próximo y difícilmente evitable”⁷⁵. Cuando el mal reviste tales características, el amenazado “no tiene más alternativa razonable que consentir”⁷⁶, operando el consentimiento a la amenaza como mal menor.

Entiende del Olmo García, que en los casos de incumplimiento anticipado del contrato en lugar de centrarse en la formulación propia del Código Civil del mal inminente y grave, resulta más acertado y objetivo, centrarse en el test de si el amenazado tenía o no alguna alternativa razonable que someterse a la presión.⁷⁷

⁷⁵ Del Olmo García, P., "La renegociación de los contratos bajo amenaza (Un comentario a la STS de 29 de julio de 2013)." *Anuario de Derecho Civil*, vol. 67, 2014, p. 319.

⁷⁶ La ausencia de alternativa razonable es una referencia propia de los sistemas anglosajones y en diversos textos internacionales de *soft law*.

Del Olmo García (*Ibid.*, p.321) apunta que existe una “equivalencia conceptual entre las dos maneras [anuncio de un mal inminente y grave y ausencia de alternativa razonable] de definir la situación de vicio de voluntad del que consiente bajo intimidación”. En términos parecidos, Solé Feliu, J., "La intimidación o amenaza como vicio del consentimiento contractual: textos, principios europeos y propuestas de reforma en España.", *Indret*, vol.4, 2016, p. 21.

⁷⁷ Del Olmo García, *Op. Cit.*, p.321.

El amenazado no tendrá más alternativa razonable que consentir cuando los remedios frente al incumplimiento no sean satisfactorios. Apunta del Olmo García que “el remedio jurídico es inadecuado para el amenazado cuando aquél [el deudor] no pueda evitar el daño especial que éste [el acreedor] sufriría a raíz del incumplimiento que amenaza el deudor.” Como daño especial, entiende la jurisprudencia del Tribunal Supremo los siguientes: “al daño a la propia imagen y al prestigio del amenazado frente a sus clientes (STS de 7 de febrero de 1995), al daño muy remoto y difícilmente indemnizable (STS 6 mayo 1960), al daño causado por caer en concurso de acreedores (STS 5 de abril 1993), al peligro de sufrir la resolución del contrato de venta a un tercero y de que se desencadene la aplicación de una cláusula penal (STS 5 de octubre 1995).”⁷⁸

Si existe un mercado de cobertura accesible para el amenazado en un corto período de tiempo, habría un remedio jurídico satisfactorio. Esto es, resolver el contrato, cubrirse en el mercado y ejercer una pretensión indemnizatoria por el mayor coste de sustitución y otros daños adicionales. Por lo tanto, se entenderá que como el amenazado tuvo en sus manos una alternativa razonable, la modificación del contrato no está viciada por intimidación, y será válida y no anulable.

Por el contrario, se entenderá que la pretensión de cumplimiento o resolución contractual acompañada de una pretensión indemnizatoria no representan un remedio jurídico adecuado, cuando los daños que cause el incumplimiento probablemente no serán totalmente cubiertos por la pretensión indemnizatoria. Por ejemplo, si el incumplimiento conlleva a que la parte amenazada no pueda cumplir otro contrato, el beneficio que le repercute ese contrato, a no ser que lo haya asumido expresamente la parte amenazante, probablemente no será enteramente indemnizable, a no ser que el tribunal considere que concurrió dolo (artículo 1107 CC).

3.4.2. Antijuridicidad de la amenaza⁷⁹.

En materia contractual la regla general imperante es el *pacta sunt servanda*. Por lo tanto, como regla general, la amenaza de incumplir un contrato es antijurídica.

⁷⁸ Así citado en Del Olmo García, *Op. Cit.*, p.323.

⁷⁹ La antijuridicidad de la amenaza es un elemento exigido en la mayoría de textos y principios europeos e internacionales, así como también en la Propuesta de Modernización del Código civil (artículo 1299 de la propuesta alude al elemento de la injusticia en la intimidación). Además, como señala Solé Feliu (*Op. Cit.*, p.11) “esta exigencia se encuentra en sintonía con la jurisprudencia del propio Tribunal Supremo español que, al interpretar el art. 1267.2 CC, requiere que la amenaza constitutiva de intimidación sea “ilícita o injusta” o que consista en un “acto injusto” (entre otras, SSTS 4.10.2002 [RJ 2002\9797]; 15.3.2012 [RJ 2012\4886]).”

La parte perjudicada por la alteración sobrevenida, que reúne los requisitos del artículo 1213 de la Propuesta, cuando avisa que incumplirá el contrato si no se modifican sus términos originales, lo que está haciendo es ejercer un derecho, pues el artículo 1213 le concede una pretensión de revisión y/o resolución. Aunque el ejercicio de tal derecho presione en cierta medida a la contraparte, no será una presión calificable como intimidación. En principio, cuando se está ejercitando una acción conferida por el ordenamiento para protegerse en estos casos, no concurre antijuridicidad.

El que ejerce tal pretensión, para que efectivamente pueda entenderse que es de buena fe, tendrá que fundamentar su pretensión, para que la parte contraria pueda tomar una decisión con conocimiento de causa.

Ahora bien, del Olmo García, defiende que el anuncio de incumplimiento de un contrato en los casos de cambio sobrevenido de las circunstancias, es legítimo, no porque se está ejerciendo un derecho legal (pues el artículo 1213 no es norma vigente), sino porque “se está ejercitando extrajudicialmente el derecho a pedir a un juez que reescriba equitativamente el contrato”⁸⁰, es decir, se está ejerciendo extrajudicialmente la cláusula *rebus sic stantibus*.

El referirse a la cláusula *rebus sic stantibus*, y no a un ejercicio de un derecho regulado, como lo sería el del artículo 1213, conlleva los riesgos propios de la cláusula *rebus sic stantibus*.

Dejando de un lado lo anterior, hemos concluido que el anuncio de incumplimiento de un contrato cuando ha habido una alteración extraordinaria de las circunstancias que faculta la aplicación del artículo 1213 de la propuesta (o la estimación de la cláusula *rebus sic stantibus*), es legítimo pues se está ejerciendo un derecho legal (artículo 1213) o se está ejerciendo extrajudicialmente una doctrina jurisprudencial (cláusula a *rebus sic stantibus*). En este sentido, entiende el Tribunal Supremo que “no es injusto el mal que dependa del ejercicio de un derecho o facultad legítima”, siempre que “el ejercicio del derecho que se anuncia sea correcto y no abusivo”. Es decir, que “con la amenaza se pretenda obtener lo que se conseguiría también mediante el proceso judicial con que se intenta intimidar”.⁸¹ En palabras del Olmo García, el ejercicio no abusivo de un derecho es “el que pretende lograr el mismo contenido que el derecho reconoce a su titular”.⁸²

⁸⁰Del Olmo García, *Op. Cit.*, p. 325.

⁸¹ STS 21 octubre 2005 RJ 8548, en el FD 3.º

⁸²Del Olmo García, *Op. Cit.*, p. 324.

Hasta los años 90, el Tribunal Supremo entendía que la antijuridicidad se observaba exclusivamente del mal con el que se amenaza. A partir de los años 90, se admite otro tipo de amenazas en la cual el mal puede ser legítimo pero el resultado es antijurídico. Esto es precisamente lo que ocurre cuando se amenaza con el ejercicio de un derecho, pero el mismo se ejerce de forma abusiva logrando un resultado que va más allá de lo que le concede tal derecho a su titular⁸³.

El artículo 1213 de la Propuesta establece que la pretensión de revisión se debe dirigir a restaurar la “*reciprocidad de intereses del contrato*”. Si se amenaza a la contraparte con incumplir o ejercitar la resolución si no atiende a una modificación del contrato que restaure la reciprocidad de intereses del contrato, la amenaza no será antijurídica, pues se está ejercitando el derecho del artículo 1213 de forma no abusiva.

Ahora bien, si se amenaza con incumplir o ejercitar la resolución si no se atiende a una modificación del contrato que mejore los intereses propios más allá de restaurar la reciprocidad de intereses del contrato (obteniendo un beneficio abusivo o desproporcionado), hay antijuridicidad por el resultado.

Por tanto, recapitulemos:

- Cuando se anuncia el incumplimiento si no se modifica el contrato, cuando concurren los requisitos del artículo 1213 de la Propuesta, lo que se está ejerciendo es la pretensión de revisión que reconoce dicho artículo. Se está anunciando un mal legítimo. Si se ejerce de forma no abusiva, es decir, solo hasta restaurar la reciprocidad de intereses del contrato, ni el mal que se anuncia ni el resultado que se obtiene es antijurídico. Por lo tanto, si la contraparte consiente la modificación, no podrá posteriormente pretender su anulación por intimidación.
- Sin embargo, si en el supuesto anterior la pretensión de modificación reporta a la parte que anuncia el incumplimiento una ventaja abusiva o desproporcionada, hay antijuridicidad respecto al resultado. Por ende, si la contraparte consiente la modificación, siempre que se considere que no tenía más alternativa razonable que consentir, podrá posteriormente pretender la anulación por intimidación de la modificación.

⁸³ Solé Feliu, *Op. Cit.*, p.14: “cuando la amenaza de ejercitar un derecho o un acto lícito se utiliza de forma abusiva o inaceptable para obtener un beneficio que, sin ella, no se habría alcanzado, entonces puede devenir antijurídica.”

- Por último, si se anuncia con incumplir el contrato si no se modifican sus términos, sin que concurran los requisitos del artículo 1213 de la Propuesta, se está anunciando un mal antijurídico. Si la contraparte consiente la modificación, siempre que se entienda que no tuvo en su mano otra alternativa razonable, puede pretender la anulación de la modificación por estar la misma viciada por el vicio del consentimiento de la intimidación.

3.4.3. ¿Circunstancias personales de la parte que dice haber sido amenazada?

Por último, y con respecto al primer elemento necesario para que concurra intimidación, esto es, la amenaza de un mal inminente y grave, o preferiblemente su formulación objetiva equivalente, la ausencia de alternativa razonable para aceptar, es importante plantearnos qué valor hay que otorgar a las circunstancias personales de la parte que recibe el aviso/amenaza.

Pues bien, la ausencia de alternativa razonable, tiene un carácter subjetivo, está referida a las circunstancias específicas en las que se encuentra el acreedor (posibilidad de obtener financiación, posibilidades de acceso al mercado de cobertura, acceso a otros proveedores, influencia en el resto de su negocio, inexperiencia etc.). Lo sí deberá tener un carácter objetivo es la valoración de esas circunstancias, es decir, si cualquier persona o empresario medio se sentiría en ausencia de alternativa ante esas circunstancias. De este modo, se llega a un “*modelo objetivo ponderado de conducta*⁸⁴” que es el que resulta más adecuado en un contexto empresarial.⁸⁵

3.5. Conclusión.

En aras de una mayor seguridad jurídica, sería conveniente que el artículo 1213 de la Propuesta recogiera de manera algo más expresa las posibilidades de actuación de la parte que recibe el aviso anticipado de incumplimiento. En particular, sería conveniente hacer alusión a la posible modificación contractual bajo el vicio de la intimidación. Solo hablamos de una ligera concreción, pues ante la variedad de los supuestos que se pueden plantear en la realidad, resulta imposible reflejar unos parámetros de actuación comunes.

⁸⁴ Así denominado por del Olmo García en su trabajo “La cláusula *rebus*, la renegociación de los contratos y la intimidación/vicio: tres lados de un triángulo” referido en el Solé Feliu, *Op. Cit.*, p.24.

⁸⁵ *Ibid.*

4. RECAPITULACIÓN FINAL.

Es necesario que el artículo 1213 de la Propuesta, o una norma similar que regule el fenómeno de la alteración sobrevenida de las circunstancias, se apruebe como norma vigente en el ordenamiento jurídico español, adaptándonos a la evolución reciente del derecho contractual.

Resulta esencial disponer de una regulación positiva general del fenómeno de la alteración sobrevenida de las circunstancias en aras a otorgar una mayor seguridad jurídica al tráfico económico, pues de lo contrario, estaríamos obligando a los agentes económicos a estar al albur de una doctrina jurisprudencial cambiante.

Además, únicamente a través de una mayor seguridad jurídica, se conseguirá que el fenómeno de la alteración sobrevenida de las circunstancias cumpla la finalidad que le es propia. Esto es, favorecer a un comportamiento económico ordenado, es decir, que cuando suceda una alteración extraordinaria de las circunstancias básicas del contrato, los daños generales a los que den lugar, que tendrá que soportar una u otra parte, se vean reducidos al mínimo posible, impulsando que se tomen medidas conjuntas en el momento en que se sabe que la parte perjudicada no puede cumplir el contrato en los términos iniciales.

Si no se aprueba una norma general que regule la alteración extraordinaria de las circunstancias, dicho fenómeno seguirá quedando amparado únicamente en sede jurisprudencial, a través de la moderna configuración de la cláusula *rebus*, con los riesgos que eso implica: inseguridad jurídica, riesgo de convertir el régimen de alteración extraordinario de las circunstancias en una excepción demasiado amplia al *pacta sunt servanda*, valor de precedente, limitado solo respecto a supuestos concretos de alteración de circunstancias.

Por otro lado, hemos aplicado el fundamento y la operativa del fenómeno de la alteración sobrevenida de las circunstancias a los supuestos de aviso anticipado de incumplimiento. Por lo tanto, que la alteración sobrevenida esté regulada en una norma escrita permita a su vez dar encaje legal a la figura del aviso de anticipado de incumplimiento.

Por último, aunque se positivice el fenómeno de la alteración de las circunstancias en los términos del artículo 1213 de la Propuesta o de manera similar, al ser norma general, y más aún debido a la proyección casuística de la figura, necesitaría de concreción al caso concreto en sede de tribunales, dejando siempre abierta la puerta a una cierta interpretación judicial extensiva. Sin embargo, al haber un respaldo legal, unos requisitos y remedios claramente identificados, las partes gozarían de una mayor seguridad jurídica.

5. LISTADO DE ABREVIATURAS.

CC: Código Civil

DCFR: *Draft Common Frame of Reference Common European Sales Law*.

PECL: *Principles of European Contract Law*.

Propuesta: Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos.

UNIDROIT: *Principles of International Commercial Contracts*.

6. BIBLIOGRAFÍA.

6.1. Legislación.

i. Normativa doméstica:

Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil («BOE» núm. 206, de 25/07/1889).

Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos, 2009, elaborada por la Sección de Derecho Civil de la Comisión General de Codificación.

ii. Normativa internacional:

Principles of International Commercial Contracts (Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales, también referidos como Principios UNIDROIT) elaborados por el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado Europeo, UNIDROIT (edición 2010).

Principles of European Contract Law (Principios del Derecho Europeo de Contratos) elaborados por la Comisión Lando.

Draft Common Frame of Reference (Borrador del Marco Común de referencia).

6.2. Jurisprudencia.

STS 6 noviembre 1992 (RJ 1992,9226).

STS 20 de abril 1994 (RJ 1994, 3216).

STS 4 octubre 1996 (RJ 1996,7032).

STS 23 marzo 1998 (RJ 1988, 2228).

STS 21 octubre 2005 (RJ 8548).

STS 1 junio 2010 (RJ 2010, 2661).

STS 21 julio 2010 (RJ 2010, 3897).

STS 20 febrero 2012 (RJ 2012, 4044).

STS de 17 de enero 2013 (RJ 2013,1819).

STS 26 de abril 2013 (RJ 2013, 3268).

STS 30 de junio 2014 (RJ 2014, 3526).

STS 15 octubre 2014 (RJ 2014, 6129).

STS 13 marzo 2015 (RJ 2015, 1131).

6.3. Obras doctrinales.

Albiñana, I., "Consecuencias del desistimiento unilateral del arrendatario.", *Actualidad Jurídica*, 1578-956X, 2011.

Alfaro Aguila- Real, J. "El coste de la rebus", Almacén de Derecho, 28 de abril de 2015 (disponible en <http://derechomercantilesmana.blogspot.com.es/2015/04/el-coste-de-la-rebus.html> ; última consulta 18/04/2017).

Alfaro Aguila- Real, J. "Rebus sic stantibus (IV): y llegó la crisis", Almacén de Derecho, 22 de julio de 2014 (disponible en <http://derechomercantilesmana.blogspot.com.es/search?q=Rebus+sic+stantibus+%28IV%29%3A+y+lleg%C3%B3+la+crisis>; última consulta 18/04/2017).

Alfaro Aguila- Real, J. "Rebus sic stantibus (III) ", Almacén de Derecho, 28 de diciembre de 2012 (disponible en <http://derechomercantilesmana.blogspot.com.es/2012/12/rebus-sic-stantibus-iii.html> , última consulta 18/04/2017).

Alfaro Aguila- Real, J. "Doctrina rebus sic stantibus (I): no es aplicable cuando el riesgo actualizado se asignó a una de las partes en el contrato ", Almacén de Derecho, 20 de mayo de 2012 (disponible en <http://derechomercantilesmana.blogspot.com.es/2012/05/doctrina-rebus-sic-stantibus-i-no-es.html>; última consulta 18/04/2017).

Castiñeira Jerez, J., "Hacia una nueva configuración de la doctrina *rebus sic stantibus*: a propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 2014.", *InDret*, vol.4, 2014.

- Díez-Picazo, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial: Volumen I. Introducción Teoría del Contrato*, Civitas, Madrid, 2007.
- Díez-Picazo, L. y Gullón, A., *Sistemas de derecho civil: Volumen II (Tomo 1). El contrato en general. La relación obligatoria*, Tecnos, Madrid, 2013.
- García Caracuel, M., *La alteración sobrevenida de las circunstancias contractuales*, Librería-Editorial Dykinson, Madrid, 2014.
- García del Olmo, P., "La renegociación de los contratos bajo amenaza (Un comentario a la STS de 29 de julio de 2013).", *Anuario de Derecho Civil*, vol. 67, 2014, pp.313-328.
- García del Olmo, P., *La amenaza de incumplir un contrato como vicio del consentimiento*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.
- Orduña Moreno, F.J. y Martínez Velencoso, L.M., *La moderna configuración de la cláusula rebus sic stantibus. Tratamiento jurisprudencial y doctrinal de la figura*, Thomson Reuters, Pamplona, 2013.
- Pantaleón, F., "Las nuevas bases de la responsabilidad contractual.", *Anuario de derecho Civil*, vol. 46, no IV, 1993, pp. 1719-1746.
- Pantaleón, F., "El sistema de responsabilidad contractual:(materiales para un debate).", *Anuario de Derecho Civil*, vol. 44, no 3, 1991, pp. 1019-1092
- Parra Lucán, M.^a, "Riesgo imprevisible y modificación de los contratos.", *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, vol. 4, no 10, 2015.
- Salvador Coderch, P., "Alteración de circunstancias en el art. 1213 de la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos.", *Indret*, vol. 4, 2009.
- Solé Feliu, J., "La intimidación o amenaza como vicio del consentimiento contractual: textos, principios europeos y propuestas de reforma en España.", *Indret*, vol.4, 2016.
- Soler Presas, A., "La indemnización por resolución del contrato en los PECL/DCFR.", *Indret*, vol. 2, 2009.
- Yzquierdo, M., "La cláusula rebus sic stantibus no puede dar tanto de sí", *Hay Derecho* , 3 de noviembre de 2014 (disponible en <http://hayderecho.com/2014/11/03/la-clausula-rebus-sic-stantibus-no-puede-dar-tanto-de-si/>, última consulta 02/04/2017).

