

Seminario interdepartamental. Facultad de Derecho. Universitat de València. 22 de febrero de 2023

Supervención contractual y metodología jurídica Encarnación Fernández

Introducción

Es prácticamente un lugar común la consideración de que tres son los grandes temas de los que debe ocuparse la Filosofía del Derecho (si bien varía el enfoque que se le da a cada uno de ellos):

1. El concepto de Derecho, esto es, la indagación acerca de en qué consiste el Derecho en general y cuál es su sentido y su significado en la vida de los seres humanos.
2. La cuestión de la justicia, tanto la justicia política, referida a los sistemas sociales y considerada como una condición de legitimidad de las instituciones básicas y poderes del Estado, ámbito en el que destaca la obra de Rawls; como la justicia del caso concreto, que consistiría en dar a cada cual lo suyo, su derecho, lo que le corresponde, teniendo en cuenta la legalidad vigente y las circunstancias del caso. Esta última sería la justicia jurídica propiamente dicha y la tarea que compete a los operadores jurídicos.
3. La metodología jurídica, esto es, el estudio del método que emplean los juristas para realizar su labor de interpretación y aplicación del Derecho; y, sobre todo, el debate sobre cuál es el método más adecuado para ello.

La llamada supervención contractual o alteración sobrevenida de las circunstancias contractuales consiste en el advenimiento, con posterioridad a la celebración del contrato, de un cambio de circunstancias sobrevenido, imprevisible y que afecta de forma sustancial a la relación contractual, provocando una ruptura del equilibrio de las prestaciones. Esta situación puede requerir en ocasiones y bajo ciertas condiciones la modificación de los términos del contrato o incluso su resolución.

Pues bien, en los problemas que suscita el tratamiento jurídico de la supervención contractual entran en juego los tres grandes temas iusfilosóficos a los que acabo de aludir: (i) la visión que se tenga acerca del vínculo contractual y, en última instancia, acerca del Derecho mismo; (ii) la cuestión de la justicia; y (iii) un papel singularmente relevante del método jurídico en este ámbito.

Esta es la razón por la cual emprendí, hace ya varios años, una investigación sobre la denominada cláusula *rebus sic stantibus*, figura con la que tradicionalmente se ha intentado dar respuesta a los problemas que origina la alteración sobrevenida de las circunstancias contractuales. Este fue mi proyecto de investigación para el concurso de acceso a la cátedra en 2016. A lo largo de todos estos años he publicado diversos artículos sobre esta cuestión. Y el resultado último de esta investigación ha sido un libro,

publicado en 2022, en Tirant lo blanc, titulado *Rebus sic stantibus y metodología jurídica. Un aproximación iusfilosófica en tiempos de pandemia*.

En mi intervención me referiré sucesivamente a los tres grandes temas iusfilosóficos que me parece que están implicados en la cuestión de la alteración sobrevenida de las circunstancias contractuales.

I. Concepción del Derecho

El planteamiento de la cuestión de la supervención contractual cobra sentido en el contexto de una visión no formalista del Derecho que presta atención al contenido de las relaciones jurídicas y no solo a su forma y, en consecuencia, se plantea la cuestión de la justicia o injusticia de las exigencias que dimanen de las mismas, y no en abstracto, sino en un determinado contexto. A priori y en abstracto, sin tener en cuenta las circunstancias particulares, no cabe duda de que lo exigible en Derecho es cumplir estrictamente lo estipulado. En cambio, en atención a las especificidades de la situación concreta, esto puede no ser tan evidente.

En conexión con esto, la doctrina *rebus* y las que cumplen funciones similares (la teoría de la base del negocio, la doctrina de la imprevisión, la excesiva onerosidad, la frustración del fin del contrato, la *impracticability*, etc...) se corresponden con una visión dinámica del Derecho como algo que requiere ser permanentemente revisado, recreado, reelaborado o reformulado para adaptarlo a los nuevos contextos en los que debe ser aplicado. La flexibilidad sería por tanto un rasgo esencial de la experiencia jurídica, como ya lo destacaba Aristóteles con su conocida metáfora de acuerdo con la cual lo justo natural, como la regla de los arquitectos de Lesbos, se adapta a las rugosidades de la piedra¹. En eso consistiría la equidad y eso es lo que significa la figura *rebus*. Esta es una visión del Derecho de la que participarían, en líneas generales y pese a sus diferencias en otros aspectos, el iusnaturalismo clásico, la hermenéutica jurídica y las diversas corrientes de pensamiento jurídico que protagonizaron a partir de mediados del siglo XIX la llamada revuelta contra el formalismo en nombre del Derecho vivo, del Derecho en acción².

La doctrina *rebus sic stantibus* y sus equivalentes funcionales entroncarían con la consideración del Derecho como un fenómeno histórico susceptible de evolución y de adaptación a la realidad, a las circunstancias de tiempo y de lugar. Del mismo modo que la realidad jurídica no se reduce al Derecho 'puesto', esto es, al ordenamiento jurídico vigente, la relación jurídica contractual no se reduce al contrato. Mientras que el contrato aparece como algo dado, estático, 'puesto', la relación jurídica contractual se presenta como algo vivo, dinámico, en permanente evolución en contacto con la

¹ Aristóteles, 1959, V, 10.

² Sobre el iusnaturalismo clásico, Ballesteros, 2001, 102 ss. Sobre la hermenéutica jurídica, ver Ollero, 1996, "Hermenéutica o metodología", pp. 201 ss.; Serna, 2006, capítulos Tercero ("Del positivismo a la hermenéutica", pp. 106 ss.) y Cuarto ("De la hermenéutica a la ontología", pp. 127 ss.); y Rodríguez Puerto, 2018, pp. 95-106. Sobre la revuelta contra el formalismo, Robles, 2015, vol. II, cap. 4 ("La crisis de la Dogmática jurídica conceptualista y la sociologización del pensamiento jurídico").

realidad. Y las exigencias objetivas de la realidad imponen la flexibilidad en aras de la justicia.

En suma, la figura *rebus* y sus equivalentes funcionales implican una visión del Derecho no formalista, dinámica y realista. En el marco de la tensión (y el necesario equilibrio) entre seguridad y justicia, entre autonomía de la voluntad y exigencias objetivas de la realidad y entre permanencia y evolución, las referidas instituciones representan la relevancia del segundo elemento de esos binomios que vendría a equilibrar, sin excluirlo, el papel central en el campo del Derecho de obligaciones y contratos de la autonomía de la voluntad y de la seguridad jurídica basada en la permanencia y la previsibilidad.

II. La cuestión de la justicia

El principio de vinculación contractual, formulado como *pacta sunt servanda* (hay que cumplir lo pactado) y también como *sanctity of contracts* (en el *common law* y en la contratación internacional), es un principio jurídico fundamental indiscutido e indiscutible en el ámbito del Derecho de obligaciones y contratos. Es consustancial a la idea misma de contrato. De ahí que sea un principio compartido tanto por los ordenamientos pertenecientes al sistema continental, como por los pertenecientes al sistema de *common law*, en el cual tradicionalmente se aplicaba con especial rigor³.

El carácter vinculante de los contratos no es solo una exigencia de la seguridad jurídica, sino que es también una exigencia de la justicia. El deber ético y jurídico de respetar los compromisos libremente asumidos en la medida en que afectan a otros encontraría su fundamento en los postulados de justicia que imponen no hacer daño a otro y dar a cada cual lo suyo. En esa línea, Gómez-Ferrer destaca que el principio general del Derecho *pacta sunt servanda* se deduciría del precepto *suum quique tribuere* o sería inherente al mismo⁴.

Ahora bien, el cumplimiento de lo pactado es una exigencia de la justicia que tiene que conjugarse, que conciliarse, que 'ajustarse' con otras exigencias ético-jurídicas, con otros requerimiento de la justicia, ya que la justicia consiste precisamente en el 'ajustamiento' entre las pretensiones de cada uno y las pretensiones de los demás y en el 'ajustamiento' entre los distintos principios jurídicos⁵.

³ Hasta el punto de que tradicionalmente, en el Derecho anglosajón, los contratantes seguían obligados al cumplimiento del contrato, a través del pago de la correspondiente indemnización, incluso ante la imposibilidad de la prestación. El punto de partida del Derecho anglosajón era una visión absoluta de la vinculación contractual, salvo que la liberación del deudor haya sido expresamente prevista en el contrato. No obstante, paulatinamente la jurisprudencia fue introduciendo excepciones a esa inflexibilidad en la exigencia de cumplimiento de las obligaciones. Y así, en la actualidad, se admite la liberación del deudor en los casos de imposibilidad sobrevenida de cumplimiento, de frustración del propósito principal del contrato y de excesiva onerosidad sobrevenida (Martínez Velencoso, 2003, pp. 48-49).

⁴ Gómez-Ferrer, 1970, p. 103.

⁵ Ollero, 1996, pp. 404-405.

Y así, un ordenamiento jurídico contractual equilibrado debe preservar las dos exigencias a las que venimos refiriéndonos: la obligatoriedad de los contratos y la necesidad de modificar o adaptar el contrato a las nuevas circunstancias para restablecer el equilibrio de las prestaciones que se ha roto como consecuencia de un cambio sobrevenido o, incluso, resolver el contrato. Y ello además, sin que quepa establecer a priori y en abstracto una solución de carácter general acerca de cuál de esas dos exigencias debe prevalecer en cada caso concreto, sino que por el contrario habrá que atender a las circunstancias concurrentes en cada supuesto particular para darle una respuesta adecuada⁶, porque, como ya señalaba Aristóteles, lo que es justo nunca puede determinarse por entero con independencia de la situación que exige justicia⁷. El 'ajustamiento' entre las pretensiones de las partes tiene que llevarse a cabo en cada supuesto concreto con la finalidad de dar a cada uno de los implicados 'lo suyo', su derecho, lo que le corresponde.

En el marco de ese 'ajustamiento' entre las pretensiones de las partes, o lo que es lo mismo entre principios jurídicos, la aplicación, en su caso, de la doctrina *rebus* o de sus equivalentes funcionales constituiría una excepción al principio *pacta sunt servanda*. Excepción cuyo fundamento sería la equidad, como justicia del caso concreto, en el sentido de señalar que en determinados supuestos el cumplimiento estricto de lo estipulado puede resultar injusto. Este es el trasfondo permanente que subyace a la doctrina *rebus*: la búsqueda de soluciones de justicia material para los casos concretos.

Y llegamos así a la cuestión del método jurídico que va a ser el objeto central de mi intervención.

III. La relevancia del método jurídico

La búsqueda de soluciones de justicia material para los casos concretos implica un doble desafío: (i) la dificultad de discernir qué es lo justo en cada supuesto concreto y (ii) el reto de evitar caer por esta vía en la arbitrariedad y la inseguridad jurídica.

Y aquí es donde entra en juego la relevancia del método jurídico. Para afrontar ambas dificultades se requiere utilizar un método jurídico muy depurado.

La decisión no puede quedar en manos de la subjetividad del juez, de su punto de vista subjetivo acerca de lo justo y lo equitativo, ya que esto puede generar inseguridad jurídica e incluso arbitrariedad.

⁶ Vázquez-Pastor, 2015, pp. 66-67.

⁷ Aristóteles, 1959, V, 10. Gadamer, 1977, p. 389. Como destaca Medina (2015, p. 567), en el modelo aristotélico-tomista, lo justo (y en consecuencia el derecho como arte de lo justo) nunca puede ser algo referido en abstracto. La justicia tiene una vocación de "ser concreto" y se manifiesta de un modo casuístico. Medina pone un sencillo, pero ilustrativo ejemplo: "piense el lector en cómo resulta imposible plantear en abstracto una relación de 'justeza' entre un guante y la mano. El guante en sí mismo no puede 'ser justo', ni podemos encontrar el 'guante justo', solo podremos reconocer que un determinado guante es 'el justo' para una determinada mano, y lo será aquél que se 'ajuste' (como prenda) perfectamente a la mano a la que ha de servir de abrigo".

Se trata sí de trabajar por la justicia, pero hay que hacerlo a través del Derecho. Lo que los ingleses expresan como *to do justice according to law*.

En todo caso los instrumentos para llevar a cabo esa tarea son las normas, los procedimientos y también contar con una técnica jurídica rigurosa.

El método es siempre necesario en el ámbito jurídico. Pero es todavía más necesario en ausencia de disposiciones legales, como es el caso de la doctrina *rebus* que no está legalmente reconocida en España, aunque es admitida y aplicada por la jurisprudencia. Por otra parte, la complejidad metodológica es siempre mayor cuando se trata de instituciones flexibles (estén o no reguladas legalmente), y eso es lo que sucede con la figura *rebus* y sus equivalentes funcionales. La puesta en práctica de instituciones flexibles, incluso cuando están legalmente reconocidas, requiere un método mucho más elaborado que la aplicación de reglas rígidas. Y en conexión con lo anterior, si lo único que se busca es la seguridad, el método formalista que prima las reglas taxativas de aplicación automática será el más adecuado. Pero si se aspira a dar una respuesta lo más 'ajustada' posible, la complejidad del método a utilizar se incrementa exponencialmente: se requiere un método prudencial que dé entrada al juego de los principios y a la adecuación a las circunstancias del caso concreto.

Para evitar los riesgos de la arbitrariedad y la inseguridad jurídica, la puesta en práctica del principio *rebus*, inspirado en la equidad, tiene que canalizarse a través de categorías técnico-jurídicas rigurosas, de modo que sin perjuicio de la necesaria flexibilidad se garantice un nivel básico de certeza y seguridad jurídica y de previsibilidad de las decisiones judiciales. En suma, la flexibilidad no tiene necesariamente que significar inseguridad, pero para conciliar ambas exigencias se requiere una técnica jurídica muy depurada que maneje conceptos objetivos, o por lo menos objetivables, con base en el Derecho vigente, los cuales aunque no predeterminan la respuesta incuestionable al caso, orientan en la búsqueda de la misma y cuya invocación será la que dote de solidez a la argumentación en que consiste la motivación de la decisión judicial; categorías tales como la causa de los contratos, los principios de buena fe y de conmutatividad, la teoría de la base del negocio, la asignación contractual del riesgo, el principio del *favor contractus*. Cuando hablamos de objetividad en la aplicación del Derecho, no nos referimos obviamente al modelo silogístico, hoy ampliamente superado. Las decisiones jurídicas se justifican no por su exactitud (la cual es inalcanzable en el campo de la racionalidad práctica y en particular jurídica), sino por la racionalidad y el rigor de la argumentación que las avala, basada en criterios objetivos, o por lo menos objetivables.

Ahora bien para que la flexibilidad no acabe conduciendo a la inseguridad jurídica es necesario, además, que exista un acuerdo básico de la comunidad jurídica en torno a los criterios a seguir y en torno al modo de interpretarlos y aplicarlos.

III. 1. Formulación técnico-jurídica de la figura *rebus*

La STS 333/2014, de 30 de junio de 2014 (Ponente: Javier Orduña. Asunto: explotación de la publicidad en los autobuses de la EMT de Valencia), abordó explícitamente la tarea

de llevar a cabo una elaboración técnico-jurídica de la figura *rebus*. Sitúa su fundamento objetivo en los principios de buena fe y de conmutatividad del comercio jurídico. Y propone un método para la aplicación de la figura, para lo cual se exige que la concurrencia de circunstancias extraordinarias e imprevisibles tenga una “incidencia real en la relación contractual de que se trate”, provocando una alteración causal del contrato. Para valorar “de un modo objetivado” si el cambio de circunstancias ha determinado una alteración causal del contrato que justificaría la aplicación de la doctrina *rebus*, se propone el recurso a dos criterios: (i) la teoría de la base del negocio y (ii) el riesgo normal del contrato. De este modo, requisitos o presupuestos para la aplicación de la *rebus* serían:

1. La desaparición de la base *económica* del negocio por excesiva onerosidad. Esto sucede cuando se produce:

(i) la frustración de la finalidad económica del contrato (viabilidad del mismo), o bien

(ii) una alteración significativa o ruptura de la relación de equivalencia de las contraprestaciones (conmutatividad del contrato), de suerte que no puede hablarse ya del juego entre prestación y contraprestación.

De acuerdo con esta interpretación la diferencia entre los dos supuestos que distingue la sentencia sería una diferencia de grado.

Por lo demás, la excesiva onerosidad puede ser debida a un substancial incremento del coste de la prestación, o bien, en sentido contrario, a una disminución o envilecimiento del valor de la contraprestación recibida⁸.

2. La desaparición de la base económica del negocio por excesiva onerosidad no es suficiente por sí sola para la posible aplicación de la figura *rebus*, sino que es necesario que concurra además un segundo requisito: que el cambio o mutación de las circunstancias, configurado como riesgo, no forme parte del riesgo normal del contrato, asignado expresamente en el mismo o que se derive del sentido y la naturaleza de la relación obligatoria⁹. Esto es, para que la ruptura de la base del negocio pueda ser alegada, es necesario que las partes no hayan asumido el riesgo del cambio de circunstancias, ni explícita, ni implícitamente.

En suma, continúa diciendo la sentencia, estos criterios responden, en una primera instancia o contraste, a las preguntas básicas de: (i) “si dicho cambio tiene entidad suficiente, esto es, altera el estado de las cosas de un modo relevante”. En este sentido la base económica del contrato opera como parámetro de la relevancia del cambio¹⁰. Y (ii) “si dicha alteración debe tener consecuencias para las partes implicadas”¹¹. Y aquí es donde entra en juego el criterio de la asignación contractual del riesgo.

⁸ FD Segundo. 7. Cursiva añadida.

⁹ STS de 30 de junio de 2014, FD Segundo, apartado 5.

¹⁰ Esta sentencia confirmaría “la función puramente instrumental, de apoyo, a modo de cedazo conceptual, en la aplicación de la regla *rebus sic stantibus*” que según García Caracul desempeña la doctrina de la base del negocio en la jurisprudencia española (2014, p. 267).

¹¹ FD Segundo. 5

Es importante destacar el papel determinante de ambos criterios: la base del negocio y el riesgo normal del contrato. “Si la mutación como riesgo estaba expresamente prevista o asignada, la aplicación de la cláusula no resultará posible aunque se dé un claro desequilibrio patrimonial o económico entre las prestaciones inicialmente pactadas”¹².

De este modo, la sentencia propone un método que aparece como un cauce técnico que permite canalizar la aplicación de la doctrina *rebus*. Ahora bien, el método propuesto es un método abierto que maneja criterios que no son conceptos cerrados, sino abiertos y flexibles. Estos criterios, en sí mismos y considerados en abstracto, no proporcionan reglas concretas para la decisión que se apliquen de manera automática e incondicionada, pero son instrumentos del método jurídico que le proporcionan al juez pautas, parámetros, directivas, orientaciones para la búsqueda de la norma de decisión. De esa forma se preserva la flexibilidad que es consustancial a la figura *rebus*, pero al mismo tiempo esto implica la existencia de un innegable margen de apreciación judicial.

Las grandes líneas del método formulado en esta sentencia para encauzar la aplicación de la *rebus* se han mantenido en la jurisprudencia posterior en la cual los requisitos para la aplicación de la *rebus* serían¹³:

1. Cambio imprevisible de las circunstancias
2. Causalidad: es necesario además que esa situación general tenga una incidencia real y efectiva en el contrato en concreto.
3. Carácter sustancial de la alteración: esa incidencia tiene que ser tan grave que provoque una ruptura del equilibrio de las prestaciones.
4. Que ese riesgo no esté asignado a una de las partes en el contrato.

Ello no obstante, el carácter abierto del método empleado ha permitido que casos que, al menos *prima facie*, aparecen como sustancialmente iguales reciban respuestas distintas por parte de la jurisprudencia. El debate en la jurisprudencia reciente, aunque anterior al estallido de la pandemia, ha girado principalmente en torno al requisito de la asignación contractual del riesgo. Y por ello esta es la cuestión en la que voy a centrar el resto de mi intervención.

III. 2. La asignación contractual del riesgo: Interpretación del contrato. Método prudencial y método formalista

Hay acuerdo en la doctrina y en la jurisprudencia en lo que respecta a entender que la aplicación de la *rebus* no procede si la ley o el contrato atribuyen el riesgo a una de las partes.

Ahora bien, el problema estriba en que la asignación contractual del riesgo, si bien es un criterio objetivo o por lo menos objetivable, no lo es en el sentido de la exactitud y la

¹² Orduña, 2017, p. 167.

¹³ Con base en la sistematización de los mismos que hace Segismundo Álvarez (Álvarez, S., “Pandemia, fuerza mayor y cláusula *rebus sic stantibus* a la luz de la Jurisprudencia”, *Diario La Ley*, nº 9619, 2020, Sección Doctrina, p. 1-10).

verificabilidad que caracterizan a la racionalidad científico- matemática, sino que implica efectuar una valoración. Es sin duda un criterio orientador, pero que no proporciona una respuesta automática e incuestionable para cada uno de los casos concretos planteados, sino que exige una compleja tarea de interpretación por parte de jueces y tribunales. Requiere interpretar las cláusulas del contrato, delimitar el tipo contractual de que se trata, precisar en qué consiste el “riesgo normal” inherente o derivado de la naturaleza del contrato, determinar si la condición de profesionales del sector de los contratantes es un criterio concluyente a la hora de analizar la previsibilidad el riesgo o un criterio relevante, pero que debe ponderarse con otros factores, etc. Y todo ello teniendo en cuenta además las concretas circunstancias del contrato.

III. 2. 1. Interpretación del contrato

Determinar si un riesgo ha sido asumido en el contrato, aunque sea implícitamente, por una de las partes es una cuestión de interpretación del contrato. Eso ha permitido que cláusulas muy similares hayan sido interpretadas de manera diferente por la Sala Primera del Tribunal Supremo. Veamos algunos ejemplos.

El contrato sobre el que versaba la STS de 30 de junio de 2014 establecía un canon mínimo garantizado a cargo de la empresa adjudicataria. Se preveía además un aumento de la renta por incremento de facturación, pero no la situación inversa, esto es la reducción de la renta por disminución del volumen del negocio. En este caso, esa falta de previsión no fue obstáculo para la aplicación de la *rebus*, pues se interpretó como un síntoma de la imprevisibilidad del cambio adverso del contexto económico. Y en cuanto imprevisible, el riesgo derivado de la crisis económica no sería un riesgo asignado a la empresa adjudicataria, ni reconducible a riesgo normal o legal del contrato celebrado.

Por su parte, en el supuesto de la STS de 15 de octubre de 2014 (arrendamiento de hotel) el contrato contenía una cláusula que permitía el desistimiento anticipado de la arrendataria pagando una pena convencional. En este caso, tampoco se interpretó que esta cláusula supusiese una atribución del riesgo de la disminución del volumen de negocio a la empresa arrendataria. Por el contrario, se estimó que la crisis económica “por las circunstancias de su irrupción, de su especial impacto y trascendencia” era un riesgo razonablemente imprevisible y por lo tanto no asignado contractualmente a la arrendataria.

Sin embargo, en la STS de 15 de enero de 2019, también en un caso de arrendamiento de hotel, la fijación de una renta mínima garantizada junto a una renta variable según ingresos y la cláusula que permitía a la arrendataria desistir anticipadamente pagando una pena convencional, fueron interpretadas en el sentido de que en el contrato las partes habían atribuido a la arrendataria el riesgo de la disminución de la rentabilidad del hotel. Esas dos cláusulas revelarían que ese riesgo se había previsto en el contrato y se había asignado conforme a esas reglas.

Asimismo en la STS de 6 de marzo de 2020 se consideró que el hecho de que la empresa concesionaria hubiese aceptado prorrogar el contrato de gestión publicitaria sabiendo

que se obligaba a una facturación mínima garantizada significaba que “[a]sumía, o debía asumir, [...] el riesgo de no llegar a conseguir y facturar ese mínimo de publicidad, y tener que compensar por ello a TVG. La bajada de demanda de publicidad en TV [...] no dejaba de ser un riesgo cubierto por el contrato”¹⁴.

Esta diversidad de interpretaciones de cláusulas sustancialmente semejantes puede explicarse, al menos en algunos de estos casos, por la existencia de importantes diferencias entre los concretos supuestos de hecho contemplados en estas sentencias.

En el supuesto resuelto por la STS de 30 de junio de 2014 no es irrelevante el hecho, y así lo recuerda la sentencia, de que la EMT, pocos meses después de desligarse del contrato con Promedios, sacase a concurso la explotación de la publicidad fijando un canon más bajo para la nueva adjudicataria, canon que curiosamente coincidía con el canon mínimo reducido que tanto la sentencia de primera instancia como la de casación establecieron en beneficio de Promedios por aplicación de la *rebus* (100.000 euros al mes).

Por su parte, en la sentencia de 15 de octubre de 2014 el Supremo destaca un dato importante a tener en cuenta y es que la propia empresa arrendadora, en atención a las nuevas circunstancias y a su incidencia en la viabilidad del negocio, sí que accedió, en el 2010, a la formalización de un nuevo contrato para mantener la relación negocial que le unía con la empresa que explotaba el hotel sito en el tercer bloque del mismo edificio contemplándose, en este caso, una sustanciosa reducción del 50% de la renta respecto de la inicialmente pactada en el año 2000.

Sin embargo, la situación fáctica sobre la que recayó la STS de 15 de enero de 2019 presentaba características muy diferentes. Por de pronto, la sentencia del juzgado de primera instancia desestimó la demanda por no haberse probado la realidad de las pérdidas económicas aducidas. Por otro lado, la renta mínima garantizada se introdujo en una modificación del contrato para retribuir a la sociedad inmobiliaria demandada tanto “los gastos de la previa construcción conforme a los criterios de la arrendataria como los gastos de la propiedad que asumía durante la vigencia del contrato. Este pacto se justificaba, precisamente en el propósito declarado expresamente de ‘mantener el equilibrio entre las partes’ ”.

III. 2. 2. Método prudencial y método formalista

La cuestión de determinar en qué consiste el riesgo ‘normal’ del contrato, inherente o derivado de la naturaleza y del sentido de la relación obligatoria plantea una mayor complejidad interpretativa. Sobre esta cuestión hay abierto un intenso debate en la doctrina y la jurisprudencia españolas.

Un primer sector doctrinal y jurisprudencial interpreta el criterio del riesgo ‘normal’ del contrato en términos de previsibilidad razonable. En esa línea, se sitúan las sentencias de 30 de junio y de 15 de octubre de 2014. La distribución ‘natural’ de los riesgos

¹⁴ FD Cuarto, apartado 2.

derivados del contrato celebrado alcanzaría a los riesgos razonablemente previsibles, pero no incluiría los riesgos razonablemente imprevisibles por el deudor al tiempo de contratar. Se apoyan en la premisa de que los riesgos que sean razonablemente imprevisibles no pueden considerarse asignados a una sola de las partes, ni son reconducibles al riesgo normal o legal del contrato celebrado.

Y es que el principio de conmutatividad exigiría un equilibrio no solo de las prestaciones, sino también de los riesgos. Respecto de los riesgos previsibles, rige el principio de conmutatividad: cada parte asume sus riesgos. Sin embargo, habría una ruptura o quiebra de la conmutatividad si un riesgo imprevisible se le imputa a una sola de las partes. Desde la naturaleza y la base económica de la relación negocial, puede interpretarse que sus consecuencias deben ser compartidas por ambas partes contratantes. En esta línea los principios de Derecho Europeo de los Contratos prevén la posibilidad de la adaptación judicial del contrato, “de manera que las pérdidas y ganancias resultantes de ese cambio de circunstancias se distribuyan entre las partes de forma equitativa y justa” (art. 6:111 (3) (b)). Por lo demás, esta es la posición que se está aplicando en numerosas decisiones de la jurisprudencia menor en el contexto de la crisis del Covid.

Para este primer sector, el requisito de la imprevisibilidad es el que permite determinar hasta dónde alcanza el riesgo normal del contrato y hasta dónde no, y es por tanto la clave para valorar si procede la aplicación de la figura *rebus*¹⁵. La contingencia que dispara la aplicación de la cláusula ha de ser razonablemente imprevisible para el deudor al tiempo de contratar¹⁶.

Ahora bien, la imprevisibilidad razonable que es un criterio flexible y abierto cuyo alcance solo puede establecerse a la vista de las circunstancias de cada caso concreto ponderando la pluralidad de factores que pueden concurrir en el mismo. Esto significa que el juicio de previsibilidad exige la aplicación de un método prudencial.

Pero un método prudencial que requiere la utilización de criterios objetivos que permitan delimitar la imprevisibilidad razonable.

Al respecto, el concepto de razonabilidad remite al parámetro de una persona media, ni especialmente previsora, ni especialmente imprevisora, ni indebidamente optimista o pesimista¹⁷; y al empleo de medios exigibles¹⁸.

Asimismo puede ser relevante, a los efectos del juicio de previsibilidad, el estado de los conocimientos en un momento dado e incluso el cálculo de probabilidades (resolución del Conseil d'État francés de 15 de febrero de 1895).

¹⁵ Munar, 2015, pp. 17-21.

¹⁶ Munar, 2015, p. 18.

¹⁷ Díez-Picazo, Roca y Morales, 2002, p. 295.

Destaca Campagnola (2016) que la apreciación de la imprevisibilidad se apoya en estándares medios, uno de los cuales puede ser el concepto de “buen padre de familia”.

¹⁸ Martínez Velencoso, 2017, p. 284.

Por otra parte, la imprevisibilidad razonable depende, al menos en parte, de la cuantía de las pérdidas y costes que provoca. En muchas ocasiones lo imprevisible son las consecuencias (dada su gravedad) y no el suceso que las provoca¹⁹.

Por lo demás, la diligencia media exigible en la previsión se eleva en el caso del contratante profesional. Los profesionales tienen un deber más intenso de previsibilidad en función del grado de conocimiento que tienen del tráfico o giro económico en el que se desenvuelve el contrato²⁰.

Ello no obstante, la distinción entre profesionales del sector y no profesionales y el plus de exigencia en la previsión predicable de las empresas del sector (por el conocimiento que tienen del mismo), son criterios relevantes pero no concluyentes. Deben ponderarse con los demás factores que concurran en el caso. El hecho de que a los empresarios del sector se les exija (y se les suponga) una diligencia cualificada en la previsión de los posibles cambios que se produzcan en el mismo, precisamente por el conocimiento que tienen de él, no significa que cualquier alteración de las circunstancias económicas que tenga lugar en su ámbito de actividad, cualquiera que sea su grado de excepcionalidad, de anormalidad o de falta de habitualidad, deba ser considerada como previsible para los empresarios del sector. De ahí la importancia de estar al supuesto concreto que se enjuicia para aplicar con prudencia la cláusula²¹.

Se ha señalado acertadamente que “la ecuación entre la extraordinariedad de lo acontecido sobrevenidamente y la diligencia que le era exigible a la parte afectada al contratar darán el punto exacto de la imprevisibilidad”²². Esta ecuación o ponderación sólo se puede efectuar a la vista de las concretas circunstancias del caso, sin que se puedan establecer criterios rígidos y absolutos *a priori*.

Esto significa que los diversos criterios a tener en cuenta para valorar si procede la aplicación de la figura *rebus* operan como principios y no como reglas taxativas. Proporcionan razones para decidir en un determinado sentido, pero sin imponer una decisión en particular. Así, por ejemplo, en el tema que nos ocupa el hecho de que el contratante sea un profesional del sector no implica que automáticamente quede excluida la aplicabilidad de la doctrina *rebus*. Los distintos criterios pueden conjugarse con otros que maten su alcance, siendo necesario efectuar una ponderación entre ellos, en cuanto mecanismo argumentativo requerido para la aplicación de los principios.

Sin embargo, en las sentencias más recientes del Tribunal Supremo (aunque anteriores al estallido de la pandemia) encontramos diversas resoluciones que se apartan del método prudencial expuesto, pues tienden a establecer reglas de aplicación general a ciertos grupos de supuestos acerca de la distribución típica de los riesgos por la naturaleza del contrato, por el tipo de riesgo o por la condición de las partes contratantes que, por el modo en que se formulan, parecen presentarse como criterios

¹⁹ Castiñeira, 2017, pp. 265-266.

²⁰ Munar, 2015, p. 18.

²¹ *Ibid.*, p. 19.

²² García Caracuel, 2014, p. 330.

taxativos, de aplicación automática e incondicionada, en base a los cuales se descarta la aplicación de la *rebus*, sin perjuicio de que además se empleen argumentos particulares basados en la interpretación de las cláusulas del contrato. Se aprecia un giro metodológico, un cambio en el método seguido para la motivación de las sentencias, sin perjuicio de que, en muchos casos o incluso en todos, aplicando el método prudencial, probablemente, la decisión hubiera sido la misma.

Destaca como regla general de este tipo la que hace referencia a los llamados “riesgos de explotación”, de acuerdo con la cual los riesgos derivados del deterioro de la situación económica o de las variaciones del mercado los asume en todo caso el empresario. Estos riesgos se consideran inherentes a la actividad empresarial y a la naturaleza de los contratos vinculados a la misma.

De este modo, la condición de empresario del sector del contratante perjudicado por el cambio de las circunstancias económicas se convierte en un criterio no solo relevante, sino determinante, a los efectos de excluir la aplicación de la *rebus*.

En base a este criterio de asignación del riesgo las sentencias más recientes del Tribunal Supremo (aunque anteriores a la irrupción de la pandemia) desestimaron la aplicación de la *rebus* en contratos afectados por la crisis económica en función de la asignación legal y contractual del riesgo.

Así, la STS 19/2019, de 15 de enero de 2019, cuando declara que “el riesgo de la disminución de los rendimientos de la explotación del hotel [...], al proceder del deterioro de la situación económica y a las variaciones del mercado, debe ser considerado como propio de la actividad empresarial de la arrendataria, una empresa dedicada a la gestión hotelera”. Y en el mismo sentido, la STS 214/2019, de 5 de abril de 2019, en relación a un contrato de conmutación de usufructo vitalicio por renta vitalicia, considera que “el riesgo de la disminución de los rendimientos de la empresa inmobiliaria [...], al proceder del deterioro de la situación económica y a las variaciones del mercado, debe ser considerado como propio de la actividad empresarial de los deudores del pago de la renta”.

En efecto, una de las cuestiones más debatidas en la doctrina y en la jurisprudencia españolas desde que se manifestó la crisis del 2008 es la de si una crisis económica, cualquiera que sea su gravedad, intensidad e impacto, es en todo caso previsible, en particular para contratantes profesionales. O si por el contrario una crisis económica, dependiendo de la intensidad y de la gravedad de su repercusión en un determinado sector económico y en el contrato en cuestión, puede ser calificada como un suceso razonablemente imprevisible, incluso para un contratante profesional. Ahora bien, ello sería así dependiendo de las circunstancias del caso concreto y de la ponderación de los diversos criterios que deben ser tenidos en cuenta para la posible aplicación de la figura *rebus*. Es este un debate que sigue abierto y en el que falta un acuerdo básico de la comunidad jurídica.

Con estos precedentes, la crisis generada por la pandemia del Covid-19 y por la severidad de las medidas jurídicas adoptadas para frenar su propagación nos ha

colocado ante una situación radicalmente nueva. En este contexto, diversas resoluciones judiciales, tanto autos de medidas cautelares como decisiones sobre el fondo, han destacado que una crisis económica y la pandemia son situaciones “totalmente distintas”, de manera que los riesgos procedentes de esta última no serían riesgos de mercado, derivados de la evolución de los ciclos económicos. En realidad, tendrían su origen en un *factum principis* que es un supuesto de fuerza mayor. En consecuencia, tales riesgos no solo son razonablemente imprevisibles, sino que tampoco serían riesgos de explotación, esto es, riesgos empresariales propiamente dichos. Por lo tanto, parece que cualquiera que sea la posición adoptada de las dos expuestas respecto de la asignación contractual del riesgo, los riesgos originados por la pandemia no deberían considerarse como riesgos asignados expresa o implícitamente en el contrato, ni tampoco derivados de la naturaleza del contrato, de la clase de riesgo y de la condición de las partes contratantes. Si se mantiene el acuerdo de la comunidad jurídica en este punto, se podría alcanzar una cierta seguridad jurídica en la respuesta a los conflictos derivados de la pandemia. Ello sin perjuicio de tener en cuenta que para la aplicación de la *rebus* no basta con que se dé ese presupuesto general, sino que es necesario además que esa situación general haya tenido una incidencia real y efectiva en el contrato en concreto, lo cual exige una valoración judicial casuística. Pero ese análisis jurisprudencial lo hará sin duda con mucho más rigor y conocimiento que yo el profesor Rafael Marimón.

Muchas gracias