

Sobre la construcción del principio *pacta sunt servanda rebus sic stantibus*, su aplicación a los contratos y estado actual de la cuestión*

María Lourdes MARTÍNEZ DE MORENTIN

Université de Saragosse

1. Introducción

La gramática, la filosofía y el método científico tuvieron una gran influencia en la labor creadora llevada a cabo por la jurisprudencia romana en torno a las *regulae*. Los diversos significados del término, y el paso de las *regulae* a los principios generales, han sido estudiados intensamente por los autores; muestra de ello es la abundante literatura romanística existente en torno al tema¹.

* El presente artículo desarrolla la comunicación presentada por la autora en la 68 Session de la SIHDA (*Regulae iuris: racines factuelles et jurisprudentielles, retombées pratiques*) que tuvo lugar en Nápoles durante los días 16 a 20 de septiembre de 2014.

1. Una muestra de la bibliografía existente: S. RICCOBONO jr., voz *Regulae iuris*, *Novissimo Digesto Italiano*; V. ARANGIO RUIZ, *La règle de droit et la loi dans la antiquité classique*, 1938; M. VILLAY, *Recherches sur la littérature didactique du droit romain*, Paris 1945; G. NOCERA, *Ius publicum* (D.2.14.38), *Ricostruzione esegetico-storica delle "regulae iuris"*, Roma 1946; B. BIONDI, *Obietto e metodo della giurisprudenza romana* (Scritti in onore di C. Ferrini), Milano 1946; F. SCHULZ, *History of roman legal science*, Oxford 1946, así como *I Principii del Diritto Romano*, a cura de V. Arangio-Ruiz, Firenze 1946, Madrid 1990; S. RICCOBONO, *Lineamenti della storia delle fonti e del diritto romano*, Milano 1949; G. SCHERILLO, «Note critiche su opere della giurisprudenza romana», *IURA* 3 (1952); A. CARCATERRA, *Le definizioni dei giuristi romani*, Napoli 1966; MARTINI, *Le definizioni dei giuristi romani*, Milano 1966; además: P. STEIN, *Regulae iuris. From juristic rules to legal maxims*, Edinburgh 1966; S. CAPRIOLI, *Regula*, 1964; F. GUTIÉRREZ-ALVIZ, *Diccionario de Derecho romano*, Madrid 1982; M.J. GARCÍA GARRIDO, *Diccionario de Jurisprudencia romana*, Madrid 1982; M.J. GARCÍA GARRIDO, *Casuismo y Jurisprudencia romana* (Responso) II, Acciones y casos, 4ª edición, Madrid 2008; J. IGLESIAS REDONDO, *La técnica de los juristas romanos*, Madrid, 1987; J.M. BLANCH NOUGUÉS, «La certissima iuris regula de Gayo», *RIDA* (1997), pp. 45–70; J. SALDAÑA, *Moral y derecho. De nuevo sobre el contenido de las regulae iuris del derecho romano clásico y su recepción en el derecho mexicano*, UNAM, 2002. J. SALDAÑA, *Reglas y principios. A propósito del origen y contenido de los principios jurídicos contenidos en las regulae iuris*, Actas del Congreso Internacional de Filosofía del Derecho, Mexico, 2002; VVAA, a cura di A. TRISCIUOGGIO, *Valori e principii del diritto romano*, Torino 2009; VVAA, *Fundamenta Iuris. Terminología, Principios e Interpretatio*, editado por P. Resina Solá, Almería 2012; desde

Los juristas romanos llamaron *regulae* a los primeros principios del derecho romano. Tomando como base elementos de la filosofía y la gramática griega, analizando los casos extraídos de la realidad que los particulares sometían a su consulta, elaboraron, sin tener conciencia de ello, un *corpus* de reglas que han sido utilizadas en las épocas posteriores a su elaboración². Tenidas como principios fundamentales del *ius civile* y como tal, inderogables, fueron totalmente superadas por el desenvolvimiento del derecho, con el papel preponderante del *ius honorarium*, *ius gentium* y el derecho imperial, donde prevalecía el principio de utilidad y de equidad; por ello aunque provienen la mayor parte de fines de la República son una elaboración postclásica³.

Fueron los juristas bizantinos, pedagógicos y doctrinarios, los que plasmaron en la compilación justiniana su gusto por las definiciones, como queda demostrado suficientemente en el último título del Digesto *de verborum significatione*⁴.

En el fragmento de Paulo en D.50.17.1:

Regula est quae rem quae est breviter enarrat. Non est regula ius summatur, sed ex iure quod est regula fiat. Per regulam igitur brevis rerum narratio traditur, et, ait Sabinus quasi causae coniectio est, quae simul cum aliquo vitiata est, perdit officium suum

Regla es la que expone brevemente la cosa, tal cual es. El derecho no se toma de la regla, sino que la regla se hace con arreglo al derecho que hay. Así, pues, por medio de una regla se hace breve narración de las cosas, y como dice Sabino, es como un resumen de la causa, que tan pronto como es viciada en algo, pierde su eficacia,

otra perspectiva: R. DOMINGO, *Principios de Derecho Global, Aforismos Jurídicos comentados*, Pamplona 2003, pp. 25–250; J. RODRÍGUEZ DÍEZ, «Versión española de las Reglas jurídicas del Corpus de Derecho Canónico» (edición bilingüe de 11 + 88 *Regulae Iuris*), *Anuario Jurídico y Económico Escurialense* 41 (2008), pp. 287–312.

2. R. TAMAYO Y SALMORÁN, «*Regulae iuris* (obtención, formulación y construcción de los principios)», in *Razonamiento y argumentación jurídica*, Mexico 2003, pp. 111–130; «Jurisprudencia y formulación judicial del derecho (*principium*)», *Isonomía* 21 (octubre 2004), versión digital. Sobre la importancia del lenguaje y la formulación de *regulae iuris* en latín, F. REINOSO BARBERO, últimamente en «El lenguaje jurídico entre las bromas y las veras», *El Cronista* 44 (2014), pp. 54–63, en mi opinión utilizando el título de la obra de R. VON JHERING, *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz. Eine Weihnachtsgabe für das juristische Publikum* («Bromas y veras en la ciencia jurídica») 1884; A. CARCATERRA, *Struttura del linguaggio giuridico precettivo romano*, Bari 1972.
3. P. STEIN, *Regulae Iuris. From Juristic Rules to Legal Maxims*, p. 28.
4. La racionalización del derecho se produce en la Compilación justiniana, cfr. F. SCHULZ, *I Principii del Diritto Romano*, a cura de V. ARANGIO-RUIZ, Firenze 1946 (traducción española de la edición italiana realizada por M. ABELLÁN), pp. 56ss. El método casuístico de la *iurisprudencia* republicana que prescinde de la formulación abstracta también prevalece en la época clásica. La época postclásica tiende de nuevo a la formulación abstracta, y más de una de las reglas teórico-abstractas que se encuentran en nuestros textos de la jurisprudencia clásica, fueron reunidas en esta época. El último título del Digesto, de *regulis iuris*, es un monumento de esta jurisprudencia postclásico-bizantina.

la nota de Sabino es característica del momento histórico en el que las reglas antiguas eran el grave obstáculo en la práctica del derecho. La jurisprudencia se encontraba entre el deber de continuar o limitar los límites de aquellas *regulae*, las cuales habían sido formuladas bajo el imperio del *ius Quiritium*, formal y riguroso, que impedían el desarrollo o el desenvolvimiento normal del derecho. Paulo interviene en esa labor creadora referida al señalar: (...) *Non est regula ius summatur, sed ex iure quod est regula fiat* (no se toma el derecho de la regla, sino que la regla surge del derecho).

Las *regulae* no surgen por generación espontánea, ni llegan a la mente por revelación sino que son construidas; son el resultado de la suma de los casos observados. Son los principios que subyacen detrás de los casos individuales que comparten características comunes.

En este trabajo intentaré dirigir mi atención hacia el análisis de un tema particular en relación con el más amplio señalado sobre *regulae iuris*. Se trata de examinar la construcción del principio *pacta sunt servanda*, su plasmación en los derechos europeos, con especial referencia al español, y algunos de los problemas sobre su aplicación que llevaron a la admisión de la cláusula *rebus sic stantibus*, núcleo de este estudio.

2. La consideración de la cláusula *rebus sic stantibus*

La fuerza obligatoria de los acuerdos entre las partes se encuentra en el fragmento de Javoleno recogido en D.19.2.21: *Contractus ex conventionem legem accipere dinoscuntur*, los contratos tienen fuerza de ley por su acuerdo pactado.

Etimológicamente, el término “obligación” viene de la palabra latina *obligatio* y ésta, a su vez, lo hace de *obligare* (*ob*, “a causa de”, y *ligare*, “ligar” o “atar”). Significa, por tanto, “ligadura”, “sujeción física”, “lazo de unión”, “vínculo por causa de algo”. El concepto de “obligación” en el Derecho romano ha servido de modelo para su elaboración a los autores modernos⁵.

Las fuentes romanas nos han legado dos definiciones de *obligatio*⁶. La primera de ellas, atribuida a Florentino, figura en las Instituciones de Justiniano (I.3.13pr.):

5. J. CASTÁN TOBEÑAS, puesto al día por G. GARCÍA CANTERO, *Derecho civil español común y foral*, t. 3, *Derecho de obligaciones*, Madrid 2008; J. CARBONNIER, *Flexible droit. Pour une sociologie du Droit sans rigueur*, Paris 1998 (hay trad. castellana de L. Díez-PICAZO *Derecho flexible. Para una sociología no rigurosa del Derecho*, Madrid 1974); J. GAUDEMET, «Naissance d'une notion juridique. Les débuts de l'obligation» dans le droit de la Rome antique», *Archives de Philosophie du Droit* 44 (2000), pp. 19ss. E. ALBERTARIO, «Le definizioni dell'obbligazione romane», in *Studi di diritto romano* III (1936), pp. 1ss.; R.M. RAMPENBERG, «L'obligation romaine: Perspective sur une évolution», *Archives de Philosophie du Droit* 44 (2000), pp. 51ss.; H. HATTENHAUER, *Conceptos fundamentales del Derecho civil* (trad. de G. HERNÁNDEZ), Barcelona 1987, pp. 83ss.

6. J. ARIAS RAMOS-ARIAS BONET, *Derecho romano* II, Madrid 1986, p. 556.

Obligatio est iuris vinculum quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei secundum nostrae civitatis iura

La obligación es un vínculo de Derecho, por el que somos constreñidos con la necesidad de pagar alguna cosa según las leyes de nuestra ciudad⁷.

El otro concepto es dado por Paulo (D.44.7.3) y trata de una formulación de las características que diferencian las obligaciones de los derechos reales, describiendo con más precisión que la anterior, el contenido y el objeto del vínculo obligatorio:

Obligationum substantia non in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum aut servitutem nostram faciat, sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid, vel faciendum, vel praestandum.

La sustancia de las obligaciones no consiste en que se haga nuestra alguna cosa corporal o una servidumbre, sino en que se constriñe a otro a darnos algo, a hacer algo o a responder por algo.

Si tenemos en cuenta las fuentes de las obligaciones en Roma veremos que Justiniano, en Instituciones (I.3.13.2) señala que son el contrato, cuasi contrato, delito y cuasi delito⁸.

Dentro de la palabra *contractus*, los romanos entendían cualquier acuerdo de voluntades reconocido por el *ius civile*, por tanto protegido con una acción civil, dejando aparte los pactos y convenciones. En la actualidad la palabra contrato comprende cualquier acuerdo de las partes dirigido a crear obligaciones, englobando también las acepciones anteriores (*pactum, conventio*)⁹.

No todo acuerdo de voluntades era considerado como contrato, sino sólo aquellos en los que concurría una *causa civilis* que les atribuía objetivamente el efecto de engendrar obligaciones exigibles. Los contratos (consensuales, reales, formales, innominados), dispondrían de una específica *actio*, para si fuera necesario, perseguir judicialmente el cumplimiento de las obligaciones, por lo que los pactos añadidos a ellos podrían ser exigidos de esa manera; pero frente a ellos existía un gran número de acuerdos informales realizados por las partes (*nudum pactum, nuda pactio*) en los que se pactaba la forma de cumplir con sus obligaciones o se modificaban algunos términos del contrato original. Pero ¿qué pasaría cuando alguien requiriese el cumplimiento de obligaciones del contrato original,

7. La expresión *solvendae* ha de entenderse como una referencia a cualquier índole de prestación, no solamente a la de entregar una cosa.

8. Prescindimos de la evolución desde las *Institutiones* de Gayo (Gai.3.88: contrato y delito) y de la obra atribuida a Gayo (*Res cottidianae sive aureorum*) que incluía otros supuestos, *ex variis causarum figuris*, que comprenderían casos de gran heterogeneidad recogidos en las Instituciones de Justiniano (cuasicontrato, cuasidelito), para centrarnos en el *contractus* como fuente de las obligaciones.

9. *Pactum* sería cualquier acuerdo de voluntades que no genera una *actio* pero puede resultar protegido por una *exceptio* (*nuda pactio obligationem non parit, sed parit exceptionem* [D.2.14.7]). También lo son, las cláusulas añadidas a los contratos de buena fe. *Conventio* sería el acuerdo de voluntades que subyace en todo contrato (Ulpiano en D.2.14.1.3).

ignorando estos acuerdos informales? Podría pensarse que en la medida en que estos acuerdos informales eran pactos desnudos (sin *actio* que los garantizara), no serían exigibles. Sin embargo la importancia de la *fides* propiciaba el cumplimiento de los mismos. El pretor otorgaba una *exceptio* si una de las partes era demandada en contra de lo dispuesto en esos pactos desnudos.

En la Compilación justiniana sobrevivieron principios y reglas del antiguo *ius civile* que no tenían ya significado alguno o apenas lo tenían. La discrepancia entre la enunciación de aquellos principios y el estado real del Derecho en la compilación seguramente dependió de la dificultad de coordinación entre lo antiguo y lo nuevo, cosa nada fácil si se tiene en cuenta que la forma de la codificación fue llevada a cabo con materiales viejos, lo que podría explicar muchas incongruencias, aun cuando las comisiones se hubieran dedicado a mitigar con insistencia las viejas máximas mediante adverbios: *plerumque, non semper fere, quasi interdum*¹⁰... Magdelain señalaba la importancia que en este aspecto tuvieron las circunstancias que quebraron primero, e hicieron que se comprendiera mal después, el principio edictal del valor del acuerdo de voluntades sentado en el Album del pretor con su promesa:

Pacta conventa, quae neque dolo malo, neque adversus leges, plebiscita, senatus-consulta, edicta (decreta) principum, neque quo fraus cui eorum fiat, facta erunt, servabo

Protegeré los acuerdos que se celebren sin fraude y que no sean contrarios a las leyes, plebiscitos, senadoconsultos, decretos del emperador o edictos, ni tengan la intención de evitar la aplicación de cualquiera de estas disposiciones (D.2.14.7.7),

incongruente con la limitación posterior de su alcance procesal a la posibilidad de una *exceptio*¹¹.

El principio *pacta sunt servanda* (en el sentido general atribuido a *pacta*: los contratos han de cumplirse), ha sido confirmado a través del tiempo por las distintas Escuelas de la tradición jurídica europea admitiéndose como principio general, pero es una expresión medieval originada en el Derecho canónico¹². Se refiere a una acepción más amplia que la romana que solo contemplaba un *númerus clausus* de contratos (precisamente aquellos que gozaban de la protección de una acción).

10. S. RICCOBONO, *Corso, Stipulationes, contractus, pacta*, Milán 1935, pp. 378ss.

11. MAGDELAIN, *Le consensualisme dans l'édit du préteur*, Paris 1958, n. 445.

12. Un recorrido histórico sobre la figura fue desarrollado en la comunicación que me precedió. Se trata del trabajo de la profesora A. KACPRZAK, *Pacta sunt servanda. Searching for the Origins of the Freedom of Contracts*, de la Univ. de Varsovia. Según la formulación de los canonistas, romper un contrato era similar al perjurio. Esta idea fue desarrollada posteriormente por los teólogos del siglo XVI y como consecuencia la elaboración del principio de libertad contractual fue acogida en la doctrina posterior del derecho natural (Grocio y Pufendorf), factor importante para que el principio fuera acogido en los ordenamientos actuales. De manera general se trató también en la ponencia de J. HERNANDO LERA, *Un aspecto práctico de las reglas romanas en la jurisprudencia española*.

La voluntad o intención de las partes debe de ser valorada y respetada en todo aquello que no contravenga las leyes o el orden público, como norma suprema en sus relaciones. Es el reconocimiento de la autonomía de la voluntad con ciertos límites, considerada como la libertad del hombre para crear relaciones jurídicas y regular su contenido.

El contrato crea entre las partes un vínculo obligacional de ineludible cumplimiento (con fuerza de ley), y conforme al axioma *pacta sunt servanda*, integrador de la consecución de la seguridad en el tráfico jurídico¹³. Dicho acuerdo de voluntades requiere en los sujetos intervinientes la *fides*; la actitud honrada, leal, recta, justa, sincera e íntegra, apoyada en la confianza del cumplimiento y el valor de la palabra dada, para dar y recibir cada parte lo que le corresponda¹⁴.

Sin embargo, el problema de la repercusión que se produce en el vínculo derivado de una promesa, por el cambio imprevisto en la situación de hecho que el promitente no podía prever cuando asumió la obligación, fue objeto de reflexión en una primera época, ya que la promesa todavía no se reconocía como fuente de las obligaciones con independencia de la existencia de una causa típica o de una forma determinada¹⁵.

La Escolástica en base a los escritos filosóficos de Cicerón y Séneca puso las bases para el reconocimiento de la promesa como fuente verdadera y propia de las obligaciones en el derecho canónico y después en el derecho civil común, justificando la eficacia liberatoria de los mismos por los cambios imprevistos producidos en la situación de hecho; fue quizá éste, el germen del principio que después fue expresado como subordinación del vínculo jurídico que nacía de la promesa: la cláusula tácita *rebus sic stantibus*¹⁶.

Con amplitud Cicerón¹⁷ justificaba el incumplimiento de la promesa que por los cambios de la situación de hecho le hacía perder su valor, formulando algunos ejemplos que luego serían frecuentemente señalados por los juristas: el abogado que había prometido su asistencia en una causa, justificaría la no prestación de la misma ante la grave enfermedad de su hijo; el depositario de una espada no debería

13. M.I. GARRIDO GÓMEZ, «Lo que queda del principio clásico *pacta sunt servanda*», *Derecho y cambio social* 25 (2011), pp. 1–8.
14. A. CASTRESANA, *Fides, Bona fides, un concepto para la creación del derecho*, Madrid 1991. La actitud exigida se considera como la capacidad de libertad individual y responsabilidad frente a la otra parte, y provendría de las obligaciones nacidas del pacto concertado (Y. PICOD, *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, Paris 1989).
15. Véase voz “obligatio”, (Dir. privato), *NssDI* y bibliografía p. 581; R. ORESTANO, *Obligaciones e dialettica, Melanges Levy-Bruhl*, Paris 1959. Voz “contrato” en Nueva Enciclopedia Jurídica Seix, Derecho romano, sobre los supuestos de imposibilidad en el cumplimiento, dificultad extraordinaria o excesiva onerosidad.
16. R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Cape Town–München reimpr. 1992, pp. 579 ss; L. DUVANEL, *La justice contractuelle dans la philosophie antique et le droit romain*, Gêve–Zurich–Bâle 2004, pp. 78ss. y 87ss.
17. Cicerón, *De officiis* I,10 y III, 25.

restituirla al depositante que se hubiera vuelto loco; el que hubiera recibido dinero en depósito no debería restituirlo al que ahora conminaba a la guerra contra la patria.

Muy interesante resulta la consideración que hacía Séneca sobre el deber moral que nace de una promesa¹⁸, al aconsejar la exclusión de tal deber cuando se produce un cambio tal en la situación de hecho, que no habría dado lugar a la misma. En su opinión, se trataría de un deber personal de coherencia que el hombre sabio (prudente)¹⁹ ha realizado por sí mismo y que se refleja en las relaciones con terceros en base a la confianza que de él se deriva: pero precisamente por éso, sería un deber subordinado a la persistencia de una situación de hecho inmutable. “*Non mutat sapiens consilium*” y afirma “*omnibus his manentibus quae erant quum sumere*” y prosigue: “*Tunc fidem fallam, tunc inconstantiae crimen audiam, si quum omnia eadem sint, quae erant promittente me, non praestitero promissum: alioquin quidquid mutatur, libertatem facit de integro consulendi, et meam fidem liberat... Omnia esse debent eadem, quae fuerunt quum promitterem, ut promittentis fidem teneas*”.

Consilium se refiere a la determinación de la voluntad; *consulere* es la determinación de querer una acción futura, mediante el proceso psicológico preliminar que es la reflexión o la consideración, la valoración comparativa de las ventajas y los sacrificios inherentes a la acción que se quiere realizar. Una vez realizado tal proceso psicológico, el hombre sabio no cambia la determinación de su voluntad sobre lo que ha previsto, si no sobreviene un cambio que justifique una nueva consideración, que es lo que significa *libertatem facit de integro consulendi*.

La reflexión realizada por Séneca sobre la cuestión anterior, fue retomada por santo Tomás de Aquino²⁰ al tratar de un tema diverso. En efecto, utilizando los argumentos dados por Séneca, pero a propósito del *mendax* (mentiroso) dice que “*videtur infideliter agere*” el que no hace lo que ha prometido, pero “*quae potest tamen excusari*” que puede estar justificado por ejemplo por el objeto ilícito de la promesa:

18. Séneca, *De beneficiis*, IV, 24 y 35.

19. El hombre antiguo sabe que la *prudencia*, no es un impulso intuitivo, ni adivinación, ni mágico artificio, sino ante todo un razonamiento, un procedimiento intelectual que se construye como el resto del conocimiento racional y se distingue por su objeto: el qué hacer cuando conoce. No es accidental que los romanos mantuvieran la expresión *prudencia* para abordar los problemas de los actos humanos ya que éstos son el contenido del derecho. La *prudencia iuris* señala la acción jurídicamente justificada, la acción fundamentada en derecho; aquella que un hombre puede seguir en la circunstancia, la acción a la que no puede serle nada objetado (jurídicamente). El *iuris prudente* es un hombre prudente, en el sentido aristotélico (Aristóteles, *Moral a Nicómaco*, 1141b 8–14) o graciano (Baltasar Gracián, *El arte de la prudencia*) que delibera ante una cuestión que se le presenta y razona para acertar con lo mejor que puede ser realizado por el hombre.

20. T. Aquino, *Summa Theologiae*, II, 2, qu. 110, a. 3.

Si sunt mutatae conditiones personarum et negotiorum: ut enim Seneca dicit, ad hoc quod homo teneatur facere, quod promisit requiritur, quod omnia immutata permaneant: alioquin nec fuit mendax in promittendo quia promisit, quod habebat in mente, subintellectis debitis conditionibus; nec etiam est infidelis non impleto quod promisit, quia eadem conditiones non extant.

Si cambiaran las condiciones de las personas y de los negocios dice Séneca, que no se comportaría como un mentiroso aquel que habiendo prometido algo no lo cumpliera una vez que considerara que las mismas condiciones ya no existían.

En el Decreto de Graciano²¹ se ve reproducido el ejemplo que exponía Cicerón sobre la espada que no debía ser restituida al que se había vuelto loco (*furiosus*). La palabra *furens* (de *furiosus*) pasó a la Glosa en la reelaboración que hizo de ella Bartolomeo de Brescia²²: “*Ergo semper subintelliguntur haec condicio, si res in eodem statu manserit*” (siempre que se den las mismas condiciones, es decir si permaneciera en el mismo estado mental la persona que la entregó, subsistiría la obligación de devolverle la espada). Al parecer la misma Glosa se basaba en el fragmento de Africano recogido en el Digesto en el título *De solutionibus et liberationibus* que analizaremos más adelante.

Entre las fuentes canónicas puede señalarse en el *Liber sextus*, la regla 21 de *Regulae Iuris* que evidentemente parafrasea la afirmación de Séneca acerca del vínculo que deriva de la promesa, expresando de manera más precisa que: “*Quod semel placuit amplius displicere non potest*”²³; y la Glosa de Juan de Andrés: “*Fallit interdum haec regula ex causa superveniente vel de novo ad notitiam perveniente*” proposición que se corresponde con la afirmación: “*Voluntatis mutatio non praesumitur [...] Limitatur haec conclusio (o haec praesumptio) ut procedat rebus sic stantibus*” (no se presume un cambio de la voluntad [...]) pero puede limitarse esa conclusión (o esa presunción) siempre que no varíen las circunstancias) que podría considerarse como una concreción de la cláusula.

3. Los textos romanos. Análisis de la *Iurisprudencia*

A pesar de que la cláusula *rebus sic stantibus* como tal no fue formulada por los juristas romanos, tradicionalmente se han considerado fundamentales para su construcción, los siguientes textos:

21. Graciano, C.22 q.2 c.14c

22. Sobre los postglosadores o comentaristas véase A. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, *Derecho Público Romano*, 16 edición, Cizur Menor 2013, pp. 363–364; en general sobre la Recepción del Derecho romano en Europa, las pp. 355–376; F. CALASSO, *Introduzione al diritto comune*, Milán 1951; F. CALASSO, *Medioevo del diritto*, I, *Le fonti*, Milán 1954; C.A. CANNATA, *Lineamenti di storia della giurisprudenza europea*, 4, vol. II, Turín 1989; L. BERNAD, J.A. OBARRIO, *Derecho común y tradición romanística*, Madrid 2009.

23. La referencia es de Azón, *Aurea Summa*, ad C.10.33, “lo que plugo una vez no puede desaprobarse luego absolutamente”; véase, en relación con *regulae iuris* de derecho canónico, J. RODRÍGUEZ DÍEZ, *Versión española de las reglas jurídicas...*, p. 304, cit. en nota 1.

1. Africano lib 7, *Quaestionum*, D.46.3.38 *pr*:

Quum quis sibi, aut Titio dari stipulatis sit, magis esse ait, ut ita demum recte Titio solvi dicendum sit, si eodem statu maneat, quo fuit, quum stipulatio interponeretur. Ceterum sive in adotionem, sive in exilium ierit, vel aqua et igni ei interdictum, vel servus factus sit, non recte ei solvi dicendum; tacite enim inesse haec conventio stipulationi videtur, si in eadem causa maneat.

Cuando alguno hubiere estipulado que se le de a él o a Ticio, dice que es más cierto que se ha de decir, que se le paga bien a Ticio, solamente si permaneciera en el mismo estado en el que se hallaba cuando se interpuso la estipulación. Mas si se hubiere dado en adopción, o hubiere sido desterrado, o se le hubiere puesto interdicción en el agua y en el fuego, o se hubiera hecho esclavo, se ha de decir que no se le paga bien; porque se considera que tácitamente es inherente a la estipulación esta convención, si permaneciera en el mismo estado.

En opinión de algunos autores, la cita del mismo fragmento, y su aplicación a diferentes supuestos, habría servido como punto de partida de la teoría desarrollada posteriormente por la doctrina jurídica europea²⁴.

Ciertamente en las fuentes romanas podrían encontrarse determinadas relaciones susceptibles de ser reconducidas a esta cláusula, pero un reconocimiento expreso de la misma, como principio general, no se encuentra enunciado por los autores. En nuestra opinión, el fragmento de Africano en el Digesto, ya señalado, a propósito de los supuestos de *capitis deminutio* del *adiectus solutionis causa*, lo que constituiría una razón para la invalidez del pago que se les hace a esas personas, implicaría un reconocimiento tácito de la cláusula, pues justamente lo que vendría a señalar el jurista es que precisamente la obligación derivada de la *stipulatio*, de dar a él o a Ticio, debería ser cumplida sólo en el caso de que se mantuvieran las mismas circunstancias en la persona del destinatario (él o Ticio), ésto es, que no se hubiera producido una disminución en la cabeza (*capitis deminutio*) por razón de adopción, destierro, *interdictio aquae et ignis*, o paso a situación de esclavitud, del ciudadano romano.

Basándonos en dicho fragmento, que excluiría la validez del pago realizado al *adiectus solutionis causa* cuando se hubieran realizado en su condición jurídica cambios tales que hicieran difícil al acreedor obtener la satisfacción del propio derecho (por ejemplo, el pago de la deuda), se podría afirmar que en las estipulaciones debería considerarse tácitamente incluida la cláusula “*si in eadem causa manserit*” lo que constituiría un primer paso en la construcción del principio, realizado por la *Iurisprudentia* del Principado²⁵.

24. G. OSTI, «La clausola *rebus sic stantibus* nel suo sviluppo storico», *Rivista di Diritto civile* (1912), p. 17 nota 1. En sentido contrario L. PFAFF, «Die clausel ‘*rebus sic stantibus*’ in der. Doctrin u. der österr. Gestzgebung», in *Wiener Fest. für Unger*, Stuttgart 1898.

25. Aunque su biografía es poco conocida, sabemos que Africano es de la época de Antonino Pío y que fue discípulo de Salvio Juliano. De su obra *Quaestiones* en 9 libros, se conservan 130 fragmentos en el Digesto (seguramente el texto llegó ya retocado a los compiladores justinianos).

2. El siguiente texto, también ha servido para el desarrollo de la doctrina de la cláusula. Se trata de D.12.4.8 Veamos:

Neracio, lib. 2, Membranarum. Quod Servius in libro de dotibus scribit, si inter eas personas, quarum altera nondum iustam aetatem habeat, nuptiae factae sint, quod dotis nomine interim datum sit, repeti posse, sic intelligendum est, ut, si divortium intercesserit, priusquam utraque persona iustam aetatem habeat, sit eius pecuniae repetitio; donec autem in eodem habitu matrimonii permaneant, non magis id repeti possit, quam quod sponsa sponso dotis nomine dederit, donec maneat inter eos affinitas; quod enim ex ea causa nondum coito matrimonio datur, quum sic detur tanquam in dotem perventurum, quamdiu pervenire potest, repetitio eius non est.

Lo que escribe Servio en el libro de las dotes, que si se hubieran contraído nupcias entre personas de las cuales una no tuviera la edad legal, puede repetirse lo que entretanto se hubiere dado a título de dote, se ha de entender de este modo, que si sobreviniere el divorcio antes que ambas personas tengan la edad legal, haya la repetición de aquel dinero; pero que mientras permanezcan en el mismo estado de matrimonio, no pueda repetirse esto, no de otra suerte que lo que la esposa hubiere dado al esposo a título de dote, mientras subsista entre ellos la afinidad; porque de lo que se da por esta causa no habiéndose consumado el matrimonio, como quiera que se dé para que llegue a constituir la dote, no hay la repetición, mientras puede llegar a constituir la.

En nuestra opinión aunque afirmar la existencia de la cláusula como implícita en el texto resulta forzado, ciertamente lo que señala Neracio es que es opinión de Servio considerar que lo que se ha dado como dote por razón de nupcias, cuando una de las partes no tuviere la edad legal para contraerlo pueda repetirse si se hubiera producido el divorcio antes de que las personas tengan la edad legal, pero no después cuando permanezcan en el mismo estado de matrimonio. Es decir, que sólo se podrá repetir si se hubieran modificado las circunstancias por las que se hubiere dado a título de dote.

3. El texto recogido en D.19.2.54.1, trata de la resolución de la *locatio* cuando el colono no hubiera pagado la *merces* durante dos años consecutivos:

Paulus lib. 5, Responsorum: Inter locatorem fundi et conductorem convenit, ne intra tempora locationis Seius conductor de fundo invitus repelleretur; et si pulsatus esset, poenam decem praestet Titius locator Seio conductori, vel Seius conductor Titio, si intra tempora locationis discedere vellet, aequae decem Titio locatori praestare vellet, quod invicem de se stipulati sunt; quaero, quum Seius conductor bienii continui pensionem non solveret, an sine metu poenae expelli possit? Paulus respondit, quamvis nihil expressum sit in stipulatione poenali de solutione pensionum, tamen virisimile esse, ita convenisse de non expellendo colono intra tempora praefinita, si pensionibus parverit, et, ut oportet, coleret; et ideo si poenam petere coeperit is, qui pensionibus satis non fecit, profuturam locatori doli exceptionem.

Se convino entre el arrendador y el arrendatario de un fundo, que durante el tiempo del arrendamiento el arrendatario Seyo no fuera echado del fundo contra su voluntad; y si hubiese sido echado, que el arrendador Ticio pagase diez de pena al arrendatario Seyo, o respecto de Ticio, que el arrendatario Seyo, si dentro del tiempo del arrendamiento quisiera dejarlo, estuviera pronto a pagar igualmente diez al arrendador Ticio, y así lo estipularon recíprocamente; pregunto, ¿no pagando el arrendatario la pensión de dos años continuos, podrá ser lanzado sin miedo a la pena? Paulo respondió, que aunque nada se haya expresado en la estipulación penal respecto al pago de las pensiones, es sin embargo verosímil, que convinieron de este modo respecto a que no fuese expulsado el colono dentro del tiempo prefijado, si hubiere pagado las pensiones, y cultivase como corresponde; y que por esto, si el que no satisfizo las pensiones hubiere comenzado a pedir la pena, habrá de aprovecharle al arrendador la excepción de dolo.

Podría decirse que de la respuesta de Paulo parece desprenderse la existencia de una cláusula tácita, sin embargo, pensamos, que en la mente del jurista Paulo no estaría la idea de la generalización en su aplicación; en cada nuevo caso planteado debería examinarse el argumento jurídico adoptado con la plena conciencia de su *ratio*, y por lo tanto con el pleno conocimiento de sus limitaciones.

4. También otro fragmento de Paulo, referido a los publicanos y vectigalistas (D.39.4.11.5); se refiere a la diversa incidencia de los riesgos a los que se sujeta la cosa que produce réditos periódicos, según que estos fueran transferidos por un contrato de compra-venta en vez de locación.

Paulus lib.5, Sententiarum: Qui maximos fructus ex redemptione vectigalium consequuntur, si postea tanto locari non possunt, ipsi ea prioribus pensionibus suscipere compelluntur.

Los que consiguen muy grandes frutos por virtud del arrendamiento de los tributos, si después éstos no pueden ser arrendados en tanto, son compelidos a tomarlos a su cargo con las anteriores pensiones.

La opinión de Paulo pensamos que estaría referida a la determinación del momento relevante que justificara la rescisión del contrato cuya ejecución se prolongara en el tiempo, porque le sobreviniera un cambio en el valor del mercado que alterarse el equilibrio inicialmente existente ente las prestaciones correlativas de las partes; pero es difícil afirmar que ésta fuera la razón del jurista ya que los párrafos del fragmento 11 son de variado contenido, refiriéndose unas veces a la ilicitud de la venta a los enemigos de piedra necesaria para afilar el hierro; otras a la prohibición de quitar los campos públicos que se dan en arrendamiento perpetuo sin la autorización del príncipe; a la confiscación de una nave cargada ilícitamente; a la persecución de las mercancías ilícitas y a la posibilidad del dueño de comprar la cosa que hubiere sido decomisada.

4. Los glosadores y postglosadores

El fragmento de Africano ya mencionado fue utilizado, como base para la construcción y aplicación de la cláusula, por la Glosa de Bernardo de Parma en relación con el juramento. Así se justificaría la inobservancia del juramento de tener por legítima esposa a una mujer, o de tomarla como esposa “*pro fornicatione, quam postea mulier perpetraret*” o también después del juramento de contraer matrimonio, “*mulier fieret, non solum leprosa, sed etiam paralytica, vel oculos vel nasum amitteret, vel quidquam ei turpius eveniret*” (cuando después perpetrara fornicación, o contrajera lepra, resultara parálitica, ciega, sorda o cualquier otra enfermedad)²⁶.

Y también se encuentra una alusión a la cláusula en la glosa de Accursio²⁷, en relación al fragmento *de conditione causa data causa non secuta* de D.12.4.8 ya señalado, que considera posible repetir lo que se hubiera dado como dote por razón de matrimonio entre dos personas, una de las cuales no tuviera todavía la edad para contraerlo, y sobreviniere el divorcio.

Al principio los autores fueron contrarios al reconocimiento de la tácita cláusula, pero pronto la hicieron prevalecer. Comenzando por Bartolo²⁸ y sobre todo por Baldo²⁹ se acogió en términos generales el principio de que la declaración de voluntad debería entenderse hecha *rebus sic stantibus*, pues como dice Giason del Mayno “la cláusula debe sobreentenderse en las disposiciones de la ley, en las disposiciones de última voluntad, en el juramento en general, en los estatutos jurados, y en las declaraciones juradas de renuncia”³⁰; y más sintéticamente Tiraquello:

*Et hoc quidem perpetuum est in omnibus actibus et dispositionibus, ut scilicet semper intelliguntur rebus sic stantibus*³¹

Son perpetuos los actos y disposiciones realizados, siempre que se mantenga el mismo estado de cosas.

De la aplicación restrictiva y concreta para cada caso diferente, por un procedimiento de abstracción y generalización se pasó a una aplicación amplia y genérica. Así por ejemplo, del caso de repetición de la dote en el caso concreto previsto en el fragmento señalado, se pasó a exigir la devolución de la dote también cuando el matrimonio no hubiera tenido lugar; de la interpretación restrictiva de la voluntad de renuncia o de transacción, expresada en términos generales (siempre *rebus sic se habentibus*), se pasó a la negación de la eficacia del contrato *causa non*

26. Bernardo de Parma, *Liber extra*, c. 2 *quemadmodum*, 1, II, cap. 24 (*de iureiurando*).

27. Accursio, *Digestum vetus cum comm.*, Venetiis 1584.

28. Bartolo, *Opera omnia*, Venetiis 1603, vol. II (*In Digestorum veterum partem*), fol. 40.

29. Baldo, *In decretalium volumen commentaria*, Venetiis 1595, fol. 256, y en *Digestum vetus*, Venetiis 1599, al frag. 8, D. *de cond. c. d. c. n. s.*

30. Giason del Mayno, *In II partem Dig. vet.*, Lugduni 1582, *ad leg.*, 8, D. XII, 4.

31. Tiraquello, *Comment. in L. si unquam, Cod. de revoc. donat.*, Francoforte 1574, *Praefatio*, n. 167.

secuta; y a la resolución del contrato bilateral por incumplimiento de una de las partes cuando a causa de un cambio imprevisto en los hechos que dieron lugar a la obligación, se derivara una agravamiento de la posición de uno de los contratantes como hemos visto en el supuesto anterior, recogido en D.19.2.54.1, que trataba de la resolución de la *locatio* cuando el colono no hubiera pagado la *merces* durante dos años consecutivos.

Efectivamente de la respuesta de Paulo parece desprenderse la existencia de una cláusula tácita, y así lo consideraron los autores medievales³².

El primero que se planteó el problema de los límites de la aplicación de la cláusula y lo resolvió con criterios dogmáticos (si empleamos una terminología actual) fue Alciato³³. En su obra sobre las presunciones, al tratar el tema que nos ocupa lo iniciaba con la siguiente afirmación³⁴: “*Praesumitur quis durare in ea voluntate in qua fuit*” (se presume que la voluntad persiste en aquello que fue), y a continuación expresaba la siguiente limitación:

Limitatur ista conclusio, ut procedat rebus sic stantibus, aliter ex causa quandoque censetur mutat voluntas

Siempre que no hubieran cambiado las circunstancias que habrían hecho variar la decisión de la voluntad.

Sin embargo, pronto comprendió que un principio similar no se podía acoger para todos los actos de la voluntad, sino que debían distinguirse según su estructura, por lo que continuaba:

Est verum quod ista limitatio est valde generalis, unde eam declarando dic. Cum quaeritur an voluntas intelligatur rebus sic stantibus, aut sumus in actu dependente ex voluntate unius, et tunc si res incidat in casum, in quem verisimile sit disponentem alias dispositurum, censetur mutata voluntas...Aut loquimur in actu descendente ex voluntate duorum, et non attenditur ista clausola rebus sic stantibus, nec licet alteri mutare voluntatem...

Es verdad que esto al parecer sucede para los actos unilaterales³⁵, pero no para los actos bilaterales. Por ello no debiera aplicarse la regla siempre a esta segunda categoría de actos porque no es absoluta; y así deberá tenerse en cuenta:

1º ... ubi prima voluntas processisset ex errore...;

2º *quando dispositio aliqua requireretur ex natura contractus, qui illa subintelligeretur per talem clausulam;*

32. En sus obras, Tartagni, Decio, Socino y Alciato.

33. Alciato, *Opera omnia*, Basileae, 1582, tomo IV, col.774.

34. Alciato, *De praesumptionibus*, *Opera omnia*, cit., reg. 11, *Praesumpt.* 16. En general sobre presunciones, M^aL.MARTÍNEZ DE MORENTIN, *Régimen jurídico de las presunciones*, Madrid 2007; bibliografía en pp. 183–193.

35. Por ejemplo en las disposiciones de última voluntad, en el nombramiento de un tutor o de un procurador.

3º *quando lex ex aliqua causa interpretaretur voluntatem contrahentis, et concederet rescissione seu revocationem: veluti est donatione quae revocatur per supervenientiam liberorum...*;

4º *quando superveniret aliqua causa inconsiderata, de qua a partibus nihil verisimiliter esset agitatum...*³⁶

1º prima la voluntad de las partes sin error; 2º hay que observar la naturaleza del contrato 3º cuando la interpretación de la voluntad de las partes es contraria a la ley se concede la rescisión o la revocación; como en el caso de las donaciones se concede la revocación por superveniencia o sobreveniencia de hijos; 4º en el caso de sobrevenir circunstancias imprevistas que las partes no pudieron en aquel momento tener en cuenta.

La distinción entre negocios unilaterales y bilaterales se ha atribuido a Alciato. El autor superó el estilo habitual de los juristas de la época, avanzando en sus reflexiones más allá de lo marcado por la glosa, gracias a su intuición y su fino sentido jurídico. También en este tema en particular tuvo el mérito de haber sido el precursor de la doctrina moderna. Pareciendo obvia la razón por la cual puede ser admitida la revocación del acto unilateral en el caso de un imprevisto cambio en la situación de hecho original, por el contrario en un acto bilateral, en un contrato, solo podría ser admitida la revocación concurriendo determinados presupuestos.

Así, de los presupuestos enunciados por Alciato para la consideración de la cláusula, señalados más arriba, evidentemente tienen particular importancia, el segundo y el cuarto ya que el primero se refiere al error en la declaración de voluntad y el tercero a los supuestos de revocación en virtud de la ley (como es el supuesto de la superveniencia de hijos respecto a las donaciones), que no requieren demasiados comentarios al no ofrecer dudas. Por el contrario, habría que justificar la facultad de revocación o resolución cuando sobreviene un evento de tal naturaleza que debe entenderse del todo fuera de las previsiones de las partes (supuesto 4º); o cuando según la naturaleza misma del contrato, el evento sobrevenido, hubiera producido un cambio en la situación de hecho tal, que uno de los contratantes tendría razones para no sentirse vinculado por su inicial declaración de voluntad, lo que le legitimaría para proveer *ex novo* a sus propios intereses (supuesto 2º)³⁷.

5. Evolución de la doctrina de la cláusula *rebus sic stantibus*

A este tratamiento dado por Alciato a la teoría de la cláusula se unieron otros juristas, que adoptando criterios similares, afirmaron la necesidad de limitar la admisibilidad de la cláusula *rebus sic stantibus* en los contratos³⁸ o de añadirla

36. Los posibles errores de traducción son míos.

37. Como es el caso de la resolución anticipada del contrato de arrendamiento en el supuesto de incumplimiento continuado del pago de la pensión por parte del arrendatario, mencionado por Alciato, sacado del Digesto (D.19.1.54.1).

38. Mascardo, en 1591, Mantica, en 1661.

si se excluía³⁹. Así en las obras de Surdo, Graciano, Barbosa y sobre todo la jurisprudencia de la Rota romana⁴⁰.

La teoría basada en la diferencia entre los contratos que se perfeccionan en un único momento (*qui unico momento perficiuntur*) y los contratos de tracto sucesivo (*qui habent tractum successivum = et dependentiam de futuro*) acabó por superar la doctrina de la cláusula. Esta distinción ya había sido señalada por Bartolo aunque no usara esa terminología⁴¹.

Tomando como base el fragmento del Digesto referido a los publicanos y vectigalistas (D.39.4.11.5) analizado anteriormente, se limitó a determinar la diversa incidencia de los riesgos a los que se sujeta la cosa que produce réditos periódicos, según que estos fueran transferidos por un contrato de compra-venta en vez de locación.

Qui maximos fructus ex redemptione vectigalim consequuntur, si postea tanto locari non possunt, ipsi ea prioribus pensionibus suscipere compelluntur

Los que consiguen muy grandes frutos por virtud del arrendamiento de los tributos, si después éstos no pueden ser arrendados en tanto, son compelidos a tomarlos a su cargo con las anteriores pensiones.

La teoría tenía por objeto la determinación del momento en que se podía atribuir relevancia a la lesión para justificar la rescisión del contrato. Esto es, si debía considerarse únicamente el momento en el que el contrato se concluyó, o por el contrario debería esperarse a un momento posterior; y la cuestión surgiría cuando tratándose de un contrato llamado de tracto sucesivo, es decir, cuya ejecución se prolongara en el tiempo, la lesión se verificase en el curso de tal ejecución, porque le sobreviniera un cambio en el valor del mercado que alterase el equilibrio inicialmente existente entre las prestaciones correlativas de las partes.

Esta cuestión controvertida, resultaba acorde con el sentido de la consideración de la *laesio superveniens* por lo que no pareció necesario relacionarla con la cláusula *rebus sic stantibus*.

39. Menochio, *De praesumptionibus*, Venetiis 1617, lib. VI, *praes.* 35, n. 31, considera *voluntatis mutatio non praesumitur* pero para el caso de la mujer no se aplica pues...*in muliere, in qua praesumitur voluntatis mutatio. Est enim varium et mutabile animal semper foemina*, en n. 42. Es decir, se presume que la mujer cambia sus decisiones ya que “es un animal variable”.

40. La edición de 1696 recogía numerosas decisiones en las que la cláusula era referida; fue considerada como un compendio por los autores posteriores, en concreto sirvió de base a la *Adnotatio* de PAOLO ROSSI. *Adnotatio* es un tratado que puede leerse todavía hoy con interés, sobre todo por su carácter recopilatorio de la doctrina anterior, pero sin novedades dignas de resaltar. Así trata del principio general de interpretación restrictiva de la voluntad concebida en términos generales; del venir a menos la causa de la obligación; del incumplimiento parcial de la contraprestación en los contratos sinalagmáticos; del advenimiento de una justa causa que justifique el incumplimiento.

41. Véase el *Comentario* de Bartolo a D.39.4.5 *Qui maximus*.

Diversamente fue el desarrollo de la teoría de la cláusula *rebus sic stantibus* por parte de los juristas iusnaturalistas; para ellos no existía ninguna relación con la teoría de la *laesio superveniens*.

Siguiendo la orientación científica de la escuela, los autores intentaron cimentar las soluciones al problema sobre bases dogmáticas.

Grocio se mostró en conjunto favorable a su aplicación, de acuerdo con la tradición de la doctrina aristotélica de la equidad: “forma parte de la naturaleza del negocio que no pueda admitirse que alguien quiera comprometerse a sufrir los mayores daños”⁴². Sin embargo sugería mucha cautela en su interpretación en el supuesto de un defecto originario de la voluntad (*ex defectu originario voluntatis ... rationis quae sola plene et efficaciter movit voluntatem*); ofrecía menos dificultad para su aplicación el caso de circunstancias imprevistas sobrevenidas, “porque las palabras no pueden querer un ilícito” (*casus emergentis repugnantia cum voluntate ... verba sequi non quidem per se et omnino illicitum sit, sed aequae rem aestimanti nimis grave, atque intolerabile*)⁴³.

Algo distinta era la opinión de Coccejo. Este autor se manifestaba contrario a la admisibilidad de la cláusula afirmando que

solo es relevante la misma, cuando la situación que sufriere un cambio produjere una variación en la substancia misma del negocio (...) que interpretar la voluntad en el sentido de referirse exclusivamente al caso concreto, no es de derecho natural y que siempre pueden modificarse de algún modo los pactos antes que romperse.

Solamente encontraría justificada *iure naturale* la particular aplicación de la cláusula en un supuesto concreto, a favor del comodante, en la hipótesis de impedimento derivado de grave enfermedad del propio padre o del propio hijo posterior a la realización del contrato, que pusiera en peligro la devolución de la cosa dada en comodato y en las disposiciones de última voluntad; así debería entenderse revocado todo lo que se considerase que por el cambio en las circunstancias previstas por el testador habría determinado una variación de su voluntad⁴⁴.

Pufendorf, aunque siguió muy de cerca a Grocio, sostenía que la cláusula era odiosa ya que tiende a anular la promesa⁴⁵, y según Barbeyrac, con ella no habría

42. *Promissa in se habent tacitam conditionem, si res maneant quo sunt loco*, (la promesa realizada se considera hecha bajo condición tácita si las cosas permanecen en el mismo estado) fórmula comúnmente aceptada en el *usus modernus Pandectarum*.

43. H. GROCIO, *De iure belli ac pacis*, en la edición de Laussanne 1752, tomo 3º, lib. II, cap. XVI, pp. 143ss. Aunque en relación con el derecho internacional y fiscal, Grocio utilizó algunos ejemplos entresacados de las obras de Cicerón y Séneca, como la norma que consiente al comodante repetir antes del término la cosa comodada por sobrevenirle a él mismo necesidad.

44. H. COCCEJO, *Exercitationum curiosarum libri duo*, Lemgoviae 1722, vol. II, pp. 286–313. Las anotaciones al texto *De iure belli ac pacis*, de GROCIO, en pp. 172ss.

45. S. PUFENDORF, *De iure naturae et gentium*, Francoforti 1694, lib. V, cap. 12, 2 II.

nada con lo que se pudiera contar con seguridad, dados los cambios frecuentes que se dan en las cosas del mundo y en los asuntos de los particulares⁴⁶.

Los autores alemanes, llamaron *causa finalis* del negocio la que Grocio designaba *ratio quae sola plene et efficaciter movit voluntate* (única razón por la que se mueve la voluntad). Unos examinaban la cuestión desde el punto de vista del contratante único, diciendo que al faltar la causa final no estaría obligado por defecto originario de la voluntad⁴⁷; otros consideraban que no debería tenerse en cuenta en los negocios bilaterales, ya que la causa final habría de considerarse como un algo complejo en el que se encontrarían ambas voluntades⁴⁸. Quizá ello permitiría pensar que estaríamos ante la formulación del concepto de causa del derecho moderno, pero en realidad lo que se estaba admitiendo era que la voluntad podía considerarse condicionada ante circunstancias extrañas al negocio, en cuanto tales circunstancias hubieran sido previstas por ambas partes. Este criterio dogmático se asemeja al de *base negocial*, o *geschäftliche Grundlage*, concepto clave en la doctrina alemana⁴⁹.

6. El fenómeno codificador

El *Codex Maximilianeus*, promulgado en 1756, parecía sancionar la cláusula en términos muy generales refiriéndose a un imprevisible cambio de la cosa objeto de la obligación. La Ley General de Prusia de 1794, partía de la proposición de que no se puede rechazar la ejecución de un contrato argumentando cambios en las circunstancias (§ 377 I 5), pero admitió la resolución del negocio que todavía no se hubiera cumplido, cuando el imprevisible cambio en las circunstancias hicieran imposible la consecución de su finalidad por ambas partes (§ 378)⁵⁰.

En cuanto al Código Civil general austríaco de 1811, se incluyó un precepto similar referido a los contratos preliminares (§ 936):

46. J. BARBEYRAC, *Notes à S. Pufendorf, Le Droit de la nature et les gens, ou Système général des principes les plus importants de la morale, de la jurisprudence et de la politique*, Leyde 1771, lib. V, cap. 12, 2 II.

47. En este sentido, C.P. KOPP, *Dissertatio inaug. De clausola rebus sic stantibus*, Marburgo 1750.

48. Por ejemplo J.H. EBERHARD, *Von der Clausel "rebus sic stantibus"*, Frankfurt und Leipzig 1769.

49. K. LARENZ, *Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung: Die Bedeutung, veränderter Umstände' im Zivilrecht*, 2ª ed., München 1957 (traducción española, C. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Base del negocio y cumplimiento de los contratos*, Madrid 2002). Un estudio histórico de las distintas teorías como precedente de las actuales, M. GARCÍA CARACUEL, *La alteración sobrevenida de las circunstancias contractuales*, Madrid 2014.

50. Si un cambio imprevisible en las circunstancias torna imposible la consecución del propósito de las partes según se exprese éste en el contrato o se pueda inferir de la naturaleza de la operación, cada una de las partes puede renunciar al contrato no ejecutado (§ 378 I 5). Si el cambio en las circunstancias frustra el propósito explícito o implícito en una de las partes, ésta puede renunciar a su obligación con la condición, cuando dicho cambio represente un asunto personal, de indemnizar satisfactoriamente a la otra parte (§ 380 I 5).

La obligatoriedad de los contratos preliminares se adquiere sólo cuando las circunstancias no hayan cambiado en el ínterin al grado de frustrar el propósito expresado en el contrato o que pueda inferirse con base en las circunstancias.

Pero también el § 901, disponía que “los motivos o los fines del acuerdo de las partes, si no se han elevado expresamente a condición no tendrán ninguna influencia sobre la validez de los contratos onerosos”⁵¹.

a) Alemania

En general en la Europa del siglo XIX, se produjo un período de crisis para la doctrina de la cláusula *rebus sic stantibus*.

En Alemania la Pandectística, en base al estudio sistemático del derecho romano justiniano, partiendo de un punto de vista favorable a la teoría de la voluntad y a la garantía de la seguridad del tráfico jurídico, repudió tanto la teoría de la causa como requisito esencial del contrato, como la cláusula *rebus sic stantibus*, por considerarlas incompatibles con el Derecho romano y poner en riesgo la efectividad de las declaraciones de voluntad de las partes. Sin embargo, aunque en los trabajos preparatorios del nuevo Código civil alemán no se incluyó de manera explícita, el § 321 disponía que en los contratos bilaterales, el contrayente obligado de realizar en primer lugar su prestación podía refutar el cumplimiento si en las condiciones patrimoniales de la otra parte sobrevenían circunstancias tales que pusieran en peligro la contraprestación. Por su parte el § 610, para la hipótesis de promesa de mutuo, consentía al promitente la revocación de la promesa si las condiciones patrimoniales del prestatario hubieran sufrido un empeoramiento tal que pusiera en peligro la restitución de la suma.

A pesar de no haber sido recogida por el legislador, la cláusula fue tenida en cuenta por la doctrina, que veía justificado el abandono del contrato cuando al sobrevenir cambios imprevisibles de las circunstancias, el cumplimiento de las obligaciones para una de las partes se hiciera excesivamente gravoso⁵².

Así, las vicisitudes sufridas en el desarrollo de la economía alemana tras las dos guerras mundiales, la devaluación de la moneda, la dificultad en el aprovisionamiento de materias primas y mercancías, que tuvieron su reflejo en la contratación, impulsaron a los Tribunales a emitir decisiones conforme a equidad, encaminadas

51. K. ZWEIGERT y H. KÖTZ, *Introducción al Derecho comparado*, México D.F. 2002 (trad. española de la 3ª inglesa, Oxford 1998 a su vez de la 3ª alemana, Tübingen 1996), pp. 548ss.

52. La postura rígida marcó la redacción del BGB pese a la intervención de WINDSCHEID que advirtió de los defectos inherentes al predominio absoluto de la teoría de la voluntad (*pacta sunt servanda*); propuso como remedio la restauración de la cláusula a través de su teoría de la “presuposición” (*Voraussetzung*), que aunque tuvo inicialmente buena acogida, se rechazó finalmente en el texto definitivo por considerarla como autolimitación de la voluntad, lo que ponía en peligro la seguridad del tráfico jurídico (F.J. ANDRÉS SANTOS, «La cláusula *rebus sic stantibus* en el derecho privado europeo: un apunte histórico-dogmático», *Seminarios complutenses de derecho romano* 17 [2005], p. 165).

a resolver muchos problemas derivados de la situación anormal producida por los graves eventos descritos⁵³. Sin embargo, con el fin de legitimar a una de las partes a volverse atrás en el negocio acordado, que se había vuelto oneroso por las razones señaladas, los Jueces no siempre utilizaron el principio expresado como cláusula *rebus sic stantibus*; primero declararon “imposible” la ejecución del contrato en el sentido del § 275 del Código utilizado por ejemplo, el concepto de “imposibilidad económica de la prestación”. Después tuvo en cuenta la teoría de la base del contrato, elaborada por la doctrina. Finalmente la jurisprudencia ha oscilado entre la adopción de un criterio objetivo, el “equilibrio en la equivalencia de las prestaciones”, y un criterio subjetivo, de “venir a menos el hecho que constituye la base del negocio” (*Wegfall der Geschäftsgrundlage*)⁵⁴, ya que considera que la voluntad contractual se funda en la representación común que se hacen ambas partes sobre la subsistencia, la permanencia o la posibilidad en el futuro de verificarse determinadas circunstancias⁵⁵.

b) Francia

Los autores que intervinieron en la preparación del *Code*, recogieron directamente la doctrina del derecho romano, por lo que la cláusula les resultó extraña⁵⁶; de ahí que ni en el *Code* napoleónico de 1804 ni en el *Codice civile* italiano de 1865 en el que influyó, se observe ninguna huella o reconocimiento general de aquel principio.

Tanto la doctrina como la jurisprudencia francesa fueron completamente fieles al principio *pacta sunt servanda*, en el sentido de que en virtud del contrato, las partes están vinculadas a las declaraciones intercambiadas al concluirlo, y por lo tanto también a los cambios imprevisibles que se produzcan, no haciendo derivar

53. Para las resoluciones dadas por la judicatura, en relación con Alemania véase, VOLKMAR, *Travaux de la Semaine internationale de droit*, Paris 1937; sobre el tema de *Revisión des contrats par le juge*, pp. 15ss.

54. La interpretación objetiva a través de la teoría del colapso de la base del negocio a partir de P. OERTMANN, *Die Geschäftsgrundlage: ein neuer Rechtsbegriff*, Leipzig-Erlangen 1921.

55. En realidad se trataría de un eco de la teoría ya señalada por Eberhard, y por lo tanto de una variación de la vieja teoría de la cláusula *rebus sic stantibus*. Cfr. L. M^a MARTÍNEZ VELENCOSO, «La doctrina de la base del negocio en el Derecho alemán: antecedentes y nueva regulación en el 313 BGB», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* 681 (2004), pp. 283–330; K. LARENZ, *Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung*; LENEL, «La cláusula “*rebus sic stantibus*”», traducción de W. Roces en *Revista de Derecho Privado* (1923).

56. En los trabajos codificadores se tuvo muy en cuenta el tercer proyecto de Cambacérés, el de Jacqueminot, y los libros fundamentales del antiguo Derecho, en particular las grandes obras sistemáticas del Derecho común francés de G. Argou y F. Bourjon, así como *Les lois civiles dans leur ordre naturel* de J. DOMAT, y los numerosos *Traité*s de R.-J. POTHIER (cfr. F.J. ANDRÉS SANTOS y A. NÚÑEZ IGLESIAS, *Estudio preliminar, Código civil francés* [R. DOMINGO coordinador], Madrid 2005, pp. XLI–CIII). En los tratados de Domat y Pothier no fue acogida la cláusula como regla general.

los efectos más lejos de los que las partes mismas quisieran⁵⁷. Sin embargo diversas circunstancias hicieron variar ese estado de cosas⁵⁸.

El caso de la Compañía de Gas Burdeos, a raíz de la primera Guerra Mundial, hizo que el Consejo de Estado adujera la “teoría de la imprevisibilidad” para la aplicación de la cláusula; para esta doctrina, cuando se concluye un contrato cuyo desarrollo se prolonga durante un largo período en el tiempo, se entiende que los contratantes pactan teniendo en cuenta las circunstancias del momento o aquellas que podían prever normalmente, siendo la persistencia de tales circunstancias, en particular las económicas, condición tácita del mantenimiento en vigor del contrato⁵⁹.

Al finalizar la primera gran guerra se promulgó una ley (*loi Faillot* de 21 enero de 1918) por la que se admitía la resolución, con independencia de la situación de guerra, de aquellos contratos cuyo cumplimiento supusiera para una de las partes una carga demasiado onerosa o le ocasionase un perjuicio grave; es decir, cuya entidad excediese en mucho las previsiones que pudieran haberse hecho razonablemente en el momento del acuerdo. Y sucesivamente, otras leyes especiales admitieron la revisión de algunos contratos por el advenimiento de un cambio en las circunstancias originales que dieron lugar al acuerdo entre las partes.

Las difíciles relaciones económicas que se produjeron tras la segunda Guerra Mundial y la aplicación rígida del principio general *pacta sunt servanda*, hicieron de nuevo intervenir al legislador. Aunque tardíamente, la ley de 24 de abril de 1949, como la ley Faillot, permitió la resolución de los contratos concluidos antes

57. Véase P. ESMEIN, «Obligations», in PLANIOL-RIPERT, *Traité pratique de droit civil*, 2^o edition, vol. VI, n. 392; R. SAVATIER, «La théorie de l'imprévision dans les contrats», *Études de droit contemporain* II (1959). Sin embargo G. RIPERT, *La règle morale dans l'obligation civil*, Paris 1925, aunque rechaza la teoría de la imprevisión, termina por aceptar la influencia del riesgo imprevisible en el contrato, con fundamento en la moral; M. HAURIOU, «La teoría del riesgo imprevisible y los contratos influidos por instituciones sociales», *Revista de Derecho Privado* (1926).

58. R. RODIÈRE, *Les modifications du contrat au cours de son exécution en raison de circonstances nouvelles*, Paris 1986.

59. La aplicó el Consejo de Estado francés a raíz de la Primera Guerra Mundial, a la concesión otorgada a la Compañía de Gas Burdeos para el alumbrado de la ciudad, cuyas tarifas no podía mantener la Compañía sin arruinarse. El Consejo de Estado juzgó que “el contrato de concesión regula de una manera definitiva, hasta su expiración, las obligaciones respectivas de concesionario y concedente: la variación de cotización de las materias primas en razón de las circunstancias económicas constituye un alea del mercado que puede, según los casos, ser favorable o desfavorable al concesionario, quien queda a sus riesgos y peligros, reputándose que cada parte ha tenido en cuenta este alea en los cálculos y previsiones que ha hecho antes de vincularse. Pero cuando, en tiempo de guerra, a consecuencia de la ocupación por el enemigo de gran parte de las regiones productoras de carbón, y de la dificultad cada vez más considerable del transporte por mar, el alza sobrevinida en los precios del carbón sobrepasa los límites extremos de los aumentos que pudieron ser contemplados por las partes, la Compañía no está obligada a asegurar el funcionamiento del servicio de alumbrado en la condiciones previstas en el momento inicial”.

del 2 de noviembre de 1939 y de los concluidos después de esa fecha, cuando la guerra hubiese hecho excesivamente onerosa la prestación para una de las partes. Por su parte, Esmein⁶⁰, manifestaba su preocupación ante la inderogabilidad del principio *pacta sunt servanda* por parte de la doctrina francesa, ya que llevada a sus últimas consecuencias podría conducir a resultados indeseados.

c) Italia

Durante la vigencia del *Codice civile* italiano de 1865, la cláusula vivió una serie de vicisitudes. Algunas sentencias afirmaron la resolubilidad de los contratos de tracto sucesivo por un cambio imprevisible en la situación de hecho que dio lugar al mismo; por otra parte la doctrina puso en evidencia la distinción entre contratos de tracto sucesivo — de ejecución continuada o periódica — y contratos de ejecución instantánea pero diferida⁶¹.

Los primeros estudios que se realizaron desde esa óptica, aparecieron durante la guerra lítica, en la cual se dieron los presupuestos correspondientes para la aplicación de la tácita cláusula *rebus sic stantibus*. En particular la dificultad o imposibilidad de aprovisionamiento de bienes, el aumento de precios, y otras circunstancias similares. La Primera Guerra Mundial agravó ese estado de cosas, observándose un tendencia favorable a la aplicación de la cláusula por parte de la doctrina y jurisprudencia⁶².

Una ley de 1915 (D. Lt. 27-V-1915, n. 739) reconoció la eficacia liberatoria a la prestación que se hubiere hecho excesivamente onerosa a consecuencia de la guerra, cuando la obligación hubiese sido contratada con anterioridad. Era como si se considerara aplicable el antiguo artículo 1226 del *Codice civile*, es decir como una extensión del concepto de fuerza mayor⁶³. Pero en realidad, se trataría de la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* ya que en el caso de la excesiva onerosidad de la prestación prevista en la norma misma, no se verificaba la extinción *ipso iure* de la obligación, que es el efecto típico de la fuerza mayor, sino que se

60. ESMEIN, cit. en nota 57, n. 395ss.

61. Un estudio en G. OSTI, «Appunti per una teoria della sopravvenienza», *Rivista di Diritto Civile* (1913), pp. 471ss. y 647ss.

62. Puede verse una amplia reseña bibliográfica en M. ANDREOLI, «Revisione delle dottrine sulla sopravvenienza contrattuale», *Rivista Diritto Civile* (1938), pp. 309ss.; A. GIOVENE, *L'impossibilità della prestazione e la sopravvenienza*, Padova 1941, pp. 32ss., nota 2; C. BRACCIANTI, *Degli effetti della eccessiva onerosità sopravveniente nei contratti*, Padova 1947, n. 7ss.

63. El texto de la norma, n. 739 señalaba: *A tutti gli effetti dell'art. 1226 C.Civ., la guerra è considerata como caso di forza maggiore non solo quando renda impossibile la prestazione, ma anche quando la renda eccessivamente onerosa, purchè l'obbligazione sia stata assunta prima della data di mobilitazione generale.*

le otorgaba al contratante que se habría visto perjudicado, la facultad de resolver dicho contrato⁶⁴.

La jurisprudencia y la doctrina italiana fueron reacias a considerar la tácita cláusula *rebus sic stantibus* después de la guerra⁶⁵; sin embargo el legislador se vio muy pronto obligado a intervenir en algunos casos de arrendamientos de servicios públicos posibilitando a la Administración la facultad la resolución del contrato, la revisión o la disminución del precio acordado⁶⁶. La cláusula fue admitida con posterioridad, encontrándose ya en los primeros proyectos de reforma del Código civil, como el italo-francés de Código de las obligaciones y contratos y el primer proyecto del libro IV del Código de 1942. En este último, la cláusula *rebus sic stantibus*, fue acogida como principio general en los artículos 1467 y 1468, limitándose a las hipótesis en las que más frecuentemente se planteaba su aplicación por sobrevenir una excesiva onerosidad en la prestación⁶⁷.

Los supuestos en los que puede sobrevenir la excesiva onerosidad de la prestación que dificulte su ejecución, casi siempre suelen estar referidos al contrato de arrendamiento; así el artículo 1664 permite al arrendador proceder a una revisión del precio convenido, cuando por efecto de las circunstancias imprevisibles se hubiese verificado un aumento del coste de los materiales o de la mano de obra, tal, que determinase un aumento o disminución superior a la décima parte de dicho precio. Y reconoce al arrendador el derecho a una compensación equitativa, cuando su prestación se hubiere vuelto notablemente más onerosa, porque en el transcurso de la realización de la obra se produjeron dificultades en la ejecución, derivadas de causas geológicas, hidrológicas y similares, no previstas por la partes⁶⁸.

64. Es decir, bastaba la simple declaración de voluntad para resolver el contrato del cual derivaba la obligación que se había vuelto demasiado gravosa. En sentido contrario, Segrè, Giovene.

65. M. ANDREOLI, *Revisione delle dottrine sulla sopravvenienza contrattuale*, p. 309; jurisprudencia en pp. 366ss., nota 1; A. GIOVENE, *L'impossibilità della prestazione e la sopravvenienza*, p. 32; C. BRACCIANTI, *Degli effetti della eccessiva onerosità sopravveniente nei contratti*, n. 7.

66. En virtud del D-L 20-VI- 1915, n. 890, se hacía obligatorio el cumplimiento del contrato con independencia de que sobrevinieran acontecimientos que hicieran más gravosa la obligación del arrendador, no admitiéndose la posibilidad de resolución sino como facultad discrecional reservada a la Administración (según el D. Lt. 6-II-1919, n. 107), después la revisión (R.D. 8-II-1923, n. 422, art. 9) y por otros procedimientos sucesivos, en caso de variaciones de los precios, se exigía la disminución o un cierto porcentaje respecto a la prestación estipulada en el momento del contrato.

67. No sólo para los contratos de ejecución continuada, periódica o de tracto sucesivo, sino también para todos los contratos de ejecución simplemente diferida; cfr. el artículo 1467 y 1468 del *Codice Civile*. Véase DÖOR ZEGERS, «Notas acerca de la teoría de la imprevisión», *Revista Chilena de Derecho* 12 (1985).

68. Artículo 1664 *Codice Civile*: *Qualora per effetto di circostanze imprevedibili si siano verificati aumenti o diminuzioni nel costo dei materiali o della mano d'opera, tali da determinare un aumento o una diminuzione superiori al decimo del prezzo complessivo convenuto, l'appaltatore o il committente possono chiedere una revisione del prezzo medesimo. La revisione può essere accordata solo per quella differenza che eccede il decimo. Se nel corso dell'opera si manifestano*

También, y a imitación del derecho alemán, procedería su aplicación cuando del empeoramiento de las condiciones patrimoniales de una de las partes se derivase la posibilidad de un perjuicio a la contraparte y no se hubiesen dado garantías idóneas. Así, se reconoce al contratante el derecho de suspender la ejecución de su prestación debida, cuando hubiere señales de que se ha puesto en peligro la consecución de la contraprestación (art. 1461)⁶⁹; y también al que ha prometido dar en mutuo, se le concede la posibilidad de abandonar el cumplimiento de su obligación, si por la misma razón advirtiera que le sería notablemente difícil obtener la restitución de la cantidad prestada (art. 1822)⁷⁰. En la actualidad, en el Derecho italiano, “la excesiva onerosidad de la prestación sobrevenida por causas extraordinarias” permite al deudor diligente resolver el contrato todavía no cumplido, o modificar de manera equitativa las condiciones del contrato, según previenen los artículos 1467 y 1468⁷¹.

La teoría de la tácita cláusula *rebus sic stantibus* no ha tenido aplicación sólo en el campo del derecho privado sino también en el ámbito del derecho público, en concreto en el derecho internacional. En relación con éste, fue tratado en las obras de Grocio y otros autores; sólo señalaremos que mientras que la mayor parte de la doctrina moderna atribuye como fundamento de la extinción de los Tratados internacionales al sobrevenir cambios de la situación, la presunta voluntad de los mismos Estados contratantes, algunos iuspublicistas consideran justificada la caducidad e inobservancia de los tratados al estar subordinadas las obligaciones mismas a los intereses propios de cada Estado. Pero en todo caso nos hallamos ante criterios políticos y no propiamente de derecho, por lo que dejamos su análisis a los especialistas⁷².

difficoltà di esecuzione derivanti da cause geologiche, idriche e simile, non previste dalle parti, che rendano notevolmente più onerosa la prestazione dell'appaltatore, questi ha diritto a un equo compenso.

69. Véase el vigente artículo 1461: *Ciascun contraente può sospendere l'esecuzione della prestazione da lui dovuta, se le condizioni patrimoniali dell'altro sone divenute tali da porre in evidente pericolo il conseguimento della controprestazione, salvo che sia prestata idonea garanzia.*
70. Artículo 1822: *Chi ha promesso di dare a mutuo può rifiutare l'adempimento della sua obbligazione, se le condizioni patrimoniali dell'altro contraente sono divenute tali da rendere notevolmente difficile la restituzione, e non gli sono offerte idonee garanzie.*
71. Para el supuesto de contratos con obligaciones para una sola parte, ésta puede solicitar una reducción de su prestación o una variación de la modalidad de ejecución suficiente para reconducirla a la equidad (a. 1468). Véase un estudio completo de las teorías existentes en la actualidad, M. GARCÍA CARACUEL, *La alteración sobrevenida de las circunstancias contractuales*, Madrid 2014.
72. La doctrina de derecho internacional es numerosa; véase, G. JELLINEK y R. QUADRI, *Diritto internazionale pubblico*, 2ª edición, Nápoles sin fecha (c. 1956), pp. 51ss. y bibliografía en p. 156; Véase también en *NssDI*, p. 360. J.W. GARNER, «The doctrine of “rebus sic stantibus” and the termination of Treaties», *American Journal of International Law* (1927), pp. 264ss.; J. FISHER WILLIAMS, «The permanence of Treaties: the doctrine of “rebus sic stantibus”», *American Journal of International Law* (1928), pp. 89ss. F.J. URRUTIA, «La codification du droit

7. La cláusula *rebus sic stantibus* en España. Límites racionales y reciente evolución

En el derecho español los principios de derecho romano penetraron a través de las Partidas.

El Derecho de las *Partidas* de Alfonso X, en 1256, en materia de obligaciones contemplaba tan sólo un *numerus clausus* de contratos siguiendo la regulación justiniana. Por su parte el Ordenamiento de Alcalá, de 1348, estableció: “*sea valedera la obligación o el contrato que fueron hechos, en cualquier manera que parezca que alguno se quiso obligar a otro e facer contracto con él*”⁷³, alejándose así de la formalista construcción justiniana⁷⁴ y, por lo tanto, dando mayor valor a la autonomía de la voluntad.

En la actualidad el principio de libertad de la voluntad contractual está presente en los artículos 1091, 1258, 1278 y del Código Civil español.

El Código Civil inicia la regulación de las obligaciones, en el libro IV, precisamente con el tratado de la fuentes. Según el artículo 1089, *las obligaciones nacen de la ley, de los contratos y cuasicontratos, y de los actos y omisiones ilícitos o en que intervenga cualquier género de culpa o negligencia*. Como se ve, enumera en segundo lugar los contratos. Realzando su carácter de *lex privata*, dispone el 1091:

internacional en Amerique», *Recueil des Cours de l'Académie de droit International*, La Haya 1928, II, pp. 85ss.; G. BISCONTINI, «La teoria della sopravvenienza nel diritto internazionale», *Annali diritto internazionale* (1951), p. 27. Véase Q. RIPOLLÉS, *La cláusula “rebus sic stantibus”*, Derecho Internacional, Enciclopedia Jurídica Seix, p. 204–208: Grocio la ideó para el supuesto concreto del embajador que da por terminada su misión por variar radicalmente las circunstancias que motivaron su nombramiento. L. SICO, voz *rebus sic stantibus*, in *Enciclopedia del Diritto*, Giuffrè edit. 1988, pp. 13–26. J.A. PASTOR RIDRUEJO, «La doctrine *rebus sic stantibus*, à la Conference de Vienne de 1968 sur le droit des traités», *Annuaire suisse de droit international* (1968), pp. 81ss.; M. PÉREZ GONZÁLEZ, «La retirada de una organización internacional: sus efectos sobre los regímenes convencionales conexos con la calidad de miembro», *Revista Española de Derecho Internacional* (1971), pp. 79ss.

73. *Ordenamiento de Alcalá*, Título 16, Ley única. Véase el ejemplar nº 176 de la publicación del Ordenamiento de Alcalá de Alfonso XI en 1348, realizado por la editorial Lex Nova, Valladolid 1960, sobre el original de 1774 (cedido por un particular), con anotaciones de Ignacio Jordán de Asso y del Río, y Miguel de Manuel y Rodríguez, disponible en http://books.google.es/books?id=JUGEAAAIAAJ&pg=PA1&hl=es&source=gbs_toc_r&cad=3#v=onepage&q&f=false.
74. Por otra parte, cabe señalar que en el Derecho aragonés, de origen consuetudinario, la regla *standum est chartae* no significa otra cosa sino que los pactos deben cumplirse, aunque de ello pareciera deducirse la necesidad de su formulación por escrito (*Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, de G. CABANELLAS, 18 edición, Buenos Aires 1981); apotegmas similares aparecen en el siglo XIII en Europa; baste señalar en Francia, *convenances vaincent loi*, o en Inglaterra las *leges Henrici: pactum enim legem vincit...et amor iudicacium*; véase por su interés, J.M. RECIO, «El principio *Standum est Chartae*. Concepto e historia», *Cuadernos Lacruz Berdejo* 1 (2004) sobre el origen, sentido, límites y aplicación del principio; y el estudio de V. CAZCARRO, «*Standum est chartae*: ¿existe hoy un requisito formal (documento) para su aplicación?», *Cuadernos Lacruz Berdejo* 6 (2009) disponibles en <http://derecho-aragones.net/cuadernos/document.php?id=102>.

las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse al tenor de los mismos⁷⁵. La Jurisprudencia del Tribunal Supremo en sentencias de 3 de noviembre de 1992 y 16 marzo 1995 lo relaciona con el principio *pacta sunt servanda* y considera que como regla general, prevalece ante el principio “*rebus sic stantibus*” conforme al cual en todo contrato se subentienden incorporadas las circunstancias que predominaban al momento de su perfeccionamiento.

El artículo 1254 a su vez señala que *el contrato existe desde que una o varias personas consienten en obligarse, respecto de otras, a dar alguna cosa o prestar algún servicio*; el artículo 1255 autoriza a los contratantes para *establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público*; y el artículo 1278 señala que *los contratos serán obligatorios, cualquiera que sea la forma en que se hayan celebrado, siempre que en ellos concurran las condiciones esenciales para su validez*, preceptos, todos ellos, enraizados con la más antigua tradición jurídica presente ya en nuestros derechos históricos.

La confrontación entre el principio de seguridad contractual (*pacta sunt servanda*, “los contratos son para cumplirlos”) y el mantenimiento de la equivalencia de las prestaciones (cláusula *rebus sic stantibus*) se ha pretendido superar, a favor de esta última, argumentando que dicha cláusula se encuentra implícita en todo contrato por voluntad presunta de las partes. Sin embargo dicho planteamiento es erróneo, y, además confuso, porque hay quienes acaban por creer que es necesario insertarla en el contrato. La virtualidad propia de la cláusula *rebus sic stantibus* (ajustar el contenido contractual a las nuevas circunstancias o declarar su ineficacia para el futuro) no se derivaría de pacto entendido alguno, ni de la voluntad presunta de las partes, ni se trataría de una cláusula contractual en el sentido convencional de regla prevista e insertada en el contrato por las partes. Al contrario, se trataría sencillamente de una aplicación concreta a los contratos de ejecución temporalmente diferida, de las reglas de integración contractual imperativamente previstas por el artículo 1258 del Código civil que, por principio, son indisponibles por la voluntad de las partes (sea presunta, implícita, tácita o declarada)⁷⁶.

75. J.L. LACRUZ, *Elementos*, II, *Derecho de obligaciones*, vol. I, 3ª edición revisada y puesta al día por F. RIVERO, pp. 117–118; bibliografía actual sobre derecho de contratos, en p. 339; C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *Curso de Derecho Civil*, II, 4ª ed. 2014, pp. 56ss.; PUIG PEÑA, *Tratado de Derecho civil, Teoría general del Derecho de obligaciones*, 1957; también PUIG PEÑA, Voz “contrato”, in *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*; sobre la fuerza obligatoria del vínculo, pp. 199ss. y en el apartado Derecho romano, la revisibilidad y/o permanencia del contrato, principio general *pacta sunt servanda*, pues contratar es prever, p. 329.

76. En nuestros derechos especiales, la vigente Compilación de Derecho foral navarro de 1973, prevé la revisión judicial por alteración de las circunstancias en términos moderados y prudentes. En efecto, la ley 493, párrafo 3º dice: *cuando se trate de obligaciones de largo plazo o tracto sucesivo, y durante el tiempo de cumplimiento se altere fundamental y gravemente el*

En efecto, en los contratos de tracto sucesivo o de prestación diferida en el tiempo, puede ocurrir que las circunstancias presentes en el momento de la celebración del mismo, y que fueron relevantes para determinar su contenido, experimenten modificaciones sustanciales durante la fase de ejecución del contrato que provoquen un notable desequilibrio entre las recíprocas prestaciones a que se obligaron las partes, motivo por el cual cada vez es más frecuente que en los procedimientos judiciales se alegue la cláusula *rebus sic stantibus* con el fin de lograr restaurar el equilibrio originario entre las prestaciones de las partes, corrigiendo las desviaciones derivadas de circunstancias no previstas y haciendo viable el cumplimiento de los contratos.

La doctrina de la cláusula fue recibida en nuestro ordenamiento jurídico con gran cautela ampliándose su consideración a través de algunos pronunciamientos jurisprudenciales que, abandonando de modo decidido la concepción decimonónica de intangibilidad esencial del contrato, defendieron que la exposición del mismo al acaecimiento de circunstancias imprevistas tenía, necesariamente, que permitir su modificación⁷⁷.

contenido económico de la obligación o la proporcionalidad entre las prestaciones, por haber sobrevenido circunstancias imprevistas que hagan extraordinariamente oneroso el cumplimiento para una de las partes, podrá ésta solicitar la revisión judicial para que se modifique la obligación en términos de equidad o se declare su resolución. Así mismo, para un caso particular, el párrafo 2º dice: *el acreedor de cantidad de dinero tendrá que aceptar un objeto distinto si el juez estima justa la sustitución por haberse hecho excesivamente gravosa la prestación debida.*

77. Puede verse, F. PUIG PEÑA, «La cláusula “rebus sic stantibus”», in *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*, pp. 199 ss. De manera general, la doctrina y bibliografía española expuesta en nuestros Manuales de Derecho civil, Parte general, y Teoría general de las obligaciones. LENEL, *La cláusula “rebus sic stantibus”*, cit., p. 193, F. CANDIL, *La cláusula “rebus sic stantibus”*, Sevilla 1942 y 2ª edición, Madrid 1946; M. HAURIOU, *La teoría del riesgo imprevisible*, pp. 1ss.; r; SÁNCHEZ JIMÉNEZ, *El riesgo imprevisible en la vida del Derecho Privado*, Madrid s.f.; L. ENNECERUS, *Derecho de obligaciones*, traducción española de B. PÉREZ GONZÁLEZ Y ALGUER; A. VELASCO, «La prestación agobiante», *Revista Derecho Mercantil* (1948); J. PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil II-2º* 4ª edición; R.M. ROCA SASTRE, *El problema de la alteración de las circunstancias*, *Estudios de Derecho Privado*, Barcelona 1948, I, pp. 233ss.; R. BADENES, *El riesgo imprevisible (influencia de la alteración de las circunstancias en la relación obligacional)*, Barcelona 1946; K. LARENZ, *Base del negocio y cumplimiento del contrato*, traducción española de Fernández Rodríguez, Madrid 1956; J. LLUIS Y NAVAS, «La llamada cláusula *rebus sic stantibus* como delimitación del alcance del principio de que los pactos han de ser observados», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* (1956), pp. 370ss.; J. BELTRÁN DE HEREDIA, *El cumplimiento de las obligaciones*, Madrid 1956; R. GÓMEZ-FERRER SAPIÑA, «Algunas consideraciones en torno a *rebus sic stantibus* en Derecho interno e internacional», *Revista de Derecho Notarial* (1970), enero-marzo, pp. 103ss.; V. ESPERT, *La frustración del fin del contrato*, Madrid 1968; J.V. GAVIDIA SÁNCHEZ, «Presuposición y riesgo contractual», *Anuario Derecho Civil* (1987), pp. 525ss.; M.P. SÁNCHEZ GONZÁLEZ, «Algunas notas para la elaboración de la doctrina jurisprudencial sobre la cláusula *rebus sic stantibus*», *Actualidad Civil* (1990-2), pp. 429ss.; C. AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, *La cláusula “rebus sic stantibus”*, Valencia 2003. L. Mª MARTÍNEZ VELENCOSO, «La doctrina de la cláusula *rebus sic stantibus* en la jurisprudencia española», *Revista de Derecho patrimonial* 11 (2003), pp. 369-384; la misma Autora en «La doctrina de la base del negocio en el Derecho alemán; antecedentes y nueva regulación en el 313

Aunque el primer supuesto en el que se intentó hacer valer la alteración fue a raíz de la Primera Guerra Mundial, y fue esbozado por el Consejo de Estado francés (a propósito de la concesión a la Compañía de Gas de Burdeos para el alumbrado de la ciudad, cuyas tarifas no podía mantener la Compañía sin arruinarse) tal y como se ha examinado en páginas anteriores, en España sólo después de la guerra civil se planteó el problema en toda su dimensión.

La Ley de 5 de noviembre de 1940 estableció determinadas causas de anulabilidad, resolución y revisión para algunos negocios jurídicos, orientadas en el sentido de considerar la doctrina del riesgo imprevisible, entendida en un sentido genérico, comprensiva de la de la cláusula *rebus sic stantibus*⁷⁸.

La sentencia del Tribunal Supremo de 14 de diciembre de 1940⁷⁹ fue la primera en ocuparse de él, y aunque negó en el supuesto la revisión del contrato “por no haber llegado la alteración de los precios a dimensiones tan excepcionales ni ser totalmente imprevisible”, admitió que en casos extraordinarios podría producirse. En este sentido algunos de los primeros fallos del Tribunal Supremo adoptaron esta doctrina, como las sentencias de 17 de mayo de 1941⁸⁰ y de 11 de junio de 1951⁸¹:

La cláusula *rebus sic stantibus*, que autoriza el acoplamiento de lo convenido a las nuevas circunstancias sobrevenidas que alteran la base económica del contrato y rompen el equilibrio originario de las recíprocas prestaciones, circunstancias que sí autorizan a la Compañía del N. para elevar sus tarifas por depreciación del poder adquisitivo del dinero, por aumento exorbitante del precio de los elementos necesarios para realizar el transporte, o por otros motivos semejantes.

La sentencia del Tribunal Supremo de 13 de junio de 1944, paradigmática en opinión de la doctrina⁸², acogió y aplicó la tesis de la modificabilidad de los términos

BGB», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* 681 (2004), pp. 283–330; G. GARCÍA CANTERO, Revisión a CASTÁN, *Derecho civil español comun y foral*, tomo 3º, *Derecho de obligaciones*, 17 edición, Madrid 2008, pp. 755–775; F.J. ORDUÑA MORENO y L. Mª MARTÍNEZ VELENCOSO, *La moderna configuración de la cláusula rebus sic stantibus. Tratamiento jurisprudencial y doctrinal de la figura*, Pamplona 2013. Últimamente M. GARCÍA CARACUEL, *La alteración sobrevenida de las circunstancias contractuales*, Madrid 2014.

78. Véase S. MORO LEDESMA y A. HERNÁNDEZ GIL, «En torno a la ley de 5 de noviembre de 1940, sobre contratación en zona roja», *Revista de Derecho Privado* (1941), pp. 17 ss y en folleto aparte.

79. La ley de 5 de noviembre de 1940, sobre contratación en zona roja ya establecía determinadas causas de anulabilidad, resolución y revisión para algunos negocios jurídicos, recogiendo la tesis en ciertos aspectos; ello se vio reflejado en la STS de 14 de diciembre de 1940, *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi* (a partir de ahora RJ), 1940, 1135. *Comentario* en J. OSSORIO Y MORALES, *Revista de Legislación y Jurisprudencia* (1941), tomo I, pp. 254 ss.

80. Un estudio sobre la misma A. POLO, *Revista de Derecho Privado* (1941), pp. 453–458.

81. RJ, 1951, 1649. Aunque B. PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER consideraron que en la STS de 25 de marzo de 1913, ya había un atisbo de resolución del contrato por alteración de las circunstancias básicas del negocio.

82. Por todos Puig Peña, García Cantero, Lacruz, Martínez de Aguirre, obras y autores ya citados.

del contrato, en un supuesto concluido con anterioridad a la Guerra civil española y exigido en las mismas condiciones tras la misma. Se trataba de un contrato de venta de aceite, concluido y pagada la mercancía, con los aceituneros de Jaén cuyo suministro fue impedido durante la contienda. Tras la misma, el comprador exigió que éstos le siguieran entregando el producto en las condiciones, cantidad y precios pactados con anterioridad, siendo que el precio del aceite se había elevado considerablemente. La sentencia reconoció la vigencia del principio *pacta sunt servanda* “por lo que sólo con gran cautela y notoria justificación se podrá hacer uso de la facultad modificadora” la cual ejerció el TS “conjugando los múltiples factores que concurren, en términos que sin anular el rendimiento lícito que se espera en el negocio mercantil, mantenga su originario carácter conmutativo y la consiguiente equivalencia de las prestaciones”.

Los graves e inesperados acontecimientos que estamos viviendo a raíz de la crisis económica que nos asola, han motivado una mayor flexibilidad a la hora de admitir la aplicación de esta cláusula, como se puede comprobar tras algunos de los recientes pronunciamientos de nuestros Tribunales.

La cláusula *rebus sic stantibus* se aplica de modo preferente a aquellos contratos que, por su naturaleza, están más expuestos a los cambios en las circunstancias sobre las cuales se perfeccionaron. Estos contratos deben reunir como características esenciales: ser sinalagmáticos, esto es, bilaterales, recíprocos y conmutativos⁸³; de tracto sucesivo o ejecución continuada⁸⁴; estar expuestos a un hecho futuro.

Al tratarse de una construcción fundamentalmente doctrinal y jurisprudencial, ha sido la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo la que ha establecido los requisitos que necesariamente deben concurrir para su aplicación. Es criterio recurrente y consolidado por parte del Tribunal Supremo⁸⁵, que sólo podrán ser objeto de reequilibrio por aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*, los contratos que tengan las características ya señaladas, y en los que se produzca:

1. Una alteración extraordinaria de las circunstancias, es decir, un cambio fundamental de la base fáctica del contrato, de modo que las circunstancias de hecho en las que se perfeccionó el mismo se vean sustituidas por otras que difieran sustancialmente de aquéllas, de tal manera que de haber conocido las partes las

83. Tal y como puso de manifiesto la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de abril de 1991 (RJ, 1991, 2691) que declaró que procedería aplicarla “cuando durante el transcurso del plazo contractual se hubieran producido circunstancias tan inusitadas que rompan el necesario equilibrio sinalagmático entre las prestaciones de las partes”.

84. De modo que, cuanto más se extienda en el tiempo la vigencia de un contrato, más susceptible será de beneficiarse de su aplicación, en la medida en que tendrá una exposición mayor a hechos que puedan producir un desequilibrio en las prestaciones; pero también en los contratos que previenen una prestación instantánea y no aplazada puede plantearse la necesidad de su modificación cuando se retrase el cumplimiento y sobrevengan entre tanto circunstancias imprevisibles y suficientes.

85. SSTs de 4 de febrero de 1995 (RJ, 1995, 739) y 21 de marzo de 2003 (RJ, 2003, 2762).

nuevas circunstancias emergidas, no habrían perfeccionado el vínculo contractual en los términos en los que efectivamente lo hicieron.

2. Que como consecuencia de dicha alteración, resulte una desproporción exorbitante y fuera de todo cálculo entre las prestaciones convenidas. Es necesario que la alteración extraordinaria de las circunstancias que constituyen la base del negocio jurídico-contractual produzca una ruptura total de los términos de reciprocidad y equivalencia entre las prestaciones en los que el contrato se perfeccionó, de manera que esta equivalencia quede reducida a su mínima expresión, dando lugar a un desequilibrio entre las obligaciones asumidas por cada parte en la medida en que, mientras una de ellas sigue obligada a cumplir con sus obligaciones en los términos inicialmente previstos, la otra queda total o parcialmente liberada del cumplimiento de sus obligaciones, o bien ve cómo el valor de su prestación se reduce de un modo radical.

3. Superveniencia de circunstancias totalmente imprevisibles; es decir, que las nuevas circunstancias fueran imprevisibles para las partes en el momento de la celebración y que quien alegue la cláusula tenga buena fe y carezca de culpa. La causa de la desproporción deberá ser calificada como imprevisible cuando resulte que ninguna de las partes podía razonablemente tenerla en cuenta en el momento de perfeccionarse el contrato, desplegando para ello la diligencia exigible.

4. Que no exista otro medio, jurídicamente hablando, de remediar el desequilibrio sobrevenido de las prestaciones.

La doctrina y la jurisprudencia siguiendo la más antigua tradición jurídica referida, son unánimes al considerar que la cláusula *rebus sic stantibus* es una institución marcadamente residual, lo que significa que sólo se aplicará en defecto de pacto expreso de las partes. Por consiguiente cuando éstas, en ejercicio de la autonomía de su voluntad, hayan determinado un medio específico para corregir las desigualdades sobrevenidas entre sus recíprocas prestaciones, o hayan renunciado de modo expreso a este reequilibrio, no podrán someterse al mandato de esta cláusula⁸⁶.

Cuando concurren los requisitos anteriormente expuestos, el Tribunal Supremo hace prevalecer el principio de conservación (*pacta sunt servanda*), negando efectos rescisorios, resolutorios o extintivos, considerando que lo ordinario es la modificación de los términos del contrato a fin de adaptarlos a la nueva situación⁸⁷. Sin embargo es reacio a considerar la revisabilidad por aplicación

86. Así, por ejemplo, sentencias de 19 de junio de 1996, (RJ, 1996, 5102), ó 10 de febrero de 1997 (RJ, 1997, 665) tomadas como referente por la jurisprudencia posterior.

87. SSTS, 17 mayo 1957; 6 junio 1959; 13 marzo 1987; 23 abril 1991. Véanse los comentarios en *Civitas*. R.M. ROCA SASTRE (*El problema de la alteración de las circunstancias*, pp. 236ss.) considera que la revisión más que la resolución, puede ofrecer resultados de mayor equidad y conveniencia; por su parte R. BADENES (*El riesgo imprevisible*, pp. 61ss.) entiende que

de la cláusula *rebus sic stantibus*, y más bien prefiere, no obstante dar lugar a la revisión, fundamentarla en otras causas como la diversa intención de las partes, la buena fe, la equidad, o la base del negocio⁸⁸.

La revisabilidad no está acogida como regla por nuestro Código, pero puede ser considerada en base a los principios generales del derecho, con todas las caute- las necesarias, y siempre que concurren los debidos requisitos⁸⁹. Doctrina reciente considera que la invisible cláusula podría tomar cuerpo en una determinada fór- mula legal, como sucede en algunos países de nuestro entorno⁹⁰ y en ese sentido puede señalarse que aparece contenida en el artículo 1213 del Anteproyecto de ley de Modernización del Código civil español en materia de obligaciones y contratos.

La Jurisprudencia, en su labor de necesaria adaptación de las instituciones a la realidad social del momento, ha apreciado esta cláusula dándole una configuración completamente normalizada, reconocida ya en sentencias de 17 y 18 de enero de 2013⁹¹ en donde se señala 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, también responde a la nueva configuración que de esta figura ofrecen los principales textos de armonización y actualización en materia de inter- pretación y eficacia de los contratos (principios *Unidroit*, Principios Europeos de la contratación o el propio Anteproyecto relativo a la Modernización del derecho de obligaciones y contratos de nuestro Código civil)”, “que ello no quiere decir que su aplicación sea automática sino que deberá examinarse que el cambio operado comporte una situación jurídica digna de atención en los casos que se planteen, siendo las notas de imprevisibilidad y excesiva onerosidad en el cumplimiento de la prestación por la parte afectada, probadas en el caso”. La tendencia de

deben concederse poderes al juez para adoptar, en vista de las circunstancias que en cada caso concurren, las medidas oportunas (resolución o modificación). De la misma opinión es A. GUZMÁN BRITO, «El significado histórico de las expresiones Equidad Natural y Principio de Equidad en el Derecho Chileno», *Revista de Ciencias Sociales, U. de Valparaíso* 18–19 (1981), pp. 111ss.

88. L. Díez PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, t. I, 2ª edición, p. 888; J. PUIG BRUTAU, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, t. II, 1º, pp. 394ss., no obstante, propugnaba una reforma legislativa en el sentido de los artículos 1467 y ss. del Código civil italiano de 1942.
89. Véase F. PUIG PEÑA, *Enciclopedia Jurídica Seix, Conclusiones*; HEWARD, *Précis élémentaire de Droit Civil*, t. II, Paris 1929, pp. 98ss; DHUALDE, *La cláusula r.s.s., relatividad contractual, Temas varios de Derecho público y privado del Colegio Notarial de Barcelona*, Barcelona 1943, pp. 25ss; GIOVENE, *L'impossibilité*, Padova 1941; R. BADENES, *El riesgo imprevisible*, pp. 56 y 61.
90. Como la *Geschäftsgrundlage* prevista en el párrafo 313 del BGB desde 2002; en Países Bajos con anterioridad (1992); Italia desde 1942: la excesiva onerosidad sobrevenida; véase A. NÚÑEZ IGLESIAS, «Recensión a F.J. ORDUÑA MORENO y L. Mª MARTÍNEZ VELENCOSO, *La moderna configuración de la cláusula rebus sic stantibus. Tratamiento jurisprudencial y doctrinal de la figura*», *Anuario de Derecho Civil* (julio–septiembre-2014), p. 1059.
91. SSTS números 820 y 822, 2012.

normalización en su aplicación se consagra definitivamente en la reciente STS de 30 de junio de 2014⁹².

8. Derecho comparado⁹³

Como se ha visto a lo largo de este trabajo, en el ámbito del *civil law*⁹⁴ tras diversas vicisitudes, en algunos ordenamientos aparece expresamente formulada la cláusula, en otros se ha tenido en cuenta por la doctrina y la jurisprudencia predominando siempre la idea de su aplicación prudente o interpretación restrictiva. En Francia, a través de la teoría de la imprevisión o la doctrina de la causa. En España, ante el silencio del CC, ha sido la jurisprudencia del TS la que ha hecho un abundante uso de la misma con grandes cautelas y carácter restrictivo. En Italia, de manera expresa, se adopta la forma de una prevención ante el agravamiento excesivo de la prestación en el artículo 1467 del *Codice Civile*. El nuevo Código civil holandés (art. 6:258) regula esta situación en la rúbrica de “circunstancias imprevistas”, en aplicación del principio general de buena fe. Los códigos civiles de Grecia (art. 388) y Portugal (art. 437) otorgan al juez un amplio poder para adaptar el contrato a las nuevas circunstancias o para darle fin completamente. En Alemania, a través de la teoría del colapso de la base del negocio, o de la causa eficiente del contrato, (que ha influido en los países de su entorno, como Austria)⁹⁵, se ha llegado a su consagración en el BGB (§ 313)⁹⁶, en consonancia

92. Véanse directamente los argumentos expuestos por el ponente general en la STS 30 junio 2014, el magistrado F.J.ORDUÑA MORENO, Resolución 333/2014 en <http://www.poderjudicial.es/tribunalsupremo>.

93. Una investigación desde el punto de vista del Derecho comparado puede verse en P. ABAS, *Rebus sic stantibus. Eine Untersuchung zur Anwendung der clausula rebus sic stantibus in der Rechtsprechung einiger europäischen Länder*, Köln–Berlin–Bonn–München 1993, 2ª ed. y K. ZWIEGERT y H. KÖTZ, *Introducción al derecho comparado*, pp. 559ss. G. HAMMER, *Frustration of Contract, Unmöglichkeit und Wegfall der Geschäftsgrundlage*, Berlin 2001, cit. por F.J. ANDRÉS SANTOS, *La cláusula rebus sic.*, p. 167. J. GORDELEY, «Impossibility and Changed and Unforeseen Circumstances», *American Journal of Comparative Law* 52 (2005), pp. 513ss.; A. KARAMPATZOS, «Supervening Hardship as Subdivision of the General Frustration Rule: A Comparative Analysis with Reference to Anglo-American, German, French and Greek Law», *European Review of Private Law* 13 (2005), pp. 105ss.

94. Los países de tradición jurídica romano-canónica o de Derecho civil.

95. J.M. RAINER, «Alcune osservazioni sulla causa contractus nel diritto austriaco», en L. VACCA (a cura di), *Cause e contratto nella prospettiva storico-comparatistica*, Torino 1997, pp. 233ss. Cfr. § 36, § 1052, § 1170 (a) ABGB.

96. Esta doctrina del *wegfall der Geschäftsgrundlage* fue seguida mayoritariamente por la jurisprudencia sobre la base del principio de buena fe contenido en el § 242, por lo que ha actuado como una especie de procedimiento de concreción de una de las cláusulas generales más significativas del BGB (F.J. ANDRÉS SANTOS, *La cláusula rebus sic*, p. 168 con bibliografía alemana a pie de página sobre la nueva redacción del § 313).

con las corrientes actuales en el marco del Derecho uniforme de la contratación internacional (Principios Unidroit, arts. 6.2.1 y 6.2.2)⁹⁷.

El *common law* inglés, por su parte, ha mantenido hasta el momento la figura de la *frustration of contract*, institución emparentada con la cláusula *rebus sic stantibus* e instrumento de liberación del deudor por causa de la alteración de las circunstancias⁹⁸. Partiendo el derecho inglés de dos fuentes históricas claramente definidas, mediante la primera de las decisiones (caso *Taylor vs. Caldwell*) sentó el principio de que la parte se libera de su obligación contractual (y, en consecuencia, de la responsabilidad de los daños y perjuicios causados por el incumplimiento) cuando la ejecución del contrato requiere la existencia de un objeto particular, el cual es destruido accidentalmente antes de que se cumpla el plazo fijado para la ejecución. Posteriormente este principio se extendió en varias direcciones⁹⁹. La segunda fuente de la doctrina inglesa actual, se originó en una serie de casos de imposibilidad de cumplimiento en la esfera de derecho marítimo (*Geipel vs. Smith*)¹⁰⁰. Desde la Primera Guerra Mundial los tribunales ingleses fusionaron ambos tipos de decisiones para dar lugar a la doctrina de la frustración del contrato. En la actualidad se aplica en los casos de imposibilidad factual o legal, en los casos de frustración de propósito y, en los casos en que el cambio de circunstancias retrase la ejecución o altere la naturaleza de ésta hasta el punto de que el cumplimiento de las obligaciones resultaría, en lo sucesivo, algo completamente distinto de lo que se proponían las partes en el momento de la formación del contrato¹⁰¹.

De lo anteriormente expuesto se puede concluir que en el Derecho internacional se observa un gran consenso en los resultados respecto a las reglas aplicables al incumplimiento de contrato.

En Derecho privado europeo el tema tratado en esta sede se contempla en los Proyectos privados de codificación europea sobre contratos, donde se preven

97. D. CORAPI, «L'equilibrio delle posizioni contrattuali nei principi Unidroit», in *Iuris Vincula, Studi in onore di Mario Talamanca*, vol. II, Napoli, 2001, pp. 227ss. D. MORAN BOVIO, *Incumplimiento en Comentarios a los Principios de Unidroit para los contratos de comercio Internacional*, Pamplona 1999, pp. 317ss. A. VAQUER ALOY, «Incumplimiento del contrato y remedios», in S. CAMARA LAPUENTE, *Derecho Privado Europeo*, Madrid 2003, pp. 525-550 y bibliografía en notas a pie de página.

98. La doctrina inglesa del efecto de las circunstancias alteradas sobre los contratos (doctrina de la frustración del contrato) parte de dos fuentes históricas claramente definidas (caso *Taylor vs. Caldwell* 1863, 3B. & S. 826, 122 English Reports (1387-1865), p. 309 y *Geipel vs. Smith* 1872, Law Reports 7 Queen's Bench (1865-1875), p. 404.

99. *Robinson vs. Davidson*, 1871, LR 6 Ex.269; *Nickoll vs. Ashton*, 2 KB 126 y en los célebres casos de la coronación (*Krell vs. Henry*, 1903, 2 KB 740).

100. *Geipel vs. Smith* 1872, Law Reports 7 Queen's Bench (1865-1875), p. 404; *Jackson vs. Union Marine Ins. Co.*, 1873, LR 8 CP 572; *Dahl vs. Nelson*, Donkin & Co., 1881, 6 App. Cas.38.

101. K. ZWEIGERT y H. KÖTZ, *Introducción al Derecho comparado*, pp. 559ss.

algunas soluciones¹⁰². Así, pro ejemplo, en el artículo 97 del Proyecto de Pavía¹⁰³ se regula la posibilidad de cumplimiento tardío o parcial, y de una nueva negociación, en el apartado 1º; a continuación se prevé la extinción de la obligación del deudor, salvo que se haya agravado la responsabilidad contractualmente:

1. *No hay incumplimiento, aunque el deudor cumpla con retraso la prestación debida o sólo haya sido cumplida parcialmente, en tanto se hayan producido previamente sucesos extraordinarios e imprevisibles que hayan convertido la prestación en demasiado onerosa y que, en consecuencia otorguen al deudor — como prevé el artículo 15 — el derecho de obtener una nueva negociación del contrato. El deudor debe no obstante, haber comunicado al acreedor su intención de recurrir a este derecho antes del vencimiento del plazo previsto para el cumplimiento o antes de que el acreedor le haya dirigido el requerimiento previsto por el artículo 96, letra a).*

2. *Tampoco hay incumplimiento de la obligación si después de la celebración del contrato la prestación resulta objetivamente imposible, por causas de las cuales el deudor no debe responder; pero si en el contrato aparece explícita o implícitamente que se incluye una garantía de cumplimiento, el deudor debe proceder a la indemnización del daño que el acreedor ha sufrido por haber contado con el cumplimiento del contrato.*

El reconocimiento implícito de la cláusula se encuentra en los *Principles of European Contract Law* (art. 6.111)¹⁰⁴ donde se recogen los supuestos de cambio de

102. Sobre los distintos proyectos de Codificación del derecho privado europeo véase S. CAMARA LAPUENTE, «Un Derecho privado o un Código Civil para Europa: Planteamiento, nudo y (esquivo) desenlace», en el vol. colectivo coordinado por el mismo autor, *Derecho Privado Europeo*, Madrid 2003, pp. 47s. En esta obra: F. MARTÍNEZ SANZ, *Principios de Derecho Europeo de los contratos –Comisión Lando–*, pp. 193–197; E. ROCA TRÍAS, *El “study group on a European civil code” –Proyecto Von Bar–*, pp. 199–204; G. CANTERO, *El anteproyecto de Código Europeo de contratos –Proyecto Gandolfi o del grupo de Pavía–*, pp. 205–213; M. MARTÍN CASALS, *El “European group on tort law” y la elaboración de unos principios europeos del derecho de la responsabilidad civil* –grupo de Tilburg/Viena, pp. 217–225; S. CÁMARA LAPUENTE, *El “núcleo común del derecho privado europeo” –Proyecto de Trento–*, pp. 227–233. También VVAA, *Towards a European Civil Law*, 2º ed. (Nijmegen–The Hague–London–Boston 1998) con bibliografía extranjera.

103. Hago referencia de manera particular a este Proyecto por su proximidad, debido a la existencia de un consolidado equipo investigador de la Universidad de Zaragoza, a la que pertenezco, que han trabajado sobre los problemas derivados de una hipotética aplicación en España del mismo. Sobre el Proyecto de Pavía, G. GANDOLFI (coordinador), *Code Européen des Contrats. Avant-Projet*, Livre premier, Milano 2003; véase detalladamente, VVAA, coordinados por G. GARCÍA CANTERO, «La traducción española de la parte general del Código Europeo de Contratos», *Revista Jurídica del Notariado* 44 (octubre–diciembre 2002), pp. 299–396, así como, VVAA, coordinados por G. GARCÍA CANTERO, *Anotaciones españolas al Proyecto de Pavía*, Zaragoza 2005, pp. 18ss. y pp. 558ss.

104. Art. 6:111: *Change of Circumstances*. 1. *A party is bound to fulfil its obligations even if performance has become more onerous, whether because the cost of performance has increased or because the value of the performance it receives has diminished.* 2. *If, however, performance of the contract becomes excessively onerous because of a change of circumstances, the parties are bound to enter*

circunstancias del contrato y de excesiva onerosidad, obligando a las partes a realizar una renegociación de los términos del contrato o si no se alcanza se un acuerdo, a la resolución de mismo siempre que se den una serie de requisitos, como son la modificación de las circunstancias, con posterioridad a la celebración del contrato, la imprevisibilidad de tal modificación y que el riesgo de la misma no tuviera que ser soportado por ninguna de las partes en particular¹⁰⁵.

En todo caso y para finalizar, cabría señalar que, el propio Tribunal Europeo ha reconocido la importancia de la interpretación histórica del ordenamiento comunitario¹⁰⁶, por lo que el análisis de algunos supuestos a través de su estudio histórico constituye un ejercicio que contribuye a demostrar el “desarrollo orgánico de la tradición jurídica común” en palabras de Zimmermann¹⁰⁷.

into negotiations with a view to adapting the contract or terminating it, provided that: (a) the change of circumstances occurred after the time of conclusion of the contract, (b) the possibility of a change of circumstances was not one which could reasonably have taken into account at the time of conclusion of the contract, and (c) the risk of the change of circumstances is not one which, according to the contract, the party affected should be required to bear. 3. If the parties fail to reach agreement within a reasonable period, the court may: (a) end the contract at a date and on terms to be determined by the court; or (b) adapt the contract in order to distribute between the parties in a just and equitable manner the losses and gains resulting from the change of circumstances. In either case, the court may award damages for the loss suffered through a party refusing to negotiate or breaking off negotiations contrary to good faith and fair dealing.

105. Véase en este sentido, D.B. FLAMBOURAS, «The doctrines of impossibility of performance and *clausula rebus sic stantibus* in the 1980 Convention on Contracts for the Internationale Sale of Goods and the Principles of European Contract Law. A Comparative Analysis», *Pace International Law Review* 13 (2001), pp. 261ss. y 277ss; L. Díez-PICAZO, E. ROCA TRÍAS y A.M. MORALES, *Los principios del Derecho contractual europeo*, Madrid 2002, pp. 291ss; O. LANDO y H. BEALE (dir.), *Principles of European Contract Law. Parts I and II*, The Hague-London-Boston 2000, pp. 322ss.
106. F.J. ANDRES SANTOS, *La cláusula rebus sic stantibus*, p. 169. En su famosa sentencia del caso 23/68 (*Klomp v. Inspektie der Belastingen*, 1968) el Tribunal sentó como principio común de los ordenamientos de los Estados miembros que, en caso de cambio legislativo, a menos que el legislador exprese otra cosa, ha de procurarse garantizar la continuidad de las estructuras jurídicas; una de ellas en opinión del autor, es la cláusula *rebus sic stantibus*. Lo que con fortuna denominó Theo Mayer Maly, el retorno de las figuras jurídicas (Th. MAYER MALY, «Die Wiederkehr von Rechtsfiguren», *JZ* 26 [1971], pp. 1ss.).
107. R. ZIMMERMANN, «Roman and Comparative Law: The European Perspective (Some remarks a propos a recent controversy)», *Legal History* 16 (1995), pp. 21ss., 28 ss.; R. ZIMMERMANN, «Roman Law and the harmonisation of Private Law in Europe», in HARTKAMP, HESSELINK *et. al.*, *Towards a European Civil Code*, Nimegen 2004, 3ª ed., pp. 21ss, 42; R. SCHULZE, «De la aportación de la Historia del Derecho a una ciencia del Derecho privado europeo», *Anuario de Historia del Derecho Español* 66 (1996), pp. 1003ss.