

Fuerza mayor y clausula rebus sic stantibus entre la imposibilidad sobrevenida y la excesiva onerosidad por el confinamiento derivado del Covid-19

## **Fuerza mayor y clausula rebus sic stantibus entre la imposibilidad sobrevenida y la excesiva onerosidad por el confinamiento derivado del Covid-19**

Ángel Serrano de Nicolás

Notario de Barcelona

Prof. Asoc. Dr. Derecho civil

Universitat Pompeu Fabra

**Diario La Ley**, Nº 9620, Sección Tribuna, 24 de Abril de 2020, **Wolters Kluwer**

Comentarios

Resumen

El confinamiento a que se ven sujetos quienes se encuentran en España, al margen de su situación administrativa, derivado del RD 463/2020, de 14 de marzo, hace necesario plantearse, al margen de que sea o no servicio esencial, pues incluso siéndolo su actuación puede ser ínfima al estar confinados los posibles usuarios o consumidores, si nos encontramos ante un caso de fuerza mayor (por imposibilidad sobrevenida temporal) o ante un supuesto de excesiva onerosidad sobrevenida que podría dar lugar a la cláusula *rebus sic stantibus*, y, en consecuencia resolver, previo distinguir entre contratos sinalagmáticos o no, y que la obligación sea de dar o de hacer, e incluso si el decretarse el confinamiento puede considerarse cual «*fait du prince*», si procede la suspensión de las prestaciones o incluso la resolución de los contratos.

### **I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN**

La pandemia que vivimos, por el covid-19, desde comienzos de este año 2020, y con confinamiento o reclusión imperativa en nuestros domicilios —incluso para los servicios esenciales, salvo en el horario reducido en que deben o pueden prestarse— plantea, entre otras, las siguientes preguntas en el

ámbito contractual: a) si el contrato es de tracto único o sucesivo, así como si es unilateral o sinalagmático, o, por otra parte, si el plazo era esencial (en que la fuerza mayor sí lo extinguiría), o, finalmente, si la prestación consiste en una obligación de dar (pago de una cantidad de dinero) o de hacer (a las que únicamente se refiere el art. 1184 CC (LA LEY 1/1889)); b) cuándo cabría la suspensión temporal del pago de la renta arrendaticia del local de negocio o de la vivienda no habitual, pues la de vivienda habitual está resuelta por el *Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo (LA LEY 4471/2020), por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19*, arts. 3 y ss.), y, por tanto, sería uno de los supuestos excluidos de la aplicación del art. 1105 CC (LA LEY 1/1889), junto a que no puede olvidarse —como veremos— que consiste en el pago de una cantidad de dinero (por lo que no queda incluida en el supuesto de hecho del art. 1105 CC (LA LEY 1/1889)); c) cuándo puede o no considerarse que hay incumplimiento contractual por existir o no fuerza mayor; y, d) cuándo cabría la resolución del contrato y con qué efectos; ciertamente que cada contrato —aunque los haya seriados o con identidad de razón— tendrá sus propias circunstancias, y, por ello, su propia solución, por lo que aquí trataré de las posibles instituciones aplicables *in abstracto*.

En todo caso, existen para las actuales circunstancias derivadas del covid-19 y, sobre todo, del imperativo confinamiento (cual «*fait du prince*», tal como se configura en el Derecho francés y que se verá *infra*), dos grandes instituciones de posible aplicación, como son la fuerza mayor por imposibilidad sobrevenida, con la consiguiente resolución del contrato como regla general (y como excepción el que se tenga que pagar una suma de dinero), pero sin perjuicio de acudir a la suspensión temporal; y, también, la cláusula *rebus sic stantibus* por excesiva onerosidad de la prestación, en que únicamente cabría la suspensión temporal y la modulación de las prestaciones convenidas.

Ambas instituciones —fuerza mayor y *rebus sic stantibus* o lo que es lo mismo imposibilidad sobrevenida y excesiva onerosidad— son de posible aplicación en nuestro Derecho positivo, y están también reconocidas en los Ordenamientos jurídicos más próximos, como son el francés (al que me referiré luego), cuyo *Code* recoge la teoría de la imprevisión y la fuerza mayor (viejo art. 1148 y actual art. 1218 tras la reforma operada por la *Ordonnance n.º 2016-131 de 10 février 2016*, en vigor desde el 1 de octubre de 2016); y el italiano, cuyo *Codice* reconoce la imposibilidad sobrevenida o fuerza mayor, arts. 1175, 1176, 1218 y 1256 *Codice*, y la excesiva onerosidad (o cláusula *rebus sic stantibus*), art. 1467 *Codice*, v., por todos, P. TRIMARCHI, *Il contratto: Inadempimento e rimedi*, Milano, Giuffrè, 2010, pp. 221-228, para la imposibilidad sobrevenida, en la que la resolución es la regla general, pero distingue entre contratos traslativos y constitutivos, y, también, entre imposibilidad parcial o temporal, a fin y efecto de conservar el contrato (que es, lo que a mi entender, procedería

ante la situación derivada del covid-19 y las normas legales de confinamiento), y pp. 229-241, para la excesiva onerosidad, en que parte de que el evento sobrevenido y que altera el programa de prestación puede clasificarse en dos grandes categorías, una de marcado carácter singular pues no afecta a la sociedad entera y que podría incluso ser objeto de aseguración, y otra que afecta a toda la sociedad o a grandes sectores, tal y como puede ser la inflación, la alteración de un producto por causa de guerra o de una crisis internacional (o podría añadirse que también la producida por el confinamiento derivado del covid-19), teniendo como solución la equidad, a fin de reconducir el programa de prestación a una solución que elimine la desproporción que exceda de lo que sería el alea contractual y, desde luego, exigiendo que la excesiva onerosidad quede fuera del posible control por el deudor, no bastando, por tanto, con la mera dificultad manifiesta, pues esto último no sería suficiente para la modificación o incluso en su caso resolución, como tampoco es aplicable a los contratos aleatorios.

*La admisión de ambas instituciones en nuestro Derecho civil resulta, para la fuerza mayor, explícitamente deducible del art. 1105 CC*

La admisión de ambas instituciones en nuestro Derecho civil resulta, para *la fuerza mayor*, explícitamente deducible del art. 1105 CC (LA LEY 1/1889), pues solo excluye dos supuestos, como son «*los casos expresamente mencionados en la ley*», lo que sucede con la renta de la vivienda habitual, RD-L 11/2020, de 31 de marzo, y, también, los casos en que haya convenio entre las partes (como seguramente se resolverán muchos de los problemas que surjan de la pandemia del covid-19); fuera de estos dos supuestos excluidos, precisa el art. 1105 CC (LA LEY 1/1889) que «*nadie responderá de aquellos sucesos que no hubieran podido preverse, o que, previstos, fuera inevitables*», clásica definición de la fuerza mayor, pero tampoco puede olvidarse que el art. 1184 CC (LA LEY 1/1889) solo se refiere a las obligaciones de hacer, que no a las de dar que quedan excluidas; y, por otra parte, la cláusula *rebus sic stantibus* está delimitada por nuestra reciente jurisprudencia, entre otras recientes, en las SSTS 333/2014, de 30 de junio de 2014 (LA LEY 84939/2014) y la más restrictiva de 17 de enero de 2019 (ECLI: ES:TS:2019:57 (LA LEY 418/2019)), sin perjuicio, de los principios inspiradores de la buena fe y la lealtad contractual, al momento de tenerse que ejecutar el contrato.

Procede pues examinar seguidamente como actúa cada una de estas dos instituciones, para poderlas aplicar a las nuevas realidades socio-económicas y contractuales surgidas tras el covid-19.

## II. IMPOSIBILIDAD SOBREVENIDA O FUERZA MAYOR: RESOLUCIÓN O, DE SER TEMPORAL, LA SUSPENSIÓN TEMPORAL

Es necesario precisar —dado que el mayor número de supuestos afectados por el covid-19 será el pago de rentas (como obligación de dar), frente al incumplimiento de obligaciones de hacer, como pueda ser la conclusión de obras— que *las obligaciones de pago de cantidades de dinero no pueden verse suspendidas alegando la fuerza mayor*, así lo ha resuelto la jurisprudencia francesa (y es perfectamente trasladable a nuestro Derecho civil, como se verá), en concreto *Cass. com.*, 16 sep. 2014, n.º 13-20.306: *Bull.*; *RDC* 2015/1, p. 21, note Laithier et p. 27, note Deshayes (referencia tomada de L. LEVENEUR (dir.), *Code Civil*, 38 éd., Paris, LexisNexis, 2018, p. 977, donde se hacen más referencias a otros comentarios), en nuestro Ordenamiento jurídico tendría aplicación, la dicha solución de no poder acudir a la fuerza mayor, por la vía del art. 1184 CC (LA LEY 1/1889), aplicando la regla *inclusio unius exclusio alterius*, dado que se refiere únicamente a las obligaciones de hacer, por tanto quedarían excluidas las obligaciones de dar, y, singularmente, las obligaciones de pagar en dinero.

En consecuencia, todas las prestaciones que consistan en pagar una cantidad de dinero no quedarían suspendidas por razón de la fuerza mayor. Sin embargo, frente a lo que acabo de señalar, para el arrendamiento de local de negocio, J-R. GARCÍA VICENTE, «**Arrendamientos y pandemia (1)**», en **el post** *Desde mi encierro*, Asociación de Profesores de Derecho civil, 22 de marzo de 2020, <http://www.derechocivil.net/blog/derecho-civil/item/411-desde-mi-encierro>, defiende que el arrendatario podría optar por «la resolución del contrato (arts. 27.1 y 35 *a contrario LAU*)» o suspender el pago de la renta que «deriva o depende del goce pacífico de la cosa (arts. 1555.1º (LA LEY 1/1889) y 1556 CC (LA LEY 1/1889))».

No obstante, sí conviene examinar como actuaría la fuerza mayor, pues no todos los contratos consistirán en el pago de una cantidad de dinero, lo que hago a continuación.

La imposibilidad sobrevenida puede derivar de la fuerza mayor, que justo se da cuando, junto a ser inevitable, es un suceso ajeno al círculo de la relación contractual, frente al caso fortuito, que se da dentro del mismo, aunque se tienda cada vez más a confundirlos y, desde luego, la legislación a equiparlos, pero son cosas distintas, como además resulta del art. 18.3 de la Ley 49/2003, de 26 de noviembre, de Arrendamientos Rústicos (LA LEY 1783/2003), que conviene observar no se ubica en materia de renta, ni contempla que se pueda suspender su pago, y requiere, además, ser *sobrevenida e imprevisible*, como puede decirse que lo ha sido, en esencia, el covid-19 y la medidas de confinamiento.

Si respecto de dichos *tres requisitos* para que se dé la fuerza mayor no hay discusión (cosa distinta será si se dan o no en el caso concreto, aunque parece indiscutible que se dan en el supuesto del covid-19), lo problemático es concretar qué *efectos produce* según se trate de *obligaciones de tracto único o de tracto sucesivo*, excluidas las de pago de dinero que —como se ha dicho— no pueden suspenderse ni se queda liberado, salvo que una disposición legal así lo contemple.

La suspensión deberá referirse a las obligaciones de hacer y de tracto sucesivo, así acudiendo al *Code français*, en su vigente versión, el art. 1218,2 *Code français*, literalmente transcrito, dice que: «*Il y a force majeure en matière contractuelle lorsqu'un événement échappant au contrôle du débiteur, qui ne pouvait être raisonnablement prévu lors de la conclusion du contrat et dont les effets ne peuvent être évités par des mesures appropriées, empêche l'exécution de son obligation par le débiteur. // Si l'empêchement est temporaire, l'exécution de l'obligation est suspendue à moins que le retard qui en résulterait ne justifie la résolution du contrat. Si l'empêchement est définitif, le contrat est résolu de plein droit et les parties sont libérées de leurs obligations dans les conditions prévues aux articles 1351 et 1351-1*», y del mismo resalta para su doctrina que, tras la reforma, la fuerza mayor exige: a) *ser imprevisible*; b) *ser irresistible* (como mejor configuración que la vieja referencia a ser inevitable, en el sentir de L. ANDREU y N. THOMASSIN, *Cours de Droit des obligations*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, Gualino, 2017, p. 443, se incluye entre lo irresistible la «pulsion de mort»), y c) *el ser exterior a la relación contractual* (aunque este carácter exterior como dice A. BÉNABENT, *Droit des obligations*, 14<sup>e</sup> éd., Paris, LGDJ, 2014, pp. 267-268, un «arrêt d'assemblée plénière du 14 avril 2006», admite implícitamente que la enfermedad del deudor puede constituir un caso de fuerza mayor); si bien, esta externalidad no puede producir sin más la exoneración parcial, ni tampoco parece admisible una causalidad indivisa, dado que ninguna de las partes es culpable, pues ningún hecho de ellas es el causante, por ello lo trascendente es determinar si cabe *la suspensión temporal y con qué efectos*. Para A. BÉNABENT, *Droit des obligations, cit.*, p. 270, y al hilo de su jurisprudencia francesa, el deudor no queda liberado sino que su obligación queda suspendida (así, *Civ. 1<sup>re</sup>, 24 février 1981*) hasta que la imposibilidad cese, aunque necesariamente tiene que ser provisional, y, desde luego, no parece que tampoco pueda agravarse la situación del arrendador, salvo que al estar suspendido el contrato quedaría prorrogado por los mismos meses en que haya estado suspendido.

La suspensión frente a la extinción —y al margen las ya dichas obligaciones de pago de dinero que no pueden quedar suspendidas ni resueltas por fuerza mayor— encuentra perfectamente acomodo en el conocido como «*fait du prince*», reconocido por su jurisprudencia (*Cass. 1<sup>re</sup> civ., 29 nov 1965; Cass 3<sup>e</sup> civ., 20 nov. 1985, n.º 84-16.225, y Cass. 3<sup>e</sup> civ., 1<sup>er</sup> juin 2011, n.º 09-70.502*, tomadas de L. LEVENEUR (dir.), *Code Civil, cit.*, p. 977), y doctrina, así, por todos, P. MALINVAUD, D. FENOUILLET y

M. MEKKI, *Droit des obligations*, 13<sup>e</sup> éd., Paris, LexisNexis, 2014, p. 580, con cita de las aportaciones de F. LUXEMBOURG, «Le fait du prince: convergence du droit privé et du droit public», *JCP* 2008, I, 119, y, además, A.C. AUNE, «Le "fait du prince" en droit privé», *Rev. Lamy dr. civ.*, mars 2008, p. 21). Y este «*fait du prince*» no es sino traer al derecho privado la construcción administrativista para la imposibilidad sobrevenida en las obras públicas por fuerza mayor. Se trata, como es de ver, de una categoría en la que se encuadraría lo hecho por el Gobierno español (y aprobado por las Cortes españolas) al ejercer su autoridad tomando la decisión del confinamiento, pero lo relevante son las consecuencias y posibles actuaciones de cada una de las partes. Así, cabe recordar que tratándose de obligaciones sinalagmáticas dicho «*fait du prince*», o decisión del Gobierno, es un hecho de tercero, ajeno a la relación contractual, el que impide el cumplimiento a una de las partes. Así lo defiende también, en nuestro Derecho civil, J-R. GARCÍA VICENTE, **«Arrendamiento de local de negocio y pandemia (2)»**, en el post *Desde mi encierro 2*, Asociación de Profesores de Derecho civil, 26 de marzo de 2020, <http://www.derechocivil.net/blog/derecho-civil/item/415-desde-mi-encierro-2>, al precisar que: «En tanto que es una "suspensión" supone una imposibilidad "temporal" de que sirva a tal propósito, que "no" es imputable a la conducta de ninguna de las partes. Es, en rigor, un caso de *factum principis*».

En nuestro Ordenamiento la situación derivada del covi-19 no es absolutamente novedosa, y, por ello, conviene traer a colación, pues ya se aplicó la fuerza mayor en la Guerra Civil española, la STS de 25 de noviembre de 1946, analizada por LUIS DíEZ-PICAZO, *Estudios sobre jurisprudencia civil*, vol. I, 2<sup>a</sup> ed., reimp., Madrid, Tecnos, 1979, pp. 536-538, en que en un supuesto en que se termina el frontón en 1937, para arrendarlo y explotarlo como frontón de pelota vasca, sin embargo, ante la imposibilidad de entregarlo por razón de la propia Guerra Civil, deciden los constructores explotarlo por ellos mismos y, por otra parte, cuando se les requiere para entregarlo por el llamado a ser arrendatario, el 25 de abril de 1939, se niegan a hacerlo, y aquí, como señalaba DíEZ-PICAZO, y nos vale *mutatis mutandis* para la situación actual, ni el que no pudo recibirlo incumplió obligación alguna, de recibirlo y dedicarlo a frontón, ni los arrendadores incumplieron tampoco al explotarlo directamente, por darse —como sucede con el covid-19 y el confinamiento temporal— el suceso imprevisto e inevitable de la Guerra Civil. Aunque lo importante en este caso es que se admitió la resolución contractual y, sin embargo, en nuestro caso dista en la mayoría de los casos de ser la solución que se pretende por las partes.

*Los efectos de la suspensión*, como acabo de decir, derivan del hecho de un tercero, como es la decisión del Gobierno aprobada por las Cortes españolas, que conlleva la imposibilidad sobrevenida de no poder actuar (aunque sí pagar) sin culpa por ninguna de las partes, y en la ya citada STS de 25 de noviembre de 1946, como destaca DíEZ-PICAZO, aunque no hay responsabilidad por el arrendatario,

sin embargo, sí resultaría de aplicación el art. 1124 CC (LA LEY 1/1889), como se deduciría implícitamente de que la explotaron directamente los propios arrendadores, y ello al admitirse que no es que se retrase en unos meses su ejecución, sino que no es «razonable someter a la otra parte contratante a la incierta espera de que el impedimento desaparezca», por tanto cabría la resolución del contrato. No es esta la situación que seguramente quieran la mayoría de las partes contratantes, aparte de que no están ambas legitimadas para la resolución, por tanto, lo que se requiere es concretar cómo se conjuga el conflicto de intereses existente en los contratos vigentes pero suspendidos en el pleno ejercicio de sus derechos por cada parte.

*Cuando se trate del pago de sumas de dinero —salvo que expresamente esté regulado y a dicha norma habrá que estarse— no pueden suspenderse alegando fuerza mayor*

En conclusión, cuando se trate del pago de sumas de dinero —salvo que expresamente esté regulado y a dicha norma habrá que estarse— no pueden suspenderse alegando fuerza mayor; cuando se trate de obligaciones de hacer habrá que estar al art. 1184 CC (LA LEY 1/1889), que determina la liberación sin poder hablar de incumplimiento; y en los demás casos cabrá alegar que estamos ante el dicho *fait du prince* y, en este caso, parece lo más ajustado a derecho considerar procedente la suspensión temporal del contrato sinalagmático, para lo que bastará acreditar dicha fuerza mayor (aunque los hechos notorios hacen prueba por sí mismos, como sería el caso del covid-19), sin que sea necesario tener que acreditar que hay excesiva onerosidad para el deudor, pues no es presupuesto para la aplicación de la fuerza mayor, y *su efecto o consecuencia será la suspensión del contrato*, eso sí, dado que el contrato está suspendido, que no resuelto, se deberá respetar el equilibrio contractual de forma que no se podrá agravar la situación del acreedor (más allá de la que deriva de la propia suspensión), y el obligado, o deudor, tendrá que hacer cuanto se necesario para que la prestación siga siendo posible una vez concluya el plazo de suspensión.

### **III. EXCESIVA ONEROSIDAD SOBREVENIDA O REBUS SIC STANTIBUS: MODERACIÓN TEMPORAL DE LAS PRESTACIONES Y EXCEPCIONALMENTE SU RESOLUCIÓN**

En su *reconocimiento jurisprudencial* es un institución reconocida de antiguo por nuestra jurisprudencia, de forma restrictiva y de modo que *puede suponer la modificación del contrato, y excepcionalmente su resolución*, conforme ya indicaron las SSTs de 14 de diciembre de 1940 (LA LEY 16/1940), 17 de mayo de 1941, 17 de mayo de 1957, tal y como recoge la más reciente de 17 de



noviembre de 2000; y, más recientemente, la STS 455/2019, de 18 de julio de 2019 (LA LEY 133917/2019), que, recogiendo la última jurisprudencia, precisa que «la alteración de las circunstancias que puede provocar la modificación o, en último término, la resolución de un contrato, ha de ser de tal magnitud que incremente de modo significativo el riesgo de frustración de la finalidad del contrato». Junto a que *las circunstancias sobrevenidas requieren ser totalmente imprevisibles para los contratantes* (STS, del pleno, 820/2012, de 17 de enero de 2013). Por lo que no puede hablarse de *alteración imprevisible* cuando la misma se encuentra dentro de los riesgos normales del contrato (como recuerda la Sala 1ª en SSTS 333/2014, de 30 de junio (LA LEY 84939/2014), 64/2015, de 24 de febrero (LA LEY 47081/2015), y 477/2017, de 20 de julio (LA LEY 110872/2017)).

Por lo que se acaba de decir resulta necesario resaltar los supuestos en que podrá aplicarse, a consecuencia del confinamiento —por el covid-19— y demás circunstancias derivadas del mismo, de la siguiente forma, así:

a) *No es aplicable a los contratos aleatorios*, por el riesgo que les es inherente a su mismo concepto; tampoco a los especulativos o con afán de obtener rápidas ganancias, STS 597/2012 (LA LEY 149046/2012), de 5 de octubre de 2012; como tampoco a los que por su naturaleza y finalidad les es inherente un riesgo anormal, STS 64/2015, de 24 de febrero de 2015 (LA LEY 47081/2015), como además recuerda la reciente STS 5/2019, de 9 de enero de 2019 (LA LEY 86/2019), e incluso más recientemente la STS 455/2019, de 18 de julio de 2019 (LA LEY 133917/2019), para cuando debió haberse contemplado el riesgo por la propia esencia del contrato, y de forma ejemplificativa la STS 19/2019, de 15 de enero de 2019 (LA LEY 418/2019) (reconociendo que se han restringido los presupuestos y la doctrina de la STS 333/2014, de 30 de junio de 2014 (LA LEY 84939/2014), que, no obstante, conserva el valor configurador de la cláusula «*rebus*», pues otra cosa, y es lo que se restringe, son los efectos deducibles y cuándo procede aplicar esta institución) y, poco después, la STS de 214/2019, de 5 de abril de 2019 (LA LEY 37286/2019), recuerda las sentencias que han excluido supuestos o situaciones concretas, así, por «la sentencia 742/2014, de 11 diciembre (LA LEY 176210/2014), «que la crisis financiera es un suceso que ocurre en el círculo de sus actividades empresariales, que no puede considerarse, imprevisible o inevitable». En la misma línea, la sentencia 64/2015, de 24 febrero (LA LEY 47081/2015), afirmó que «del carácter de hecho notorio que caracterizó la crisis económica de 2008, no comporta, por ella sola, que se derive una aplicación generalizada, o automática, de la cláusula "*rebus sic stantibus*" a partir de dicho período, sino que es del todo necesario que se contraste su incidencia causal o real en el marco de la relación contractual de que se trate». Por su parte, la sentencia 237/2015, de 30 abril (LA LEY 47091/2015), se apoya en la doctrina de la sala que, aun admitiendo la posibilidad de aplicar la regla «*rebus*» a quien se ve



afectado por la crisis económica, «previene no obstante contra el peligro de convertir esa posibilidad en un incentivo para incumplimientos meramente oportunistas».

Acabar resaltando la reciente STS 156/2020, de 6 de marzo de 2020 (LA LEY 8016/2020), por fijar la doctrina actual de la Sala 1ª, que acude a la STS 5/2019, de 9 de enero de 2019 (LA LEY 86/2019), y de la que resulta inaplicable, la cláusula *rebus sic stantibus*, a los contratos de corta duración, e incluso cabría añadir a cuando los efectos persisten poco tiempo, aunque puedan ser de gran intensidad, dado que su sustrato es la excesiva onerosidad que difícilmente puede darse en ninguno de los dos casos, por poca duración del evento en el tiempo o por poca duración del contrato.

b) *Sí es aplicable tanto en las obligaciones de hacer como en las de dar*, incluso aunque haya pago en dinero (frente, a como se ha resaltado, la fuerza mayor), y, desde luego, requiere una excesiva onerosidad que difícilmente se puede dar en un breve lapso temporal, como podría ser el del covid-19, así podría deducirse de la STS 591/2014, de 15 de octubre de 2014 (LA LEY 171646/2014), en que se rebaja en un 29 % la renta mensual del arrendamiento de un hotel.

Es condición necesaria para la aplicación de la regla «rebus» la imprevisibilidad del cambio de circunstancias. Por lo que si las partes *han asumido expresa o implícitamente el riesgo de que una circunstancia aconteciera o debieron asumirlo* porque, en virtud de las circunstancias y/o naturaleza del contrato, tal riesgo era razonablemente previsible (y aquí habría que distinguir si es un contrato entre profesionales, o de estos con particulares o simplemente entre particulares, pues no podrá ser la misma la diligencia exigible), no es posible apreciar la alteración sobrevenida que, por definición, implica la no asunción del riesgo (recientemente STS 5/2019, de 9 de enero (LA LEY 86/2019)).

Para su *construcción doctrinal*, cuestión distinta es los efectos que se puedan extraer en cada caso concreto, sigue resultando de interés la STS 333/2014, de 30 de junio de 2014 (LA LEY 84939/2014) (a la que se refieren todos los entrecomillados que siguen), que parte, por un lado, de la nueva concepción «en materia de interpretación y eficacia de los contratos (Principios Unidroit, Principios Europeos de la Contratación o el propio Anteproyecto relativo a la modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos de nuestro Código Civil)», de los que, en cualquier caso, cabe recordar no es derecho positivo en España; y, por otro, de la superación de los principios de la economía liberal (en los que es indiscutido que está fundado nuestro CC español y, desde luego, no pugna con la constitución económica resultante de la CE'78), y, apoyándose en estos cimientos, dice que «debe abandonarse su antigua fundamentación según reglas "de equidad y justicia" en pro de una progresiva objetivación de su fundamento técnico de aplicación» (lo que no es generalmente admitido, ni tampoco doctrina mayoritaria en los sistemas codificados más próximos, valga la relevante opinión P.

BARCELLONA y C. CAMARDI, *Le istituzioni del diritto privato contemporaneo*, Napoli, Jovene, 2002, pp. 239-242, que lo siguen fundando en la equidad, lo que no impide llegar a conclusiones equivalentes); en todo caso deben destacarse los aspectos que se enumeran a continuación para mejor entenderla y aplicarla.

#### A) RECONOCIMIENTO EN EL DERECHO COMPARADO:

**1º.-** En el «Derecho alemán, en dónde en el párrafo primero del parágrafo 313 no aparece expresamente la nota de la imprevisibilidad del cambio de circunstancias, debiendo ser inferido de los cambios no previstos por las partes, como en los textos internacionales y de armonización señalados»; y,

**2º.-** En «los principios Unidroit la imprevisibilidad deriva de que los acontecimientos, no debieron haber sido previstos "por la parte en desventaja, ni de que cayeran en su esfera de control". Los principios de Derecho Europeo de la Contratación (PELL) la configuran respecto de que dicho cambio "no pudo razonablemente tenerse en cuenta en el momento de la celebración del contrato". En parecidos términos, el Proyecto de la Compraventa Europea, en relación a que dicho cambio "no se tuvo en cuenta y no pueda esperarse que se tuviese en cuenta" y, en suma, nuestra propuesta de Anteproyecto de Ley de Modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos, que expresamente alude especialmente "a la distribución contractual o legal de los riesgos"».

#### B) DIFERENCIAS CON FIGURAS AFINES:

**1º.-** Con la imposibilidad sobrevenida (propia del caso fortuito o fuerza mayor): En que su aplicación «no queda informada por el carácter fortuito de la misma, sino por un juicio de tipicidad contractual derivado de la base del negocio y especialmente del marco establecido respecto a la distribución del riesgo natural del contrato, con lo que la imprevisibilidad, fuera de su tipicidad en el caso fortuito, queda reconducida al contraste o resultado de ese juicio de tipicidad, esto es, que dicho acontecimiento o cambio no resultara "previsible" en la configuración del aleas pactado o derivado del contrato. De ahí, que la nota de imprevisibilidad no deba apreciarse respecto de una abstracta posibilidad de la producción de la alteración o circunstancia determinante del cambio, considerada en sí misma, sino en el contexto económico y comercial en el que incide (STS de 26 de abril de 2013, núm. 308/2013 (LA LEY 36281/2013))».

2º.- «Con relación a la resolución de la obligación (artículo 1124 del Código Civil (LA LEY 1/1889)) la principal dificultad a la hora de la diferenciación se manifiesta principalmente en la categoría del incumplimiento esencial»; así,

**a)** en la resolución contractual procede su extinción del contrato, por cuanto «la prestación en esas condiciones ya no le es útil o idónea al acreedor», aunque, obviamente «dicha frustración comporte, como es lógico, una valoración económica», y de ahí que la jurisprudencia también hable de «la falta de obtención de la finalidad perseguida», «la frustración de las legítimas expectativas o aspiraciones» e inclusive de «la quiebra de la finalidad económica o frustración del fin».

**b)** en la cláusula *rebus sic stantibus* procede la modificación temporal de las prestaciones pues lo que hay es «la ruptura del equilibrio contractual por la onerosidad sobrevenida de la relación negocial celebrada», y los fines tienen que alcanzarse conforme a las nuevas circunstancias y del modo que mejor se alcance la finalidad inicialmente perseguida por las partes.

3º.- Desde la óptica del incumplimiento —propio del art. 1124 CC (LA LEY 1/1889)- o «la ruptura del equilibrio contractual por la onerosidad sobrevenida de la relación negocial celebrada», propia de la cláusula *rebus sic stantibus*, precisa la STS 333/2014 (LA LEY 84939/2014), que «mientras que la resolución atiende a la quiebra o frustración de la finalidad práctica o resultado buscado por las partes, sin perjuicio de que dicha frustración comporte, como es lógico, una valoración económica, la prestación en esas condiciones ya no le es útil o idónea al acreedor, incluso económicamente analizada, la aplicación de la rebus atiende a la quiebra o frustración de la conmutatividad y onerosidad contractual sobre la que se diseñó el resultado práctico querido por las partes».

### C) FUNDAMENTOS EN QUE SE SOSTIENE SU APLICACIÓN:

1º.- Desde una perspectiva *objetiva*, la doctrina de la base del negocio, pues «la mutación o cambio de circunstancias determina la desaparición de la base del negocio cuando:

- La finalidad económica primordial del contrato, ya expresamente prevista, o bien derivada de la naturaleza o sentido del mismo, se frustra o se torna inalcanzable.
- La conmutatividad del contrato, expresada en la equivalencia o proporción entre las prestaciones, desaparece prácticamente o se destruye, de suerte que no puede hablarse ya del juego entre prestación y contraprestación».

«La aplicación de la teoría de la base del negocio como cauce interpretativo a estos efectos ha sido resaltada por la reciente jurisprudencia de esta Sala, entre otras, SSTS 20 de febrero de 2012 (núm. 1887, 2008), 20 de noviembre de 2012 (núm. 674, 2012), 25 de marzo de 2013 (núm. 165, 2013), 26 de abril de 2012 (núm. 309, 2013), y 11 de noviembre de 2013 (núm. 638/2013)»; y,

2º.- Desde una perspectiva *subjetiva*, se encuentra «en aquellos supuestos en donde la finalidad económica del negocio para una de las partes, no expresamente reflejada, pero conocida y no rechazada por la otra, se frustra o deviene inalcanzable tras la mutación o cambio operado».

#### D) PRESUPUESTOS EN QUE SE APOYA EL CC ESPAÑOL:

1º.- El orden público económico, art. 1255 CC (LA LEY 1/1889), pues tanto puede ser jurídico como económico, y la buena fe, y así dice, para esta última, que «no supone una ruptura o singularidad respecto de la regla preferente de la lealtad a la palabra dada (*pacta sunt servanda*)», sino que «obtiene su fundamento último de las propias directrices del orden público económico, particularmente de la regla de la conmutatividad del comercio jurídico y del principio de buena fe»; para seguir añadiendo que «la conmutatividad se erige como una regla de la economía contractual que justifica, *ab initio*, la posibilidad de desarrollo de figuras como la cláusula *rebus sic stantibus*»; junto a que «el principio de buena fe en la economía de los contratos, sin perjuicio de su aplicación como interpretación integradora del contrato (artículo 1258 del Código Civil (LA LEY 1/1889)), [...], permite una clara ponderación de los resultados que se deriven de la regla de que los pactos deben siempre ser cumplidos en sus propios términos. En este sentido, si en virtud de la buena fe el acreedor no debe pretender más de lo que le otorgue su derecho y el deudor no puede pretender dar menos de aquello que el sentido de la probidad exige, todo ello de acuerdo a la naturaleza y finalidad del contrato; también resulta lógico, conforme al mismo principio, que cuando, fuera de lo pactado y sin culpa de las partes y de forma sobrevenida, las circunstancias que dotaron de sentido la base o finalidad del contrato cambian profundamente, las pretensiones de las partes, lo que conforme al principio de buena fe cabe esperar en este contexto, pueden ser objeto de adaptación o revisión de acuerdo al cambio operado. Esta relación entre el principio de buena fe y la cláusula *rebus sic stantibus* ya ha sido reconocida por esta Sala, caso, entre otras, de la Sentencia de 21 de mayo de 2009 (núm. 1178/2004)».

2º.- El «principio de conservación de los contratos (entre otros artículo 1284 del Código Civil (LA LEY 1/1889)), en donde su desarrollo tiende a especializarse respecto de la nulidad contractual como régimen típico de ineficacia; Sentencias de pleno de 15 de enero de 2013 (nº 827, 2012) y de 16 de enero de 2013 (nº 828, 2012)».

3º.- El no serle aplicable «la nota de la subsidiariedad con la que tradicionalmente viene calificada la aplicación de esta cláusula, pues fuera de su genérica referencia a la carencia de cualquier otro recurso legal que ampare la pretensión de restablecimiento del equilibrio contractual, su adjetivación de subsidiaria hace referencia, más bien, a que su función no resulte ya cumplida por la expresa previsión de las cláusulas de revisión o de estabilización de precios (SSTS de 24 de septiembre de 1994 y 27 de abril de 2012)».

#### E) EFECTOS MODIFICATIVOS Y EXCEPCIONALMENTE RESOLUTORIOS:

Su aplicación produce, como regla general, el efecto «*simplemente modificativo de la relación*», aunque, excepcionalmente, como añade la más reciente STS 455/2019, de 18 de julio de 2019 (LA LEY 133917/2019), podría llegar a tener efectos resolutorios; esto ya lo había anticipado la STS 820/2012, de 17 de enero de 2013, que fundándola en los arts. 7 (LA LEY 1/1889) y 1258 CC (LA LEY 1/1889), deduce que exige su *modificación* si se produce una alteración tan acusada de las circunstancias concurrentes que aumente extraordinariamente la onerosidad o coste de las prestaciones de una de las partes, y se dará la *resolución* si acaba frustrando el fin del contrato; no siéndole singulares dichos efectos pues los comparte también, como precisa la STS 333/2014 (LA LEY 84939/2014), con la «acción resolutoria (artículo 1124 del Código Civil (LA LEY 1/1889))» o «la acción rescisoria por fraude de acreedores (1111 y 1291, 3º del Código Civil), con idéntica naturaleza de la ineficacia resultante, pues supone la validez estructural del contrato celebrado (artículo 1290 del Código Civil (LA LEY 1/1889))».

Ahora bien, y tomando como base la equidad —que innecesario resulta decir está reconocida en nuestro Ordenamiento jurídico— serán las partes las que deben renegociar (y en este sentido también cabría hablar de su subsidiariedad), aunque ante su fracaso podrá el deudor acudir al Juez, pero no le corresponde a la Autoridad judicial buscar un equilibrio objetivo para una circunstancia sobrevenida e imprevisible para un contratante medianamente prudente (pues, cabe recordar, tampoco está basado nuestro sistema contractual en el precio justo, sino en el libremente negociado, *cfr.* art. 1255 CC (LA LEY 1/1889)); y, ciertamente, no se trata de buscar un equilibrio objetivo sino el que las partes habían concretado o es deducible para ese contrato determinado, por lo que puede ser distinto para cada contrato, pues lo relevante en sí no es solo la excesiva onerosidad sino la causa que la ha producido, e incluso el distinto riesgo que cada parte asumía, pues ya podría haber nacido con cierto desequilibrio contractual. Y lo que es más relevante, incluso para esta situación producida por el covid-19, tiene que ser una circunstancia general o para un sector concreto, como sin duda lo es el covid-19, pero no cabría cuando el evento sobrevenido afecta únicamente a la esfera patrimonial de un contratante

(refiriéndose al cambio de su circunstancia patrimonial personal), pues no puede olvidar, como dicen BARELLONA-CAMARDI, *op. cit.*, p. 241, que el contrapeso a la autonomía privada es la «autoresponsabilità».

Acudiendo a la STS 447/2017, de 13 de julio de 2017 (LA LEY 97035/2017), FD 5º, aptdo. 3, J-R. GARCÍA VICENTE, «**Arrendamientos de vivienda y pandemia: Algunas pocas notas al RDL 11/2020 (LA LEY 4471/2020)**», en el post *Desde mi encierro 3*, Asociación de Profesores de Derecho civil, 2 de abril de 2020, <http://www.derechocivil.net/blog/derecho-civil/item/416-desde-mi-encierro-3>, niega que el arrendatario pueda invocar la cláusula *rebus*, pues el riesgo de la capacidad financiera recae sobre el propio arrendatario, admitiendo que a lo más la extraordinaria dificultad podrá servir para exonerarle de los intereses moratorios, por el retraso en el incumplimiento.

*No se está ante una mera anomalía de la circulación mercantil de la riqueza, sino ante un supuesto, por razón del acontecimiento sobrevenido, que hace imposible una de las prestaciones contractuales*

Y para que lo que proceda sea la resolución y no meramente la alteración o modificación temporal de los efectos, no puede olvidarse que no se está ante una mera anomalía de la circulación mercantil de la riqueza, que podría ser incluso asegurable o que según la naturaleza del contrato, o la profesionalidad de los contratantes, podría exigir una mayor o menor previsibilidad, sino como un supuesto, por razón del acontecimiento sobrevenido, que hace definitivamente imposible una de las prestaciones contractuales, privándola de justa causa por lo que priva de razón para mantener la prestación, siendo admisible su resolución.

La conclusión, en la actual situación jurídica creada por el conjunto de Reales D-L promulgados y desarrollados para reorganizar las relaciones contractuales y socio-económicas, es que la cláusula *rebus sic stantibus* no podrá encontrar aplicación, singularmente si se toma en consideración la crisis económica nacida en el 2007-2008 y cómo la entiende la última jurisprudencia de nuestro TS, singularmente la destacada STS 156/2020, de 6 de marzo de 2020 (LA LEY 8016/2020), pues —el que se presume breve plazo de duración— no logra crear una situación prolongada de excesiva onerosidad; sin embargo, sí podría darse la fuerza mayor con suspensión temporal de los efectos, no tanto por la pandemia en sí, sino por las normas legales que establecen el confinamiento (cual «*fait du prince*»), aunque la fuerza mayor no puede aplicarse a las obligaciones consistentes en pagar una cantidad de

dinero, incluso aunque sea sucesiva durante años, de forma mensual, por lo que cuanto menos lo será cuando sean solo algunos meses.