

Contingencias de mercado, riesgo contractual y doctrina *rebus sic stantibus*

Market contingencies, contractual risk and rebus sic stantibus doctrine

por

ROSA MILÀ RAFEL

*Investigadora Juan de la Cierva-Incorporación
Universidad de Castilla-La Mancha*

RESUMEN: Este trabajo analiza bajo qué condiciones los cambios de mercado pueden ser considerados una alteración imprevisible de las circunstancias que justifique la adaptación o la resolución de los contratos existentes por parte los tribunales con base en la doctrina *rebus sic stantibus*. En particular, se examina la respuesta que han dado a esta cuestión los tribunales españoles, prestando una especial atención a los casos planteados a raíz de la crisis económica y financiera iniciada en 2008. En primer lugar, se expone la evolución de la jurisprudencia del Tribunal Supremo en relación con la doctrina *rebus*, revisada tras la crisis económica. De acuerdo con la nueva doctrina, la crisis económica puede ser considerada un cambio de mercado imprevisible y extraordinario, capaz de alterar las bases de las relaciones contractuales. En segundo lugar, el artículo examina la previsibilidad de los cambios de mercado y la relevancia de la asignación contractual del riesgo. Por último, se dedica un tercer apartado al análisis de constelaciones de casos concretos resueltos por los tribunales. Las contingencias de mercado analizadas son: el riesgo de variación del precio de mercado del bien en la compraventa; la frustración sobrevinida del fin contractual en contratos

de compraventa; el riesgo de financiación en las obligaciones pecuniarias, en especial, en la compraventa de inmuebles; y el riesgo de explotación del negocio de la arrendataria en el contrato de arrendamiento de larga duración.

ABSTRACT: *This article aims at analyzing under which conditions market changes may be considered an unexpected change of circumstances that justify the adaptation or termination of existing contracts on the basis of the rebus sic stantibus doctrine. The paper examines the response given by Spanish courts to this question, focusing on cases decided after the economic and financial crisis of 2008. Firstly, it examines the evolution of the Spanish Supreme Court case-law in relation to the rebus sic stantibus doctrine, which has been amended after the economic crisis. According to the new doctrine, the economic crisis can be considered an unforeseeable and extraordinary market change, capable of disrupting the basis of contracts. Secondly, the article examines the foreseeability of market changes and the relevance of risk allocation. Finally, a third section of the paper analyses specific groups of cases decided by Spanish courts. The market contingencies considered in the paper are: risk of market price variations on sales contracts, frustration of purpose affecting sales contracts, risk of not having access to credit of the debtor of monetary obligations, especially in real estate transactions; and risk of business profitability of the lessee in long-term lease agreements.*

PALABRAS CLAVE: Contingencias de mercado. Asignación de riesgo contractual. Doctrina *rebus sic stantibus*. Frustración del fin contractual. Crisis económica y financiera. Principio de vinculación contractual. Modificación o resolución contractual. Derecho de contratos.

KEY WORDS: *Market contingencies. Risk allocation. Rebus sic stantibus doctrine. Frustration of purpose. Economic and financial crisis. Principle of sanctity of contracts. Adaptation or termination of contracts. Contract law.*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: 1. OBJETO DEL TRABAJO. 2. PRINCIPIO DE VINCULACIÓN CONTRACTUAL Y DOCTRINAS EXCEPCIONALES QUE ABORDAN EL CAMBIO DE CIRCUNSTANCIAS. 3. PRINCIPIO NOMINALISTA Y PRINCIPIO CONFORME AL CUAL EL DEUDOR GARANTIZA EL CUMPLIMIENTO EN LAS OBLIGACIONES PECUNIARIAS.—II. EVOLUCIÓN DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO RELATIVA A LA CLÁUSULA *REBUS SIC STANTIBUS*: 1. DOCTRINA TRADICIONAL. 2. FLEXIBILIZACIÓN DE LA DOCTRINA *REBUS* TRAS LA CRISIS ECONÓMICA Y FINANCIERA DE 2008: A) *La nueva formulación de la cláusula rebus sic stantibus y la flexibilización de su aplicación.* B) *La recesión económica iniciada en 2008 como un cambio de mercado extraordinario e imprevisible.* C) *Aplicación de la cláusula rebus a los casos planteados tras la recesión económica.*—III. PREVISIBILIDAD

DE LOS CAMBIOS DE MERCADO Y RELEVANCIA DE LA ASIGNACIÓN DEL RIESGO EN EL CONTRATO: 1. ASIGNACIÓN CONTRACTUAL DEL RIESGO DE ALTERACIÓN SOBREVENIDA DE LAS CIRCUNSTANCIAS. 2. LA CLÁUSULA *REBUS* COMO REGLA SUPLETORIA QUE PERMITE A LOS TRIBUNALES ASIGNAR RIESGOS EXCLUIDOS DEL «RIESGO NORMAL» DEL CONTRATO. 3. EXCLUSIÓN DE LA CLÁUSULA *REBUS* SI EL CONTRATO CONTIENE UNA CLÁUSULA DE ESTABILIZACIÓN. 4. LA STS DE 30 DE JUNIO DE 2014 SOBRE EL CASO PROMEDIOS Y LA INTERPRETACIÓN DE LAS CLÁUSULAS DE ESTABILIZACIÓN.—IV. CONSTELACIONES DE CASOS DE REVISIÓN O MODIFICACIÓN DEL CONTRATO POR CAMBIOS EN EL MERCADO: 1. COMPRAVENTA INMOBILIARIA: RIESGO DE VARIACIÓN DEL VALOR DE MERCADO DEL BIEN Y FRUSTRACIÓN SOBREVENIDA DEL FIN CONTRACTUAL: A) *La disminución del valor de mercado del bien es un riesgo propio del comprador.* B) *Frustración sobrevenida del fin contractual en la compraventa inmobiliaria.* 2. RIESGO DE FINANCIACIÓN EN LAS OBLIGACIONES DINERARIAS: A) *El riesgo de financiación lo asumen los deudores. Excepciones para las compraventas de vivienda habitual según la STS de 17 de enero de 2013.* B) *Asignación contractual del riesgo de no obtener financiación en la compraventa de viviendas.* C) *Distinción entre deudores que son empresarios o profesionales de los que no lo son.* 3. CONTRATO DE ARRENDAMIENTO DE LARGA DURACIÓN: RIESGO DE EXPLOTACIÓN DEL NEGOCIO DE LA ARRENDATARIA: A) *Doctrina tradicional: previsibilidad de la modificación de las condiciones de mercado existentes en el momento de celebrar el arrendamiento.* B) *Sentencia del TS de 15 de octubre de 2014 sobre el caso Accor Hoteles.* C) *Jurisprudencia menor posterior al caso Accor Hoteles que desestima la aplicación de la rebus a contratos de arrendamiento.*—V. CONCLUSIONES.—VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.—VII. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

1. OBJETO DEL TRABAJO

El objeto de este trabajo es analizar bajo qué condiciones los cambios en el mercado pueden ser considerados una alteración imprevisible de las circunstancias que justifique la adaptación o la resolución de los contratos existentes por parte los tribunales con base en la doctrina *rebus sic stantibus*. Por ello, se examina la respuesta que han dado a esta cuestión los tribunales españoles y se cuestiona su justificación, prestando una especial atención a los casos planteados tras la crisis económica y financiera iniciada en 2008.

Las distintas manifestaciones de la crisis económica y financiera iniciada en 2008 —dificultades de acceso al crédito, bajada de los precios de los inmuebles, desempleo, disminución del consumo, resultados negativos en la facturación de empresas, etc.— causaron serias dificultades a empresas y consumidores en

el cumplimiento de sus obligaciones contractuales. Como consecuencia de la alteración de las circunstancias, el cumplimiento de las obligaciones contractuales puede haberse convertido en más oneroso para una de las partes, ya sea porque se ha encarecido la prestación del deudor o porque ha disminuido el valor que la prestación tiene para el acreedor.

En este contexto, a menudo las partes se habrán puesto de acuerdo en renegociar los términos del contrato¹, especialmente si han invertido una cantidad importante de tiempo y dinero en su cumplimiento² o si el contrato se celebró entre profesionales con relaciones contractuales repetidas en el tiempo³. En otros casos, el estado ha intervenido aprobando legislación para adaptar el contrato a las nuevas circunstancias, principalmente, con la finalidad de proteger a los deudores hipotecarios. Finalmente, como último recurso, la parte afectada de manera negativa por el cambio de circunstancias habrá solicitado a los tribunales la adaptación o resolución del contrato con base a la cláusula *rebus sic stantibus*.

El presente artículo expone, en primer lugar, la evolución de la jurisprudencia del Tribunal Supremo español en relación con la cláusula *rebus*. Esta doctrina ha sido revisada tras la crisis económica de 2008, al reconocer la Sala Primera que una crisis económica puede ser considerada un cambio de mercado imprevisible y extraordinario, capaz de alterar las bases de las relaciones contractuales. En segundo lugar, en el artículo se examina la cuestión de la previsibilidad de los cambios de mercado y la relevancia de la asignación contractual del riesgo. Por último, se dedica un tercer apartado al análisis de constelaciones de casos concretos resueltos por los tribunales. Las contingencias de mercado analizadas son: el riesgo de variación del precio de mercado del bien en la compraventa; la frustración sobrevenida del fin contractual en contratos de compraventa; el riesgo de financiación en las obligaciones pecuniarias, en especial, en la compraventa de inmuebles; y el riesgo de explotación del negocio de la arrendataria en el contrato de arrendamiento de larga duración.

2. PRINCIPIO DE VINCULACIÓN CONTRACTUAL Y DOCTRINAS EXCEPCIONALES QUE ABORDAN EL CAMBIO DE CIRCUNSTANCIAS

Todos los sistemas jurídicos que respetan la libertad individual y la autonomía privada están basados en el principio de vinculación contractual (*pacta sunt servanda*)⁴, que en el derecho español está reconocido en el artículo 1258 del Código Civil. En otros ordenamientos, como el alemán o en el *common law* norteamericano, el principio *pacta sunt servanda* encuentra su reconocimiento a nivel jurisprudencial. De acuerdo con este principio, una obligación debe ser cumplida incluso si el cumplimiento de la misma ha devenido más oneroso, bien porque el coste del cumplimiento ha incrementado o porque el valor de la contraprestación ha disminuido. En consecuencia, el riesgo que la situación

económica y financiera pueda cambiar en el futuro agravando el cumplimiento de la obligación corresponde, típicamente, al deudor de la misma⁵. El principio de vinculación contractual se fundamenta en la finalidad del contrato como una herramienta de planificación de la economía individual y en el principio de seguridad jurídica de las transacciones⁶. Otra razón económica que explica este principio es la protección de las inversiones específicas realizadas por una de las partes del contrato frente al potencial oportunismo de la otra⁷. Con todo, no es una regla absoluta y está sometida a excepciones.

Tanto en el *Civil Law* como en el *Common Law* se reconocen distintas doctrinas excepcionales que abordan la cuestión del cambio de circunstancias, si bien solo en algunos Ordenamientos jurídicos estas doctrinas han sido incorporadas en la legislación. Entre otras, la doctrina sobre *frustration* en Inglaterra, Irlanda y Escocia, la doctrina sobre *impracticability* y *frustration* en el *common law* norteamericano⁸, la ruptura de la base del negocio (*Wegfall der Geschäftsgrundlage*) en Alemania⁹, la doctrina de la presuposición (*presupposizione*) en Italia¹⁰ y (*pressuposição*) en Portugal¹¹, la doctrina de la imprevisión (*imprévision*) en Francia¹² y la doctrina *rebus sic stantibus* en España¹³. También se pueden encontrar reglas excepcionales en los textos internacionales más relevantes. Entre otros, en los Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales 2010 (PICC) que regulan la excesiva onerosidad (*hardship*)¹⁴ y en los proyectos de armonización del Derecho privado europeo: los Principios de Derecho Europeo de Contratos (PECL)¹⁵ y el *Draft Common Frame of Reference* (DCFR)¹⁶, que se refieren a los efectos del cambio de circunstancias en los contratos (*change of circumstances*).

Con independencia de la doctrina concreta aplicable, la parte en desventaja por la alteración sobrevenida de las circunstancias puede estar legitimada para solicitar hasta tres tipos de remedios: a) la resolución del contrato; b) la modificación del contrato con la finalidad de hacerlo razonable y equilibrado a las nuevas circunstancias; y c) la renegociación¹⁷. El elenco de remedios disponibles dependerá del Ordenamiento jurídico en cuestión. Algunos sistemas jurídicos solo reconocen a los tribunales la posibilidad de resolver el contrato¹⁸. Otros únicamente prevén la resolución como remedio subsidiario a la adaptación del contrato por parte de los tribunales. Además, la mayoría de ordenamientos no reconocen el derecho a reclamar a la otra parte la renegociación del contrato, si bien este derecho está previsto en los PECL¹⁹, en los principios UNIDROIT²⁰ y en el artículo 1195 del Código Civil francés.

3. PRINCIPIO NOMINALISTA Y PRINCIPIO CONFORME AL CUAL EL DEUDOR GARANTIZA EL CUMPLIMIENTO EN LAS OBLIGACIONES PECUNIARIAS

Junto con el principio *pacta sunt servanda*, la mayoría de Ordenamientos jurídicos reconocen el principio nominalista. De acuerdo a este principio, en las

deudas de dinero la cuantía de la misma se basa en su valor nominal y no en su valor «real». En otras palabras, la cuantía de la deuda prevista en el contrato se mantiene constante a pesar de la disminución en el poder adquisitivo de la moneda como consecuencia de la inflación. La habitualidad de la inflación en la economía, hace que en la mayoría de ocasiones aquella no se considere un evento imprevisible²¹. En el Ordenamiento jurídico español este principio ha sido reconocido a nivel jurisprudencial²².

Solo algunos Ordenamientos jurídicos, y en especial el alemán, han aceptado que la inflación extraordinaria pueda afectar de manera fundamental la equivalencia del intercambio en contratos con deudas de dinero con base la doctrina de la base del negocio (*Geschäftsgrundlage*). En particular, después de la Primera Guerra Mundial, el Código Civil alemán (BGB) no contenía una norma general que previese excepciones a la fuerza vinculante de los contratos por alteración sobrevenida de las circunstancias²³. En un contexto de escasez de bienes y de aumento extraordinario de la inflación, el *Reichsgericht* introdujo la doctrina de la base del negocio, con la finalidad de aliviar a la parte desfavorecida, mediante la revalorización de la deuda, en casos en los que la fuerte inflación había afectado la equivalencia de las obligaciones devaluando la obligación de pagar en relación con la obligación de entregar un bien. Con todo, la situación en Alemania después de la Primera Guerra Mundial puede calificarse de única en la historia de la humanidad²⁴. La doctrina de la base del negocio fue codificada en el Código Civil alemán (BGB) —§ 313 BGB— con la reforma del derecho de obligaciones, que entró en vigor en 2002.

Un segundo principio comúnmente aceptado en derecho de contratos, junto con el principio de vinculación contractual y el principio nominalista, es aquel conforme al cual el deudor de una obligación dineraria garantiza el cumplimiento, es decir, el pago. El deudor de una deuda de dinero no puede alegar imposibilidad, pues el dinero debe obtenerse a cualquier coste. Cada deudor es responsable de que sus medios financieros sean suficientes para cumplir sus obligaciones²⁵. En el Ordenamiento jurídico español, la inaplicabilidad del artículo 1182 a 1184 del Código Civil a las obligaciones pecuniarias ha sido confirmada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo²⁶.

II. EVOLUCIÓN DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO RELATIVA A LA CLÁUSULA *REBUS SIC STANTIBUS*

1. DOCTRINA TRADICIONAL

En el derecho español, la modificación o resolución del contrato por alteración sobrevenida de las circunstancias no está regulada en el Código Civil de 1898²⁷, si bien se admite por el Tribunal Supremo, desde mediados del siglo XX,

con base en la doctrina de la cláusula *rebus sic stantibus*²⁸. Su fundamento de aplicación se encuentra en el principio de buena fe contractual del artículo 1258 del Código Civil²⁹. Con menos frecuencia, la jurisprudencia española ha resuelto los problemas derivados de la alteración sobrevenida de las circunstancias con base en otras doctrinas, como la de la ruptura de la base del negocio.

La doctrina *rebus* es aplicada por los tribunales como remedio para restablecer el equilibrio de las prestaciones en los contratos con obligaciones recíprocas. Su aplicación puede comportar, en primer lugar, la modificación del contrato y, solo excepcionalmente, la resolución del mismo si la adaptación de los términos del contrato no permite reequilibrar las prestaciones de las partes³⁰.

Desde su reconocimiento hasta 2014, el Tribunal Supremo había mantenido inalterado el tenor literal de la doctrina de la cláusula *rebus sic stantibus*, al exigir los siguientes requisitos para su aplicación: a) «una alteración completamente *extraordinaria* de las circunstancias en el momento de cumplir el contrato en relación con las concurrentes al tiempo de su celebración; b) una desproporción *inusitada* o *exorbitante* entre las prestaciones de las partes contratantes, que rompan el equilibrio entre dichas prestaciones; y que todo ello acontezca por la sobrevenida de circunstancias *radicalmente* imprevisibles»³¹; d) «que se carezca de otro medio para salvar o impedir el perjuicio»³²; y e) que se refiera «fundamentalmente a las relaciones de tracto sucesivo, aunque alguna sentencia no la descarta en las de tracto único, pero de ejecución diferida»³³.

La aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* por parte del Tribunal Supremo se había caracterizado, hasta 2014, por ser «sumamente restrictiva o excepcional», al ser considerada «una cláusula “peligrosa” y de admisión “cautelosa”, con fundamento derivado del criterio subjetivo de la equidad y con una formulación rígida en sus requisitos de aplicación: “alteración extraordinaria”, “desproporción desorbitante” y circunstancias “radicalmente imprevisibles”»³⁴. En efecto, durante más de cincuenta años, en muy pocas ocasiones el Tribunal Supremo había fundamentado la resolución o modificación del contrato con base en la regla *rebus* —tal como expone CARRASCO PERERA (2017, 982), “solo pueden encontrarse algunos pocos ejemplos”—. Según el citado autor, la escasa aplicación de la doctrina *rebus* hasta ese momento en la jurisprudencia del Tribunal Supremo no se explica tanto porque “la formulación del estándar *rebus* se haya sobrecargado de superlativos... sino porque con independencia de la semántica, el TS ha venido haciendo uso de un criterio básico contrario a la *deslocalización* del riesgo contractual» [CARRASCO PERERA (2015, 184)].

En efecto, el motivo de la aplicación excepcional de la cláusula *rebus* en la jurisprudencia tradicional del Tribunal Supremo reside en que el cambio de condiciones de mercado existentes en el momento de contratar y la situación financiera de las partes había sido considerada como un riesgo previsible. «Una situación de riesgo que era posible anticipar mentalmente [por el deudor], dado que las fluctuaciones del mercado son cíclicas como la historia económica de-

muestra» [STS, 1.^a, 8 de octubre de 2012 (*RJ* 2012, 9027; MP: Francisco Javier ARROYO FIESTAS), FD 5.^o]³⁵.

2. FLEXIBILIZACIÓN DE LA DOCTRINA *REBUS* TRAS LA CRISIS ECONÓMICA Y FINANCIERA DE 2008

A) *La nueva formulación de la cláusula rebus sic stantibus y la flexibilización de su aplicación*

Tras la crisis económica y financiera de 2008, el Tribunal Supremo español ha revisado su doctrina sobre la cláusula *rebus* y ha abandonado la excepcionalidad de la figura, flexibilizando sus requisitos de aplicación. En las SSTs, 1.^a, Sec. 1.^a, 30 de junio de 2014 (*RJ* 2014, 3526) y 15 de octubre de 2014 (*RJ* 2014, 6129), ambas con ponencia del magistrado Francisco Javier ORDUÑA MORENO, la Sala Primera anuncia un cambio en la configuración tradicional de la cláusula *rebus sic stantibus* y señala que debe abandonarse la formulación rígida de sus requisitos de aplicación («alteración extraordinaria», «desproporción desorbitante» y circunstancias «radicalmente imprevisibles»), así como su aplicación sumamente restrictiva y excepcional, fundada en las reglas de equidad y justicia.

En cambio, el Alto Tribunal defiende una configuración plenamente normalizada de la cláusula *rebus*, con «una progresiva objetivación de su fundamento técnico de aplicación... claramente compatible con el sistema codificado»³⁶. Esta nueva jurisprudencia se fundamenta en la necesidad de adaptar la doctrina sobre la cláusula *rebus* a la realidad social del momento —la crisis económica y financiera iniciada en 2008— y a los principales textos de armonización internacionales y europeos que reconocen y regulan doctrinas excepcionales que se ocupan de la alteración extraordinaria de las circunstancias³⁷.

Además, el Tribunal Supremo estima que la aplicación de la cláusula no supone una ruptura del principio *pacta sunt servanda*, sino que encuentra su fundamento en la regla de la conmutatividad del comercio jurídico y en el principio de buena fe. Por todo lo anterior, concluye que la normal aplicación de la figura no debe tener más obstáculos «que los impuestos por su debida diferenciación y el marco establecido de sus presupuestos y requisitos de aplicación que, de por sí, ya garantizan una prudente aplicación de la figura»³⁸.

El abandono de la excepcionalidad en la aplicación de la doctrina *rebus* es criticable, puesto que una cosa es el normal reconocimiento de la figura y otra que los tribunales prescindan de su prudente y moderada aplicación [RAVENTÓS SOLER, LUNA YERGA, XIOL BARDAJÍ (2015, 8) y BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (2015, 365)]. Además, también cabe destacar la irrelevancia de la nueva formulación de la doctrina *rebus*, pues a pesar de que el

Tribunal Supremo haya modificado algunos adjetivos, ha continuado utilizando los mismos parámetros jurídicos indeterminados para decidir caso por caso sobre la procedencia de su aplicación [CARRASCO PERERA (2015, 183)]³⁹.

B) La recesión económica iniciada en 2008 como un cambio de mercado extraordinario e imprevisible

El punto más relevante de la nueva doctrina sobre la cláusula *rebus* se encuentra en que el Tribunal Supremo reconoce, a diferencia de aquello defendido en su jurisprudencia anterior, que una recesión económica puede ser considerada un cambio de mercado extraordinario e imprevisible, capaz de alterar las bases de las relaciones contractuales.

A raíz de la crisis económica y financiera de 2008, la Sala Primera se ha planteado la cuestión de la previsibilidad de la misma, así como su consideración como un factor que puede resultar en un cambio extraordinario de las circunstancias tenidas en cuenta en el momento de la celebración del contrato —en especial a partir de las SSTS, 1.^a, Pleno, 17 de enero de 2013 (*RJ* 2013, 1819; MP: Francisco MARÍN CASTÁN) y 18 de enero de 2013 (*RJ* 2013, 1604; MP: José Ramón FERRÁNDIZ GABRIEL)⁴⁰—. Cuestión sobre la que concluye que: «la actual crisis económica, de efectos profundos y prolongados de recesión económica, puede ser considerada abiertamente como un fenómeno de la economía capaz de generar un grave trastorno o mutación de las circunstancias y, por tanto, alterar las bases sobre las cuales la iniciación y el desarrollo de las relaciones contractuales se habían establecido». Con todo, «la aplicación de la cláusula *rebus* no se produce de forma generalizada ni de un modo automático», sino que el análisis debe hacerse caso por caso⁴¹.

En consecuencia, la cuestión de la previsibilidad de la crisis económica y financiera no puede responderse de manera conclusiva en abstracto, siendo preciso analizar en cada caso la asignación contractual del riesgo del cambio sobrevenido de las circunstancias. Sin embargo, puede afirmarse que, en todo caso, si el contrato en cuestión se celebró una vez la recesión económica ya se había puesto de manifiesto, debe considerarse que el riesgo de que la situación económica se viera alterada era un riesgo previsto o previsible en el momento de contratar y, por lo tanto, asignado contractualmente a una de las partes.

En este sentido se pronuncia el ATS, 1.^a, 8 de noviembre de 2016 (*RJ* 2016, 5246; MP: Francisco MARÍN CASTÁN). En el caso la arrendataria de un local de negocio se opuso a la demanda del arrendador que solicitaba judicialmente el pago de la cláusula penal por resolución anticipada del contrato. La arrendataria alegaba la extinción del contrato con base en la cláusula *rebus*, pues las expectativas de negocio se vieron frustradas dada la inusual gravedad de la crisis económica. El TS inadmite el recurso de casación pues: «el contrato se firmó

con fecha 20 de junio de 2011, esto es, más de dos años después del inicio de la crisis económica en España (...) no pudiendo decirse que la situación económica en que se encuentra la demandada fuera radicalmente imprevista e imprevisible, obedeciendo más bien a una frustración de las expectativas de explotación del negocio y que, además puede tener su causa en múltiples circunstancias, tanto imputables a una defectuosa previsión o gestión del negocio por la empresa demandada como a motivos externos, pero que no pueden servir para trasladar el riesgo inherente a la actividad empresarial a la otra parte contratante» (FD 2.º)⁴².

C) *Aplicación de la cláusula rebus a los casos planteados tras la recesión económica*

A pesar de la nueva configuración de la *rebus*, en la práctica el número de sentencias en las que el Tribunal Supremo ha fundamentado la resolución o modificación del contrato con base en esta doctrina ha sido reducido. Así, de la quincena de sentencias —dictadas entre noviembre de 2012 y julio de 2017— en las que el Tribunal Supremo ha examinado la aplicación de la *rebus* a contratos afectados por la crisis económica ha estimado su aplicación en tres resoluciones⁴³.

En la primera Sentencia, la STS, 1.ª, 26 de abril de 2013 (*RJ* 2013, 3268; MP: Xavier O'CALLAGHAN MUÑOZ), el Tribunal Supremo estima la resolución de un contrato de compraventa de vivienda sin quedar muy claro si lo hace en aplicación de la doctrina de la base del negocio, en relación con la cláusula *rebus sic stantibus*, o con base en el incumplimiento resolutorio del vendedor (art. 1124 del Código Civil). En la segunda Sentencia, la STS, 1.ª, 30 de junio de 2014 (*RJ* 2014, 3526; MP: Francisco Javier ORDUÑA MORENO), el Tribunal Supremo estimó la modificación de un contrato de explotación de publicidad incluida en autobuses de la Empresa Municipal de Transportes de Valencia con base en la doctrina *rebus sic stantibus*. Y, en la tercera Sentencia, la STS, 1.ª, 15 de octubre de 2014 (*RJ* 2014, 6129; MP: Francisco Javier ORDUÑA MORENO), el Alto Tribunal declaró aplicable la doctrina *rebus sic stantibus* a un contrato de arrendamiento de un hotel celebrado entre dos profesionales y estimó la modificación del contrato en el sentido de reducir la renta a pagar por la arrendataria. Estas sentencias son analizadas con más detalle en las próximas páginas.

Además, en sentencias posteriores a las citadas la Sala Primera ha desestimado la aplicación de la cláusula *rebus* a contratos afectados por la crisis económica [SSTS, 1.ª, sec. 1.ª, 24 de febrero de 2015 (*JUR* 2015, 124537; MP: Francisco Javier ORDUÑA MORENO); 30 de abril de 2015 (*RJ* 2015, 2019; MP: Rafael SARAZÁ JIMENA); 13 de junio de 2017 (*RJ* 2017, 3962; MP: María de los Ángeles PARRA LUCÁN)].

Con posterioridad a las sentencias del Tribunal Supremo que estimaron la aplicación de la doctrina *rebus* para resolver o modificar contratos tras la crisis

económica, el número de sentencias de Audiencias Provinciales en las que las partes contractuales discuten la aplicación de la cláusula *rebus* ha aumentado considerablemente. Sin embargo, de la cincuentena de resoluciones de Audiencias Provinciales examinadas —dictadas entre enero de 2014 y diciembre de 2016—, únicamente siete han estimado la modificación o la resolución del contrato con base en esta doctrina.

III. PREVISIBILIDAD DE LOS CAMBIOS DE MERCADO Y RELEVANCIA DE LA ASIGNACIÓN DEL RIESGO EN EL CONTRATO

1. ASIGNACIÓN CONTRACTUAL DEL RIESGO DE ALTERACIÓN SOBREVENIDA DE LAS CIRCUNSTANCIAS

La alteración sobrevenida de las circunstancias es un problema de asignación de riesgos contractuales al que la doctrina *rebus sic stantibus* pretende dar solución⁴⁴. El riesgo contractual es la posibilidad de fracaso de los intereses que los contratantes han querido satisfacer con el contrato, por eventos sucedidos después de su celebración y por causas no imputables a las partes⁴⁵. En consecuencia, la imputación del cambio de circunstancias a una de las partes excluye la aplicación de la doctrina *rebus*⁴⁶. Así, un riesgo sería que tras la celebración del contrato y como consecuencia de una contingencia del mercado se incrementa el coste del cumplimiento para el deudor o disminuya el valor de la prestación para el acreedor.

Tal como explica el análisis económico del derecho, los individuos solo celebran un contrato si *ex ante* la operación les es mutuamente rentable⁴⁷. Además, una de las principales funciones del contrato es distribuir el riesgo de fracaso de las expectativas de los contratantes por eventos sucedidos después de la celebración del contrato⁴⁸. Antes de celebrar el contrato las partes tienen la oportunidad de examinar la información relevante, evaluar la probabilidad de que se produzcan determinadas contingencias inciertas y de pactar el contenido del contrato de acuerdo con sus expectativas y su mayor o menor voluntad de asumir riesgos⁴⁹.

Materializado el riesgo, la cuestión que se plantea es ¿a cuál de las partes contractuales cabe atribuir la mayor onerosidad o los efectos perjudiciales derivados de un cambio en el mercado? La respuesta a esta cuestión dependerá, en gran medida, de cómo se haya distribuido el riesgo en el contrato y, por lo tanto, requiere una respuesta caso por caso.

Si el riesgo que cambiara una determinada circunstancia había sido asignado a una de las partes en el contrato —por regla general, al deudor de la prestación—, o si formaba parte de los riesgos propios que derivan de su naturaleza⁵⁰, materializado el riesgo, la parte afectada por la mayor onerosidad no puede pre-

tender la modificación o resolución del contrato con base a la doctrina *rebus*⁵¹. Este debe cumplir en los términos pactados a pesar de la mayor onerosidad de la prestación, pues en otro caso serán de aplicación las reglas generales sobre incumplimiento contractual. Una vez los riesgos han sido distribuidos por las partes en el contrato, estos no deben, por regla general, ser reasignados de manera diferente por los tribunales⁵².

Así, no cabe aplicar la cláusula *rebus* al contrato de permuta financiera de tipos de interés o swap pues de la naturaleza del contrato se deriva que las partes asumen el riesgo de oscilación de los tipos de interés, en otras palabras, «la incertidumbre constituye la base determinante de la regulación contractual». Por lo tanto, acaído el riesgo este no puede ser calificado de imprevisible [STS, 1.^a, 29 de octubre de 2013 (RJ 2013, 8053; MP: José Ramón FERRÁNDIZ GABRIEL), FD 9.^o]⁵³; cfr. con la STS portugués de 10 de octubre de 2013]⁵⁴.

Con todo, la capacidad humana de predecir acontecimientos futuros es limitada y la cobertura de todos los riesgos mediante cláusulas contractuales puede resultar imposible⁵⁵. Además, incluso en aquellos casos en que sea posible prever un determinado evento futuro, ello puede ser contraproducente desde un punto de vista económico. En el análisis económico del derecho, explican R. COOTER, T. ULEN. (2012, 71), se consideran contratos perfectos aquellos que contienen cláusulas que atribuyen todos los riesgos. La asignación de riesgos en el contrato requiere negociaciones muy costosas y el coste de negociar riesgos muy remotos puede superar a los beneficios obtenidos con tal previsión⁵⁶. En este caso, es preferible que las partes no asignen el riesgo en el contrato y que, una vez producido el cambio de circunstancias, las partes renegocien el contrato o, en defecto de acuerdo, el juez decida⁵⁷.

Con independencia de si se ha previsto o no el riesgo en el contrato, el riesgo que la rentabilidad esperada del contrato quede afectada por un cambio de circunstancias, siempre tiene que ser asignado a una de las partes, tal como afirma CARRASCO PERERA (2017, 930). Si el contrato no atribuye el riesgo de manera explícita o implícita a una de las partes, la asignación del riesgo debe hacerse aplicando los criterios de imputación de riesgos previstos por el legislador en la ley. Las reglas establecidas en la ley para determinados eventos imprevistos son de aplicación prioritaria respecto de la doctrina cláusula *rebus sic stantibus* (*lex specialis derogat legi generali*)⁵⁸. El legislador puede distribuir el riesgo de diferentes maneras: mediante la regulación de los tipos contractuales en particular o la aprobación de leyes excepcionales dirigidas a ser aplicadas a supuestos tasados⁵⁹.

Además, el análisis económico del derecho ofrece propuestas de cómo atribuir de manera eficiente el riesgo contractual entre las partes en caso de alteración sobrevenida de las circunstancias⁶⁰. En 1977, POSNER y M. ROSENFELD⁶¹ defendieron que cuando un evento, no atribuible a ninguna de las partes, comporta que el cumplimiento de las obligaciones por una de las partes

sea imposible o más oneroso, la eficiencia impone atribuir ese riesgo a la parte que lo pueda soportar a menor coste (*superior risk-bearer*). En consecuencia, una parte debe ser excusada del cumplimiento de su obligación contractual si la otra parte es la *superior risk bearer*, pero no será excusada si lo es ella.

De acuerdo esta teoría, una parte es la *superior risk bearer* si puede prevenir el riesgo de manera más eficiente, o si puede asegurar el riesgo a menor coste. Las partes pueden asegurar el riesgo mediante la diversificación de sus inversiones, la contratación de una póliza de seguro o auto-asegurándose. En consecuencia, el deudor deberá ser excusado del cumplimiento si no pudo razonablemente prevenir el evento que convierte el cumplimiento en imposible o más oneroso y si el acreedor pudo haberse asegurado contra el riesgo de no cumplimiento a un coste inferior. Por último, cuando es difícil determinar cuál de las dos partes es el *superior risk-bearer*, defienden que el riesgo debe ser asignado al deudor⁶².

2. LA CLÁUSULA *REBUS* COMO REGLA SUPLETORIA QUE PERMITE A LOS TRIBUNALES ASIGNAR RIESGOS EXCLUIDOS DEL «RIESGO NORMAL» DEL CONTRATO

La cláusula *rebus* es una regla supletoria que permite a los tribunales asignar o dividir pérdidas derivadas de riesgos excluidos del «riesgo normal» del contrato, es decir, aquel riesgo que no ha sido asignado a una de las partes ni en el contrato ni en la ley⁶³. En este sentido el Tribunal Supremo ha afirmado respecto de la cláusula *rebus* que: «para la aplicación de la figura el cambio o mutación, configurado como riesgo, debe quedar excluido del “riesgo normal” inherente o derivado del contrato»⁶⁴.

La mayoría de las sentencias analizadas que desestiman la aplicación de la cláusula *rebus* basan su decisión en que el riesgo del cambio de mercado había sido asumido por el deudor en el contrato, es decir, en que aquel se encontraba dentro del «riesgo normal» del contrato⁶⁵.

Un ejemplo puede verse en la SAP Madrid, Civil, Sec. 20.ª, 22 de febrero de 2016 (*JUR* 2016, 74791; MP: Ramón Fernando RODRÍGUEZ JACKSON) que resuelve un caso relativo a un contrato celebrado entre Renfe Operadora y Cremonini Rail Ibérica, S.A. En virtud del contrato, esta última se obligaba a prestar los servicios de restauración a bordo de determinados trenes, a cambio de un precio fijo por servicio realmente prestado, fuese el número mayor o menor a los inicialmente pactados. Con posterioridad y como consecuencia de la crisis económica, la demanda de plazas «con prestaciones» disminuyó de forma significativa, lo que llevó a Renfe a reducir los servicios de cafetería y bar en un 18,97% respecto de los servicios previstos inicialmente en el contrato. Cremonini demandó a Renfe y solicitó, con base en la cláusula *rebus*, el pago de las pérdidas contables, así como las ganancias esperadas para el año

2011. La SAP consideró que no resultaba aplicable la cláusula *rebus*, al faltar la imprevisibilidad, puesto que el contrato contemplaba la posibilidad de introducir modificaciones por parte de Renfe, así como el abono por servicios realmente prestados⁶⁶.

3. EXCLUSIÓN DE LA CLÁUSULA *REBUS* SI EL CONTRATO CONTIENE UNA CLÁUSULA DE ESTABILIZACIÓN

En los contratos de larga duración entre profesionales, es probable que las partes pacten una cláusula de estabilización —en especial, una cláusula de revisión de precios—, si en el momento de contratar conocen el riesgo y la renegociación posterior del contrato tiene un coste elevado. La existencia de este tipo de cláusulas excluye la aplicación de la cláusula *rebus*, pues ocurrida la contingencia prevista que permite la modificación del contrato, esta no puede calificarse de imprevisible. Se trata de un riesgo incluido en la esfera del contrato, por lo que se aplicarán las consecuencias previstas por las partes en el mismo⁶⁷. En este sentido se ha pronunciado el Tribunal Supremo, que ha afirmado que la «adjetivación de subsidiaria [de la cláusula *rebus*] hace referencia (...) a que su función no resulte ya cumplida por la expresa previsión de las cláusulas de revisión o de estabilización de precios» [STS, 1.^a, Sec. 1.^a, 30 de junio de 2014 (RJ 2014, 3526; MP: Francisco Javier ORDUÑA MORENO), FD 2.^o].

Un ejemplo de la inaplicabilidad de esta doctrina cuando las partes han pactado en el contrato una cláusula de estabilización puede verse en la STS, 1.^a, 27 de abril de 2012 (RJ 2012, 4714). En ella el Tribunal Supremo desestimó la aplicación de la cláusula *rebus* para aumentar la renta de un contrato de arrendamiento de larga duración de un aparcamiento celebrado en el año 1977, entre otros motivos, porque el contrato ya contenía una cláusula de actualización de renta. El Corte Inglés, S.A., arrendadora y superficiaria del inmueble, había solicitado la modificación del contrato con base en la cláusula *rebus sic stantibus* por la gran transformación económica sufrida por España desde que se firmó el contrato, el éxito comercial que había sufrido la zona y la modificación operada en el contrato de superficie entre la demandante y la propietaria del suelo, con un importante aumento del canon superficiario. De acuerdo con el TS, «[L]as circunstancias referidas no pueden tener [la] calificación [de imprevisibles]; en efecto, el contrato suscrito por los litigantes, en previsión, ya desde su inicio, de la gran duración del arrendamiento, contiene cláusulas de actualización de renta y, con el objetivo de evitar los desequilibrios desproporcionados derivados de la duración de los contratos de arrendamiento en general, la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994 integra normas de actualización de renta» (FD 6.^o)⁶⁸.

Tampoco es aplicable la cláusula *rebus* para revisar el precio de la prestación por cambios de mercado, si en virtud del contrato un porcentaje del precio se

determina teniendo en cuenta precisamente el valor de mercado del bien en cada momento. Un caso en el que se planteó esta cuestión es el resuelto por la SAP Cádiz, Civil, Sec. 8.^a, 22 de diciembre de 2015 (*JUR* 2016, 48310; MP: María Esther MARTÍNEZ SAIZ). En 2011, la decisión del Gobierno alemán de bloquear la entrada de productos hortofrutícolas de origen español devaluó el precio de las cosechas de patatas destinadas al mercado alemán. Dos productores entregaron a Expat Andalucía, S.A. las cosechas, en cumplimiento de los contratos suscritos con dicha entidad. En el contrato, se había pactado que el precio de las patatas se determinaría, en un 50% conforme a un precio fijo y en un 50% conforme al precio diario de mercado, que se calculaba por referencia al precio de compra a agricultores en la zona de Sevilla para patatas del mismo tipo para exportar al mercado alemán. Los vendedores demandaron a Expat Andalucía, S.A. y reclamaron el precio de las cosechas calculado conforme el contrato. La demandada se opuso con base en la cláusula *rebus sic stantibus* y solicitó la moderación del precio. La SAP considera que no procede la aplicación de la cláusula *rebus*, pues «[e]l precio de las cosechas producidas, al determinarse en una parte por referencia al precio de mercado, ya se vio afectado por la crisis que, como ambas partes admiten, incidió en los precios devaluándolos» (...) [E]n todo caso, los agricultores son del todo ajenos a los riesgos de la exportación que asumía en exclusiva Expat (FD 4.º).

Otra cuestión más problemática es determinar si cabe aplicar la cláusula *rebus sic stantibus* a aquellos contratos en los que es esperable que las partes pacten una cláusula de estabilización para el caso en que se produzcan determinados cambios de circunstancias, si en el caso concreto las partes no han pactado dicha cláusula. La mejor doctrina sostiene que en estos casos, por regla general y salvo concurrencia de circunstancias excepcionales, materializado el riesgo, el cambio de circunstancias no puede calificarse de imprevisible⁶⁹. En efecto, si las partes no han pactado una cláusula de adaptación cabe presumir que la contingencia está dentro de la esfera del contrato y, en consecuencia, no cabe aplicar la cláusula *rebus*. En este sentido, se ha pronunciado el Tribunal Supremo en la STS, 1.^a, 10 de diciembre de 1990 (*RJ* 1990, 9927; MP: Pedro GONZÁLEZ POVEDA)⁷⁰.

Más recientemente, en la jurisprudencia menor, la SAP Badajoz, Civil, Sec. 3.^a, 26 de octubre de 2016 (*JUR* 2016, 241510; MP: María Dolores FERNÁNDEZ GALLARDO) desestima la reducción de la renta solicitada con base en la *rebus* por la parte arrendataria de un contrato de arrendamiento para el establecimiento de una instalación fotovoltaica en la cubierta de una nave industrial. En 2009, el propietario de la nave había celebrado el contrato con Enersonne Promociones Fotovoltáicas, S.L., con una duración de un año, prorrogable, a voluntad del arrendatario, por un máximo de cuarenta. La renta pactada era de 65 euros por cada kilovatio de potencia nominal, actualizable anualmente conforme al IPC. A partir de 2013, y como consecuencia de diversas modifi-

caciones normativas aplicables al contrato, los ingresos de la arrendataria por la explotación de las plantas fotovoltaicas bajaron un 22,77%. Según la SAP: «estamos ante un riesgo sobrevenido derivado de las contingencias habituales y no extraordinarias que, aun cuando pueda convertir el contrato en una relación sin rentabilidad económica, debe ser asumido por la demandada en cuanto riesgo susceptible de ser previsto y evitado, al menos, en el alcance de sus consecuencias, para quien, como la recurrente, se dedica empresarialmente a la producción de energía, mediante el establecimiento en el contrato de los mecanismos de ajuste o/y revisión periódica adecuados a la naturaleza del mismo» (FD 2.º)⁷¹.

4. LA SENTENCIA DEL TS DE 30 DE JUNIO DE 2014 SOBRE EL CASO PROMEDIOS Y LA INTERPRETACIÓN DE LAS CLÁUSULAS DE ESTABILIZACIÓN

Una tercera problemática vinculada a las cláusulas de estabilización es cómo interpretar una cláusula contractual que permite modificar el precio de la prestación si concurren determinadas circunstancias, cuando finalmente el cambio sobrevenido no es exactamente el previsto en la cláusula, a pesar de estar estrechamente relacionado al mismo. Esta pregunta admite dos posibles respuestas. La primera es que la cláusula debe ser interpretada en el sentido de que todos los riesgos que afectan al precio y que no están expresamente previstos en la cláusula son riesgos imprevisibles y, por lo tanto, no asignados a ninguna de las partes en el momento de contratar. La segunda es que la cláusula debe interpretarse en el sentido que únicamente cabe la modificación del precio si ocurre el cambio expresamente previsto, por lo que el resto de riesgos que afecten al precio deben considerarse asumidos por el deudor de la prestación en el contrato⁷².

Esta cuestión se planteó en el caso resuelto por la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 2014 (*RJ* 2014, 3526; MP: Francisco Javier ORDUÑA MORENO) que se refiere a un contrato celebrado en 2006 entre la Empresa Municipal de Transportes de Valencia (EMT) y la empresa Promedios Exclusivas de Publicidad, S.L., por un periodo de cuatro años. En el contrato, Promedios se obligaba a pagar un canon mínimo mensual —actualizable anualmente en el 5%— a cambio de la explotación de la publicidad incluida en los autobuses de la ciudad. El contrato se cumplió normalmente hasta febrero de 2009, fecha en la que Promedios solo pagó el 70% de la factura del mes de noviembre de 2008, lo que justificó en un descenso de su facturación derivado de la crisis en el mercado de inversiones publicitarias. La inversión en el sector de la publicidad en el transporte en la Comunidad Valenciana, en el cómputo total anual de los años 2007 a 2009, descendió un 67,62% para el año 2009. Además, en el caso quedó probado una rentabilidad económica negativa del contrato de 4.107.128 euros para Promedios.

Promedios demandó a EMT y solicitó que se modificaran las bases para calcular el canon previstas en el contrato, por el 70% de su facturación neta mensual, todo ello fundamentado en la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*. A este procedimiento se acumuló el iniciado por EMT contra Promedios en el que solicitaba que se declarara la resolución del contrato por incumplimiento contractual, así como la obligación de la demandada de abonar la deuda vencida y una indemnización por daños y perjuicios. El JPI núm. 4 de Valencia (28 de abril de 2011) estimó en parte la demanda de Promedios y acordó modificar, con efectos desde enero de 2009, las bases para el cálculo del canon fijándolo en un 80% de la facturación neta mensual de Promedios, con un mínimo garantizado de 100.000 euros mensuales. La AP Valencia, Sec. 7.^a, Civil (11 de junio de 2012) revocó la JPI y en su lugar estimó en parte la demanda interpuesta por EMT. Declaró la resolución del contrato por incumplimiento contractual grave imputable a Promedios y condenó a esta última a pagar la deuda vencida y exigible, así como una indemnización por daños y perjuicios. El Tribunal Supremo estima en su Sentencia de 30 de junio de 2014 el recurso de casación interpuesto por Promedios y en aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* declara la modificación del contrato según la ponderación realizada por la SJPI.

Una de las cuestiones claves de la sentencia es la interpretación de la cláusula del contrato que preveía que EMT se beneficiaba de una posible variación al alza de la facturación de Promedios —todo ello, sin perjuicio de la actualización anual del mínimo garantizado—. Sin embargo, el contrato no se refería expresamente a qué sucedía si la variación de la facturación de Promedios era a la baja, por pérdida de clientes, tal y como pasó finalmente. En este contexto el Tribunal Supremo se pregunta si, tal como sostiene «la sentencia de la Audiencia, la ausencia o falta de previsión al respecto en relación con las expectativas económicas de la empresa adjudicataria constituye, por ella misma, un factor determinante para la inaplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*» (FD 3.^a).

El Tribunal Supremo concluye que la cláusula no puede ser interpretada en este sentido pues, «aun siendo la empresa adjudicataria una empresa de relevancia del sector y, por tanto, conocedora del riesgo empresarial que entraña la explotación del negocio, no obstante, nada hacía previsible en el año 2006, momento de la contratación, del riesgo y la envergadura de la crisis económica (...). De este contexto se comprende que en el momento de la contratación (...), solo se tuvieron en cuenta, (...), la participación de la empresa ofertante en el incremento esperado de la facturación en los años sucesivos, pero no la situación contraria o su posible modificación» (FD 3.^o).

Esta solución resulta criticable, ya que la cláusula de revisión de precios que solo contemplaba la adaptación del mismo en caso de aumento de la facturación de Promedios se podría haber interpretado en el sentido contrario: es decir, que cualquier otra contingencia que afectara el precio no cubierta por la cláusula había sido asumida residualmente por la parte perjudicada por el cambio. El

hecho que Promedios fuera una empresa del sector conocedora del riesgo empresarial del negocio, hace difícil defender que el riesgo de disminución de la facturación por pérdida de clientes en la publicidad no fuera un riesgo que se esperase que se tuviese en cuenta en la distribución natural de riesgos derivados del contrato. Y, por lo tanto, que fuera un riesgo imprevisible en el momento de contratar⁷³. La reacción previsible a esta sentencia es que, en el futuro, las partes sean mucho más cautelosas a la hora de recatar cláusulas de estabilización de precios que incluyan la revisión del precio al alza, pero no a la baja⁷⁴.

Además, la sentencia comentada considera que «dicha alteración o cambio de circunstancias [había producido] una ruptura de la razón de conmutatividad del contrato traducida en una excesiva onerosidad en el cumplimiento de la prestación de la parte afectada» (FD 3.º). Así, el Tribunal Supremo consideró que se había originado una excesiva onerosidad de la prestación de Promedios «que se desprende (...) en el tránsito del ejercicio del 2008 al 2009, con el balance negativo, ante la caída desmesurada de la facturación, que no solo cierra con sustanciales pérdidas la concreta línea de negocio en cuestión, sino que compromete la viabilidad del resto de áreas de explotación de la empresa, en caso de cumplimiento íntegro del contrato según lo pactado» (FD 3.º).

La doctrina del caso Promedios sobre la interpretación de la cláusula de adaptación de precios ha sido aplicada con posterioridad en un caso que dio lugar al ATS, 1.ª, Sec. 1.ª, 8 de noviembre de 2016 (RJ 2016, 5248; MP: José Antonio SEIJAS QUINTANA). Los hechos del caso son los siguientes. En 2008, ADIF adjudicó a la UTE Cortés-San Pablo el contrato de ejecución del proyecto de renovación de un tramo de la vía de la línea Bobadilla-Algeciras. El contrato, regido por el derecho privado, disponía que el contratista tenía derecho a revisión de precios si se daban determinados requisitos y, en particular, en caso de aumento del coste de la mano de obra, materiales, etc. Dicha cláusula no hacía mención a la revisión del precio por parte de ADIF. Después de la correcta ejecución del contrato, en noviembre de 2011, ADIF remitió a la contratista la liquidación final del contrato, con un saldo a favor de la UTE de 4.999.431,64 euros. En enero de 2012, ADIF remitió una segunda versión de la liquidación final con un saldo a favor de ADIF de 2.638.305,11 euros. En esta segunda liquidación ADIF revisó el precio teniendo en cuenta la disminución del coste de la mano de obra y los materiales tras el estallido de la burbuja inmobiliaria.

La adjudicataria demandó a ADIF y solicitó el pago del importe de la primera liquidación, al considerar que el contrato no reconocía a ADIF el derecho a revisar el precio. La SJPI estimó procedente la revisión del precio del contrato por parte de ADIF con base en la cláusula *rebus sic stantibus*. La AP se cuestiona si la cláusula de estabilización, que tiene en cuenta las expectativas económicas del contratista y que, en cambio, guarda silencio respecto de la otra parte del contrato, impide la aplicación de la cláusula *rebus* en este caso. Según la SAP la cláusula debe interpretarse en el sentido que el riesgo de ba-

jada del coste de las obras era un riesgo imprevisible en el momento en el que se celebró el contrato, pues «(...) las expectativas económicas del coste de las obras contratadas no preveían en modo alguno la bajada, sino que, siendo la variable marcada por la burbuja económica que se vivía la previsión razonable se encaminaba a un alza en su coste» (FD 5.º). La SAP cita y aplica la doctrina de la sentencia del caso Promedios, al concluir que la cláusula de revisión de precios no excluye la aplicación de la *rebus*, pues del silencio de la cláusula no «se infiere directamente la asignación abstracta del riesgo, sino que, por el contrario, este riesgo o alteración sobrevenida debe ser valorado conforme a la nota de imprevisibilidad de acuerdo con su alcance y su incidencia en el contexto económico y negocial en el que incide o se proyecta (...)» (FD 5.º).

Con todo, finalmente la AP condenó a ADIF a pagar la primera liquidación practicada, porque la demandada no probó el exacto coste de la disminución de precios de ejecución, de manera que sin la aplicación de una estabilización el precio final pagado resultaría excesivamente oneroso para ella. El TS inadmitió los recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación interpuestos por ADIF contra la SAP.

IV. CONSTELACIONES DE CASOS DE REVISIÓN O MODIFICACIÓN DEL CONTRATO POR CAMBIOS EN EL MERCADO

En este tercer apartado se analizan diversas constelaciones de casos resueltos por los tribunales españoles en los que se plantea la revisión o modificación de los contratos por cambios fundamentales en el mercado. Las contingencias de mercado analizadas son: el riesgo de variación del precio de mercado del bien en la compraventa; la frustración sobrevenida del fin contractual en contratos de compraventa; el riesgo de financiación en las obligaciones pecuniarias, en especial, en la compraventa de inmuebles; y el riesgo de explotación del negocio de la arrendataria en el contrato de arrendamiento de larga duración.

1. COMPRAVENTA INMOBILIARIA: RIESGO DE VARIACIÓN DE VALOR DE MERCADO DEL BIEN Y FRUSTRACIÓN SOBREVENIDA DEL FIN CONTRACTUAL

A) *La disminución del valor de mercado del bien es un riesgo propio del comprador*

Una de las consecuencias del estallido de la burbuja inmobiliaria en 2008 fue la caída drástica del precio de los inmuebles⁷⁵. Con anterioridad, muchos compradores habían celebrado contratos de compraventa de inmuebles con pago aplazado, en todo o en parte, hasta el momento de entrega del inmueble. En

estos casos, el comprador del inmueble que ha visto que el precio de mercado del bien adquirido ha disminuido con posterioridad a la perfección del contrato y antes de la ejecución de las prestaciones, puede haber solicitado frente a los tribunales la modificación o resolución del contrato con base en la cláusula *rebus sic stantibus*. La cuestión que se plantea en este primer grupo de casos es qué parte contractual debe asumir el riesgo de variación del precio del bien en los contratos de compraventa inmobiliaria, cuando aquel se produce a partir de la perfección del contrato y antes de la ejecución de las prestaciones.

Tradicionalmente, y durante la época en la que en el mercado inmobiliario español los precios de los inmuebles crecían de manera continuada, el Tribunal Supremo había desestimado la modificación del precio solicitado por el vendedor con base en la cláusula *rebus*, con el argumento que el valor del bien es un riesgo previsible para la parte vendedora, por lo que forma parte del riesgo asumido contractualmente. Además, la parte vendedora tiene la posibilidad de pactar cláusulas de adaptación de precios con el fin de mitigar los efectos del aumento del precio⁷⁶. Tras la crisis económica y financiera de 2008, tanto la jurisprudencia del Tribunal Supremo, como la de las Audiencias Provinciales, ha continuado defendiendo la misma tesis: la disminución del valor de los inmuebles adquiridos no puede considerarse un evento extraordinario e imprevisible, sino un riesgo propio del comprador, especialmente, cuando la parte afectada es una empresa que se dedica al mercado inmobiliario [STS, 1.^a, sec. 1.^a, 24 de febrero de 2015 (*JUR* 2015, 124537; MP: Francisco Javier ORDUÑA MORENO)]⁷⁷.

Además, tampoco procede la aplicación de la cláusula *rebus* si la compraventa tiene finalidades claramente especulativas. La STS, 1.^a, 30 de abril de 2015 (*RJ* 2015, 2019; MP: Rafael SARAZÁ JIMENA) desestima la aplicación de la *rebus* a una compraventa de vivienda celebrada en 2006, en la que la parte compradora se dedicaba habitualmente a comprar y vender viviendas en construcción para obtener beneficios como consecuencia del rápido incremento de precio que se producía en esa época. El promotor y vendedor de la vivienda demandó al comprador y solicitó el cumplimiento del contrato, ante la negativa de aquel a otorgar la escritura pública de compraventa. El demandado formuló reconvencción y solicitó la revisión del contrato de compraventa con base en la cláusula *rebus*, por no poder hacer frente a los préstamos hipotecarios en razón al importante número de inmuebles adquiridos que, como consecuencia de la bajada de precios acaecida tras el «pinchazo» de la burbuja inmobiliaria, no había podido enajenar. El TS considera que la doctrina no es aplicable al caso. «Tratándose de una compra claramente especulativa, a la posibilidad de una ganancia rápida y sustancial, consecuencia de la rápida subida que venían sufriendo los precios de las viviendas, correspondía lógicamente un riesgo elevado de que se produjera un movimiento inverso. Acaecido tal riesgo, no puede pretender el contratante quedar inmune mediante la aplicación de la doctrina *rebus sic*

stantibus y trasladar las consecuencias negativas del acaecimiento de tal riesgo al otro contratante. Una aplicación en estos términos de la doctrina *rebus sic stantibus* sería contraria a la buena fe». Además, el TS estima que «[l]as dificultades del demandado reconviniendo para cumplir el contrato se derivan de su propia conducta especulativa y de su sobreendeudamiento voluntario» (FD 11.º)⁷⁸.

B) Frustración sobrevenida del fin contractual en la compraventa inmobiliaria

Un número considerable de casos en los que se discute la aplicación de la doctrina *rebus* se refieren a contratos de compraventa de solares adquiridos por promotores inmobiliarios con la finalidad de desarrollar promociones inmobiliarias. Tras la crisis del mercado inmobiliario, las expectativas de negocio de muchos de estos promotores se vieron frustradas por la inviabilidad económica de la promoción por falta de clientes, la inedificabilidad del solar por la paralización del desarrollo urbanístico de la zona, etc. En este contexto, algunos de los compradores solicitaron la rebaja del precio o la resolución del contrato con base en la frustración sobrevenida del fin contractual. En particular, se plantea si la finalidad del promotor de desarrollar una promoción inmobiliaria en el solar adquirido es un motivo individual o, por el contrario, fue configurada como una presuposición común incorporada como causa del contrato y si esta se ha visto gravemente afectada por un cambio sobrevenido⁷⁹. Si bien estos casos se suelen resolver acudiendo a la cláusula *rebus*, según explica CARRASCO PERERA (2017, 989), «es una cuestión relativa a la interpretación de los contratos —con apoyo decisivo en criterios de reciprocidad contractual extraídos del artículo 1289.I— la de si una determinada contingencia sobrevenida rompe la presuposición común de las partes, en virtud de la cual se había fijado el montante de la contraprestación pactada».

En la jurisprudencia reciente, destaca la STS, 1.ª, sec. 1.ª, 24 de febrero de 2015 (*JUR* 2015, 124537; MP: Francisco Javier ORDUÑA MORENO), en la que se discute la aplicación de la cláusula *rebus* a una compraventa con parte del precio aplazado, celebrada en 2006 y que tenía como objeto unas fincas rústicas incluidas en un área de expansión urbanística. La compradora, una empresa del sector inmobiliario, solicitó la rebaja del precio a la mitad, con el argumento que la compraventa tuvo como base negocial las expectativas de desarrollo urbanístico de la zona, que se paralizó por el rigor de la crisis económica, lo que comportó la caída del valor de las fincas en 2009. El TS niega la aplicación de la *rebus* para rebajar el precio, pues «pese a que la parte vendedora conociera la finalidad urbanizadora que impulsaba la celebración del contrato, (...) la fluctuación del valor de mercado de estos bienes inmuebles constituye un claro riesgo que asume la parte compradora y que se sitúa, además, en el ámbito profesional de su actividad como empresa dedicada al sector inmobiliario» (FD 2.º). Además, el Tribunal Supremo rechaza que se

haya producido una frustración sobrevenida del fin contractual por inedificabilidad sobrevenida debida a razones urbanísticas. En primer lugar, porque las expectativas de desarrollo urbanístico de las fincas no fueron configuradas como una presuposición común incorporada como causa del contrato. Además, no se produjo tal frustración de la base negocial del contrato (viabilidad del proceso de urbanización) pues, si bien hubo un retraso en la ejecución del propósito urbanizador de la compradora, permanecen inalteradas las expectativas sobre el aprovechamiento urbanístico resultante (FD 2.º)⁸⁰.

Un caso parecido es el que dio lugar al ATS, 1.ª, 20 de mayo de 2015 (*JUR* 2015, 141809; MP: Francisco MARÍN CASTÁN). Una promotora inmobiliaria celebró con el propietario de un solar un contrato de permuta de solar por vivienda en construcción. En el contrato se consignó que el solar iba a ser destinado, junto con otros, a la edificación de un nuevo inmueble por la promotora. La propietaria del solar demandó a la promotora y solicitó el cumplimiento del contrato y una indemnización por daños y perjuicios. La promotora formuló reconvencción instando la resolución del contrato con base en la *rebus*. Según la promotora, el contexto de crisis económica del sector determinó la frustración del fin del contrato, pues ya no le resultaba económico ni viable la construcción proyectada en el solar permutado, lo cual determinaba una excesiva onerosidad, pues suponía la entrega de un piso gravado con un préstamo hipotecario. El TS inadmite el recurso de casación por inexistencia de interés casacional. Según el TS: no es inaplicable al caso «la doctrina *rebus sic stantibus*, puesto que la mayor o menor rentabilidad del negocio que proyectó en su día y por el que pretendió la permuta del solar o la finalidad de construcción frustrada no puede trasladarse a la permutante (...)» (FD 3.º)⁸¹.

2. RIESGO DE FINANCIACIÓN EN LAS OBLIGACIONES DINERARIAS

A) *El riesgo de financiación lo asumen los deudores. Excepciones para las compraventas de vivienda habitual según la STS de 17 de enero de 2013*

Otra consecuencia de la recesión económica iniciada en 2008 fue la restricción de acceso al crédito, mediante un endurecimiento de las condiciones de solvencia y un mayor rigor en la tasación de los inmuebles, así como el encarecimiento del mismo⁸². Un segundo grupo de sentencias se refiere a casos en los que el deudor de una prestación pecuniaria —generalmente la parte compradora en los contratos de compraventa inmobiliaria— pretende la resolución del contrato por dificultades en la obtención de financiación —en especial, la obtención de préstamos hipotecarios necesarios para financiar la compra—.

Tradicionalmente, el Tribunal Supremo había desestimado estas pretensiones con base a dos reglas, que ha continuado aplicando en su jurisprudencia poste-

rior a la crisis económica. De acuerdo con la primera regla, en las obligaciones dinerarias la resolución no puede fundarse en la imposibilidad sobrevenida de la prestación por dificultades en la financiación (arts. 1182 a 1884 del Código Civil). La imposibilidad sobrevenida solo afecta a las obligaciones de entregar una cosa determinada o de hacer, pero no a las deudas dinerarias, pues el dinero es cosa genérica sujeta a la regla de que el género nunca perece [SSTS, 1.ª, Pleno, 17 de enero de 2013 (*RJ* 2013, 1819; MP: Francisco MARÍN CASTÁN), 18 de enero de 2013 (*RJ* 2013, 1604; MP: José Ramón FERRÁNDIZ GABRIEL) y 1ª, 13 de julio de 2017 (*RJ* 2017, 3962; MP: María de los Ángeles PARRA LUCÁN)]⁸³.

De conformidad con la segunda regla, la resolución del contrato en casos de imposibilidad de obtención de financiación en la compraventa de inmuebles tampoco puede fundamentarse en la doctrina *rebus*, pues si bien esta regla opera con independencia de cuál sea el contenido de la obligación pactada, «el riesgo de financiación lo asumen en nuestro sistema, como regla, los deudores» [STS, Pleno, 1.ª, 18 de enero de 2013 (*RJ* 2013, 1604; MP: José Ramón FERRÁNDIZ GABRIEL), FD 8.º y STS, 1ª, 13 de julio de 2017 (*RJ* 2017, 3962; MP: María de los Ángeles PARRA LUCÁN)], FD 6.º⁸⁴.

Sin embargo, en su jurisprudencia reciente el Tribunal Supremo ha admitido excepciones a esta última regla respecto de las compraventas de consumo de inmuebles destinados a vivienda habitual. La STS, 1.ª, Pleno, 17 de enero de 2013 (*RJ* 2013, 1819; MP: Francisco MARÍN CASTÁN) reconoció que la cláusula *rebus* podía ser aplicada para fundamentar la resolución de contratos de compraventa de inmuebles celebrados antes de la recesión económica, en casos de imposibilidad de obtener financiación por parte de los compradores⁸⁵. La citada sentencia exige que, en estos casos, la resolución no solo se funde en el hecho de la crisis y las consiguientes dificultades de financiación, sino que además concurren en cada caso concreto una serie de requisitos adicionales necesitados de prueba. La exigencia de estos requisitos pretende evitar comportamientos oportunistas de los compradores⁸⁶.

Los factores que el Tribunal Supremo exige valorar son los siguientes:

- a) «El destino de la casa comprada a vivienda habitual o, por el contrario, a segunda residencia o a su venta antes o después del otorgamiento de la escritura pública.
- b) La asignación contractual del riesgo de no obtener financiación y el grado de colaboración prometido por el vendedor para obtenerla, distinguiendo entre contratantes que sean profesionales del sector inmobiliario y los que no lo sean.
- c) La situación económica del comprador al tiempo de la perfección del contrato y al tiempo de tener que pagar la parte pendiente del precio que esperaba poder financiar⁸⁷.

- d) El grado real de imposibilidad de financiación y sus causas concretas añadidas a la crisis económica general, debiéndose valorar también, en su caso, las condiciones impuestas por las entidades de crédito para conceder financiación⁸⁸.
- e) Las posibilidades de negociación de las condiciones de pago con el vendedor y, por tanto, de mantener el contrato como alternativa preferible a su ineficacia» (FD 3.º).

A pesar de estas excepciones admitidas por el TS, cabe destacar que, de todos los casos resueltos por la Sala Primera hasta la fecha, solo en un caso ha estimado la resolución del contrato de compraventa con base en la cláusula *rebus sic stantibus* por dificultades en el financiamiento. En particular, en la STS, 1.^a, 26 de abril de 2013 (RJ 2013, 3268; MP: Xavier O'CALLAGHAN MUÑOZ) que se refiere a un contrato de compraventa de vivienda celebrado entre dos sociedades mercantiles. Cabe señalar que, si bien la sentencia alude a la doctrina de la base del negocio, en relación con la cláusula *rebus sic stantibus*, como fundamento de la resolución del contrato, el TS acaba estimando el recurso de casación interpuesto por la compradora que había basado en el incumplimiento resolutorio del contrato por parte de la vendedora (art. 1124 del Código Civil). Indudablemente, en este caso es más acertado fundamentar la resolución del contrato en el incumplimiento contractual del vendedor, pues este se había retrasado un año en la entrega de la vivienda, lo que impidió que el comprador obtuviera la subrogación del préstamo hipotecario prevista contractualmente⁸⁹. La Sala Primera ha dado un paso atrás en relación con la aplicación de la cláusula *rebus* en casos de dificultad o imposibilidad de obtener financiación para cumplir el contrato en la posterior STS, 1.^a, 13 de julio de 2017 (RJ 2017, 3962; MP: María de los Ángeles PARRA LUCÁN). La mencionada resolución afirma que en el ordenamiento jurídico español no cabe la exoneración del deudor con base en doctrina de la cláusula *rebus* en los casos de dificultades de financiación. Según el Tribunal, «como regla general, la dificultad o imposibilidad de obtener financiación para cumplir un contrato es un riesgo del deudor, que no puede exonerarse alegando que no cumple sus obligaciones contractuales porque se han frustrado sus expectativas de financiarse. Como excepción, el deudor podrá excusarse cuando sea la otra parte quien haya asumido el riesgo de la financiación, por ejemplo, asumiendo el compromiso de la financiación por un tercero o vinculando la eficacia del contrato principal a esta financiación» (FD 5º).

B) Asignación contractual del riesgo de no obtener financiación en la compraventa de viviendas

Es preciso recordar que, la cláusula *rebus* es una regla supletoria que únicamente permite a los tribunales asignar o dividir pérdidas derivadas de riesgos

que no han sido asignados a una de las partes ni en el contrato ni en la ley. Si el riesgo de no obtener financiación se asignó a una de las partes en el contrato, el riesgo fue previsto y, por lo tanto, no cabe aplicar aquella doctrina.

En este sentido, en relación con los casos de imposibilidad de obtener financiación se ha pronunciado la ya citada STS, 1.^a, Pleno, 17 de enero de 2013 (*RJ* 2013, 1819; MP: Francisco MARÍN CASTÁN). En ella la Sala Primera desestima la resolución del contrato de compraventa de vivienda instado por el matrimonio comprador con base en la cláusula *rebus sic stantibus* por imposibilidad de obtener financiación. El matrimonio que, en abril de 2008, había comprado la vivienda en construcción en documento privado, se negó a otorgar la escritura pública cuando la promotora les comunicó, en noviembre de 2008, la finalización de las obras y les invitó a concretar una fecha para el otorgamiento. Los compradores aportaron un documento de una entidad financiera en el que se hacía constar que a uno de ellos se le había denegado un préstamo hipotecario por su situación de alto endeudamiento. El TS afirma que en este caso no cabe la aplicación de la regla *rebus*, pues en el contrato el riesgo de no obtener financiación estaba expresamente asignado a la parte compradora. En particular, contenía una cláusula que, si bien contemplaba la decisión de los compradores de «subrogarse en el préstamo del promotor», también preveía la posibilidad de que la entidad de crédito denegara la subrogación, sin «por ello exonerarles del pago del precio» (FD 3.º). En el mismo sentido se pronuncia la STS, 1.^a, Pleno, 18 de enero de 2013 (*RJ* 2013, 1604; MP: José Ramón FERRÁNDIZ GABRIEL)], de acuerdo con la cual «la realidad de una efectiva previsión [de la imposibilidad de obtener financiación para cumplir la obligación de pagar el precio de compra] en el contrato—, determinaría la inaplicación de la regla [*rebus*]» (FD 5.º). También la ya citada STS, 1.^a, 13 de julio de 2017 (*RJ* 2017, 3963; MP: María de los Ángeles PARRA LUCÁN) estima que no es aplicable la cláusula *rebus* en un caso en que el riesgo de no obtener la financiación fue asignado a la parte compradora en el contrato. El propio contrato ya contemplaba las consecuencias de que los compradores desistieran o no cumplieran las obligaciones de pago, la pérdida de las cantidades entregadas en concepto de indemnización de daños y perjuicios. «En consecuencia, ni el riesgo de la falta de financiación correspondía al vendedor ni hay razón para no aplicar las consecuencias pactadas contractualmente» (FD 5.º).

Por consiguiente, si alguna de las partes asumió contractualmente el riesgo de financiación las únicas normas aplicables serán, en su caso, las reglas generales sobre incumplimiento contractual (arts. 1101 y sigs., y 1124 del Código Civil). Si el vendedor se obligó a proporcionar financiación externa al comprador —por regla general, a permitir la subrogación del comprador en su posición en el préstamo hipotecario concertado con una entidad financiera—, su incumplimiento puede comportar la resolución del contrato con base en el artículo 1124 del Código Civil⁹⁰. Sin embargo, solo cabe la resolución si la obligación

de facilitar la subrogación del comprador en el préstamo hipotecario puede calificarse como una obligación de resultado y no de mera gestión o de actividad.

La calificación de la obligación del vendedor como obligación de resultado o de actividad depende de la interpretación que hagan de la cláusula los tribunales. Por un lado, la STS, 1.^a, 1 de octubre de 2012 (*RJ* 2012, 9024; MP: Francisco Javier ARROYO FIESTAS) consideró que la vendedora y promotora de las viviendas había asumido una obligación de mera gestión o de actividad. En el caso, «la promotora debió ofrecer la subrogación, pero como establece el contrato y la práctica mercantil, [era] la entidad de crédito la que ten[ía] la última palabra a la vista de la solvencia del deudor (...)» (FD 3.º). Por otro lado, un segundo grupo de Sentencias del Tribunal Supremo califican de esencial la obligación asumida por el vendedor de facilitar la subrogación en el préstamo hipotecario, cuyo incumplimiento permite la resolución contractual con base en el artículo 1124 del Código Civil. En este sentido, destaca la STS, 1.^a, 16 de enero de 2013 (*RJ* 2013, 3254; MP: Francisco Javier ARROYO FIESTAS), que se refiere a un contrato de compraventa de vivienda en el que la promotora-vendedora se comprometía a que la entidad financiera aceptase «en todo caso» la subrogación en el préstamo hipotecario que estaba gestionado con la misma. De acuerdo con el TS: «a pesar de que, por regla general, la obligación pactada de la vendedora de facilitar la financiación es una obligación accesorio, que refleja un deber de actividad y no de resultado, en este caso (...) por su singular característica esta no era una obligación secundaria o prescindible, pues se le estaba asegurando al comprador la financiación, en todo caso, cuya ausencia resultó determinante para frustrar el resultado del contrato» (FD 3.º). En la misma línea, la STS, 1.^a, 30 de diciembre de 2015 (*RJ* 2015, 5874; MP: Francisco MARÍN CASTÁN) estima la resolución del contrato de compraventa por incumplimiento de la vendedora, quien se obligó en el contrato a que la entidad de crédito autorizara la subrogación en el préstamo hipotecario.

Si, por el contrario, de una interpretación del contrato se deriva que fue la parte compradora la que asumió el riesgo de financiación del inmueble adquirido, acaecido tal riesgo el comprador no puede resolver el contrato con base en la cláusula *rebus sic stantibus*, debiendo asumir las consecuencias [STS, 1.^a, Pleno, 17 de enero de 2013 (*RJ* 2013, 1819; MP: Francisco MARÍN CASTÁN)]. Además, la compradora tampoco puede resolver el contrato con base en las reglas generales sobre incumplimiento contractual.

C) Distinción entre deudores que son empresarios o profesionales de los que no lo son

En la valoración de la asignación contractual del riesgo de no obtener financiación, es relevante la condición de empresario o profesional del sector en cuestión del deudor de la obligación dineraria. En el ámbito específico de las

compraventas inmobiliarias el Tribunal Supremo ha señalado que es preciso distinguir «entre los contratantes que sean profesionales del sector inmobiliario y los que no lo sean»⁹¹. Además, otro factor muy relacionado con el anterior, expresamente mencionado en la jurisprudencia del TS es la consideración del «destino de la casa comprada a vivienda habitual o, por el contrario, a segunda residencia o a su venta antes o después del otorgamiento de la escritura pública»⁹². Resulta criticable que, sin más argumentación, la Sala Primera solo considere aplicable la cláusula *rebus* a las compraventas de viviendas destinadas a vivienda habitual y excluya las destinadas a segunda residencia, cuando ambos compradores son consumidores, pues actúan «con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión» (art. 3 TRLGDCU)⁹³.

Por el contrario, sí consideramos relevante a los efectos de determinar la asignación contractual del riesgo de no obtener financiación la condición de profesional o no del comprador de las viviendas. En esta línea, el Tribunal Supremo ha afirmado que el riesgo de no obtener financiación como consecuencia de la crisis financiera no es un riesgo imprevisto o imprevisible para compradores profesionales del mercado inmobiliario, así como para particulares que compran con finalidades especulativas. En otras palabras, aquellos particulares que adquieren viviendas no para uso propio, sino con la finalidad de revender las mismas en el mercado y así obtener un rápido beneficio económico⁹⁴.

En este sentido, se pronuncia la STS, 1.^a, 8 de octubre de 2012 (*RJ* 2012, 9027; MP: Francisco Javier ARROYO FIESTAS) que desestima la resolución del contrato de compraventa de dos viviendas solicitada por los compradores, a los que se les había denegado la subrogación en el préstamo hipotecario, por su edad y falta de solvencia. Las viviendas se habían comprado con la finalidad de revenderlas antes de la finalización de la obra. De acuerdo con la STS, los compradores habían asumido el riesgo de no obtener financiación pues cuando: «se integran en un proceso de rápida obtención de beneficios con la consiguiente disposición urgente de inversión, se están sometiendo a una situación de riesgo aceptando que no pueden intentar repercutir sobre la parte vendedora que ningún beneficio obtiene de las ulteriores ventas» (FD 5.º). Además, concurre culpa de los deudores «al no prever la existencia de una situación de riesgo que era posible anticipar mentalmente, dado que las fluctuaciones del mercado son cíclicas como la historia económica demuestra» (FD 5.º).

En la misma línea puede verse el caso que dio lugar al ATS, 1.^a, sec. 1.^a, 28 de enero de 2015 (*JUR* 2015, 39330; MP: Francisco MARÍN CASTÁN). La parte compradora, un particular que compró la vivienda con el objeto de revenderla obteniendo un lucro a cambio, solicitó la resolución del contrato con base en la doctrina *rebus sic stantibus*. En particular, el comprador alega que el cambio de circunstancias en el mercado inmobiliario y financiero entre el momento de la suscripción del contrato privado de compraventa (2006) y el momento de cumplimiento contractual (2009), comportó la imposibilidad sobre-

venida e involuntaria de poder hacer frente al crédito existente. El TS inadmite el recurso de casación. «En relación con la cláusula *rebus sic stantibus* y su aplicabilidad al caso concreto, debe tenerse presente que (...) a la hora de contratar la parte comparadora debió prever si contaba con los medios suficientes para afrontar sus obligaciones, sin que la crisis económica sea razón suficiente por sí sola para poder dar lugar a la resolución del contrato pretendida, ya que se dejaría el cumplimiento del contrato al arbitrio de una de las partes» (FD 3.º)⁹⁵.

Por último, una cuestión distinta es si las dificultades financieras del deudor para ejecutar el contrato pueden justificar el incumplimiento del mismo, de manera que excluya la resolución por parte del acreedor. En particular, en la jurisprudencia se ha planteado si el incumplimiento del contrato por parte del promotor-vendedor de viviendas por retraso prolongado en la entrega por dificultades en la financiación de las obras, ligadas a la crisis económica y financiera de 2008, puede estar justificado por constituir un caso de fuerza mayor (art. 1105 del Código Civil); o si, por el contrario, constituye un incumplimiento esencial del vendedor que permite al comprador la resolución del contrato (art. 1124 del Código Civil).

En su jurisprudencia reciente, el Tribunal Supremo ha estimado que el retraso prolongado en la entrega de las viviendas derivado de la paralización de las obras por falta de financiación no es un caso de fuerza mayor. Así, la STS, 1.ª, 11 de diciembre de 2014 (RJ 2014, 6374; MP: Francisco Javier ARROYO FIESTAS) afirma que «el problema de la crisis financiera es un suceso que ocurre en el círculo de sus actividades empresariales, que no puede considerarse, imprevisible o inevitable (fuerza mayor)»; la STS, 1.ª, 19 de diciembre de 2014 (RJ 2014, 6624; MP: Antonio SALAS CARCELLER) señala que «un retraso tan notable en [el] cumplimiento de su obligación (...) no puede atribuirse sin más y en general a la crisis inmobiliaria y financiera (...), sino que ha de concretarse en circunstancias individuales (...). Situación que a la vista de los compromisos adquiridos no resultaba totalmente imprevisible para dicha promotora y que se desenvolvía en el ámbito propio del negocio emprendido» (FD 4.º). Por último, la STS, 1.ª, 19 de diciembre de 2014 (RJ 2014, 6625; MP: Eduardo BAENA RUIZ) estima que las dificultades económicas ligadas al pago para la obtención de las licencias de obras «no es un hecho imprevisible para un profesional de la promoción y construcción de inmuebles (...) pues tendría que tener concedida la financiación para ello antes de crear expectativas y plazos de entrega en los contratos celebrados con consumidores interesados»⁹⁶.

3. CONTRATO DE ARRENDAMIENTO DE LARGA DURACIÓN: RIESGO DE EXPLOTACIÓN DEL NEGOCIO DE LA ARRENDATARIA

Una tercera constelación de casos incluye sentencias que se refieren a contratos de arrendamiento de inmuebles de larga duración y, en especial, de local

de negocio. La recesión económica iniciada en 2008 comportó, en muchos casos, una caída en los ingresos de la empresa arrendataria por pérdida de clientes u otras circunstancias igualmente relevantes que ya no hacían rentable la renta pactada. Ante esta situación, el arrendatario pudo haber manifestado al arrendador su voluntad de terminar el contrato. Las consecuencias de tal manifestación dependen de distintas circunstancias.

Si el contrato contiene una cláusula que otorga al arrendatario la facultad de desistir unilateralmente, aquel puede hacerlo quedando obligado a pagar al arrendador la cantidad de dinero pactada como pena convencional. En cambio, si el contrato no contiene una cláusula en aquel sentido, el arrendador tiene dos opciones. Una opción es que no acepte la resolución y opte por pedir el cumplimiento del contrato, es decir, el pago de las rentas conforme a los vencimientos pactados en el contrato. La segunda opción es que el arrendador acepte la resolución y reclame una indemnización por los daños y perjuicios derivados de la resolución⁹⁷.

En este contexto, el arrendatario afectado puede haber solicitado la modificación de la renta o la resolución del contrato de arrendamiento con fundamento en la doctrina *rebus*. En particular, con el argumento que el contrato se vio afectado por la crisis económica, de carácter imprevisible y extremadamente grave, lo que ha derivado en una excesiva onerosidad para la parte arrendataria.

A) *Doctrina tradicional: previsibilidad de la modificación de las condiciones de mercado existentes en el momento de celebrar el arrendamiento*

Tradicionalmente, la jurisprudencia del Tribunal Supremo había desestimado la aplicación de la doctrina *rebus* en este tipo de casos con el argumento que la modificación posterior de las condiciones de mercado existentes en el momento de celebrar el contrato es un evento previsible. En este sentido, la ya citada STS, 1.^a, 27 de abril de 2012 (RJ 2012, 4714; MP: Román GARCÍA VARELA) desestimó la aplicación de la cláusula *rebus* para aumentar la renta de un contrato de arrendamiento de larga duración de un aparcamiento, celebrado en el año 1977. La arrendadora y superficiaria del inmueble había solicitado la modificación del contrato por el cambio de circunstancias consistentes en la gran transformación económica sufrida por España desde que se firmó el contrato, el éxito comercial que había sufrido la zona y la modificación operada en el contrato de superficie entre la demandante y la propietaria del suelo, con un importante aumento del canon superficiario.

La Sala Primera «entiende que el transcurso del tiempo en contratos de tan prolongada duración como son los de arrendamiento, y la transformación económica de un país, producida, entre otros motivos, por dicho devenir, no puede servir de fundamento para el cumplimiento de los requisitos requeridos

por la jurisprudencia para llegar a la existencia de un desequilibrio desproporcionado entre las prestaciones fundado en circunstancias imprevisibles, pues las circunstancias referidas no pueden tener tal calificación». Además, la sentencia tiene en cuenta para excluir la aplicación de la *rebus* que el contrato «contiene cláusulas de actualización de renta» (FD 6.º).

B) Sentencia del TS de 15 de octubre de 2014 sobre el caso Accor Hoteles

Tras la crisis económica iniciada en 2008, la STS, 1.ª, 15 de octubre de 2014 (*RJ* 2014, 6129; MP: Francisco Javier ORDUÑA MORENO) —junto con la ya analizada STS, 1.ª, 30 de junio de 2014 (*RJ* 2014, 3526; MP: Francisco Javier ORDUÑA MORENO)— estimó, a diferencia de aquello defendido en su jurisprudencia anterior, que una recesión económica puede ser considerada un cambio de mercado extraordinario e imprevisible, capaz de alterar las bases de las relaciones contractuales.

El caso resuelto por la Sentencia de 15 de octubre de 2014 se refiere a un contrato de arrendamiento de dos hoteles (Novotel e Ibis) celebrado entre Residencial Ademuz, S.L. (arrendadora) y la cadena de hotelera Accor Hoteles España, S.A. (arrendataria), en el año 1999, de una duración de veinticinco años. En el mismo contrato, Residencial Ademuz, S.L. se obligaba a comprar el solar y a construir el establecimiento hotelero compuesto por tres bloques, cuya posesión cedería posteriormente a la arrendataria. El contrato contenía una cláusula que permitía al arrendatario desistir del mismo a partir del sexto año a contar desde la entrega de los hoteles —que se produjo en 2004— pagando una cláusula penal equivalente al 15% de las rentas que hubiera percibido el arrendador si se hubiese cumplido el contrato durante el plazo pactado. Además, se preveía que, si el arrendatario resolvía el contrato antes de la décima anualidad, debería pagar el importe de las rentas íntegras hasta dicha décima anualidad, aplicándose para el resto de anualidades lo ya señalado. En el periodo 2005-2009, la arrendataria sufrió unas pérdidas acumuladas de tres millones de euros debido a la reducción del número de clientes en los dos hoteles de la cadena. En particular, en el año 2009 en Valencia se produjo una caída del 42,3% en el rendimiento por habitación. La sentencia también señala que, en 2010, la arrendadora celebró un contrato para mantener la relación contractual con otra cadena hotelera, en el que se pactó una reducción del 50% de la renta respecto de la inicialmente pactada en el año 2000.

Accor Hoteles demandó a la arrendadora y solicitó la reducción de las rentas anuales en un 33% y 29% para los hoteles Novotel e Ibis, respectivamente. Con posterioridad, la demandante desistió de sus pretensiones respecto del hotel Novotel. La demandada formuló reconvencción y solicitó el cumplimiento del contrato. El JPI desestimó la demanda y estimó la reconvencción. La AP confirmó.

El Tribunal Supremo estima el recurso de casación de Accor Hoteles y declara la reducción de la renta a pagar por la arrendataria en relación con el hotel Ibis en aplicación de la cláusula *rebus*. En particular, reduce la renta anual un 29% respecto de la renta vigente en el momento de la interposición de la demanda, desde la presentación de la demanda hasta el ejercicio del año 2015. Según la sentencia en este caso concurren dos de los requisitos imprescindibles para que se aplique la doctrina *rebus*: la imprevisibilidad del riesgo y una excesiva onerosidad.

En relación con la imprevisibilidad del riesgo de crisis en el sector hotelero, el Tribunal Supremo señala que la «arrendataria es una empresa relevante en el sector y, por tanto, conocedora del riesgo empresarial que comporta la explotación del negocio de hostelería», por lo que, en principio, debería asumir el riesgo de explotación del negocio. Sin embargo, continúa la sentencia, la crudeza de la crisis en la ciudad de Valencia con caídas del sector hotelero del 42,3% no se previó, ni era previsible, en el momento en el que se celebró el contrato en 1999. El contrato se celebró en un «contexto económico (...) (periodo 1999 a 2004), de inusitado crecimiento y expansión de la demanda acompañado, además, de una relevante promoción urbanística de la zona de ubicación de los hoteles». Por todo lo anterior, concluye que la falta de previsión acerca de la crisis económica, no se puede imputar, exclusivamente a la arrendataria. «Por las circunstancias de su irrupción, de su especial impacto y trascendencia, su asignación como riesgo no puede caer solo en la esfera de control de la parte en desventaja, ni tampoco cabe establecer que «razonablemente» se hubiera debido tener en cuenta en la distribución natural de los riesgos derivados del contrato celebrado» (FD 3.º).

En relación con la excesiva onerosidad, el Alto Tribunal considera que se cumple este requisito pues la actividad económica de la cadena Accor presenta «unas pérdidas acumuladas cercanas a los tres millones de euros en el periodo 2005-2009, frente al balance positivo de la empresa arrendadora, en torno a los 750.000 euros para el mismo periodo objeto de valoración» (FD 3.º).

Esta sentencia ha sido fuertemente criticada por la doctrina fundamentalmente porque modifica la jurisprudencia tradicional del Tribunal Supremo de acuerdo con la cual el cambio de condiciones de mercado existentes en el momento de contratar no es un riesgo imprevisible, pues las fluctuaciones del mercado son cíclicas como la historia económica demuestra. Parece poco razonable defender que, una empresa tan relevante del sector hotelero como es la cadena hotelera Accor Hoteles, no debería haber tenido en cuenta en el momento de celebrar un contrato de veinticinco años de duración que el mismo se podría ver afectado por una crisis económica u cualquier otro cambio de mercado⁹⁸. Además, LUNA YERGA y XIOL BERDAJÍ (2015, 7) han señalado con acierto que el hecho de que el contrato no incluyera una cláusula de actualización de renta, que suele incluirse en este tipo de contratos, puede llevarnos a la conclusión que las partes habían excluido cualquier posibilidad de revisión de la renta.

Debe de tenerse en consideración que las partes pactan la duración de los contratos siguiendo un razonamiento económico. Tal y como afirma Ángel CARRASCO PERERA (2015, 196-197), en el arrendamiento de larga duración el arrendador se asegura «un flujo seguro de ingresos y una cobertura frente a depresiones del mercado». Además, en la sentencia comentada el arrendador garantizaba con la larga duración del contrato la recuperación de la inversión que había hecho en la compra y construcción de los inmuebles en los que se situaban los hoteles con el fin de arrendárselos a la cadena Accor. Por otro lado, con un contrato de larga duración el arrendatario se asegura la posesión del bien durante un largo periodo de tiempo, lo «que le permite amortizar las inversiones y proyectar en el futuro una previsión segura sobre el alcance de sus costes». Por todo ello, es sensato afirmar que el riesgo de explotación del negocio del arrendatario, así como el riesgo de bajada acusada de los precios de mercado de los alquileres, era un riesgo incluido en el «riesgo normal» del contrato asignado a la parte arrendataria.

Además, Ángel CARRASCO PERERA (2015, 191-193) también ha puesto de manifiesto que la sentencia no aplica, ni tan solo menciona, la regla de distribución de riesgos que se deriva del artículo 1575 del Código Civil⁹⁹, relativo a los arrendamientos de predios rústicos. En el arrendamiento de cosas, el arrendador participa en los riesgos *intra rem* o riesgos de la cosa, es decir, los riesgos que impiden «al arrendatario usar la cosa arrendada para el destino convenido», «porque el acreedor no puede desentenderse de participar en el riesgo de que el arrendatario deje de poder usar el bien»¹⁰⁰. En cambio, el arrendador no debe asumir los riesgos *extra rem*, los riesgos de mercado tales como el riesgo de crisis económica en el sector hotelero, pues estos no influyen en el uso del bien.

C) *Jurisprudencia menor posterior al caso Accor Hoteles que desestima la aplicación de la rebus a contratos de arrendamiento*

En la jurisprudencia menor, la mayor parte de las sentencias analizadas que se han ocupado de la aplicación de la doctrina *rebus* a contratos de arrendamiento de larga duración afectados por la crisis económica han negado su aplicación¹⁰¹.

Resulta especialmente interesante el análisis de la SAP Cádiz, Civil, Sec. 4.^a, 14 de septiembre de 2015 (*JUR* 2015, 258680; MP: María Esther MARTÍNEZ SAIZ) porque, en un caso similar al resuelto por la Sentencia del Tribunal Supremo sobre el caso Accor, llega a una conclusión totalmente opuesta. El caso se refiere a un contrato de arrendamiento de hotel, celebrado entre Tesa Inmuebles En Renta, S.A. y Meliá Hotels International, S.A en el año 2000 y con una duración de veinte años. Antes de la cesión del hotel a Meliá, Tesa Inmuebles se obligaba a adquirir y rehabilitar el edificio situado en Jerez de la Frontera. Según el contrato, la renta se determinaba por un porcentaje de la rentabilidad

de la inversión a realizar por la arrendadora, porcentaje que iría aumentado hasta el cuarto año de arrendamiento, a partir del cual solo se actualizaría conforme el IPC. A partir del año 2008, la ocupación media del hotel disminuyó hasta un 56,70% con la consiguiente reducción de ingresos superior al 30%.

Meliá demandó a la arrendadora y solicitó la moderación de la renta con base en la *rebus*, por considerar que el cambio de circunstancias operado por la crisis económica había originado una excesiva onerosidad en la base económica del contrato. La SAP desestimó la aplicación de la doctrina citada. «Meliá arrendó el hotel a los efectos de integrarlo en su proceso productivo de manera que el precio se fijó atendiendo lógicamente a las expectativas de ocupación turística en Jerez de la Frontera durante su vigencia. La fluctuación de estas expectativas constituía, por tanto, un riesgo que asumía [la arrendataria] y que se sitúa, además, en el ámbito profesional de su actividad como empresa dedicada a la explotación hotelera» (FD 4.º). Asimismo, en el caso tampoco quedó probado que los resultados negativos de la explotación del hotel se debieran exclusivamente a la crisis económica, pudiendo obedecer a otras causas, como la mala gestión u organización de la empresa (FD 3.º). Esta conclusión, que contrasta con la solución defendida por la Sala Primera en la STS, 1.ª, 15 de octubre de 2014 (RJ 2014, 6129; MP: Francisco Javier ORDUÑA MORENO), se entiende más acertada pues no hace recaer sobre el arrendador los riesgos de explotación del negocio del arrendatario.

V. CONCLUSIONES

I. En el derecho español, la modificación o resolución del contrato por alteración sobrevenida de las circunstancias se admite por el Tribunal Supremo con base en la doctrina de la cláusula *rebus sic stantibus*. Desde su reconocimiento hasta 2014, el Tribunal Supremo había mantenido inalterado el tenor literal de esta doctrina y su aplicación se había caracterizado por ser excepcional. El motivo es que el cambio de condiciones de mercado existentes en el momento de contratar y la situación financiera de las partes había sido considerada por la Sala Primera como un riesgo previsible.

II. Tras la crisis económica y financiera de 2008, el Tribunal Supremo ha revisado su doctrina sobre la cláusula *rebus* y ha abandonado la excepcionalidad de la figura, flexibilizando sus requisitos de aplicación. El punto más relevante de la nueva doctrina se encuentra en que reconoce que una recesión económica puede ser considerada un cambio de mercado extraordinario e imprevisible, capaz de alterar las bases de las relaciones contractuales.

III. El abandono de la excepcionalidad en la aplicación de la doctrina *rebus* es criticable puesto que una cosa es el normal reconocimiento de la figura y otra que los tribunales prescindan de su prudente y moderada aplicación. Además, cabe destacar la irrelevancia de la nueva formulación, pues a pesar de que el

Tribunal Supremo haya modificado algunos adjetivos, ha continuado utilizando los mismos parámetros jurídicos indeterminados para decidir caso por caso sobre la procedencia de su aplicación.

IV. En la práctica, tras la nueva configuración de la cláusula *rebus*, el Tribunal Supremo ha fundamentado la resolución o modificación del contrato con base a esta doctrina en tres resoluciones: la STS, 1.^a, 26 de abril de 2013 (*RJ* 2013, 3268; MP: Xavier O'CALLAGHAN MUÑOZ), la STS, 1.^a, 30 de junio de 2014 (*RJ* 2014, 3526; MP: Francisco Javier ORDUÑA MORENO) y la STS, 1.^a, 15 de octubre de 2014 (*RJ* 2014, 6129; MP: Francisco Javier ORDUÑA MORENO). En sentencias posteriores, ha desestimado la aplicación de la cláusula a contratos afectados por la crisis económica.

V. La cuestión de la previsibilidad de la crisis económica y financiera no puede responderse de manera conclusiva en abstracto, siendo preciso analizar en cada caso la asignación contractual del riesgo del cambio sobrevenido de las circunstancias. La cláusula *rebus* es una regla supletoria que permite a los tribunales asignar o dividir pérdidas derivadas de riesgos excluidos del «riesgo normal» del contrato. Si el riesgo que cambiara una determinada circunstancia había sido asignado a una de las partes en el contrato o si formaba parte de los riesgos propios que derivan de su naturaleza, materializado el mismo, la parte afectada por la mayor onerosidad no puede pretender la modificación o resolución del contrato con base en la *rebus*.

VI. La existencia de cláusulas de estabilización en el contrato excluye la aplicación de la cláusula *rebus*. En determinados casos puede defenderse que tampoco puede aplicarse, si en el contrato es esperable que las partes pacten una cláusula de estabilización y en el caso concreto no se ha pactado dicha cláusula. Una tercera problemática es cómo interpretar cláusula de estabilización que permite modificar el precio de la prestación si concurren determinadas circunstancias, cuando finalmente el cambio sobrevenido no es exactamente el previsto. Esta cuestión se planteó en el caso Promedios, resuelto por la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 2014 (*RJ* 2014, 3526; MP: Francisco Javier ORDUÑA MORENO), que interpreta la cláusula del contrato que preveía que EMT se beneficiaba de una posible variación al alza de la facturación de Promedios, pero no se refería a qué sucedía si la variación de la facturación de Promedios era a la baja. Según el TS la falta de previsión respecto a las expectativas económicas de Promedios no excluye la aplicación de la cláusula *rebus*, pues en este caso en el momento de la contratación el riesgo de la crisis económica era imprevisible. Esta solución resulta criticable, pues el hecho que Promedios fuera una empresa del sector conocedora del riesgo empresarial del negocio, hace difícil defender que el riesgo fuera imprevisible. Por ello, la cláusula se podría haber interpretado en el sentido contrario: que cualquier contingencia que afectara el precio no cubierta por la cláusula había sido asumida residualmente por la parte perjudicada por el cambio.

VII. Tras la crisis económica y financiera de 2008, tanto la jurisprudencia del Tribunal Supremo, como la de las Audiencias Provinciales, han defendido que la disminución del valor de los inmuebles adquiridos no puede considerarse un evento extraordinario e imprevisible, sino un riesgo propio del comprador, especialmente, cuando la parte afectada es una empresa que se dedica al mercado inmobiliario o cuando la venta tiene finalidades especulativas. Además, los promotores inmobiliarios tampoco pueden alegar la frustración sobrevenida del fin del contrato de compraventa de solares por la menor rentabilidad del negocio que proyectó antes de la crisis.

VIII. El riesgo de financiación de una obligación pecuniaria lo asumen, por regla general, los deudores. Excepcionalmente, el Tribunal Supremo ha admitido que el deudor podrá excusarse del cumplimiento cuando sea la otra parte quien haya asumido el riesgo de la financiación, por ejemplo, asumiendo el compromiso de la financiación por un tercero o vinculando la eficacia del contrato principal a esta financiación.

IX. En relación con la asignación contractual del riesgo de no obtener financiación y el grado de colaboración prometido por el vendedor para obtenerla, se concluye que si alguna de las partes asumió contractualmente el riesgo de financiación las únicas normas aplicables serán, en su caso, las reglas generales sobre incumplimiento contractual. Además, en todo caso, el riesgo de no obtener financiación como consecuencia de la crisis financiera no es un riesgo imprevisto o imprevisible para compradores profesionales del mercado inmobiliario, así como para particulares que compran con finalidades especulativas.

X. Tradicionalmente, la jurisprudencia del Tribunal Supremo había desestimado la aplicación de la doctrina *rebus* a contratos de arrendamiento de larga duración afectados por cambios de circunstancias con el argumento que la modificación posterior de las condiciones de mercado existentes en el momento de celebrar el contrato es un evento previsible. Con todo, la STS, 1.^a, 15 de octubre de 2014 (*RJ* 2014, 6129; MP: Francisco Javier ORDUÑA MORENO) aplica la *rebus* para modificar un contrato de arrendamiento de larga duración, pues a pesar de que la «arrendataria es una empresa relevante en el sector y, por tanto, conocedora del riesgo empresarial que comporta la explotación del negocio de hostelería», la crudeza de la crisis en la ciudad de Valencia no se previó, ni era previsible, en el momento en el que se celebró el contrato. Esta sentencia resulta criticable porque parece poco razonable defender que, una empresa tan relevante del sector hotelero, no debería haber tenido en cuenta en el momento de celebrar un contrato de veinticinco años de duración que el mismo se podría ver afectado por una crisis económica. Además, la sentencia hace recaer sobre el arrendador los riesgos de explotación del negocio del arrendatario, siendo ello contrario a distribución natural de riesgos en contratos de arrendamiento de larga duración, así como a la regla que el artículo 1575 del Código Civil. Con todo, este pronunciamiento no se ha extendido a nivel de Audiencias Provin-

ciales, pues la mayor parte de las sentencias analizadas que se han ocupado de la cuestión han desestimado la resolución o modificación con base en la *rebus*.

VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

TRIBUNAL SUPREMO

- STS, 1.^a, 17 de mayo de 1957 (*RJ* 1940, 2164)
- STS, 1.^a, 6 de junio de 1959 (*RJ* 1959, 3026)
- STS, 1.^a, 8 de julio de 1991 (*RJ* 1991, 5376; MP: Gumersindo BURGOS PÉREZ DE ANDRADE)
- STS, 1.^a, 10 de diciembre de 1990 (*RJ* 1990, 9927; MP: Pedro GONZÁLEZ POVEDA)
- STS, 1.^a, 24 de junio de 1993 (*RJ* 1993, 5382; MP: Eduardo FERNÁNDEZ-CID DE TEMES)
- STS, 1.^a, 10 de febrero de 1997 (*RJ* 1997, 664; MP: Pedro GONZÁLEZ POVEDA)
- STS, 1.^a, 20 de marzo de 1997 (*RJ* 1997, 3890; MP: José ALMAGRO NOSETE)
- STS, 1.^a, 23 de junio de 1997 (*RJ* 1997, 5201; MP: Alfonso VILLAGÓMEZ RODIL)
- STS, 1.^a, 20 de febrero de 2001 (*RJ* 2001, 149; MP: Román GARCÍA VARELA)
- STS, 1.^a, 28 de diciembre de 2001 (*RJ* 2002, 1650; MP: Francisco MARÍN CASTÁN)
- STS, 1.^a, 21 de marzo de 2003 (*RJ* 2003, 2762; MP: Jesús CORBAL FERNÁNDEZ)
- STS, 1.^a, 1 de marzo de 2007 (*RJ* 2007, 1618; MP: Vicente Luis MONTÉS PENADÉS)
- STS, 1.^a, 20 de noviembre de 2009 (*RJ* 2009, 7296; MP: Xavier O'CALLAGHAN MUÑOZ)
- STS, 1.^a, 27 de abril de 2012 (*RJ* 2012, 4714; MP: Román GARCÍA VARELA)
- STS, 1.^a, 1 de octubre de 2012 (*RJ* 2012, 9024; MP: Francisco Javier ARROYO FIESTAS)
- STS, 1.^a, 8 de octubre de 2012 (*RJ* 2012, 9027; MP: Francisco Javier ARROYO FIESTAS)
- STS, 1.^a, 8 de noviembre de 2012 (*RJ* 2013, 2402; MP: Francisco Javier ORDUÑA MORENO).
- STS, 1.^a, 14 de noviembre de 2012 (*RJ* 2013, 2275; MP: Francisco Javier ORDUÑA MORENO)

- STS, 1.^a, 16 de enero de 2013 (*RJ* 2013, 3254; MP: Francisco Javier ARROYO FIESTAS)
- STS, 1.^a, Pleno, 17 de enero de 2013 (*RJ* 2013, 1819; MP: Francisco MARÍN CASTÁN).
- STS, 1.^a, Pleno, 18 de enero de 2013 (*RJ* 2013, 1604; MP: José Ramón FERRÁNDIZ GABRIEL)
- STS, 1.^a, 26 de abril de 2013 (*RJ* 2013, 3268; MP: Xavier O'CALLAGHAN MUÑOZ)
- STS, 1.^a, 29 de octubre de 2013 (*RJ* 2013, 8053; MP: José Ramón FERRÁNDIZ GABRIEL)
- STS, 1.^a, 27 de noviembre de 2013 (*RJ* 2013, 7874; MP: José Ramón FERRÁNDIZ GABRIEL)
- STS, 1.^a, 30 de junio de 2014 (*RJ* 2014, 3526; MP: Francisco Javier ORDUNA MORENO)
- STS, 1.^a, 15 de octubre de 2014 (*RJ* 2014, 6129; MP: Francisco Javier ORDUNA MORENO)
- ATS, 1.^a, 2 de diciembre de 2014 (*JUR* 2015, 19683; MP: Ignacio SANCHE GARGALLO)
- STS, 1.^a, 11 de diciembre de 2014 (*RJ* 2014, 6374; MP: Francisco Javier ARROYO FIESTAS)
- STS, 1.^a, 19 de diciembre de 2014 (*RJ* 2014, 6624; MP: Antonio SALAS CARCELLER)
- STS, 1.^a, 19 de diciembre de 2014 (*RJ* 2014, 6625; MP: Eduardo BAENA RUIZ)
- ATS, 1.^a, 28 de enero de 2015 (*JUR* 2015, 39330; MP: Francisco MARÍN CASTÁN)
- STS, 1.^a, 24 de febrero de 2015 (*JUR* 2015, 124537; MP: Francisco Javier ORDUNA MORENO)
- STS, 1.^a, 30 de abril de 2015 (*RJ* 2015, 2019; MP: Rafael SARAZÁ JIMENA)
- STS, 1.^a, 19 de abril de 2015 (*RJ* 2015, 3118; MP: Eduardo BAENA RUIZ)
- ATS, 1.^a, 20 de mayo de 2015 (*JUR* 2015, 141809; MP: Francisco MARÍN CASTÁN)
- ATS, 1.^a, 3 de junio de 2015 (*JUR* 2015, 159286; MP: Eduardo BAENA RUIZ)
- ATS, 1.^a, 15 de julio de 2015 (*JUR* 2015, 189092; MP: Eduardo BAENA RUIZ)
- STS, 1.^a, 30 de diciembre de 2015 (*RJ* 2015, 5874; MP: Francisco MARÍN CASTÁN)
- ATS, 1.^a, 8 de noviembre de 2016 (*RJ* 2016, 5248; MP: José Antonio SEIJAS QUINTANA)

- ATS, 1.^a, 8 de noviembre de 2016 (*RJ* 2016, 5246; MP: Francisco MARÍN CASTÁN)
- STS, 1.^a, 16 de mayo de 2017 (*RJ* 2017, 2308; MP: Francisco Javier ARROYO FIESTAS)
- STS, ^a, 13 de julio de 2017 (*RJ* 2017, 3962; MP: María Ángeles PARRA LUCÁN).
- STS, 1.^a, 20 de julio de 2017 (*RJ* 2017, 3653; MP: Rafael SARAZÁ JIMÉNEZ),

AUDIENCIA NACIONAL

- SAN, Sala de lo Contencioso-administrativo, 11 de noviembre de 2014 (*JUR* 2014, 288658; MP: Juan Pedro QUINTANA CARRETERO).

AUDIENCIAS PROVINCIALES

- SAP León, Civil, 11 de diciembre de 2014 (*JUR* 2015, 49395; MP: Ricardo RODRÍGUEZ LÓPEZ)
- SAP Valencia, Civil, Sec. 7.^a, 5 de marzo de 2015 (*JUR* 2015, 146418; MP: Pilar CERDÁN VILLALBA)
- SAP Soria, Civil, Sec. 1.^a, 23 de marzo de 2015 (*JUR* 2015, 149312; MP: José Manuel SÁNCHEZ SISCART)
- SAP Lugo, Civil, Sec. 1.^a, 30 de marzo de 2015 (*JUR* 2015, 111419; MP: José Rafael PEDROSA LÓPEZ)
- SAP Granada, Civil, Sec. 1.^a, 24 de abril de 2015 (*JUR* 2015, 140906; MP: Juan Francisco RUIZ-RICO RUIZ)
- SAP Segovia, Civil, Sec. 1.^a, 28 de abril de 2015 (*JUR* 2015, 142348; MP: Ignacio PANDO ECHEVARRÍA)
- SAP Madrid, Civil, Sec. 20.^a, 24 de junio de 2015 (*AC* 2015, 1162; MP: Juan Vicente GUTIÉRREZ SÁNCHEZ)
- SAP Madrid, Civil, Sec. 8.^a, 8 de septiembre de 2015 (*JUR* 2016, 270962; MP: Margarita OREJAS VALDÉS)
- SAP Cádiz, Civil, Sec. 4.^a, 14 de septiembre de 2015 (*JUR* 2015, 258680; MP: María Esther MARTÍNEZ SAIZ)
- SAP Badajoz, Civil, Sec. 3.^o, 9 de octubre de 2015 (*JUR* 2015, 247940; MP: Juana CALDERÓN MARTÍN)
- SAP Madrid, Civil, Sec. 20.^a, 15 de diciembre de 2015 (*JUR* 2016, 15588; MP: Juan Vicente GUTIÉRREZ SÁNCHEZ)
- SAP Madrid, Civil, Sec. 9.^a, 22 de diciembre de 2015 (*JUR* 2016, 26836; MP: Juan Luis GORDILLO ÁLVAREZ VALDÉS)
- SAP Asturias, Civil, Sec. 5.^a, 12 de enero de 2016 (*JUR* 2016, 32637; MP: José Luis CASERO ALONSO)

- SAP Madrid, Civil, Sec. 20.^a, 22 de febrero de 2016 (*JUR* 2016, 74791; MP: Ramón Fernando RODRÍGUEZ JACKSON)
- SAP Ourense, Civil, Sec. 1.^a, 25 de febrero de 2016 (*JUR* 2016, 61056; MP: María José GONZÁLEZ MOVILLA)
- SAP Barcelona, Civil, Sec. 14.^a, 2 de marzo de 2016 (*JUR* 2016, 102424; MP: Esteve HOSTA SOLDEVILA)
- SAP Madrid, Civil, Sec. 10.^a, 8 de marzo de 2016 (*JUR* 2016, 90199; MP: María Isabel FERNÁNDEZ DEL PRADO)
- SAP Vizcaya, Civil, Sec. 5.^o, 20 de mayo de 2016 (*JUR* 2016, 188245; MP: Magdalena GARCÍA LARRAGÁN)
- SAP Sevilla, Civil, Sec. 6.^a, 15 de junio de 2016 (*JUR* 2016, 225136; MP: Marcos Antonio BLANCO LEIRA)
- SAP Girona, Civil, Sec. 1.^a, 15 de junio de 2016 (*JUR* 2016, 192155; MP: Nuria LEFORT RUIZ DE AGUILAR)
- SAP Málaga, Civil, Sec. 5.^a, 22 de septiembre de 2016 (*JUR* 2016, 263343; MP: Melchor HERNÁNDEZ CALVO)
- SAP Guadalajara, Civil, Sec. 1.^a, 20 de octubre de 2016 (*JUR* 2016, 274526; MP: Isabel SERRANO FRÍAS)
- SAP Badajoz, Civil, Sec. 3.^a, 26 de octubre de 2016 (*JUR* 2016, 241510; MP: María Dolores FERNÁNDEZ GALLARDO)

VII. BIBLIOGRAFÍA

- ALFARO ÁGUILA-REAL, J. (2015). El coste de la rebus. *Blog derecho mercantil* [En línea], entrada de 28 de abril de 2015, disponible en <http://derechomercantiles.pana.blogspot.com.es/2015/04/el-coste-de-la-rebus.html>.
- AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C. (2003). *La cláusula rebus sic stantibus*. Valencia: Tirant Lo Blanc.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (2015). Cláusula *rebus sic stantibus*. Sentencia del Tribunal Supremo núm. 333/2014, de 30 de junio de 2014 (*RJ* 2014, 3526). *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 97, 345-367.
- BUSTO LAGO, J.M. (2014). Comentario a la sentencia de 8 de noviembre de 2012. Acción de resolución de compraventa inmobiliaria fundada en el incumplimiento del término esencial de la obligación de entrega. La licencia de primera ocupación integra la obligación de entrega. Inaplicación de la regla «*rebus sic stantibus*». *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 94, 53-70.
- (2013). ¿Cabe aplicar «*rebus sic stantibus*» en un contrato de compraventa como contrato de tracto único? En: A. Carrasco (dir.), *Tratado de compraventa: homenaje a Rodrigo Bercovitz*, vol II. Navarra: Aranzadi (1723 y sigs.).
- (2013). Comentario a la Sentencia de 26 abril 2013 (*RJ* 2013, 3268). Acción de resolución de compraventa inmobiliaria fundada en el incumplimiento del plazo de entrega y en la negativa de la entidad acreedora del préstamo con garantía hipotecaria de permitir la subrogación del comprador. Aplicación de la regla «*rebus sic*

- stantibus», frustración de las expectativas del comprador. Sentencia de 26 de abril de 2013». *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 93, 579-595.
- CARRASCO PERERA, A. (2017). *Derecho de contratos*. 2.^a ed. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi Thomson Reuters.
- (2015). Reivindicación y defensa de la vieja doctrina *rebus sic stantibus*. Sentencia de 15 de octubre de 2014 (RJ 2014, 6129). *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 98., 175-206.
- CENIANI, M., LUPPI, B. Y PARISI, F. (2011). *Chapter 3. Law and economics: the comparative law and economics of frustration in contracts*. En: E. Hondius, H. C. Grigoleit (eds.), *Unexpected Circumstances in European Contract Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 33-52.
- R. COOTER, T. ULEN. (2012). *Law and Economics*. 6.^a ed. Boston: Pearson Education International.
- FRANSWORTH E.A. (2004). *Contracts*. 4.^a ed. NY: Aspen Publishers.
- HERRESTHAL, C. (2011). Chapter 4. Overview: concepts dealing with unexpected circumstances: Germany. En: E. Hondius, H. C. Grigoleit (eds.), *Unexpected Circumstances in European Contract Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 55-63.
- HONDIUS, E. y GRIGOLEIT, H. C. (2011). Introduction: An approach to the issues and doctrines relating to unexpected circumstances. En: Hondius, H. C. Grigoleit (eds.), *Unexpected Circumstances in European Contract Law*. Cambridge: Cambridge University Press.
- (2011). Chapter 7. General comparative remarks: converging tendencies, remaining differences and the unsolved mystery of adjustment. En: Hondius, H. C. Grigoleit (eds.), *Unexpected Circumstances in European Contract Law*, 643-655.
- LUNA YERGA, A. y XIOL BARDAJÍ, M. (2015). *Rebus sic stantibus: ¿Un paso atrás?* Comentario a la STS, 1.^a, 15 de octubre de 2014 (art. 6129) y a la jurisprudencia posterior de la Sala Primera del Tribunal Supremo sobre la regla *rebus sic stantibus*. *InDret*, núm. 2.
- MARTÍNEZ VELENCOSO, L.M. (2013). Capítulo I. La regulación de los efectos que sobre el contrato despliega una excesiva onerosidad sobrevenida en el derecho comparado y en los textos internacionales. En: F.J. ORDUÑA MORENO, L.M. MARTÍNEZ VELENCOSO, *La moderna configuración de la cláusula rebus sic stantibus. Tratamiento jurisprudencial y doctrinal de la figura*. Cizur Menor: Civitas Thomson Reuters.
- (2013). Capítulo IV. Las consecuencias derivadas de la excesiva onerosidad sobrevenida». En: F.J. ORDUÑA MORENO, L.M. MARTÍNEZ VELENCOSO, *La moderna configuración de la cláusula rebus sic stantibus. Tratamiento jurisprudencial y doctrinal de la figura*. Cizur Menor: Civitas Thomson Reuters.
- B. S. MARKESINIS, W. LORENZ, G. DANNEMAN. (1997) (repr. 2001). *The German Law of Obligations. Volume I. The Law of Contracts and Restitution: A Comparative Introduction*. Oxford; New York: Clarendon Press.
- MEKKI M., KLOEPFER-PELÈSE M. (2011). Hardship and Modification (or «Revision») of the Contract. En: A.S. Hartkamp, M.W. Hesselink, E. Hondius, C. Mak (eds.), *Towards a European Civil Code*. 4.^a ed. Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer Law & Business.
- MICELI, T.J. (1997). *Economics of the Law. Torts, Contracts, Property, Litigation*. New York: Oxford University Press.

- MOMBERG, R. (2015). Beyond the Risk: Swaps, Financial Crisis and Change of Circumstances. Comparative Case Note. Supreme Court of Portugal — 10.10.2013, 23 *European Review of Private Law*, Issue 1, 81-84.
- ORDUÑA MORENO, F.J. (2013). Capítulo V. La moderna configuración de la cláusula «rebus sic stantibus». Tratamiento jurisprudencial y doctrinal de la figura. En: F. J. ORDUÑA MORENO y L.M. MARTÍNEZ VELENCOSO, *La moderna configuración de la cláusula rebus sic stantibus. Tratamiento jurisprudencial y doctrinal de la figura*. Cizur Menor (Navarra): Civitas Thomson Reuters, 247 y sigs.
- POSNER, R.A., ROSENFELD, A.M, Impossibility and Related Doctrines in Contract Law: An Economic Analysis, 6 *Journal of Legal Studies* 83, 1977.
- RAVENTÓS SOLER, A., LUNA YERGA, A., XIOL BARDAJÍ, M. (2015). Cuesta abajo y sin frenos. Comentario a la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, de 30 de junio de 2014 (*RJ* 2014, 3526). *Aranzadi Doctrinal*, núm. 3, 2-15.
- RIDDER, P., WELLER M.P. (2014). Unforeseen Circumstances, Hardship, Impossibility and Force Majeure under German Contract Law. *European Review of Private Law*, Issue 3, 371-391.
- RÖSLER, H. (2012). Change of Circumstances. En: J. Basedow, K.J. Hopt & R. Zimmermann (eds.), *The Max Planck Encyclopedia of European Private Law*. Oxford: Oxford University Press, 163-167.
- SALVADOR CODERCH, P. (2009). Alteración de circunstancias en el artículo 1213 de la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos. *Indret*, [En línea], núm. 4, disponible en http://www.indret.com/pdf/687_es.pdf
- SEROZAN, R. (2016). General Report on the Effects of Financial Crises on the Binding Force of Contracts: Renegotiation, Rescission or Revision. En: B. Başoğlu (ed.), *The Effects of financial Crises on the Binding Force of Contracts — Renegotiation, Rescission or Revision*. Cham: Springer, 3-29.
- SMYTHE, D.J (2011). Chapter 11. Impossibility and impracticability. En: G. De Gees (ed.), *Contract law and economics*. Cheltenham, UK, Northampton, MA: Edward Elgar, 207-224.
- TREITEL, G.H. (2004). *Frustration and force majeure*. 2.^a ed. Londres: Thomson Sweet&Maxwell.

NOTAS

¹ SALVADOR CODERCH, P. (2009). Alteración de circunstancias en el artículo 1213 de la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos. *Indret*, núm. 4, 5.

² CENIANI, M., LUPPI, B. Y PARISI, F. (2011). *Chapter 3. Law and economics: the comparative law and economics of frustration in contracts*. En: E. Hondius, H. C. Grigoleit (eds.), *Unexpected Circumstances in European Contract Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 37.

³ CARRASCO PERERA, A. (2017). *Derecho de contratos*. 2.^a ed. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi Thomson Reuters, 986.

⁴ HONDIUS, E. y GRIGOLEIT, H. C. (2011). Introduction: An approach to the issues and doctrines relating to unexpected circumstances. En: Hondius, H. C. Grigoleit (eds.), *Unexpected Circumstances in European Contract Law*. *Op. cit.*, 4.

⁵ SEROZAN, R. (2016). General Report on the Effects of Financial Crises on the Binding Force of Contracts: Renegotiation, Rescission or Revision. En: B. Başoğlu (ed.), *The Effects of financial Crises on the Binding Force of Contracts — Renegotiation, Rescission or Revision*. Cham: Springer, 6.

⁶ RÖSLER, H. (2012). Change of Circumstances. En: J. Basedow, K.J. Hopt & R. Zimmermann (eds.), *The Max Planck Encyclopedia of European Private Law*. Oxford: Oxford University Press, 162.

⁷ SALVADOR CODERCH, P. (2009). Alteración de circunstancias en el artículo 1213 de la Propuesta de Modernización... *Op. cit.*, 11.

⁸ Sobre estas doctrinas, véase TREITEL, G.H. (2004). *Frustration and force majeure*. 2.^a ed. Londres: Thomson Sweet&Maxwell.

⁹ § 313 BGB. HERRETHAL C. (2011). Chapter 4. Overview: concepts dealing with unexpected circumstances: Germany. En: E. Hondius, H. C. Grigoleit (eds.), *Unexpected Circumstances in European Contract Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 55, señala que en virtud del § 313 BGB los tribunales pueden «adaptar o resolver el contrato si los hechos relevantes para el contrato divergen de manera fundamental de las expectativas de las partes». Esta doctrina se aplica de manera subsidiaria, si el riesgo en cuestión no ha sido asignado en el contrato o por reglas legales específicas. Además, según señalan RIDDER, P., WELLER M.P. (2014). Unforeseen Circumstances, Hardship, Impossibility and Force Majeure under German Contract Law. *Op. cit.*, 391, los casos típicos en los que se aplica el §313 BGB son: a) inflación; b) devaluación de la contraprestación no monetaria, en especial, en los contratos de compraventa; c) irrazonabilidad del cumplimiento porque el coste para el deudor de cumplir su obligación ha aumentado de manera extrema e imprevisible (imposibilidad económica); d) frustración de la finalidad del contrato y; e) casos de grave error compartido por ambas partes

¹⁰ Artículo 1467 del Código Civil italiano.

¹¹ Artículo 437 del Código Civil portugués.

¹² Artículo 1195 del Código Civil francés, modificado por la ordenanza núm. 2016-131 de 10 de febrero de 2016 de reforma del derecho de obligaciones. Según el nuevo artículo 1195, en vigor a partir del 1 de octubre de 2016: «*Si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant. Elle continue à exécuter ses obligations durant la renégociation.*

En cas de refus ou d'échec de la renégociation, les parties peuvent convenir de la résolution du contrat, à la date et aux conditions qu'elles déterminent, ou demander d'un commun accord au juge de procéder à son adaptation. A défaut d'accord dans un délai raisonnable, le juge peut, à la demande d'une partie, réviser le contrat ou y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe.

¹³ HONDIUS, E. y GRIGOLEIT, H. C. (2011). Introduction: An approach to the issues and doctrines relating to unexpected circumstances. *Op. cit.*, 4-13.

¹⁴ Artículos 6.2.1., 6.2.2. y 6.2.3 PICC que definen y establecen los efectos de la excesiva onerosidad (*hardship*).

¹⁵ Artículo 6:111 PECL.

¹⁶ Artículo III.-1.110 DCFR.

¹⁷ HONDIUS, E. y GRIGOLEIT, H. C. (2011). Introduction: An approach to the issues and doctrines relating to unexpected circumstances. *Op. cit.*, 8-10.

¹⁸ Este es el caso de la doctrina sobre *frustration* en Inglaterra, Irlanda y Escocia y de la doctrina sobre *impracticability* y *frustration* en el *common law* norteamericano.

¹⁹ Artículo 6:111 (2) PECL.

²⁰ Artículo 6.2.3 (1) PICC.

²¹ SEROZAN, R. (2016). General Report on the Effects of Financial Crises on the Binding Force of Contracts... *Op. cit.*, 7; HONDIUS, E. y GRIGOLEIT, H. C. (2011). Chapter 7. General comparative remarks: converging tendencies, remaining differences and the unsolved

mystery of adjustment. En: Hondius, H. C. Grigoleit (eds.), *Unexpected Circumstances in European Contract Law*. *Op. cit.*, 645.

²² BUSTO LAGO, J.M. (2013). ¿Cabe aplicar «rebus sic stantibus» en un contrato de compraventa como contrato de tracto único? En: A. Carrasco (dir.), *Tratado de compraventa: homenaje a Rodrigo Bercovitz*, Vol II. Navarra: Aranzadi, 1728; y MARTÍNEZ VELENCOSO, L.M., (2013). Capítulo IV. Las consecuencias derivadas de la excesiva onerosidad sobrevenida. En: F.J. ORDUÑA MORENO, L.M. MARTÍNEZ VELENCOSO, *La moderna configuración de la cláusula rebus sic stantibus. Tratamiento jurisprudencial y doctrinal de la figura*. Cizur Menor: Civitas Thomson Reuters, 242.

²³ RIDDER, P., WELLER M.P. (2014). Unforeseen Circumstances, Hardship, Impossibility and Force Majeure under German Contract Law. *European Review of Private Law*, Issue 3, 387; y HONDIUS, E. y GRIGOLEIT, H. C. (2011). Chapter 7. General comparative remarks (...). *Op. cit.*, 645.

²⁴ MARKESINIS, B. S., LORENZ, W., DANNEMAN, G. (1997) (repr. 2001). *The German Law of Obligations. Volume I. The Law of Contracts and Restitution: A Comparative Introduction*. Oxford; New York: Clarendon Press, 524, explican que «al comienzo de la Primera Guerra Mundial, un gold mark tenía un valor adquisitivo interno de 1,05 RM. Al final de la guerra, la cifra era de 2,62; y aumentó hasta 36,7 RM en 1922».

²⁵ SEROZAN, R. (2016). General Report on the Effects of Financial Crises on the Binding Force of Contracts... *Op. cit.*, 7. Sobre el reconocimiento de este principio en el derecho alemán, véase RÖSLER, H. (2012). Change of Circumstances. *Op. cit.*, 164. Respeto el *common law* norteamericano, FRANSWORTH, E.A. (2004). *Contracts*. 4.^a ed. NY: Aspen Publishers, 633, señala que la inhabilidad de una parte para pagar su deuda (*financial inability*) no puede excusar el cumplimiento del contrato por imposibilidad, por tratarse de un supuesto de imposibilidad subjetiva.

²⁶ Véanse, entre las más recientes, la STS, 1.^a, 13 de julio de 2017 (*RJ* 2017, 3962; MP: María de los Ángeles PARRA LUCÁN) y las SSTS, Pleno, 1.^a, 18 de enero de 2013 (*RJ* 2013, 1604; MP: José Ramón FERRÁNDIZ GABRIEL) y 17 de enero de 2013 (*RJ* 2013, 1819; MP: Francisco MARÍN CASTÁN).

²⁷ Con todo, véase el artículo 493, 3.^{er} párrafo, de la Ley 1/1973, de 1 de marzo, por la que se aprueba la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra. Por otro lado, se ha planteado la introducción de este remedio en el Código Civil español. La propuesta de modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos de 2009 contiene, en su artículo 1213, una regla que se ocupa de la alteración extraordinaria de las circunstancias básicas del contrato.

²⁸ Para una explicación detallada de la recuperación de la doctrina *rebus* con posterioridad a la Guerra Civil española (1936-1939), véase SALVADOR CODERCH, P. (2009). Alteración de circunstancias en el artículo 1213 de la Propuesta de Modernización... *Op. cit.*, 17-20.

²⁹ En este sentido, STS, 1.^a, 24 de febrero de 2015 (*JUR* 2015, 124537; MP: Francisco Javier ORDUÑA MORENO).

³⁰ Sobre la primacía de la modificación de la relación contractual véase la STS, 1.^a, 15 de octubre de 2014 (*RJ* 2014, 6129; MP: Francisco Javier ORDUÑA MORENO). Con todo, en la jurisprudencia de la Sala Primera pueden encontrarse sentencias que defienden que solo cabe la modificación del contrato y no la extinción o resolución. Véanse, en este sentido, entre otras, las SSTS, 1.^a, 10 de febrero de 1997 (*RJ* 1997, 665; MP: Pedro GONZÁLEZ POVEDA); 20 de febrero de 2001 (*RJ* 2001, 149; MP: Román GARCÍA VARELA); y 20 de noviembre de 2009 (*RJ* 2009, 7296; MP: Xavier O'CALLAGHAN MUÑOZ).

³¹ STS, 1.^a, 17 de mayo de 1957 (*RJ* 1940, 2164), énfasis añadido. En el mismo sentido, entre otras, SSTS, 1.^a, 20 de febrero de 2001 (*RJ* 2001, 149; MP: Román GARCÍA VARELA); 1 de marzo de 2007 (*RJ* 2007, 1618; MP: Vicente Luis MONTÉS PENADÉS); y 20 de noviembre de 2009 (*RJ* 2009, 7296; MP: Xavier O'CALLAGHAN MUÑOZ).

³² SSTS, 1.^a, 6 de junio de 1959 (*RJ* 1959, 3026); 24 de junio de 1993 (*RJ* 1993, 5382; MP: Eduardo FERNÁNDEZ-CID DE TEMES), 28 de diciembre de 2001 (*RJ* 2002, 1650; MP: Francisco MARÍN CASTÁN); 21 de marzo de 2003 (*RJ* 2003, 2762; MP: Jesús CORBAL

FERNÁNDEZ); 1 de marzo de 2007 (*RJ* 2007, 1618; MP: Vicente Luis MONTÉS PENADÉS); y 20 de noviembre de 2009 (*RJ* 2009, 7296; MP: Xavier O'CALLAGHAN MUÑOZ).

³³ STS, 1.ª, 1 de marzo de 2007 (*RJ* 2007, 1618; MP: Vicente Luis MONTÉS PENADÉS).

³⁴ En este sentido, las SSTs, 1.ª, Pleno, 17 de enero de 2013 (*RJ* 2013, 1819; MP: Francisco MARÍN CASTÁN) y 1.ª, 15 de octubre de 2014 (*RJ* 2014, 6129; MP: Francisco Javier ORDUÑA MORENO).

³⁵ En relación con el tratamiento de estos casos en el *common law* norteamericano, TREITEL, G.H. (2004). *Frustration and force majeure*. 2.ª ed. Londres: Thomson Sweet&Maxwell, 267-279, explica que los tribunales del *common law* norteamericano rara vez aplican la doctrina de la *impracticability* por cambios en el mercado, incluso en los casos más dramáticos. Los argumentos principales para desestimar estas pretensiones son, por un lado, que la fluctuación en el mercado analizado no era un evento imprevisible para las partes en el momento de celebrar el contrato. Por otro lado, que la fluctuación en el mercado es insuficiente para causar un cambio fundamental de las circunstancias. En relación con la aplicación de la doctrina de la *impracticability* en casos de alteración de las circunstancias por cambios en el mercado véase el *comment b to the Restatement Second* §261.

³⁶ STS, 1.ª, Sec. 1.ª, 30 de junio de 2014 (*RJ* 2014, 3526), FD 2.º.

³⁷ En particular, las sentencias citadas hacen referencia a los Principios UNIDROIT, PECL y a la Propuesta de la Comisión General de Codificación de Anteproyecto relativo a la modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos del Código Civil español de 2009.

³⁸ STS, 1.ª, Sec. 1.ª, 30 de junio de 2014 (*RJ* 2014, 3526), FD 2.º.

³⁹ De acuerdo con CARRASCO PERERA, A. (2015). Reivindicación y defensa de la vieja doctrina *rebus sic stantibus*. Sentencia de 15 de octubre de 2014 (*RJ* 2014, 6129). *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 98, 183, «ninguno de los estándares *hardship* conocidos o por formular tienen ni pueden tener más virtud que el describir los rasgos del hecho extraordinario, pero no el de predeterminar deductivamente un resultado u otro en el juicio de aplicación».

⁴⁰ Con anterioridad, la STS, 1.ª, 14 de noviembre de 2012 (*RJ* 2013, 2275; MP: Francisco Javier ORDUÑA MORENO) ya había admitido *obiter dicta*, la posibilidad de resolver el contrato de compraventa de viviendas con base en la crisis económica en aplicación de la regla *rebus sic stantibus* «cuando de la valoración del conjunto de circunstancias concurrentes, y de la propia configuración jurídica de la regla, se desprenda su posible y correcta aplicación» (FD 2.º).

⁴¹ SSTs, 1.ª, 30 de junio de 2014 (*RJ* 2014, 3526; MP: Francisco Javier ORDUÑA MORENO), FD 2.º y 24 de febrero de 2015 (*JUR* 2015, 124537; MP: Francisco Javier ORDUÑA MORENO), FD 2.º.

⁴² En el mismo sentido en la jurisprudencia menor, véanse la SAP Ourense, Civil, Sec. 1.ª, 25 de febrero de 2016 (*JUR* 2016, 61056; MP: María José GONZÁLEZ MOVILLA) que estima la demanda interpuesta por la fabricante de una mercancía que solicitaba el pago del precio a la empresa que la había encargado en 2011. La demandada se opuso alegando la resolución del contrato en aplicación de la *rebus*, pues la crisis económica general le impidió obtener financiación. Según la SAP la crisis «[no] se apareció como una circunstancia totalmente sobrevenida e imprevisible» (FD 2.º); la SAP Asturias, Civil, Sec. 5.ª, 12 de enero de 2016 (*JUR* 2016, 32637; MP: José Luis CASERO ALONSO) que estima la demanda de la arrendadora de las plazas de garaje de un centro comercial que demandó a la arrendataria y solicitó el pago de las rentas no satisfechas. La demandada se opone aduciendo una alteración de la base económica del negocio y solicita la reducción del precio del arriendo. El contrato se había celebrado en 2006 y en 2013 se pactó una adenda de reducción de la renta para el periodo 2013-2016. Según la SAP, «la reducción del precio pactada en el acuerdo novatorio de la adenda ya tomó en consideración la crisis económica» (FD 2.º); y SAP Granada, Civil, Sec. 1.ª, 24 de abril de 2015 (*JUR* 2015, 140906; MP: Juan Francisco RUIZ-RICO RUIZ) que desestima la resolución del contrato de arrendamiento de local fundamentada en la cláusula *rebus* y la grave crisis económica, pues el contrato se celebró en 2010.

⁴³ Además, en el mismo periodo, el Tribunal Supremo ha emitido unos trece autos de inadmisión de recursos de casación confirmando sentencias de Audiencias Provinciales que desestimaban la aplicación de la cláusula *rebus*.

⁴⁴ AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C. (2003). *La cláusula rebus sic stantibus*. Valencia: Tirant Lo Blanc, 176.

⁴⁵ CARRASCO PERERA, A. (2017). *Derecho de contratos*. *Op. cit.*, 929-930.

⁴⁶ Así, la STS, 1.^a, 10 de febrero de 1997 (*RJ* 1997, 664; MP: Pedro GONZÁLEZ POVEDA) concluye que no procede la modificación del contrato de compraventa solicitado por la vendedora con base en la cláusula *rebus sic stantibus*, pues la elevación del coste del local vendido le es imputable, «dado que la paralización de las obras de construcción del edificio ordenada por el Ayuntamiento de Orense (...) fue debida a infracciones urbanísticas del constructor vendedor al dar a la edificación un mayor volumen de edificabilidad que el permitido» (FD 3.º). En la jurisprudencia menor, la SAP Segovia, Civil, Sec. 1.^a, 28 de abril de 2015 (*JUR* 2015, 142348; MP: Ignacio PANDO ECHEVARRÍA) desestima la reducción de la renta del arrendamiento rústico en un 50% con base en la cláusula *rebus sic stantibus*, solicitada por el arrendatario ante la disminución de la caza existente en el coto, pues la sobreexplotación del mismo solo era achacable al arrendatario.

⁴⁷ SALVADOR CODERCH, P. (2009). Alteración de circunstancias en el artículo 1213 de la Propuesta de Modernización... *op. cit.*, 35.

⁴⁸ MEKKI, M., KLOEPFER-PELÈSE, M. (2011). Hardship and Modification (or «Revision») of the Contract. En: A.S. Hartkamp, M.W. Hesselink, E. Hondius, C. Mak (eds.), *Towards a European Civil Code*. 4.^a ed. Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer Law & Business, 675.

⁴⁹ HONDIUS, E. y GRIGOLEIT, H.C. (2011). Introduction: An approach to the issues and doctrines relating to unexpected circumstances. *Op. cit.*, 4.

⁵⁰ De acuerdo con COOTER, R., ULEN, T. (2012). *Law and Economics*. 6.^a ed. Boston: Pearson Education International, 349, a veces, a pesar de que el contrato no atribuya expresamente el riesgo, los términos del contrato o los usos del sector ofrecen una guía para distribuir el mismo entre las partes. Por ejemplo, si el precio del bien o el servicio es más elevando que el ofrecido en el mercado ello puede revelar que el deudor ha asumido el riesgo.

⁵¹ ORDUÑA MORENO, F.J. (2013). Capítulo V. La moderna configuración de la cláusula *rebus sic stantibus*. Tratamiento jurisprudencial y doctrinal de la figura. En: F. J. ORDUÑA MORENO y L.M. MARTÍNEZ VELENCOSO, *La moderna configuración de la cláusula rebus sic stantibus. Tratamiento jurisprudencial y doctrinal de la figura*. Cizur Menor (Navarra): Civitas Thomson Reuters, 286.

⁵² TREITEL, G.H. (2004). *Frustration and force majeure*. *Op. cit.*, 1; SEROZAN, R. (2016). General Report on the Effects of Financial Crises on the Binding Force of Contracts... *op. cit.*, 6.

⁵³ En la misma línea, la STS, 1.^a, 20 de julio 2017 (*RJ* 2017, 3653; MP: Rafael SARAZÁ JIMÉNEZ), también excluye la aplicación de la *rebus* a un contrato que se refería a producto bancario especulativo. Por otro lado, la SAP Vizcaya, Civil, Sec. 5.º, 20 de mayo de 2016 (*JUR* 2016/, 88245; MP: Magdalena GARCÍA LARRAGÁN) excluye la resolución de un contrato aportaciones financieras subordinadas fundamentado en la doctrina *rebus*, porque esta doctrina «encuentra difícil encaje en un contrato que en su propia naturaleza presenta un riesgo propio del mercado».

⁵⁴ El Tribunal Supremo portugués estimó en su Sentencia de 10 de octubre de 2013 la resolución de un contrato de *swaps* de tipos de interés de tipo variable celebrado entre una entidad financiera y una pequeña empresa con base a la doctrina de la *alteração das circunstâncias* (art. 437 del Código Civil portugués). Según la sentencia, las partes habían celebrado el contrato con la expectativa que los tipos de interés crecerían razonablemente en el futuro. La gran bajada de los tipos de interés por debajo del suelo pactado en el contrato como consecuencia de la crisis financiera iniciada en 2008 creó un gran desequilibrio en las obligaciones contractuales, comparado con el que las partes se habían representado como posible

y querían asegurar mediante aquellos contratos. Esta sentencia ha sido objeto de numerosas críticas. Véase un comentario de la sentencia en MOMBERG, R. (2015). Beyond the Risk: Swaps, Financial Crisis and Change of Circumstances. Comparative Case Note. Supreme Court of Portugal— 10 de octubre de 2013, 23 *European Review of Private Law*, Issue 1, 81-84.

⁵⁵ RÖSLER, H. (2012). Change of Circumstances. *Op. cit.*, 163.

⁵⁶ Véase también MICELI, T.J. (1997). *Economics of the Law. Torts, Contracts, Property, Litigation*. New York: Oxford University Press, 71.

⁵⁷ ALFARO ÁGUILA-REAL, J. (2015). El coste de la rebus. *Blog derecho mercantil* [En línea], entrada de 28 de abril de 2015, disponible en <http://derechomercantilespana.blogspot.com.es/2015/04/el-coste-de-la-rebus.html>.

⁵⁸ HONDIUS, E. y GRIGOLEIT, H.C. (2011). Chapter 7. General comparative remarks (...). *Op. cit.*, 649-650.

⁵⁹ AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C. (2003). *La cláusula rebus sic stantibus*. *Op. cit.*, 182 y 184, quien pone como ejemplos el artículo 1593 del Código Civil español relativo al contrato de obra, así como las normas dictadas para resolver los problemas de cumplimiento de contratos surgidos como consecuencia por las guerras del siglo XX.

⁶⁰ COOTER, R., ULEN, T. (2012). *Law and Economics*. *Op. cit.*, 350.

⁶¹ POSNER, R.A. Y ROSENFELD, A.M., «Impossibility and Related Doctrines in Contract Law: An Economic Analysis», 6 *Journal of Legal Studies* 83, 1977.

⁶² SMYTHE, D.J. (2011). Chapter 11. Impossibility and impracticability. En: G. De Gees (ed.), *Contract law and economics*. Cheltenham, UK, Northampton, MA: Edward Elgar, 209. CENIANI, M., LUPPI, B. y PARISI, F. (2011). *Chapter 3. Law and economics: the comparative law and economics of frustration in contracts*. *Op. cit.*, 34-35.

⁶³ TREITEL, G.H. (2004). *Frustration and force majeure*. *Op. cit.*, 505. CARRASCO PERERA, A. (2015). Reivindicación y defensa de la vieja doctrina *rebus sic stantibus*...*Op. cit.*, 194.

⁶⁴ SSTs, 1.^a, Sec. 1.^a, 24 de febrero de 2015 (*JUR* 2015, 124537; MP: Francisco Javier ORDUÑA MORENO); 15 de octubre de 2014 (*RJ* 2014, 6129; MP: Francisco Javier ORDUÑA MORENO); y 30 de junio de 2014 (*RJ* 2014, 3526; MP: Francisco Javier ORDUÑA MORENO) (FD 2.^o).

⁶⁵ En el orden contencioso-administrativo véase la SAN, Sala de lo contencioso-administrativo, Sec. 1.^a, 11 de noviembre de 2014 (*JUR* 2014, 288658; MP: Juan Pedro QUINTANA CARRETERO). El 5 de julio de 2005, fue adjudicado a Typsa, S.A. un contrato de consultoría y asistencia en la redacción del proyecto de reposición de la carretera A-137, afectada por el recrecimiento de la presa de Yesa (Zaragoza). Con posterioridad, el contrato fue prorrogado. La sentencia resuelve el recurso contencioso-administrativo presentado Typsa, S.A que tiene por objeto la resolución por la que se desestima el recurso interpuesto contra la desestimación presunta de la Dirección General del Agua de la reclamación de 19.778,26 euros en concepto de revisión de precios del contrato. La AN desestima el recurso, «puesto que, tanto en el pliego de cláusulas administrativas particulares como en el contrato formalizado... se encontraba expresamente excluida la revisión de precios (...) [y] la resolución administrativa de aprobación del modificado número 2 excluía expresamente la revisión de precios y el correspondiente contrato, suscrito por la demandante, se remitía para la ejecución de los trabajos a las mismas condiciones pactadas en el contrato inicial. Por consiguiente, ante la claridad de las cláusulas contractuales y la voluntad así manifestada por las partes, debe regir el principio de libertad de pactos (...)» (FD 3.^o).

⁶⁶ Además, la pretensión ejercitada, «no se ajusta a los efectos que la jurisprudencia atribuye a la apreciación de la alteración sobrevenida, que se concretan en una revisión de las obligaciones de las partes» (FD 5.^o) y no en «una compensación por las pérdidas sufridas y por beneficios dejados de obtener» (FD 6.^o). Sobre el mismo caso, pero respecto los perjuicios sufridos por Cremonini en los años 2007, 2008 y 2009, véase la SAP Madrid, Civil, Sec. 8.^a, 8 de septiembre de 2015 (*JUR* 2016, 270962; MP: Margarita OREJAS VALDÉS), que también desestima las pretensiones de la actora. Otro ejemplo de riesgo atribuido al deudor

en el contrato puede verse en la SAP Málaga, Civil, Sec. 5.^a, 22 de septiembre de 2016 (*JUR* 2016, 263343; MP: Melchor HERNÁNDEZ) que se pronuncia sobre un contrato de dación en pago, celebrado en escritura de 3 de noviembre de 2008, en el que el deudor entregó al acreedor una vivienda. El contrato contenía una cláusula de acuerdo con la cual si el acreedor no transmitía a un tercero la finca antes del 25 de abril de 2011, se procedería a efectuar una nueva valoración de la vivienda por una sociedad de tasación, y en el supuesto de resultar su valor menor a 1.003.034,51 euros, el deudor asumía el compromiso personal de abonar la diferencia entre ambos valores. Llegados el 25 de abril de 2011 el acreedor no había transmitido la finca a un tercero y, por ello, demandó al deudor y solicitó el pago de 415.349,51 euros, equivalentes a la diferencia entre el valor de la deuda y el valor de la vivienda según tasación. El deudor se opuso alegando la aplicación de la *rebus sic stantibus*. La SAP confirma la SJPI que estimó la demanda. «(...) la cláusula pretende proteger el pago del precio en el caso de devaluarse la vivienda adjudicada en pago, tras no ser vendida, y precisamente como consecuencia de una crisis que ya en dicha fecha era notoria en la Costa del Sol (...). Por tanto, las partes precisamente tuvieron en cuenta las fluctuaciones del mercado con la estipulación controvertida y de ahí que no sea de recibo ni una la revisión del contrato ni su resolución, que además no se insta por la parte demandada» (FD 3.^o).

⁶⁷ TREITEL, G.H. (2004). *Frustration and force majeure*. *Op. cit.*, 505 y sigs. ALFARO ÁGUILA-REAL, J. (2015). El coste de la rebus. *Op. cit.*

⁶⁸ En la misma línea, véase el caso que dio lugar al ATS, 1.^a, 15 de julio de 2015 (*JUR* 2015, 189092; MP: Eduardo BAENA RUIZ). Geraldine Comunicaciones, S.L. desarrollaba la actividad de captación de clientela para Vodafone España, S.A. a cambio de un beneficio económico en virtud de los contratos de agencia y franquicia. El 15 de marzo de 2008, Vodafone España, S.A. resolvió los contratos en aplicación de la cláusula que le otorgaba esta facultad para el caso de incumplimiento por parte del Agente de su obligación de cumplir los objetivos mínimos de captación de clientes. Geraldine Comunicaciones, S.L. demandó a Vodafone por resolución unilateral de los contratos y solicitó una indemnización de 276.484,69 euros por la cesión del negocio a tercera persona sin consentimiento, por el stock dejado a los nuevos agentes, por las comisiones devengadas, por falta de preaviso y por clientela. Geraldine Comunicaciones, S.L. admitió que no se alcanzaron los objetivos fijados, pero alegó que la resolución fue injustificada por ser de aplicación la cláusula *rebus sic stantibus*, debido al contexto de crisis. El TS inadmite el recurso extraordinario por infracción procesal y el de casación interpuestos por la actora. «En el supuesto litigioso no existe una absoluta imprevisibilidad de las circunstancias ya que en los contratos se arbitraron fórmulas de ajuste en la consecución anual de los objetivos para adaptarse a las circunstancias del mercado. Estos objetivos, fijados de mutuo acuerdo, según declara probado la sentencia, en el periodo comprendido entre el 1 de abril de 2008 y 31 de marzo de 2009 para captación de clientes particulares fueron significativamente inferiores a los del periodo anterior» (FD 3.^o).

⁶⁹ En este sentido, véanse CARRASCO PERERA, A. (2017). *Derecho de contratos*. *Op. cit.*, 1001-1002 y ALFARO ÁGUILA-REAL, J. (2015). El coste de la rebus. *Op. cit.*

⁷⁰ De acuerdo con la STS, 1.^a, 10 de diciembre de 1990 (*RJ* 1990, 9927; MP: Pedro GONZÁLEZ POVEDA): «El evento ordinario que las partes pudieron evitar estableciendo convencionalmente los remedios oportunos, en los contratos de tracto sucesivo, como el de 16 de agosto de 1893, tales como revisión periódica del contrato, cláusulas de estabilización y pago en especies para garantizar al acreedor de las prestaciones pecuniarias que la cantidad a recibir no resultaría afectada por el poder adquisitivo de la moneda, no puede integrar alteración extraordinaria, imprevista e imprevisible, porque si no fueron adoptados esos remedios ello solo podrá atribuirse a no haber previsto lo que puede preverse, de cuya falta de previsión se deriva la situación gravosa sobrevenida» (FD 5.^o).

⁷¹ Otro ejemplo puede verse en la SAP Madrid, Civil, Sec. 20.^a, 15 de diciembre de 2015 (*JUR* 2016, 15588; MP: Juan Vicente GUTIÉRREZ SÁNCHEZ), que considera que la resolución anticipada de un contrato arrendamiento de local de negocio por parte de la arrendataria no puede fundarse en la cláusula *rebus sic stantibus* y la crisis económica, entre otros motivos,

porque: «en la fecha que se celebró el contrato, año 2007, la entidad arrendataria, contaba con asesoramiento inmobiliario y jurídico especializado y, por tanto, estaba en condiciones, al menos de establecer medidas que pudieran mitigar los efectos de una posible alteración sustancial de las circunstancias, caso de producirse estas (...)» (FD 3.º).

⁷² CARRASCO PERERA, A. (2017). *Derecho de contratos*. *Op. cit.*, 1002.

⁷³ Para una crítica a la sentencia del caso Promedios, véanse BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (2015). Cláusula *rebus sic stantibus*. Sentencia del Tribunal Supremo núm. 333/2014, de 30 de junio de 2014 (RJ 2014, 3526). *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 97, 345-367 y ALFARO ÁGUILA-REAL, J. (2015). El coste de la *rebus*. *Op. cit.*

⁷⁴ CARRASCO PERERA, A. (2017). *Derecho de contratos*. *Op. cit.*, 1007.

⁷⁵ Un 48%, aproximadamente, entre 2007 y 2013, según datos del Instituto Nacional de Estadística de España.

⁷⁶ BUSTO LAGO, J.M. (2013). ¿Cabe aplicar «*rebus sic stantibus*» en un contrato de compraventa como contrato de tracto único? *Op. Cit.*, 1727, quien cita las sentencias del Tribunal Supremo español en este sentido. CARRASCO PERERA, A. (2017). *Derecho de contratos*. *Op. cit.*, 1005.

⁷⁷ Véanse la SAP Barcelona, Civil, Sec. 14.ª, 2 de marzo de 2016 (JUR 2016, 102424; MP: Esteve HOSTA SOLDEVILA), que desestima la aplicación la cláusula *rebus sic stantibus* a la cláusula penal del contrato de promesa de compraventa por la pérdida de valor del bien y la falta de financiación de la compra como consecuencia de la crisis económica. Primero, porque cuando se tenía que firmar la escritura (1 de abril de 2008) aún no se había producido la alteración extraordinaria del valor de la finca. Y, porque, la compradora por su condición de profesional del negocio inmobiliario, tendría que haber previsto antes de firmar el contrato, la evolución del valor de la finca objeto del contrato y las posibilidades de financiación bancaria de la compra. Y la SAP Lugo, Civil, Sec. 1.ª, 30 de marzo de 2015 (JUR 2015, 111419; MP: José Rafael PEDROSA LÓPEZ) que desestima la rebaja del precio del contrato de compraventa de vivienda solicitado por la compradora con base en la cláusula *rebus*. En primer lugar, afirma que «no es dudoso que el brusco giro del mercado inmobiliario pueda condicionar las respectivas posturas de las partes, pero tal circunstancia es un factor de aleatoriedad que siempre va implícito en las relaciones negociales». En segundo lugar, el comprador no prueba ninguna de las circunstancias exigidas por el TS para apreciar la aplicación de la *rebus* (FD 2.º).

⁷⁸ En el mismo sentido, en la jurisprudencia menor, véase la SAP Madrid, Civil, Sec. 20.ª, 24 de junio de 2015 (AC 2015, 1162; MP: Juan Vicente GUTIÉRREZ SÁNCHEZ), que desestima la aplicación de la *rebus* a un contrato de compraventa de terrenos celebrado en 2002. «La operación realizada (...) iba claramente dirigida a la edificación de los terrenos, con un claro componente especulativo, dada la situación y precios que existía en aquel momento en el sector inmobiliario, en el que a la posibilidad de una ganancia rápida y sustancial, correspondía lógicamente un riesgo elevado de que se produjera un movimiento inverso. Acaecido tal riesgo (...) no puede pretender el contratante quedar inmune mediante la aplicación de la doctrina «*rebus sic stantibus*» (FD 5.º); y la SAP Madrid, Civil, Sec. 19.ª, 18 de noviembre de 2016 (JUR 2016, 274275; MP: Miguel Ángel LOMBARDÍA DEL POZO), que desestima la aplicación de la *rebus* a un contrato de compraventa de fincas adquiridas en un proceso de expropiación. «La demandada (...) pretende (...) la realización de una operación lucrativa que se ve afectada por la evolución del mercado, circunstancia que en sí misma no resulta imprevisible, y del mismo modo las consecuencias económicas de esa posible variación no implican la pérdida total y absoluta, o al menos de manera sustancial, de los efectos y la finalidad económica del contrato» (FD 3.º).

⁷⁹ CARRASCO PERERA, A. (2017). *Derecho de contratos*. *Op. cit.*, 989.

⁸⁰ Véase también las SSTs, 1.ª, 14 de noviembre de 2012 (RJ 2013, 2275; MP: Francisco Javier ORDUNA MORENO) y 27 de noviembre de 2013 (RJ 2013, 7874; MP: José Ramón FERRÁNDIZ GABRIEL) que desestiman la aplicación de la *rebus* a compraventas de fincas por frustración sobrevenida del fin contractual por inedificabilidad sobrevenida porque la parte compradora asumió el riesgo de inedificabilidad.

⁸¹ En la jurisprudencia menor destacan la SAP Guadalajara, Civil, Sec. 1.ª, 20 de octubre de 2016 (*JUR* 2016, 274526; MP: Isabel SERRANO FRÍAS) que desestima la resolución del contrato de compraventa de unas fincas rústicas, instada por la compradora, porque la administración no había modificado con posterioridad su calificación urbanística, con base en la doctrina *rebus*. Según la SAP, la «posibilidad de futuro beneficio tiene como contrapartida —en épocas de crisis económica— la disminución del valor que no debe reputarse suceso extraordinario, imprevisto e imprevisible, sino «alea» propia del negocio, máxime cuando se trata de mercantiles (...), que no son en absoluto ajenas al mercado inmobiliario» (FD 2.º); y la SAP Girona, Civil, Sec. 1.ª, 15 de junio de 2016 (*JUR* 2016, 192155; MP: Nuria LEFORT RUIZ DE AGUILAR), la cual desestima la resolución de un contrato de compraventa de terrenos para la construcción de viviendas solicitada por la parte compradora por concurrir imposibilidad sobrevenida de cumplimiento como consecuencia de la crisis económica. La sentencia citada afirma que «el proyecto sigue siendo viable, si bien la rentabilidad será menor a la prevista. Además, «el éxito o fracaso de la promoción inmobiliaria proyectada no forma parte de los riesgos del contrato de compraventa, ni el destino que el comprador pretenda dar al bien adquirido puede afectar a la validez y eficacia del contrato. En otras palabras, si la promoción hubiera sido un éxito y la apelante hubiera obtenido un beneficio mayor al previsto inicialmente, las demandadas no hubieran participado en modo alguno de esas ganancias, de tal forma que no se puede pretender que la inviabilidad del proyecto les afecte» (FD 6.º).

⁸² BUSTO LAGO, J.M. (2014). Comentario a la sentencia de 8 de noviembre de 2012. Acción de resolución de compraventa inmobiliaria fundada en el incumplimiento del término esencial de la obligación de entrega. La licencia de primera ocupación integra la obligación de entrega. Inaplicación de la regla «*rebus sic stantibus*», *CCJC*, núm. 94, 68.

⁸³ En la misma línea, la STS, 1.ª, 19 de mayo de 2015 (*RJ* 2015, 3118; MP: Eduardo BAENA RUIZ) estima que no cabe imposibilidad sobrevenida en deudas pecuniarias como prestación principal por fallecimiento del cónyuge no contratante en accidente de tráfico, invocando caso fortuito o fuerza mayor. «La imposibilidad subjetiva que se invoca no puede calificarse de imprevisible, pues las contingencias relacionadas con la salud, bien de la parte contratante o de su núcleo familiar, con afectación a su solvencia, son previsibles, según es notorios por máximas de experiencia». Además, «las situaciones de invalidez o el fallecimiento a causa de un accidente, son inevitables, pero no sus consecuencias (...) la parte compradora, normalmente de vivienda, al pago aplazado de la adquisición, suele concertar un contrato de seguro que cubra el siniestro descrito» (FD 7.º).

⁸⁴ En la jurisprudencia anterior a la crisis económica, véanse las SSTs, 1.ª, 8 de julio de 1991 (*RJ* 1991, 5376; MP: Gumersindo BURGOS PÉREZ DE ANDRADE); 20 de marzo de 1997 (*RJ* 1997, 3890; MP: José ALMAGRO NOSETTE); y 23 de junio de 1997 (*RJ* 1997, 5201; MP: Alfonso VILLAGÓMEZ RODIL). En la doctrina han defendido esta tesis, CARRASCO PERERA, A. (2017). *Derecho de contratos. Op. cit.*, 999-1000; y BUSTO LAGO, J.M. (2013). Comentario a la sentencia de 26 abril 2013 (*RJ* 2013, 3268). Acción de resolución de compraventa inmobiliaria fundada en el incumplimiento del plazo de entrega y en la negativa de la entidad acreedora del préstamo con garantía hipotecaria de permitir la subrogación del comprador. Aplicación de la regla «*rebus sic stantibus*», frustración de las expectativas del comprador. Sentencia de 26 de abril de 2013». *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 93, 591.

⁸⁵ La primera sentencia en la que el Tribunal Supremo admite la posibilidad de aplicar la regla *rebus sic stantibus* ante las dificultades de financiación del bien comprado por alteración sobrevenida de las circunstancias es la STS, 1.ª, 8 de noviembre de 2012 (*RJ* 2013, 2402; MP: Francisco Javier ORDUÑA MORENO), en particular, en un pronunciamiento *obiter dicta*. En el mismo sentido, véanse las SSTs, Pleno, 1.ª, 18 de enero de 2013 (*RJ* 2013, 1604; MP: José Ramón FERRÁNDIZ GABRIEL) y 1.ª, 30 de abril de 2015 (*RJ* 2015, 1363; MP: Francisco MARÍN CASTÁN).

⁸⁶ BUSTO LAGO, J.M. (2013). ¿Cabe aplicar «*rebus sic stantibus*» en un contrato de compraventa como contrato de tracto único? *Op. cit.*, 1733 critica esta jurisprudencia y afirma

que «supone atribuir los riesgos derivados de la pérdida de valor de mercado de los inmuebles objeto de contrato y del incremento de las exigencias, del rigor o de los requisitos exigidos al comprador para la concesión de la financiación por un tercero, al vendedor».

⁸⁷ Desestiman la resolución del contrato de compraventa de vivienda solicitada por los compradores con base en la doctrina *rebus* por no probar este requisito; la SAP Badajoz, Civil, Sec. 3.º, 9 de octubre de 2015 (*JUR* 2015, 247940; MP: Juana CALDERÓN MARTÍN). La entidad financiera había negado a la compradora la subrogación en el préstamo hipotecario concedido a la promotora. La SAP concluye que, el vendedor no se había obligado a la obtener la subrogación hipotecaria. Además, los compradores no probaron que su situación en el momento de la firma del contrato hubiera cambiado en el momento que tenían que concurrir a otorgar la escritura de venta; y la SAP Soria, Civil, Sec. 1.ª, 23 de marzo de 2015 (*JUR* 2015, 149312; MP: José Manuel SÁNCHEZ SISCART). El contrato se celebró en 2010 y los compradores no acreditaron «la situación económica del comprador, tanto al tiempo de la suscripción del contrato, como en el momento de elevación a escritura pública y consiguiente necesidad de financiación», así como tampoco «el grado real de imposibilidad de financiación y sus causas concretas, más allá de la concurrente situación de crisis económica».

⁸⁸ En relación con este requisito véanse los casos que dieron lugar al ATS, 1.ª, 2 de diciembre de 2014 (*JUR* 2015, 19683; MP: Ignacio SANCHO GARGALLO), que inadmite el recurso de casación interpuesto por los compradores contra la SAP por falta de interés casacional. La SAP desestimó la resolución del contrato de compraventa de vivienda con base en la *rebus*, pues los compradores no acreditaron la falta de concesión de crédito bancario. La situación de precariedad de los compradores, que se encontraban sin trabajo y la desvalorización del precio producida por la crisis económica no son relevantes para la aplicación de la cláusula; y al ATS, 1.ª, Sec. 1.ª, 3 de junio de 2015 (*JUR* 2015, 159286; MP: Eduardo BAENA RUIZ), que desestima el recurso de casación interpuesto por los compradores contra la SAP fundado en la infracción del artículo 1124 del Código Civil, así como de la regla *rebus sic stantibus*. El TS afirma que, en este caso, la SAP concluye que «la condición resolutoria no se cumplió en tanto que la subrogación en la hipoteca del promotor se había aprobado (y no aportaron prueba de lo contrario), es más, se les concedió otro préstamo por importe de 12.500 euros, lo que les fue comunicado (...). En consecuencia, los demandados no pueden resolver el contrato de compraventa por denegación de la subrogación en la hipoteca del promotor» (FD 3.º).

⁸⁹ Con todo, téngase en cuenta que tanto «la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, como la mayoría de Audiencias Provinciales, son reticentes a estimar la resolución del contrato de compraventa por falta de entrega puntual de la cosa vendida por parte del vendedor», tal como afirma BUSTO LAGO, J.M. (2013). Comentario a la Sentencia de 26 de abril de 2013 (*RJ* 2013, 3268)... *Op. cit.* 587.

⁹⁰ En el mismo sentido, BUSTO LAGO, J.M. (2013). ¿Cabe aplicar «*rebus sic stantibus*» en un contrato de compraventa como contrato de tracto único? *Op. cit.*, 1731.

⁹¹ FD 3.º de la STS, 1.ª, Pleno, 17 de enero de 2013 (*RJ* 2013, 1819; MP: Francisco MARÍN CASTÁN).

⁹² *Ibidem*.

⁹³ BUSTO LAGO, J.M. (2013). ¿Cabe aplicar «*rebus sic stantibus*» en un contrato de compraventa como contrato de tracto único? *Op. cit.*, 1730, también critica esta regla.

⁹⁴ LUNA YERGA, A. y XIOL BARDAJÍ, M. (2015). *Rebus sic stantibus*: ¿Un paso atrás? Comentario a la STS, 1.ª, 15 de octubre de 2014 (art. 6129) y a la jurisprudencia posterior de la Sala Primera del Tribunal Supremo sobre la regla *rebus sic stantibus*. *InDret*, núm. 2, 11.

⁹⁵ En la jurisprudencia menor véase la SAP Sevilla, Civil, Sec. 6.ª, 15 de junio de 2016 (*JUR* 2016, 225136; MP: Marcos Antonio BLANCO LEIRA) que afirma que no es aplicable al caso la cláusula *rebus sic stantibus* para fundar la resolución de un contrato de compraventa de local de negocio comprado por una sociedad mercantil ante la imposibilidad de conseguir financiación. De acuerdo con la SAP, «sin perjuicio de la dudosa aplicación al supuesto de autos» de la cláusula *rebus*, en este caso «el contrato privado es de fecha 2009, cuando la

crisis económica era ya una realidad» y, además, la compradora tenía «la condición de profesional inmobiliario (...) y de inversionista (...), llevando a cabo una operación especulativa, debiendo pues conocer y calcular los riesgos de la misma» (FD 1.^o).

⁹⁶ En la misma línea, pero respecto de otro ámbito de actividad, puede verse la SAP Madrid, Civil, Sec. 10.^a, 8 de marzo de 2016 (*JUR* 2016, 90199; MP: María Isabel FERNÁNDEZ DEL PRADO). La sentencia se refiere a un contrato celebrado, en 2007, entre AENA y «Hotel Aeropuerto» por el que se llevó a cabo la concesión de una parcela de terreno situada en el aeropuerto de Madrid/Barajas para destinarla a la construcción y explotación comercial de un hotel. AENA demanda a la concesionaria y solicita la resolución del contrato, porque incumplió su obligación de iniciar la explotación antes de la fecha final pactada y no tenía suscrito acuerdo con ningún socio hotelero. La concesionaria formula demanda reconvencional y solicita que se declare que la resolución es contraria a derecho y equivale a un desistimiento. Una de las causas esgrimidas por «Hotel Aeropuerto» para justificar la demora de la obra son los problemas de financiación ligados a la crisis financiera. Según la SAP: «la falta de financiación, en ningún caso, es una causa que justifique el incumplimiento de las obligaciones por parte de «Hotel Aeropuerto», que debió hacer una previsión realista de sus posibilidades económicas y financieras, con carácter previo a abordar un proyecto de tal envergadura y suscribir un contrato asumiendo la ejecución del proyecto que debía ejecutar». Además, «aun cuando la crisis económica, especialmente la que afecta al sector inmobiliario, constituya un hecho notorio, no obran en autos pruebas acreditativas de que la demandada se haya visto afectada por dicha crisis» (FD 3.^o).

⁹⁷ En este sentido, véase la STS, 1.^a, 16 de mayo de 2017 (*RJ* 2017, 2308; Francisco Javier ARROYO FIESTAS).

⁹⁸ Para una crítica en este sentido véanse CARRASCO PERERA, A. (2015). Reivindicación y defensa de la vieja doctrina *rebus sic stantibus*... *Op. cit.*, 194 y sigs. y LUNA YERGA, A. y XIOL BARDAJÍ, M. (2015). Rebus sic stantibus: ¿Un paso atrás?... *Op. cit.*, 6.

⁹⁹ De acuerdo con el artículo 1575 del Código Civil «El arrendatario no tendrá derecho a rebaja de la renta por esterilidad de la tierra arrendada o por pérdida de frutos proveniente de casos fortuitos ordinarios; pero sí, en caso de pérdida de más de la mitad de frutos, por casos fortuitos extraordinarios e imprevistos, salvo siempre el pacto especial en contrario. Entiéndese por casos fortuitos extraordinarios: el incendio, guerra, peste, inundación insólita, langosta, terremoto u otro igualmente desacostumbrado, y que los contratantes no hayan podido racionalmente prever».

¹⁰⁰ Puede verse como ejemplo de riesgo *in rem*, el caso que dio lugar al ATS, 1.^a, 3 de febrero de 2016 (*JUR* 2016, 32202); MP: Ángel Fernando PANTALEÓN PRIETO) sobre un arrendamiento rústico de finca afectada a las normas de protección de la Zona LIC y Red Natura.

¹⁰¹ La SAP Albacete, Civil, Sec. 1.^a, 7 de julio de 2016 (*JUR* 2016, 194079; MP: Cesáreo Miguel MONSALVE ARGANDOÑA) afirma que «la escasa ventura de un negocio no es un acontecimiento extraordinario e imprevisible que permita a quien lo sufre desligarse de un contrato de arrendamiento sin consecuencia alguna, sino que es un riesgo previsible o normal para todo aquel que emprende una aventura empresarial» (FD 4.^o). En la misma línea, entre otras, véanse las SSAP Civil, Sec. 5.^a, Asturias, 12 de enero de 2016 (*JUR* 2016, 32637; MP: José Luis CASERO ALONSO); Madrid, Civil, Sec. 20.^a, 15 de diciembre de 2015 (*JUR* 2016, 15588; MP: Juan Vicente GUTIÉRREZ SÁNCHEZ); Granada, Civil, Sec. 1.^a, 24 de abril de 2015 (*JUR* 2015, 140906; MP: Juan Francisco RUIZ-RICO RUIZ); Valencia, Civil, Sec. 7.^a, 5 de marzo de 2015 (*JUR* 2015, 146418; MP: Pilar Cerdán VILLALBA); y León, Civil, 11 de diciembre de 2014 (*JUR* 2015, 49395; MP: Ricardo RODRÍGUEZ LÓPEZ).

(Trabajo recibido el 21-6-2017 y aceptado
para su publicación el 11-7-2017)