



The Death of Contract (Grant GILMORE, 1974)

A propòsit d'alguna jurisprudència recent

L'abril de 1970, Grant GILMORE (1910-1982), llavors professor a la [Yale Law School](#), va impartir un curs de dret de contractes als estudiants de l'*Ohio State University School of Law* (ara [Moritz College of Law](#)) a Columbus (Ohio, USA). Expert en dret privat i prestigiós professor, GILMORE havia format part del grup de juristes que, l'any 1952 i per encàrrec de la [Uniform Law Commission](#) i de l'[American Law Institute](#), havia redactat la primera versió del [Uniform Commercial Code](#) (UCC), aplicat, des de llavors, per totes les jurisdiccions dels Estats Units d'Amèrica.

Anys després d'impartir el curs als estudiants d'Ohio, el 1974, GILMORE decidí endreçar les notes i apunts que havia utilitzat com a guions per a les seves classes, i publicà un opuscle que titulà, provocativament, *The Death of Contract*¹. L'assaig, que és lectura obligada en la majoria de facultats de dret dels Estats Units d'Amèrica, critica la concepció del dret de contractes dels seus contemporanis, als quals culpa de la perversa influència de les seves doctrines en els tribunals d'aquell país. GILMORE era contrari a qualsevol forma d'idealisme, almenys en dret privat, i a les construccions formalistes d'un dret de contractes, categoritzat en excés, que havia amagat la voluntat real dels contractants sota rúbriques acadèmiques.

El llibre és contundent i està escrit amb el llenguatge clar i precís del convençut de la força de les paraules. GILMORE tenia un doctorat en llengües romàniques i havia estat professor de francès abans de ser-ho de dret.

Les tesis de GILMORE són polèmiques. També ho són els seus pronòstics. Especialment, un relacionat amb la deriva subjectivista de la doctrina i la jurisprudència que valorava l'impacte de l'alteració sobrevinguda de circumstàncies no previstes per les parts en el moment de conclusió del contracte:

“[T]raditionally, the problem of excuse by reason of change of circumstances had been discussed in terms of *impossibility*. (...) Shortly after the turn of the century the word *frustration* began to come in as a substitute for the word *impossibility*. As a term of art, *frustration* never acquired much precision or clarity of meaning; most of the time it was used as a sort of loose synonym for what had earlier been called

¹ Grant GILMORE, *The Death of Contract*, The Ohio State University Press, Columbus, 1974. Hi ha una segona edició, de l'any 1995, prologada i editada per Ronald K. L. COLLINS, a la qual faran referència les cites al text de GILMORE que es fan en aquestes pàgines.

impossibility. And yet, from the beginning, there was a general understanding that the old theory of absolute –or almost absolute– liability was in process of dissolution. (...) But if parties who pay are to be discharged for something less than *objective impossibility*, then, it would seem to follow, parties who do should equally be discharged for something less. And so they were. In time the liberalization of excuse under frustration theory reflected itself in a corresponding liberalization of excuse by mistake. *Mistake* and *frustration*, it was pointed out, are merely two different ways of talking about the same thing –that is, the real world has in some way failed to correspond with the imaginary world hypothesized by the parties to the contract”².

La tendència suposa que les faltes de previsió d'una de les parts, els seus errors d'apreciació sobre el curs futur dels esdeveniments, puguin justificar l'incompliment o l'ajust posterior de les seves obligacions contractuals. Així, afirmava GILMORE, se situa el dret de contractes en un punt molt proper al dret de danys, ja que es trasllada a una de les parts del contracte el deure de garantir la indemnitat de l'altra:

“[W]e are fast approaching the point where, to prevent unjust enrichment, any benefit received by a defendant must be paid for unless it was clearly meant as a gift; where any detriment reasonably incurred by a plaintiff in reliance on a defendant’s assurances must be recompensed. When that point is reached, there is really no longer any viable distinction between liability in contract and liability in tort. We may take the fact that damages in contract have become indistinguishable from damages in tort as obscurely reflecting an instinctive, almost unconscious realization that the two fields, which had been artificially set apart, are gradually merging and becoming one”³.

Tingués o no la raó, el presagi de GILMORE sembla haver-se confirmat en alguna decisió recent de la Sala Primera del nostre Tribunal Suprem. Entre d'altres, la més recent, i potser la més destacable, és la STS 591/2014, de 15 d'octubre del 2014 (Roj: STS 5090/2014). La Sala, en contra del parer de les instàncies, estima en part el recurs de l'arrendatària d'un hotel, una coneguda cadena hotelera internacional, que sol licitava la reducció del preu de l'arrendament acordat amb la promotora i constructora d'un hotel per acomodar-lo als reduïts marges de benefici que permet la situació econòmica actual. En el punt setè del Fonament de dret tercer de la sentència, la Sala afirmà que:

“[E]n esta dirección lo que se observa en el presente caso es que, con independencia de las expectativas de explotación del negocio, de claro riesgo asignado para la parte arrendataria, el contexto económico del momento de la celebración y puesta en ejecución del contrato (periodo del 1999 a 2004), de inusitado crecimiento y expansión de la demanda acompañado, además, de una relevante promoción

² Grant GILMORE, *The Death of Contract*, 2nd edition, edited by Ronald K. L. COLLINS, The Ohio University Press, Columbus, 1995, pp. 88-90.

³ GILMORE, op. cit., p. 96.

urbanística de la zona de ubicación de los hoteles, formó parte de la base económica del negocio que informó la configuración del contrato de arrendamiento suscrito por las partes en febrero de 1999. Desde esta perspectiva, y conforme a las prácticas negociales del sector en dicho contexto, no parece que pese a tratarse la parte arrendataria de una empresa relevante en el sector y, por tanto, conocedora del riesgo empresarial que entraña la explotación del negocio de hostelería, se le puede imputar, exclusivamente, la falta de previsión acerca de la crisis económica; de forma que por las circunstancias de su irrupción, de su especial impacto y trascendencia, su asignación como riesgo no puede caer sólo en la esfera de control de la parte en desventaja, ni tampoco cabe establecer que *razonablemente* se hubiera debido tener en cuenta en la distribución natural de los riesgos derivados del contrato celebrado. (...) De ahí, que la nota de imprevisibilidad no debe apreciarse respecto de una abstracta posibilidad de producción de la alteración o circunstancia determinante del cambio considerada en sí mismo, esto es, que la crisis económica es una circunstancia cíclica que hay que prever siempre, con independencia de las peculiares características y alcance de la misma en el contexto económico y negocial en el que incide; todo ello conforme, también, con la aplicación ya normalizada de esta figura que presentan los principales textos de armonización y actualización en materia de Derecho contractual europeo, la *razonabilidad* de su previsión en el momento de la celebración del contrato, y la aplicación de su alcance modificativo conforme al principio de conservación de los actos y negocios jurídicos”.

No és aquest el lloc indicat per comentar la sentència i valorar el seu encert. Sí que convé advertir, però, sobre el canvi de concepció del contracte i de la seva obligatorietat per part dels nostres tribunals, almenys per part de la cassació civil. La nova tendència jurisprudencial obre la porta a reclamacions de reajustament de contractes de llarga durada en els quals la part perjudicada, per circumstàncies adverses, pot exigir el reequilibri de les prestacions fins al punt en què el contracte li sigui profitós. Si el contracte ja no limita el perímetre dels riscos assumits per les parts, aquestes poden dur al contracte qualsevol contingència que alteri o modifiqui les raons per les quals van decidir contractar.

L'escenari té conseqüències previsible en la litigiositat contractual i, sobretot, en la negociació –i renegociació– dels contractes. Decisions judicials com l'esmentada modifiquen el mínim comú a qualsevol contracte que és, de fet, doble: el seu compliment en els termes pactats o la indemnització dels danys causats per l'incompliment. Una regla d'aquest tipus, inherent a la lògica pròpia del contracte, força les parts a preveure les circumstàncies que poden afectar al seu compliment contractual o a les expectatives associades al compliment de l'altra part. I obliga a la part menys previsor, o a aquella que evità la negociació dels efectes associats a escenaris adversos, a assumir les conseqüències de la seva lleugeresa o de la seva estratègia.

Com anuncià el propi GILMORE, incorporar excepcions a la regla de compliment dels contractes suposa ampliar injustificadament l'àmbit d'aplicació dels remeis contractuals. I això és el que fan les decisions judicials que, com l'esmentada, permeten excusar del

compliment a la part a la qual li resulta més costós. Ho fan, però, a costa de l'altra part del contracte i de les seves legítimes expectatives de negoci.

Carlos Gómez Ligüerre