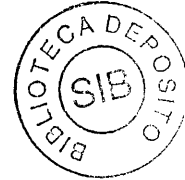






BID. T 5558

**UNIVERSITAT DE VALÈNCIA**  
**Facultad de Derecho**



**LA ALTERACIÓN SOBREVENIDA DE LA  
ECONOMÍA DEL CONTRATO**

**TESIS DOCTORAL**

**Presentada por:**

**Luz M<sup>a</sup> Martínez Velencoso.**

**Dirigida por:**

**Prof. Dr. Vicente L. Montés**

**Penadés.**

**Valencia, 2002**

UMI Number: U602988

All rights reserved

INFORMATION TO ALL USERS

The quality of this reproduction is dependent upon the quality of the copy submitted.

In the unlikely event that the author did not send a complete manuscript and there are missing pages, these will be noted. Also, if material had to be removed, a note will indicate the deletion.



UMI U602988

Published by ProQuest LLC 2014. Copyright in the Dissertation held by the Author.  
Microform Edition © ProQuest LLC.

All rights reserved. This work is protected against  
unauthorized copying under Title 17, United States Code.



ProQuest LLC  
789 East Eisenhower Parkway  
P.O. Box 1346  
Ann Arbor, MI 48106-1346



D.1307136

L.1307140



# LA ALTERACIÓN SOBREVENIDA DE LA ECONOMÍA DEL CONTRATO

## INTRODUCCIÓN.

### CAPÍTULO I. MECANISMOS GENÉRICOS DE IMPUTACIÓN DE DETERMINADOS RIESGOS CONTRATUALES.

#### I. EL RIESGO DE LA FALSA VALORACIÓN DE LA REALIDAD: EL ERROR.

##### 1. Introducción.

##### 2. Análisis de la cuestión en distintos sistemas de Derecho continental.

##### 2.1. Derecho francés.

A) El error relevante en el Código Civil francés. El llamado error sobre la causa del contrato.

##### 2.2. Derecho italiano.

A) El error relevante en el Código Civil italiano.

B) El error común en el Código Civil italiano y su relación con la "presupposizione".

##### 2.3. Derecho alemán.

A) El error relevante en el BGB. Análisis de los antecedentes normativos.

a.1. Antecedentes legislativos de la regulación del error en el BGB.

a.2. El concepto de error en las cualidades esenciales en el § 119 II BGB.

a.3. Concurrencia de remedios entre el error sobre las cualidades esenciales de la cosa y la responsabilidad del vendedor por vicios ocultos.

a.4. Distinción entre el error sobre las cualidades esenciales de la cosa y la "Geschäftsgrundlage" en sentido subjetivo. Remisión.

B) Relación entre el error y la doctrina de la "Geschäftsgrundlage" en Alemania.

b.1. El error como técnica de solución de los problemas de pérdida de la "Geschäftsgrundlage" en los primeros años de vigencia del BGB.

b.2. Ejemplos de "Geschäftsgrundlage" en sentido subjetivo decididos por el RG.

b.3. Posición de la jurisprudencia del BGH sobre el error de cálculo.

C) La regla “falsa demonstratio non nocet” en el Derecho alemán.

3. Análisis de la cuestión en el Código Civil español.

3.1. El error relevante en el Código Civil español.

3.2. Relación entre la regulación del error en el Código civil español y la doctrina de la base del negocio.

3.3. Análisis de la jurisprudencia española.

A) Introducción.

B) Esencialidad del error que recae sobre las condiciones de edificabilidad de los terrenos.

C) Imposibilidad legal de destinar la cosa al fin previsto.

D) Insatisfacción del comprador respecto al objeto del contrato.

3.4. Conclusiones.

## II. LA PÉRDIDA SOBREVENIDA DE LA CAUSA DEL CONTRATO.

1. Introducción.

2. La causa como “espejo” de la operación económica contractual.

2.1. Distinción entre la causa como función económico-social y como función económico-individual del contrato.

3. La llamada “continuadora influencia de la causa”.

3.1. Las consecuencias jurídicas provocadas por la pérdida sobrevenida de la causa.

4. Análisis de la jurisprudencia española.

A) Introducción.

B) El destino urbanístico del inmueble como motivo causalizado.

C) Otros motivos causalizados distintos de la edificación.

5. Conclusiones.

## III. LA IMPOSIBILIDAD SOBREVENIDA.

1. Introducción.

2. Análisis de la cuestión en distintos sistemas de Derecho continental.

## 2.1. Derecho alemán.

- A) La regulación de la imposibilidad sobrevenida en el BGB. Especial referencia a la incapacidad del deudor.
- B) La imposibilidad sobrevenida en las obligaciones fungibles.
- C) Relaciones entre la inexigibilidad y la imposibilidad de la prestación.

c.1. Concepto de inexigibilidad.

c.2. Consecuencias jurídicas que se derivan de la inexigibilidad.

- D) La imposibilidad sobrevenida de la prestación en los contratos sinalagmáticos.

## 2.2. Derecho italiano.

- A) El régimen de la imposibilidad sobrevenida en el Derecho italiano.
- B) Relación entre la imposibilidad y la inexigibilidad de la prestación.

## 2.3. Derecho francés.

## 3. La imposibilidad sobrevenida en el Código Civil español.

### 3.1. La imposibilidad sobrevenida de carácter liberatorio en el Código Civil.

- A) Concepto de imposibilidad sobrevenida de carácter liberatorio.
- B) Requisitos de la imposibilidad sobrevenida liberatoria.
- C) Caracteres del acontecimiento fortuito.

### 3.2. La imposibilidad sobrevenida en las obligaciones de hacer.

### 3.3. Los impedimentos urbanísticos como supuestos de imposibilidad sobrevenida en la jurisprudencia española.

- A) Introducción.
- B) Supuestos de pretendida imposibilidad sobrevenida de carácter liberatorio.
- C) La imposibilidad de edificar es imputable a una de las partes del contrato.
- D) Supuestos en que las circunstancias que impiden la edificación se dan ya en el momento de la celebración del contrato.
- E) La aplicación de la cláusula "rebus sic stantibus" a los supuestos de alteración de la normativa urbanística.

## 4. Relación entre la imposibilidad sobrevenida de carácter liberatorio y la excesiva onerosidad en el cumplimiento de la prestación.

- A) La equiparación entre la imposibilidad y la excesiva onerosidad sobrevenida.
- B) Imposibilidad objetiva y subjetiva.

C) La necesidad de excepcionar el principio “pacta sunt servanda” en determinadas hipótesis. Consideraciones críticas.

D) Distinción entre imposibilidad sobrevenida y excesiva onerosidad sobrevenida en la “lex mercatoria”.

5. Conclusiones.

## **CAPÍTULO II. INSTITUCIONES ESPECÍFICAS TENDENTES A RESTABLECER EL EQUILIBRIO DE LA ECONOMÍA DEL CONTRATO.**

1. La “Geschäftsgrundlage” en Derecho alemán.

1.1. Primera doctrina alemana sobre la trascendencia de los presupuestos fácticos del negocio.

1.2. La distinción entre las teorías objetivas y las subjetivas: la tesis de Larenz.

1.3. Perfiles actuales de la doctrina de la “Geschäftsgrundlage”.

1.4. Requisitos para la aplicación de la doctrina de la “Geschäftsgrundlage”.

1.5. Consecuencias jurídicas derivadas de la aplicación de la doctrina de la “Geschäftsgrundlage”.

2. La “eccessiva onerosità sopravvenuta” en Derecho italiano.

2.1. Antecedentes y fundamento.

2.2. Concepto.

2.3. Ámbito de aplicación.

2.4. Presupuestos para la aplicación del art. 1467 CC it.

2.5. Efectos derivados de la excesiva onerosidad sobrevenida.

3. La “frustration” en el Derecho anglosajón y la “commercial impracticability” en el Derecho americano.

3.1. Introducción.

3.2. Distinción entre el “common mistake” y la “frustration of contract”.

3.3. La imposibilidad sobrevenida y la “commercial impracticability”.

3.4. La “frustration of contract”: análisis jurisprudencial. Requisitos para su aplicación.

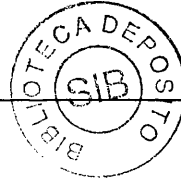
3.4.1. Distintos grupos de casos dedicados por la jurisprudencia angloamericana.

3.4.2. Conclusiones: requisitos para la aplicación de la doctrina de la “frustration of contract”.

a. Requisito de la imprevisibilidad.

b. Requisito de la inimputabilidad.

3.5. Consecuencias jurídicas de la “frustration” en el Derecho anglosajón.



- 3.5.1. Introducción.
- 3.5.2. Problemas derivados de la aplicación de la doctrina de la “frustration of contract”.
- 3.5.3. La “Law Reform Frustrated Contracts Act”: consideraciones críticas.
  
- 3.6. Consecuencias jurídicas de la “commercial impracticability” en el Derecho americano.
  
- 4. La cláusula "rebus sic stantibus" en el Derecho español.
  - 4.1. Introducción.
  - 4.2. Fundamento técnico-jurídico de la cláusula "rebus sic stantibus".
  - 4.3. Doctrinas análogas a la de la cláusula "rebus sic stantibus".
  - 4.4. Presupuestos para la aplicación de la cláusula "rebus sic stantibus".
  - 4.5. Efectos derivados de la aplicación de la cláusula "rebus sic stantibus".
    - 4.5.1. Distintas posiciones doctrinales sobre el tema.
    - 4.5.2. Efectos derivados de la aplicación de la cláusula "rebus sic stantibus" según la jurisprudencia.
  
- 5. La “hardship” en el Derecho internacional.
  - 5.1 Definición de “hardship”.
  - 5.2. Los efectos de “hardship”.
  - 5.3. Cláusulas estándar para la adaptación del contrato en el comercio internacional.
  - 5.4. Procedimientos para la adaptación del contrato y la renegociación en el comercio internacional.

### **CAPÍTULO III. SUPUESTOS PARTICULARES DE DISTRIBUCIÓN DEL RIESGO POR LA ALTERACIÓN DE LA ECONOMÍA DEL CONTRATO.**

#### **I. EL CONTRATO COMO INSTRUMENTO DE DISTRIBUCIÓN DE RIESGO Y GANANCIA.**

#### **II. CRITERIOS PARA LA DISTRIBUCIÓN DEL RIESGO CONTRACTUAL.**

- 1. La determinación de la “concreta economía negocial”.
- 2. Criterio de la previsibilidad.
- 3. Criterio de la imputabilidad.
- 4. Criterios de racionalidad económica extraídos de la normativa civil.
  
- 5. Supuestos de desequilibrio prestacional sobrevenido en determinados tipos contractuales.

- 5.1. En el contrato de compraventa.
- 5.2. En el contrato de donación.
- 5.3. En el contrato de obra.
- 5.4. En el contrato de arrendamiento.
  - a) Contrato de arrendamiento de cosas.
  - b) Contrato de arrendamiento de servicios.
- 5.5. En el contrato de transacción.

#### **IV. LA DISTRIBUCIÓN DEL RIESGO DERIVADO DE LAS CIRCUNSTANCIAS IMPREVISTAS EN LA DOCTRINA ANGLOSAJONA.**

1. El reparto del riesgo en ausencia de norma expresa en el contrato: el análisis económico de Posner y Rosenfield.
2. Críticas al modelo económico de Posner y Rosenfield.
3. La liberación del deudor y el logro de la mayor eficiencia económica.
4. El análisis económico como método de integración de contratos incompletos.
5. Influencia del análisis económico sobre la doctrina alemana acerca de la "Geschäftsgrundlage".

#### **CAPÍTULO IV. LA INTERPRETACIÓN Y LA INTEGRACIÓN COMO MECANISMOS DE REEQUILIBRIO DE LAS PRESTACIONES.**

##### **I. LA INTERPRETACIÓN Y LA INTEGRACIÓN DEL CONTRATO.**

- 1.1. Introducción.
- 1.2. La interpretación del contrato y su relación con la doctrina de la "Geschäftsgrundlage" en el Derecho alemán.
  - 1.2.1 Distintas posiciones doctrinales.
  - 1.2.2. Conclusiones.
- 1.3. Las operaciones de "implication of terms" y de "construction of contract" en el Derecho anglosajón.
  - 1.3.1. Introducción.
  - 1.3.2. Distinción entre interpretación y construcción del contrato por el juez.
  - 1.3.3. La actividad judicial de "imply a term" en el contrato.
- 1.4. La interpretación del contrato según la doctrina española: acerca de las posibilidades de la "autointegración" y de la interpretación integradora del contrato.
  - 1.4.1. Concepto de interpretación contractual.
  - 1.4.2. Distinción entre interpretación e integración.
  - 1.4.3. Las posibilidades de la autointegración en el Derecho español.

1.4.4. La interpretación integradora del contrato en la doctrina española.

1.5. La interpretación y la integración del contrato en el Derecho internacional.

1.6. Conclusiones.

## II. LA RESTAURACIÓN DEL EQUILIBRIO DE LAS PRESTACIONES.

1. Distinción entre equilibrio en sentido subjetivo y en sentido objetivo.

2. La ruptura de la equivalencia de las prestaciones como supuesto de pérdida de la "Geschäftsgrundlage".

## CONCLUSIONES.





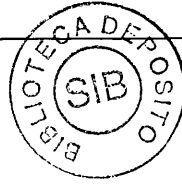


---

A.	Atlantic reporter
AA. VV.	Autores varios
AC	Aranzadi Civil
A.C.	Appeal Cases
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
Act. Civ.	Actualidad Civil
ADC	Anuario de Derecho Civil
All E.R.	All England Law Reports
B.L.R.	Building law reports
BB	Betriebs-Berater
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BlStSozArbR	Blätter für Steuerrecht, Sozialversicherung und Arbeitsrecht
C.L.R.	Commonwealth law reports
CC	Código Civil
CCCJ	Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil
CCI	Código civil italiano
Ch.	Chancery Division
coord.	coordinador
EJB	Enciclopedia Jurídica Básica Civitas
E.R.	English reports
F.	Federal Reporter
JA	Juristische Arbeitsblätter
JBl	Juristische Blätter-Zeitschrift
Jura	Juristische Ausbildung
JuS	Juristische Schulung
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
K.B.	King's Bench
LCGC	Ley de Condiciones Generales de la Contratación
LZ	Leipzig Zeitschrift

---

Lloyd's Rep.	Lloyd's list reports
N.E.	North eastern reporter
N.I.L.Q.	Northern Ireland legal quarterly
N.Y.S.	New York supplement
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
P.	Pacific reporter
P.D.	Probate Division
Q.B.	Queen's Bench
RabelsZ	Rabels Zeitschrift
RCDI	Revista Crítica de Derecho Inmobiliario
RDM	Revista de Derecho Mercantil
RDP	Revista de Derecho Privado
RG	Reichsgericht
RGLJ	Revista General de Legislación y Jurisprudencia
Riv. Dir. Civ.	Rivista Diritto Civile
RJ	Repertorio de Jurisprudencia de Aranzadi
RJC	Revista Jurídica de Cataluña
S.C.	Session Cases
T.L.R.	Times law reports
UCC	Uniform Commercial Code



## INTRODUCCIÓN.

El objeto de estudio de este trabajo es el de determinar la influencia que ejerce en la vida de un contrato una modificación sobrevenida de las circunstancias que las partes habían tenido en cuenta, expresa o implícitamente, como necesarias para su desarrollo o para alcanzar el fin por ellas perseguido. La situación es similar en aquellos casos en que, aunque tal conjunto de circunstancias no hubiera sido especialmente tenido en cuenta por las partes como necesario, poseía objetivamente tal carácter. Incluso también es posible que las partes, en el momento de la celebración del contrato, se encuentren en una creencia errónea acerca de determinadas circunstancias que contribuyen a fijar la concreta economía contractual. Todas estas situaciones dan lugar a una alteración de la economía contractual que provoca un conflicto de intereses entre las partes contratantes.

En cuanto a la delimitación del objeto de estudio, conviene además tener presente que el mismo queda restringido al efecto que el cambio o la falsa valoración de las circunstancias fácticas tiene sobre la relación contractual y no sobre determinados deberes jurídicos como, por ejemplo, los que resultan de las normas sobre Derecho de Familia (v. gr. respecto del deber de alimentos el art. 147 CC dispone que “los alimentos, en los casos a que se refiere el artículo anterior, se reducirán o aumentarán proporcionalmente según el aumento o disminución que sufran las necesidades del alimentista y la fortuna del que hubiere de satisfacerlos”).

Por otro lado, el análisis es de Derecho actual, contemporáneo, de ahí que los antecedentes históricos de determinadas figuras se hayan analizado solamente en la medida en que puedan aportar luz a la investigación.

Asimismo, dada la complejidad del tema, que no se agota en el estudio de determinados preceptos del Código civil, sino que trata de buscar líneas de conexión entre determinadas instituciones jurídicas, me he visto en la tesitura de querer agotar cada uno de los problemas. No obstante, dados los límites que necesariamente se deben poner a este trabajo, he tenido que llevar muchas cosas a pie de página o incluso que omitir su tratamiento.

La solución a los problemas a los que más arriba he hecho referencia pasa por resolver el conflicto que existe entre los principios “pacta sunt servanda” y el principio cláusula “rebus sic stantibus”. Como es sabido, según el primero, el contrato debe cumplirse tal y como fue estipulado por las partes, incluso en el caso de que después de la conclusión del mismo tengan lugar determinadas circunstancias que obstaculicen el cumplimiento de una de las partes o reduzcan el valor de la prestación para la otra. Ello se debe a que uno de los fines principales del contrato, en cuanto institución comercial, es el de distribuir los riesgos de tales acontecimientos. Es decir, una vez las partes han distribuido dichos riesgos no se puede permitir a los tribunales la redistribución de los mismos. De acuerdo con el segundo de los principios, se debe producir la liberación de las obligaciones contractuales cuando ha tenido lugar un cambio de circunstancias después de la celebración del contrato capaz de destruir la base del negocio tenida en cuenta por las partes en el momento de su celebración.

Una defensa estricta del principio “pacta sunt servanda” puede ser un incentivo para que las partes incluyan cláusulas en el contrato tratando de prevenirse frente a posibles riesgos. Sin embargo, muchas veces las partes no disponen de medios adecuados e incluso, en ocasiones, incluyen cláusulas que no comprenden todas las posibles eventualidades.

Por otro lado, cuando las partes negocian el contrato, a menudo adoptan una actitud positiva, confiando en el cumplimiento exacto del contrato por ambas partes, así como que las mismas actuarán de buena fe en la solución de los problemas que surjan en relación con su cumplimiento. En este sentido, no existe la cláusula perfecta, capaz de comprender todas las posibles situaciones, aceptable por todas las partes, susceptible de satisfacer sus intereses divergentes. Además, cuanto mayor es el plazo de duración del contrato, mayor es la incertidumbre y la especulación.

Dado que redactar contratos es costoso (si no fuera así, las partes señalarían expresamente cuáles de sus creencias fueron esenciales para la conclusión del contrato y condicionarían su cumplimiento a esas creencias) veremos a lo largo de este trabajo las distintas técnicas empleadas por los tribunales para colmar las lagunas que se derivan del contrato al omitir las partes cuestiones relacionadas con la posible alteración de la economía contractual.

Un estudio de la jurisprudencia española sobre estas cuestiones me ha llevado a pensar que los tribunales prefieren el recurso a instituciones codificadas antes que a doctrinas que, como la cláusula "rebus sic stantibus", son de creación jurisprudencial.

Por ejemplo, muchos problemas que se someten a la decisión de los tribunales españoles tienen que ver con el auge de la construcción en los últimos tiempos. Ello se refleja en la gran cantidad de sentencias que hacen referencia al cambio sobrevenido de los planes de ordenación urbana que impiden a las constructoras levantar los edificios proyectados o que éstos superen una determinada volumetría; por otro lado, es posible que las partes contratantes valoren falsamente la situación urbanística de los inmuebles en el momento de la conclusión del contrato. En la solución de estos litigios los tribunales son más propensos a acudir a las normas sobre el error, sobre la imposibilidad sobrevenida o a la llamada por la jurisprudencia "causalización de motivos". En muchas de estas sentencias, en alguno de los fundamentos jurídicos el tribunal se pronuncia "obiter dictum" sobre la admisibilidad de la cláusula "rebus sic stantibus" en nuestro Derecho, pero se acaba descartando para el supuesto enjuiciado, por no darse alguno de los estrictos requisitos para su aplicación exigidos por la jurisprudencia.

De ello se deduce la enorme importancia que el análisis jurisprudencial ha tenido en este trabajo. En consecuencia, en cada uno de los capítulos de la tesis, las distintas afirmaciones se tratan de fundamentar en la decisión jurisprudencial, estudiando con detenimiento el supuesto de hecho, ya que el mismo puede aportar importantes pistas a la hora de comprender el fallo del tribunal. En el estudio de la jurisprudencia se ha tenido en cuenta no solamente las sentencias del Tribunal Supremo, sino también en algunas ocasiones, las resoluciones de distintos órganos jurisdiccionales, como los Tribunales Superiores de Justicia o las Audiencias Provinciales.

La investigación se centra en el análisis de los problemas de la alteración de la economía contractual en el Derecho y la jurisprudencia españolas, pero también han sido objeto de estudio otros ordenamientos jurídicos, principalmente el alemán y en menor medida el anglosajón, el italiano y el francés, incluso se hacen referencias breves a otros sistemas como el portugués o el holandés. Asimismo he considerado de

gran importancia ver cómo se resuelven estas cuestiones en las nuevas normas de carácter internacional sobre Derecho contractual, como son los Principios UNIDROIT de Derecho de Contratos y los Principios de Derecho Europeo de Contratos, así como la Convención de Viena sobre la Compraventa Internacional de Mercaderías.

El estudio del Derecho extranjero ha sido de gran utilidad en determinados apartados de este trabajo donde nuestro Derecho no contiene regulación expresa o donde no existe una opinión unánimemente admitida. Se dedica, tal vez, un gran número de páginas al Derecho alemán en relación con otros ordenamientos, ello tiene su justificación, no porque se sienta una mayor admiración por este sistema, sino por la peculiaridad del tema. En efecto, este sistema es pionero en cuanto al problema de la alteración sobrevenida de las circunstancias, como se puede contrastar en que el concepto germánico de “Geschäftsgrundlage” ha sido exportado a otros sistemas (“base del negocio” en el Derecho español, “foundation of contract” en el Derecho anglosajón).

La base del negocio es hoy en día un término consagrado tanto en la doctrina como en la jurisprudencia alemanas. Los supuestos de desaparición de la base del negocio responden a la pregunta de cuál es la influencia que debe tener sobre un contrato cuando, la situación fáctica o jurídica en el momento de conclusión del mismo, es diferente a la aceptada por las partes o cuando esta situación, después de la conclusión del contrato, se desenvuelve de modo diferente a como fue valorada por las partes o como era por éstas previsible. Es decir, el problema del que se ocupa fundamentalmente la doctrina de la “Geschäftsgrundlage” es el de la relación entre negocio jurídico y realidad. Cada negocio jurídico se refiere a una determinada realidad. ¿Qué sucede entonces cuando la realidad cambia, qué influencias puede tener ese cambio sobre el negocio jurídico?

La raíz más antigua y más importante de la doctrina de la frustración de la base del negocio viene representada por la “cláusula rebus sic stantibus”, que fue generalmente aceptada en el Derecho Común. De acuerdo con esta doctrina, determinados cambios posteriores a la conclusión del contrato podrían justificar la extinción del mismo mediante el ejercicio de la facultad de resolución por la parte

perjudicada siempre que dichos cambios fuesen determinantes, provocando un menoscabo del principio de la buena fe contractual. Dicha cláusula fue abandonada por las Codificaciones del s. XIX debido a los peligros que suponía la misma para la seguridad del tráfico jurídico. En Alemania, Windscheid trató de revivirla desde una perspectiva objetiva mediante su teoría de la presuposición (“Voraussetzung”). Sin embargo, esta tesis no fue recogida tampoco en la formulación definitiva del BGB. No obstante, la consagración intacta del principio “pacta sunt servanda” pudo mantenerse mientras existieron relaciones económicas y sociales estables, pero fracasó irremediabilmente después de la 1ª Guerra Mundial, momento en el que empieza a fraguarse en la literatura y en la jurisprudencia alemanas la doctrina de la base del negocio (“Geschäftsgrundlage”).

Desde mi punto de vista, la escasa relevancia a los motivos que quiso dar el legislador alemán en la regulación del error en el BGB explica, en parte, el surgimiento de la doctrina de la “Geschäftsgrundlage” (base del negocio) en Alemania.

De ahí que el intento de adaptar las disposiciones de nuestro Código civil a las construcciones alemanas lleve frecuentemente a forzar el sentido de sus preceptos. Como se analizará en este trabajo, el concepto de base del negocio no siempre se puede trasladar al Derecho español. Esencialmente, la base del negocio en sentido subjetivo resuelve problemas que en nuestro Derecho podrían encontrar acomodo en las normas sobre el error previstas en el Código civil.

En el “Common Law” la doctrina de la base del negocio encuentra su equivalente en la denominada doctrina de la frustración del contrato “frustration of contract”. Dicha doctrina se originó en una serie de juicios conocidos como los “Coronation cases”, porque se plantearon con motivo de la coronación que debía tener lugar en junio de 1902 y que se suspendió por enfermedad del nuevo monarca Eduardo VII. En este Derecho existe cierta analogía entre el error común (“common mistake”) y la frustración del contrato (“frustration of contract”), ya que se trata de instituciones relacionadas con el reparto de los riesgos contractuales. Ambas son doctrinas que los tribunales aplican como excepción a la regla de la “strict liability” propia del Derecho anglosajón, según la que el incumplimiento del contrato tiene



como consecuencia, en cualquier caso, la indemnización de daños y perjuicios. De ahí que se analicen conjuntamente ambas instituciones, a diferencia del resto de sistemas de Derecho comparado en el que se estudian de modo separado el error y la imposibilidad sobrevenida frente a instituciones jurídicas que se ocupan especialmente de los problemas de la alteración de los presupuestos fácticos del contrato (como la “*excessiva onerosità sopravvenuta*” en el Derecho italiano, la “*Geschäftsgrundlage*” en el Derecho alemán, la “*hardship*” en el Derecho internacional o la “*cláusula rebus sic stantibus*” en el Derecho español).

Este tema conecta con el de la sistemática empleada en la investigación. El trabajo se estructura en cuatro capítulos. El Capítulo I se ocupa del estudio de una serie de mecanismos genéricos de imputación de determinados riesgos contractuales. El Capítulo II se centra en el análisis de instituciones específicas tendentes a restablecer el equilibrio de la economía del contrato. El Capítulo III tiene por objeto los supuestos particulares de distribución del riesgo por la alteración de la economía del contrato. Por último, el Capítulo IV hace referencia a interpretación y la integración como mecanismos de reequilibrio de las prestaciones.

Respecto del Capítulo I, su justificación se debe a la existencia, desde mi punto de vista, de una serie de instituciones jurídicas genéricas que se ocupan del problema de la alteración de la economía contractual. Cuando dicho problema tiene su origen en una falsa valoración de la realidad por las partes contratantes, se aproxima al error como vicio invalidante del consentimiento o a la causalización de motivos. También es posible que la alteración de la economía contractual sea debida a un cambio sobrevenido de las circunstancias, con lo que nos movemos en el ámbito de aplicación de las normas sobre imposibilidad sobrevenida de la prestación. Todas estas son instituciones que tienen que ver con el reparto del riesgo entre las partes contratantes, entendiendo por riesgo la defraudación que una de ellas experimenta en el conjunto de intereses subyacentes en el contrato. En efecto, muchos de estos problemas reflejan un conflicto de intereses entre las partes contratantes. Normalmente una de ellas pretenderá el cumplimiento puntual del contrato mientras que la otra preferirá su resolución.

Como ya he mencionado anteriormente, se puede apreciar una tendencia de la jurisprudencia española a la aplicación de instituciones jurídicas codificadas para resolver los problemas anteriormente descritos frente a instituciones como la base del negocio o la cláusula "rebus sic stantibus", cuya aplicación es más bien restringida.

Este capítulo se estructura en tres partes, una dedicada al error como técnica de distribución del riesgo de la falsa valoración de la realidad por las partes contratantes, otra a la pérdida sobrevenida de la causa del contrato, y por último, una tercera al estudio de la imposibilidad sobrevenida de la prestación.

De este análisis se extraerán conclusiones como que dichas normas no pueden resolver todos los problemas derivados de la alteración de la economía contractual, ya que se trata de instituciones con perfiles bien definidos y que muchas veces, carecen de la flexibilidad que precisan estos problemas.

En el Capítulo II se estudiarán las diferentes instituciones que, en los distintos sistemas jurídicos, se ocupan del problema de la alteración de la economía del contrato derivada de un cambio de circunstancias. Comenzaré por hacer referencia al Derecho alemán, donde, como se ha dicho, la doctrina y la jurisprudencia admiten la doctrina de la base del negocio ("Geschäftsgrundlage") sin que exista regulación expresa de la misma en el BGB. En segundo lugar, se analizarán las normas sobre "eccessiva onerosità sopravvenuta" en el Derecho italiano (arts. 1467 y ss. CC it), cuál es su fundamento, los requisitos para su aplicación y las consecuencias derivadas de la misma. A continuación, se estudiará el Derecho anglosajón, distinguiendo la figura de la "frustration of contract" de otras afines, así como distintos pronunciamientos jurisprudenciales sobre el tema. En cuarto lugar, se tratará de perfilar los presupuestos de aplicación y las consecuencias jurídicas de la cláusula "rebus sic stantibus" en el Derecho español, cuestión de enorme complejidad, dada la falta de regulación normativa, su escasa aplicación por la jurisprudencia y la insuficiente doctrina sobre el tema. Por último, veremos cómo la institución de la "hardship" cobra una gran importancia en el tráfico internacional, debido a la gran cantidad de acontecimientos imprevisibles que pueden afectar a las transacciones comerciales internacionales.

En el Capítulo III serán objeto de análisis las distintas posiciones que encauzan el problema expuesto como una cuestión de reparto de riesgo entre las partes teniendo en cuenta la economía del negocio. Desde esta perspectiva, el problema objeto de estudio se traduce en cómo resolver el reparto del riesgo entre los contratantes en función de una serie de circunstancias, que aun previsibles en abstracto, no siempre se pueden solucionar como un problema de voluntad contractual. En este sentido, se contienen distintas reglas para la distribución del riesgo contractual, haciendo referencia al reparto del mismo en las normas que regulan algunos tipos contractuales en el Código civil. Asimismo, se verán distintas teorías dentro del análisis económico del Derecho en la doctrina anglosajona sobre la distribución del riesgo contractual, distintas críticas a este modelo y la influencia que el mismo ha tenido sobre la doctrina alemana.

En el Capítulo IV se hace referencia a las distintas técnicas de las que se puede servir el juez en los supuestos de alteración de la economía contractual, como son la interpretación y la integración del contrato. En muchos de estos casos, decidir si el juez puede servirse de la interpretación del contrato para hacer frente a estos problemas, implica averiguar si aquél está facultado, en determinadas hipótesis, para sustituir la voluntad de las partes por su propia voluntad.

A fin de evitar esos inconvenientes se prefiere acudir a criterios objetivos de integración del contenido del contrato para determinar cuáles son sus efectos. En consecuencia, el juez podría integrar el contenido del contrato acudiendo a esa fuente de integración objetiva que es la buena fe (ex art. 1258 CC).

Desde mi punto de vista, la interpretación del contrato por el juez e incluso la integración del mismo según la buena fe pueden ser técnicas muy útiles para solucionar los problemas derivados de la alteración de la economía contractual. Será objeto de análisis cómo el recurso a estas técnicas es frecuente en el Derecho alemán, en el Derecho angloamericano, en el ámbito internacional (Principios UNIDROIT, Principios de Derecho europeo de Contratos, Convenio de Viena para la Compraventa Internacional de Mercaderías) e incluso se pueden encontrar ejemplos en este sentido en la jurisprudencia española.

Por último, se intentará definir el concepto de equilibrio entre las prestaciones, distinguiendo entre equilibrio en sentido subjetivo y en sentido objetivo, el cual queda excluido del objeto del presente trabajo.



## CAPÍTULO I

# MECANISMOS GENÉRICOS DE IMPUTACIÓN DE DETERMINADOS RIESGOS CONTRACTUALES.

### Introducción

Hay una serie de instituciones jurídicas que se ocupan del problema de la alteración de la economía contractual. Dicho problema puede tener su origen en una falsa valoración de la realidad por las partes contratantes, con lo que dicha problemática se aproxima al error como vicio invalidante del consentimiento, a la base del negocio en sentido subjetivo o a la causalización de motivos. También es posible que la alteración de la economía contractual sea debida a un cambio sobrevenido de las circunstancias, con lo que nos movemos en el campo de actuación de la doctrina de la cláusula "rebus sic stantibus" o en determinados casos, de la imposibilidad sobrevenida. Todas estas son instituciones que tienen que ver con el reparto del riesgo entre las partes contratantes, entendiendo por riesgo la defraudación que una de las partes experimenta en el conjunto de intereses subyacentes en el contrato.

Como tendremos ocasión de comprobar a lo largo de este trabajo, se puede apreciar una tendencia de la jurisprudencia española a la aplicación de instituciones jurídicas codificadas para resolver los problemas anteriormente descritos frente a instituciones como la base del negocio o la cláusula "rebus sic stantibus", cuya aplicación es más bien restringida.

Algunas de estas instituciones tienen un fundamento de tipo subjetivo en tanto que tienen en cuenta la voluntad de las partes. Dentro de este grupo trataremos por un lado, el error en la prestación del consentimiento y, por otro, la llamada causa concreta o propósito perseguido por las partes en un determinado contrato.

Otras tienen un fundamento de tipo objetivo, prescinden de la voluntad de las partes y se fijan en la superveniencia de determinados acontecimientos imprevistos que obstaculizan el cumplimiento de la prestación. Básicamente nos

referiremos a las normas sobre imposibilidad sobrevenida como posible solución de los problemas derivados de eventuales alteraciones en la economía contractual.

En el ámbito doctrinal, la separación en cuanto al tratamiento del problema objeto de estudio entre las teorías subjetivas y las objetivas se debe principalmente a Larenz<sup>1</sup>. Según este autor, dentro de la doctrina de la "Geschäftsgrundlage" se deben diferenciar dos tipos de elementos: los subjetivos y los objetivos. La base del negocio subjetiva comprende aquellas representaciones comunes a ambas partes y que fueron determinantes para la conclusión del contrato, así como para la determinación de su contenido. En este sentido, es necesario que cada parte haya tomado en consideración dicha representación, y que en caso de haber conocido la inexactitud no hubiese celebrado el contrato, o no con ese contenido. No basta la simple imprevisión de un cambio futuro del contrato, tampoco basta

---

<sup>1</sup> Resulta de gran interés su monografía titulada "La base del negocio y el cumplimiento del contrato. El significado del "cambio de circunstancias" en el Derecho civil" (*Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung. Die Bedeutung "veränderte Umstände" im Zivilrecht*, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 2ª ed., München, 1957).

En cuanto a la tradición histórica esta distinción ya existía en el Derecho común, en el antiguo Derecho natural y en el Derecho racionalista, incluso en el derecho anglosajón las representaciones erróneas de las partes sobre circunstancias concurrentes en el momento de la celebración del contrato se incluyen dentro de la problemática del error ("mistake", "error", "dissensus"), mientras que al cambio sobrevenido de las circunstancias se le hace frente con otras instituciones como la teoría de la justicia contractual (cláusula "rebus sic stantibus"), la doctrina sobre el precio, "impossibilitas" y "frustration" (Cfr. Wieacker, 1965: 243).

También respecto a esta distinción vid. el comentario publicado por varios profesores del Instituto Max Planck de Hamburgo publicado en la *RebelsZ* (1968: 216 y ss) acerca de una propuesta de convenio sobre contrato internacional de compraventa. Según el art. 12 de la propuesta se excluye el error en aquellos casos en los que el mismo se refiere a una circunstancia sobrevenida a la celebración del contrato. Con ello se quiere separar las normas sobre el error de las normas sobre el incumplimiento. En consecuencia, la línea divisoria entre ambos tipos de normas resulta complicada cuando los dos pueden referirse al mismo supuesto de hecho. Parece justo, a juicio de los comentaristas, diferenciar entre circunstancias que se dan en el momento de la celebración del contrato y las que surgen con posterioridad. De este modo, se produce una equiparación con el Derecho anglosajón que para los casos de circunstancias cuya existencia se duda en el momento de la celebración del contrato se sirve de las normas sobre el error ("mistake"), mientras que en los casos de circunstancias sobrevenidas se sirve de la frustración ("frustration"). Cfr. Pantaleón, 1993: 1725. Según este autor, en las relaciones entre el error y el incumplimiento contractual, propone una solución similar a la del art. 3.7 de los Principios Unidroit de Derecho de los Contratos: "A party is not entitled to avoid the contract on the ground of mistake if the circumstances on which that party relies afford, or could have afforded, a remedy for non-performance." Una parte contratante no está facultada para impugnar el contrato por error si las circunstancias del caso permiten o hubiesen permitido hacer uso del remedio frente al incumplimiento. Por ejemplo, A, un granjero, que encuentra una copa roída en el campo la vende a B, un coleccionista de arte por 100000 chelines australianos. El elevado precio se basa en la asunción de ambas partes de que la copa está hecha de plata, ya que en el mismo campo se han encontrado otros objetos también de plata. Con posterioridad resulta que el objeto en cuestión es una copa normal que carece de la cualidad presupuesta. B podría acudir al error sobre las cualidades esenciales para poner fin al contrato o también podría hacer uso de los remedios frente al incumplimiento. En este caso se aplicaría el precepto antes citado con la consecuencia de que queda excluido el remedio del error.

con que sea simplemente el móvil de una de las partes, conocido por la otra sin haber formulado objeción alguna. Por otro lado, la base del negocio en sentido objetivo debe comprender aquellas circunstancias que deben darse para que el contrato se presente como una regulación dotada de sentido. Aplicaciones importantes de la base del negocio objetiva son la “ruptura de la equivalencia de las prestaciones” (“Äquivalenzstörung”) y la “frustración del fin el negocio” (“Zweckvereitelung”).

De este modo, la "Geschäftsgrundlage" objetiva se relaciona con las normas sobre lesión del crédito mientras que la "Geschäftsgrundlage" subjetiva está más próxima a aquella parte de la teoría del negocio jurídico que se ocupa de la declaración de voluntad, en concreto la normativa sobre el error.

## **I. EL RIESGO DE LA FALSA VALORACIÓN DE LA REALIDAD: EL ERROR.**

### **1. Introducción.**

De acuerdo con lo expuesto, el error se encuentra entre las técnicas que pretenden atribuir relevancia a las circunstancias contrarias a los presupuestos del contrato. Según un sector doctrinal, se trata precisamente de la técnica más difusa, ya que con ello se traduce el problema en una cuestión de voluntad de los contratantes más que en una valoración de las circunstancias según criterios de juicio de carácter objetivo. Muchas veces, este modo de describir las cosas lleva implícito el riesgo de disimular una cuestión de distribución de riesgo y daño detrás del velo de una indagación psicológica<sup>2</sup>. Por otro lado, es una institución inadecuada en los casos en los que el contrato resulte insoportable en sentido económico por los efectos que produce, ya que la impugnación por error solamente contempla el interés de una de las partes (la que sufre el error, lo mismo si son las dos partes las que los sufren, solamente se tendría en cuenta el interés de una de las partes). Además de que la única consecuencia posible es la

---

<sup>2</sup> Cfr. Bessone, 1975: 104 y Gallo, 1992: 220.



impugnación del contrato, cuando en el caso concreto quizá sería más conveniente su adaptación a las nuevas circunstancias<sup>3</sup>.

De hecho, ésta parece ser la nueva tendencia en el Derecho europeo, ya que el art. 4:105 de los Principios de Derecho Europeo de Contratos se refiere a la adaptación del contrato en los casos de error: “Si una parte está legitimada para la impugnación del contrato por error, pero la otra parte le indica que está dispuesta a cumplir, o de hecho cumple el contrato tal y como fue entendido por la parte que pretende su impugnación, se entiende que el contrato se concluyó tal y como lo concibe la parte que incurre en error”. Podría entenderse que, en este caso, el error desaparece.

De acuerdo con el párrafo 3º de dicha norma, cuando ambas partes se encuentran en un error común, el tribunal, a petición de cualquiera de las partes, podría adaptar el contrato en atención a lo que las partes hubiesen razonablemente acordado si el error no hubiese tenido lugar<sup>4</sup>.

Por otro lado, en cuanto al error como tratamiento de los problemas derivados de alteraciones en la economía contractual, hay que tener en cuenta que no todo error es relevante para el Derecho. De este modo, es posible que una de las partes decida celebrar un contrato porque valora inexactamente la realidad. En sentido amplio se puede hablar de la existencia de un error, pero sin que produzca efectos jurídicos.

Además hay que tener en cuenta que la institución jurídica del error puede ser distinta en los diferentes sistemas jurídicos. De este modo, aunque en los diversos países, tanto de Derecho continental como del “Common Law”, se utilice

---

<sup>3</sup> Vid. en la doctrina alemana Lange, 1958: 25.

<sup>4</sup> Cfr. Lando et Beale, 2001: 246-247. Por ejemplo, un contratista incurre en error en cuanto a la cantidad de trabajo necesario para la realización de la obra. Este error es conocido por su contraparte, de modo que el contratista podría impugnar el contrato por error. El comitente ofrece al contratista que el contrato se cumpla sin realizar ese trabajo extra y por tanto, sin reducción del precio. En este caso, el contratista no puede solicitar la anulación del contrato por error. Si el error es compartido por ambas partes, el tribunal podría adaptar el contrato a lo previsto por las partes. En tal caso, el tribunal podría aplicar las tasas contractuales al trabajo adicional. En los casos de error común la adaptación puede ser inapropiada cuando las partes, de haber conocido el error, no hubiesen celebrado el contrato. Lo mismo sucedería en el caso de un cambio de posición de una de las partes subsiguiente a la celebración del contrato. La adaptación del contrato por la otra parte o por el tribunal no obsta a la parte que sufre el error a la reclamación de daños, en el caso de que estos no se vean compensados por la adaptación del contrato.

el mismo término de “error”, los presupuestos y los efectos pueden ser diferentes en cada uno de ellos<sup>5</sup>.

En los países del Common Law hasta el S.XIX se pensaba que la imposibilidad sobrevenida no representaba un límite válido a la eficacia vinculante del contrato<sup>6</sup>. A partir de este momento comienzan a aparecer sentencias en las que se admite la posibilidad de liberarse del contrato en los supuestos de imposibilidad originaria de cumplir debido a “common mistake”. En estos años se van desarrollando dos doctrinas paralelas: la del error común y la de la “frustration”, ambas como límites a la eficacia vinculante del contrato.

En el Common Law es frecuente recurrir a la técnica del “common mistake”. Según esta teoría es posible poner fin al contrato si se demuestra que las circunstancias son capaces de contravenir la economía del negocio. Últimamente se viene a sustituir la técnica del “common mistake” por la de “implication of condition” que examina las circunstancias basándose en criterios menos expuestos al riesgo de valoraciones de tipo psicológico.

En el sistema jurídico antes referido, el contrato se concibe no ya como una promesa que tiene por objeto una obligación de prestación, sino como garantía de obtención de un resultado cuya responsabilidad es asumida por el promitente. De este modo, es común que los jueces angloamericanos excluyan los efectos del contrato cuando se den circunstancias capaces de perturbar los presupuestos de tal garantía. No obstante, este tema será objeto de estudio en otra parte de este trabajo. Me centraré aquí en el análisis del error como tratamiento de los casos de alteraciones en la economía contractual en distintos sistemas de Derecho continental.

En este sentido, la aptitud de las normas sobre el error como instrumento útil para la elaboración de una técnica adecuada para el tratamiento de las

---

<sup>5</sup> Cfr. Fabre-Magnan (1998: 219): A pesar de que los distintos sistemas legales europeos reconocen que el consentimiento debe ser efectivo, de modo que el error, el dolo o el abuso de la posición dominante son razones para anular el contrato, esta armonía resulta ser sólo aparente, ya que las distintas tradiciones legales varían considerablemente en cuanto al grado de protección que se le debe otorgar a las partes. Por otro lado, en el Derecho anglosajón los presupuestos bajo los que se considera relevante un determinado error son bastante restrictivos: debe tratarse de un error esencial, en cuanto que debe referirse a la existencia del objeto, los referidos a la cualidad del objeto son más problemáticos. Las doctrinas de “implied conditions” o “implied terms” se utilizan frecuentemente para mantener el contrato en casos en los que otros sistemas jurídicos hubiesen permitido la anulación por error.

<sup>6</sup> Treitel, 1999: 262 y ss.

circunstancias incompatibles con el cumplimiento varía en función de las teorías dominantes en los diferentes ordenamientos. Vamos a analizar algunos de ellos para ocuparnos en último lugar del Derecho español.

## **2. Análisis de la cuestión en distintos sistemas de Derecho continental.**

### 2.1. Derecho francés.

#### A) El error relevante en el Derecho francés. El llamado error sobre la causa del contrato.

Es muy significativa en ese sentido la experiencia francesa donde una normativa ambigua sobre el error ha permitido que prácticamente cualquier problema pueda resolverse como si de un error relevante se tratara<sup>7</sup>: el art. 1109 CC fr regula el error como vicio del consentimiento, y el artículo siguiente establece que el error es causa de nulidad del contrato.

La falta de precisión de estos preceptos ha provocado que tanto en la doctrina como en la jurisprudencia exista gran confusión acerca del exacto significado del término «error en la sustancia».

Resultan también significativos los antecedentes históricos de la figura. Los autores más influyentes de la codificación francesa, Domat y Pothier, se incluyen dentro de la corriente iusnaturalista en cuanto al error. Domat piensa que el error anula el convenio por haber ignorado la verdad de un hecho, con lo que dicho convenio no sólo carece de causa sino que tiene una causa falsa (por ejemplo, es el caso del heredero que se obliga a pagar una deuda ya abonada por su causante). Por otro lado, Pothier considera el error como el mayor de los vicios de los convenios porque con él no puede haber consentimiento y pone como ejemplos de

---

<sup>7</sup> Esta concepción es criticada por la doctrina italiana (Bessone, 1975: 108), ya que un análisis en profundidad revela que las argumentaciones en término de error no se reducen a simples análisis de orden psicológico, sino más bien se debe atender al cuadro de intereses que integran la economía del contrato y que constituye su causa.

error casos de disenso sobre la causa<sup>8</sup>. También valora como error relevante aquél que recae sobre aquella cualidad de la cosa que los contratantes han tenido presente para contratar (pone como ejemplo el error sufrido por quien cree comprar unos candeleros de plata cuando en realidad son de cobre, en este caso el contrato será nulo porque el error destruye el consentimiento<sup>9</sup>).

Bigot de Prémeneu, uno de los redactores del “Code civil”, al tratar del error recoge las tesis de Pothier y Barbeyrac sobre el error en los motivos precisando que no es causa de nulidad más que en el caso de que la verdad de esos motivos pueda ser considerada como una condición de la que las partes claramente hayan hecho depender su promesa. Es decir, es necesario que el juez pueda estar convencido de que la parte no se hubiera obligado si no hubiera estado en este error<sup>10</sup>.

Dentro de la doctrina más reciente, entiende Mazeaud<sup>11</sup> que el error en la sustancia debe comprender aquel error que recae sobre aquellas cualidades del objeto que hayan sido determinantes, de modo que careciendo de esa cualidad una de las partes no habría celebrado el contrato. En consecuencia, por sustancia no debe entenderse un elemento necesariamente material, sino la cualidad característica que ha sido determinante del consentimiento. En este sentido, se podrían incluir el uso que el adquirente se proponía hacer de las mercancías, de un terreno (como construir una escuela). Con ello se hace acopio de las ideas de

---

<sup>8</sup> Pothier (1839: 18): “Si alguien piensa venderme o darme una cosa, y yo entiendo comprar o aceptar de él en donación otra distinta de aquella, no habrá venta ni donación”.

<sup>9</sup> Pothier, 1839: 19.

<sup>10</sup> Sobre los antecedentes del Código civil francés: vid. Fenet, 1968: 1 y ss. En la doctrina española cfr. De Castro, 1967: 106.

<sup>11</sup> Mazeaud, 1991: 152. Esta misma opinión había sido formulada anteriormente por Josserand, 1928: 78 y ss. Según este último autor, el art. 1110 permitiría la anulación del contrato cuando una de las partes, normalmente el adquirente, se encuentra en un error sobre la antigüedad de la cosa vendida, sobre su procedencia exótica o sobre la personalidad del autor. Por ejemplo, si un terreno es adquirido para un determinado fin, como la construcción de una escuela, y con posterioridad la construcción no es posible porque la administración se niega a conceder la autorización necesaria para la apertura del establecimiento, la venta será anulable por error sobre la sustancia, puesto que la apertura de la escuela ha sido efectivamente la condición determinante de la venta. Para la solución de este problema la jurisprudencia ha escogido la noción de las cualidades esenciales para englobar dentro de ellas las que se refieren a los “mobiles” que se incorporan de alguna manera en el objeto del contrato, en su sustancia. De este modo, la jurisprudencia ha venido incluyendo dentro del art. 1110 CC el error sobre las cualidades esenciales de la cosa objeto del contrato por un lado, y por el otro aquellas cualidades que han sido tenidas en cuenta por las partes para la celebración del contrato, de tal forma que sin ellas no se hubieran decidido a contratar. Se trata de un sistema esencialmente subjetivo, de orden psicológico, que encuentra su centro de gravedad no ya en un elemento de tipo material, sino más bien en los resortes de la voluntad, en los “mobiles” contractuales.

Bigot de Préameneu que asimila el error en los motivos al error en la sustancia siempre que estos motivos hayan sido tenidos en cuenta por las partes como una condición de las que ellas hayan querido hacer depender la eficacia del compromiso. Los tribunales franceses hablan de una cualidad esencial cuando las partes han hecho de la misma una condición del contrato. En cuanto al término condición no debe entenderse como hecho futuro e incierto, se trata simplemente de que las partes han querido subordinar la validez del contrato a la existencia de una cualidad determinante del intercambio de las prestaciones. Es preciso que la economía del contrato se base en la existencia de la cualidad en sí misma considerada y no sobre sus posibilidades de existencia. Este es el análisis que realizan los jueces para constatar que las partes han hecho de la cualidad fallida la condición de su acuerdo<sup>12</sup>. De esta suerte, la jurisprudencia abandona la teoría objetiva para adoptar una teoría subjetiva sobre el error, con lo que el calificativo de sustancial del art. 1110 CC significa hoy esencial.

Para Josserand el art. 1110 CC ofrece criterios para diferenciar cuando nos encontramos ante un error unilateral y un error común a ambas partes. De este modo, aunque existen autores que consideran que puede ser relevante jurídicamente un error unilateral, la jurisprudencia francesa es bien clara en el sentido contrario. Lo que es decisivo para la corte suprema es la intención común, los “mobiles” comunes de las partes. El error relevante en sentido jurídico debe reunir una doble condición, por un lado, debe haber sido decisivo para la formación de la voluntad, por otro lado, debe ser común. Este sistema es satisfactorio en la medida en que evita la arbitrariedad. Se debe descartar el “*erreur in mente retenta*”, del error de “*derrière la tête*” de alguno de los contratantes. De este modo se encuentre exteriorizada y objetivada la teoría del error y por lo tanto, se evitan las dificultades de prueba tan graves que se suscitan desde el punto de vista unilateral<sup>13</sup>.

En definitiva, la utilidad comporta un riesgo, un alea que no puede tenerse en cuenta para anular el contrato cuando no se puede conseguir la ventaja prevista o en aquellos casos en los que la cualidad pretendida no se dé en realidad. Por ejemplo, una compra realizada con tal de exportar las mercancías a un país

---

<sup>12</sup> Cfr. Ghestin, 1971: 209.

<sup>13</sup> Josserand, 1928: 83 y ss.

extranjero comporta el riesgo de que en el momento de la conclusión del contrato exista la prohibición de exportar. De este modo, el que impugna el contrato por error deberá probar no sólo su error, sino también que ha tenido la cualidad de esencial<sup>14</sup>.

En resumen, la jurisprudencia y la doctrina francesas entienden que el art. 1110 CC fr permite atribuir relevancia a cualquier error que haya influido de manera decisiva en la decisión de celebrar un contrato, aunque se trate de errores que en otros ordenamientos serían calificados como errores jurídicamente irrelevantes en cuanto referidos a los motivos que llevaron a las partes a contratar. No obstante, existen también algunas sentencias que no han accedido a declarar la invalidez del contrato debido a que el objeto del error era un simple motivo, entendiendo por tal una circunstancia de la que depende la realización de un interés extraño al contenido del contrato.

En general, la jurisprudencia francesa entiende que es posible la impugnación del contrato por error cuando el mismo recaiga sobre una cualidad del bien que pueda considerarse esencial, siempre que la contraparte fuera consciente o hubiera podido conocer empleando una diligencia normal que el contrato se había celebrado en atención a estas características, que en realidad no se daban en la cosa. Desde esta perspectiva, puede asumir relevancia a los fines de impugnación del contrato cualquier error que, de acuerdo con la economía global del contrato, ha ejercido una influencia fundamental en el consentimiento, como es el caso de error acerca de las cualidades del bien y también la aptitud del mismo para conseguir una determinada finalidad (por ejemplo, el caso en el que alguien adquiera un terreno con la finalidad de edificar sobre él cuando en realidad ello es imposible porque lo impide la normativa urbanística).

Incluso en muchos casos, esta interpretación extensiva del art. 1110 CC fr ha permitido atribuir relevancia a errores referidos a circunstancias que

---

<sup>14</sup> Mazeaud, 1991: 156. También según Ghestin (1971: 64), la equidad y sobre todo, la necesaria seguridad en las relaciones jurídicas que se traducen en el principio moral de respeto a la palabra dada impiden que se trate de una causa de anulación el error sobre los motivos personales del que se obliga, aunque dichos motivos hayan sido determinantes del consentimiento. No obstante, es cierto que determinadas preocupaciones morales y económicas han ejercido una influencia decisiva sobre la jurisprudencia francesa. Sobre el conflicto entre error y responsabilidad vid. Esmein, 1931: 228. Además, según este autor (1931: 236), el error no es causa de anulabilidad del contrato si la víctima asume los riesgos del error o si la ley los coloca a su cargo.

constituyen presupuestos de su economía, aun cuando no contempladas en el contrato.

En opinión de Mazeaud, con esta práctica los tribunales franceses se atribuyen un gran poder de control siguiendo un deseo de moralizar el contrato más que las indicaciones del Código Civil, que fija unos límites estrechos para la impugnación por error. De este modo, prevalece el equilibrio contractual por encima de la validez del contrato, introduciendo, bajo el pretexto de la interpretación del contrato, cláusulas que no habían sido queridas por las partes<sup>15</sup>.

No obstante, sí que se mantiene de modo teórico una distinción entre error en la sustancia y error en los motivos. En este sentido, se consideran móviles las razones personales que han llevado al contratante a interesarse por la cosa o las ventajas que hubiera pretendido obtener de la misma, razones del todo extrañas al contrato.

Por otro lado, en cuanto a las posibilidades que ofrece el error, hay que tener en cuenta que en el Derecho francés es un concepto admitido el del “error sobre la causa”, que es una noción híbrida entre el error sobre las cualidades esenciales y la ausencia de causa y que permite resolver gran parte de los problemas derivados del surgimiento de circunstancias incompatibles con los presupuestos del contrato con base en el art. 1110 en relación con el art. 1131 del CC fr<sup>16</sup>.

En la doctrina clásica, Pothier reacciona frente a la tesis de quienes como Puffendorf, el error en la causa anula el contrato. Por ejemplo, si alguien compra caballos creyendo que los suyos han muerto, según la tesis expuesta, el comprador podría dispensarse de cumplir el contrato una vez tenga noticia de que dicha noticia es falsa, si bien, con la obligación de indemnizar al vendedor por los perjuicios que hubiera podido sufrir. Frente a esto entiende Pothier, siguiendo a Barbeyrac “si fuese cierto que hemos hecho depender nuestro convenio de la

---

<sup>15</sup> Mazeaud, 1991:148. En la doctrina italiana Bessone (1975: 117) ha criticado esta práctica de los tribunales franceses, puesto que no existe norma que pueda ser racionalmente interpretada de modo tan extenso que permita ampliar el área de los casos de impugnación del contrato sin establecer cualquier criterio para impedir que una parte haga soportar a la otra las consecuencias derivadas de la no satisfacción de sus expectativas extrañas al contrato. Por ello, es muy importante delimitar el ámbito de errores relevantes.

<sup>16</sup> Art. 1110 “L’erreur n’est une cause de nullité de la convention que lorsqu’elle tombe sur la substance même de la chose qui en est l’objet. Elle n’est point une cause de nullité, lorsqu’elle ne tombe que sur la personne avec laquelle on a intention de contracter, à moins que la considération de cette personne ne soit la cause principale de la convention.” Art. 1131 “L’obligation sans cause,

verdad de la noticia recibida; siendo esta falsa, la convención sería absolutamente nula, *defectu conditionis*, sin que pudiese el vendedor pedir los perjuicios e intereses por su inejecución; y concluye de aquí que este error en la causa en nada perjudica la validez del contrato”<sup>17</sup>.

En la doctrina contemporánea, Ghestin propone la necesidad de diferenciar entre el error acerca de las cualidades esenciales y la nulidad por ausencia de causa. La primera figura exige un análisis de la psicología de la víctima del error, de su intención y de la común intención de las partes. Como tiende esencialmente a la protección de la víctima del error su consecuencia jurídica es la nulidad relativa. La segunda resulta de un análisis objetivo del acto, tiende a asegurar no solamente la protección de la parte lesionada, sino también la conformidad de los actos jurídicos a su finalidad social, en este sentido, su consecuencia es la nulidad absoluta. No obstante, el error sobre la causa es un concepto complejo. Su aparición se debe a la influencia de las ideas de Capitant, que asimila el error sobre las cualidades esenciales al error sobre la causa. Sin embargo, resulta indispensable ampliar la definición de causa si se quiere incluir dentro del error sobre la causa todos los supuestos de anulación por error. No obstante, la expresión de error sobre la causa es admitida por la mayor parte de los autores modernos como equivalente a error sobre las cualidades sustanciales o como una manifestación particular de ésta. El empleo de dicha expresión de error sobre la causa ha llevado a confundir la aplicación de los arts. 1110 y 1131 CC<sup>18</sup>.

Resumiendo, en el Derecho francés la normativa sobre el error ofrece amplias posibilidades en la solución de los problemas derivados de alteraciones en la economía negocial porque permite la impugnación del contrato cualquier error que, teniendo en cuenta la economía global del contrato, ha tenido gran influencia en la formación del consentimiento. Sin embargo, como tendremos ocasión de comprobar, en otros ordenamientos jurídicos la normativa sobre el error no ofrece tan amplias posibilidades, de modo que el ejercicio del control de compatibilidad entre circunstancias sobrevenidas y cumplimiento se ha debido realizar empleando

---

ou sur une fausse cause, ou sur une cause illicite, ne peut avoir aucun effet”. Acerca del error sobre la causa vid. Esmein, 1931: 247.

<sup>17</sup> Pothier, 1839: 20-21.

<sup>18</sup> Ghestin, 1971: 279 y ss.



otras técnicas: es el caso del Derecho alemán mediante el recurso a la "Geschäftsgrundlage" en sentido subjetivo, como veremos más adelante.

## 2.2. Derecho italiano.

### A) El error relevante en el Derecho italiano.

Las normas del Código civil italiano en materia de error en los contratos se contienen en los arts. 1428 y ss<sup>19</sup>. Se trata de una normativa mucho más desarrollada que la del Código precedente. Uno de los requisitos exigidos por el Código civil italiano para la relevancia del error es que éste sea esencial. La ley habla de error esencial en relación con todas las hipótesis enunciadas en el art. 1429 CC. El juicio de esencialidad está encaminado a valorar si el error ha constituido la *conditio sine qua non* del contratar, es decir, en otras palabras, la razón necesaria para justificar la conclusión del contrato. En este sentido, se trata de un juicio de tipo objetivo<sup>20</sup>.

A diferencia del error esencial, el error sobre los motivos es sinónimo de error irrelevante y comprende todas aquellas valoraciones realizadas por el sujeto en el momento de celebrar el negocio. El error en los motivos equivale a una falsa representación y su irrelevancia es debida a que esa actividad valorativa propia de cada contratante debe permanecer en su propia esfera de riesgo<sup>21</sup>.

Las normas del Código Civil no parecen atribuir tampoco relevancia al error de previsión, es decir, a aquella falsa representación sobre circunstancias futuras, solamente es relevante el que recae sobre circunstancias presentes o pasadas en

---

<sup>19</sup> El art. 1428 establece la regla fundamental según la que el error para determinar la invalidez del contrato debe ser esencial y reconocible; el art. 1429 enumera las hipótesis de error esencial y contiene la distinción entre errores de hecho y de derecho; el art. 1430 disciplina el error de cálculo y el error de cantidad; el art. 1431 establece cuando un error debe considerarse reconocible; el art. 1433 contiene las hipótesis de error en la declaración; y el art. 1432 concede a la contraparte del que impugna el contrato por error la posibilidad de impedir la anulación ofreciendo la rectificación.

<sup>20</sup> Pietrobon, 1990: 348.

<sup>21</sup> Gallo, 1992: 2566. En el Derecho italiano (art. 1428, 1429) se admite la posibilidad de impugnar el contrato por error en la naturaleza del contrato, en el objeto de la prestación, en una cualidad relevante o en la persona del otro contratante. No obstante, no cualquier error puede dar lugar a la anulación del contrato. En concreto, no se considera relevante el error en los motivos. Scognamiglio, 1999: 235. Bessone, 1975: 302.

relación al momento de prestar el consentimiento. Ello es debido a que si se emite una declaración de voluntad a sabiendas del inexacto conocimiento acerca de su contenido o de sus efectos, no se puede invocar posteriormente el propio error, ya que se ha querido conscientemente correr un riesgo. Por lo tanto, el error no puede servir para disciplinar aquellos casos en los que la perturbación de la economía del contrato depende precisamente de que se verifiquen eventos sucesivos a la conclusión del mismo. Por ello, aunque se pudiese probar que no existe un verdadero y propio principio de irrelevancia del error de previsión, antes de poder aplicar las normas sobre el error sería necesario demostrar que el art. 1429 CC it no es una norma taxativa, es decir, que el elenco de hipótesis de error esencial puede determinarse por el intérprete<sup>22</sup>.

Además el art. 1428 CC it exige la reconocibilidad del error, este juicio de reconocibilidad exige una valoración objetiva de la situación, como capaz, en abstracto, de suscitar confianza. Sin embargo, la ley no establece el requisito de la excusabilidad del error<sup>23</sup>.

Según el art. 1431 CC<sup>24</sup> italiano el error es reconocible cuando una persona actuando con una diligencia normal hubiera podido percatarse atendiendo al contenido del contrato, a las circunstancias del mismo o a la cualidad de los contratantes. Existe discusión acerca de si ese juicio de reconocibilidad debe entenderse en sentido objetivo o subjetivo. Parece más razonable la primera de las interpretaciones, ya que con la regla de la reconocibilidad el Código civil italiano no pretende una protección de la confianza en concreto, sino en abstracto. Además, hay que tener presente una norma del Código civil austríaco que

---

<sup>22</sup> Scognamiglio, 1992: 235. Bessone, 1975: 303. Pietrobon, 1990: 333. Sobre la irrelevancia jurídica del error de previsión vid. Gavidia (1987: 548).

<sup>23</sup> Pietrobon, 1990: 196. La relevancia de la excusabilidad del error no deriva de la exigencia de una valoración moral, sino del principio de la responsabilidad por la confianza suscitada en la otra parte. En opinión de Pietrobon, no habría inconveniente para exigir también el requisito de la excusabilidad con un doble fundamento, o reconociendo la existencia de un principio de valoración moral sobre el comportamiento de las partes, o acogiendo la idea, expresada por el principio de autoresponsabilidad, que un evento, objetivamente considerado puede ser referido a un sujeto no a título de voluntad, sino a título de culpa. Para excluir la excusabilidad solamente podrá ser invocado el silencio de la ley. En contra, Galgano (1992: 303). La ley no exige el requisito de la no culpabilidad o excusabilidad del error por parte de quien incurrió en él. Por ello, a su juicio, no es obstáculo a la anulabilidad del contrato la circunstancia de que el contratante que incurrió en error habría podido, haciendo uso de la normal diligencia, darse cuenta del error y evitar la celebración del contrato o celebrarlo en ciertas circunstancias.

<sup>24</sup> Art. 1431 "L'errore si considera riconoscibile quando, in relazione al contenuto, alle circostanze del contratto ovvero alla qualità dei contraenti una persona di normale diligenza avrebbe potuto rilevarlo".

contiene una disposición similar a la del Código civil italiano, y es interpretada de modo objetivo en cuanto al juicio de reconocibilidad<sup>25</sup>.

Para la realización de ese juicio de reconocibilidad no basta con tener en cuenta declaración de voluntad, ya que de este modo la demostración de la reconocibilidad resultaría muy difícil. En este sentido, resulta muy útil la referencia al contrato, a la operación económico-jurídica tal y como ha sido configurada por las partes. Por ejemplo, en la compraventa de cosa preciosa a precio irrisorio, la desproporción entre el valor y el precio puede indicar al comprador la existencia del error, en este caso sobre la sustancia de la cosa.

Según Galgano, lo que debe probar el que sufrió el error es la reconocibilidad abstracta del mismo, no el hecho de que la contraparte lo hubiese conocido efectivamente. Se trata con ello de proteger la confianza de la contraparte respecto a la validez del contrato y de modo más general, la seguridad del tráfico. El autor pone el ejemplo de quien ha comprado el terreno con la intención de construir. Éste deberá probar, para obtener la nulidad del contrato, que el vendedor estaba en grado de poder darse cuenta de que el terreno no podía destinarse a esa finalidad. Se debe tener en cuenta el contenido y las circunstancias del contrato, no sólo las cualidades de los contratantes. De este modo, no se podrá pretender que se califique como reconocible un error sobre la edificabilidad del suelo rústico adquirido por uno de los contratantes cuyas cualidades personales o profesionales no denotan su intención de construir. Otro caso diferente es el del terreno situado en la ribera del mar comprado a un precio no rústico por una empresa hotelera o respecto de un pequeño terreno situado en una zona de esparcimiento comprado a un precio altísimo por un turista extranjero. En estos casos el vendedor no podrá escudarse en que no se había dado cuenta de que la empresa hotelera no pretendía adquirir una finca rústica o que el

---

<sup>25</sup> § 871."1. War ein Teil über den Inhalt der von ihm abgegebenen oder dem anderen zugegangenen Erklärung in einem Irrtum befangen, der die Hauptsache oder eine wesentliche Beschaffenheit derselben betrifft, worauf die Absicht vorzüglich gerichtet und erklärt wurde, so entsteht für ihn keine Verbindlichkeit, falls der Irrtum durch den anderen veranlaßt war, oder diesem aus den Umständen offenbar auffallen mußte oder noch rechtzeitig aufgeklärt wurde.

2. Ein Irrtum eines Teiles über einen Umstand, über den ihn der andere nach geltenden Rechtsvorschriften aufzuklären gehabt hätte, gilt immer als Irrtum über den Inhalt des Vertrages und nicht bloß als solcher über den Bewegungsgrund oder den Endzweck".

De acuerdo con el párrafo primero, el que sufre el error no está vinculado por su declaración en el caso de que el error haya sido provocado por su contraparte, hubiera debido reconocerlo según las circunstancias que se daban en el caso concreto o efectivamente lo hubiera reconocido con antelación.

turista extranjero no pretendía comprar un huerto. Respecto del primero de los supuestos, distinta hubiese sido la cuestión de la reconocibilidad del error en el caso de que el comprador hubiera sido una empresa constructora o una empresa inmobiliaria, puesto que es conocido que éstas compran a menudo terrenos agrícolas sabiendo que son tales y pagándolos como tales, confiando en el futuro destino para la edificación<sup>26</sup>.

En consecuencia, para la realización del juicio de reconocibilidad se deben valorar cuáles son las circunstancias relevantes del contrato (según establece el art. 1431 CC it). La palabra “circunstancia” se refiere a un hecho diverso del que es objeto de juicio (hecho principal), pero no totalmente extraño. La cuestión reside en determinar si las circunstancias para ser relevantes deben estar en una determinada relación con el sujeto o con el contrato. Es notable en este sentido que la ley hable de circunstancias del contrato. El legislador, a juicio de Pietrobon<sup>27</sup>, ha ampliado el campo de fenómenos relevantes de manera que deben tenerse en cuenta todos los hechos que hayan interferido en la relación de intercambio entre las partes, orientada a la formación y a la conclusión del contrato. Con ello, se trata de juzgar los hechos según un criterio “intersubjetivo”, que no es totalmente subjetivo, porque concede relevancia solamente a hechos comunes, pero tampoco es un criterio objetivo, porque atañe a la actividad personal de los sujetos interesados, es objetivo solamente en la medida en que es común.

#### B) El error común en el Derecho italiano y su relación con la “presupposizione”.

En el caso del error común se discute en la doctrina italiana si es aplicable el requisito de la reconocibilidad del error. Un sector de la doctrina responde afirmativamente a esta cuestión porque en su opinión, en los casos de error común se deben aplicar también las disposiciones sobre el error contenidas en los arts.

---

<sup>26</sup> Galgano, 1992: 301 y ss.

<sup>27</sup> Pietrobon, 1990: 222. Tan equivocado es defender que las circunstancias relevantes son aquellas que han acompañado a la actividad del destinatario de la declaración viciada (juicio subjetivo o juicio de culpa) como que solamente son relevantes las circunstancias objetivas, es decir, aquellas

1428 y ss. CC it<sup>28</sup>. Otro sector de la doctrina ha negado la concurrencia de este requisito porque en las hipótesis de error bilateral falta el presupuesto para la aplicación de la regla de la reconocibilidad, ya que no existe confianza que proteger<sup>29</sup>. Precisamente, el hecho de que no se conceda relevancia al error en los motivos se basa en razones de protección de la contraparte, de este modo, partiendo de las normas que regulan el error en el CC (art. 1429) no podría negarse al sujeto el poder de sustraerse a la eficacia vinculante del contrato no sólo cuando la contraparte ha conocido la existencia de cuáles eran las motivaciones que le llevaron a contratar, sino también que los ha tenido en cuenta a los efectos de la determinación del contenido del contrato. En este sentido, tratándose de un error bilateral, no tendría sentido hablar de protección de la confianza de la contraparte. En contra de esta tesis se encuentra Pietrobon, para quien se puede constatar como en una situación de este género no falta dicha confianza, ya que existen una serie de esperanzas, de opiniones, que pueden verse frustradas tanto con la anulación como con el mantenimiento del contrato. En este sentido, es significativa la jurisprudencia que, estando vigente el Código de 1865, consideraba inaplicable el límite de la excusabilidad y subordinaba la anulabilidad a un juicio comparativo acerca de la diligencia de ambas partes, la que exigía la nulidad y la que se oponía a ellas, para estimar la demanda o la excepción de aquel que, por la diligencia usada, fuese más digno de ser escuchado<sup>30</sup>.

El autor anteriormente citado considera que el error común es por su naturaleza, un evento diferente al previsto en el art. 1428 CC. La prueba de ello se

---

que son generales, que consisten en acontecimientos comunes a todo el ambiente social en el que se ha formado el contrato (valoración estrictamente objetiva).

<sup>28</sup> Esta es la opinión de Galgano (1992: 303) para quien cuando el error es común a todos los contratantes, por lo que es conocido por cada uno de ellos, hace irrelevante su eventual reconocibilidad. Cfr. asimismo Scognamiglio, 1992: 238.

<sup>29</sup> Cfr. Belfiore, 2000: 63. En este sentido, la doctrina trata de fundamentar la figura del error esencial común a ambas partes contratantes en preceptos del CCI al margen del art. 1428 que se refiere a la reconocibilidad del error (por ejemplo, en el art. 1345 CCI que considera como ilícito el contrato en el que las partes persiguen motivos ilícitos comunes a ambas partes). En consecuencia, el “motivo común” tiene naturaleza de “presupposizione” que, en cuanto errónea, debe producir la anulabilidad del contrato. Vid. asimismo Girino, 1957: 782.

<sup>30</sup> En contra Pietrobon, 1990: 489. En su opinión, se puede constatar como en una situación de este género no falta dicha confianza, ya que existen una serie de esperanzas, de opiniones, que pueden verse frustradas tanto con la anulación como con el mantenimiento del contrato. En este sentido, es significativa la jurisprudencia, que estando vigente el Código de 1865, consideraba inaplicable el límite de la excusabilidad y subordinaba la anulabilidad a un juicio comparativo acerca de la diligencia de ambas partes, la que exigía la nulidad y la que se oponía a ellas, para estimar la demanda o la excepción de aquel que, por la diligencia usada, fuese más digno de ser escuchado.

puede encontrar en la jurisprudencia que considera irrelevante en los supuestos de error común el requisito de la reconocibilidad<sup>31</sup>.

El error común puede manifestarse de dos formas diferentes: una de ellas se resolvería simplemente acudiendo a la regla de la de “falsa demonstratio non nocet”. Por ejemplo, sería el caso en el que las partes en el contrato de compraventa se refieren a una determinada parcela, con un determinado número catastral, que no se corresponde verdaderamente con la parcela que era objeto del contrato. En este caso el negocio es válido, pero está sujeto a rectificación.

Otra de las formas de manifestarse el error común y que constituye la cuestión más compleja es cuando dicho error incide en la identificación misma de la persona o de la cosa, o en la cualidad de una o de otra (por ejemplo, ambas partes consideran de oro el anillo de latón objeto de la compraventa). En este caso las partes en el contrato toman como punto de referencia una representación de la realidad que ha condicionado, en sentido amplio, no solamente su voluntad de concluir el acto, sino también el contenido de la reglamentación jurídica origen de derechos y obligaciones entre las partes.

De este modo, la doctrina italiana trata de resolver el problema de si se puede defender en el Derecho italiano la existencia de un concepto de error común relevante, distinto del error en los simples motivos, así como cuál es su fundamento positivo (si es o no el mismo que el del error unilateral). Este es uno de los fines de la teoría de la “presupposizione” o de la base del negocio. La jurisprudencia oscila entre el reconocimiento y la negación de la figura. En la doctrina italiana existe una gran confusión acerca del fundamento jurídico de esta doctrina, así como acerca de cuáles deben ser sus efectos<sup>32</sup>.

La “presupposizione” se define como aquella situación de hecho o de derecho pasada, presente o futura, cierta en las representaciones de las partes, de carácter objetivo, que sin haber hecho referencia expresa a la misma en el

---

<sup>31</sup> Sobre esta cuestión cfr. Pietrobon, 1990: 491 y ss. En su opinión, esta tesis está de acuerdo con que en el contrato existen hechos subjetivos disciplinados en sí mismos, que tienen existencia objetiva y no son el fruto, siempre divisible de una serie de una suma de eventos subjetivos propios de cada una de las partes, es decir, existe una común declaración, una intención común y en consecuencia, un error común.

<sup>32</sup> Cfr. Belfiore, 2000: 80. En opinión de este autor, la “presupposizione” es una figura jurisprudencial de la que se sirven los jueces para resolver problemas para los que no aportan solución las distintas disciplinas legales. Sobre esta cuestión vid. asimismo Serio, 1994: 294 y Girino, 1957: 781.

contenido del contrato, puede considerarse que ha sido decisiva en la formación del consentimiento contractual, como presupuesto común cuyo valor es determinante a los fines de la existencia y permanencia del vínculo<sup>33</sup>.

En cuanto al ámbito de aplicación de la disciplina del error y el problema de los presupuestos, en opinión de Scognamiglio, ambas figuras tienen su punto de intersección en ser técnicas de protección de los intereses de las partes, son remedios que pretenden asegurar la congruencia entre el plano de la iniciativa negocial y los efectos del contrato. De este modo, es posible reconducir a la hipótesis de error de derecho la venta de un terreno edificable sobre la base de la falsa representación del mismo como terreno rústico, también en los casos en los que no existe dificultad en reconocer un error en la naturaleza o en el objeto del contrato (muchos de estos casos se resolverían en la jurisprudencia alemana en clave de pérdida de la “Geschäftsgrundlage”).<sup>34</sup>

La única diferencia entre el error en los motivos y la “presupposizione” parece residir en la reconocibilidad del motivo, de modo que se eleva a presuposición todo error en los motivos cuyo valor determinante se haya comunicado a la otra parte. En consecuencia, la falsa presuposición daría lugar a la anulabilidad del contrato por error en el motivo determinante del que la contraparte ha tenido conocimiento a los efectos de establecer la relación de equilibrio entre las recíprocas ventajas y sacrificios.

No obstante, esta tesis no está exenta de dificultades. Una de ellas deriva de las propias normas que regulan el error, porque aun acogiendo la tesis según la que la enumeración de los casos de error esencial contenida en el art. 1429 CC *it*<sup>35</sup> no tiene carácter taxativo, es indiscutible que la ley exige dos requisitos para la relevancia del error: la esencialidad y la reconocibilidad. No basta esta última,

---

<sup>33</sup> Belfiore, 2000: 82. Serio, 1994: 296.

<sup>34</sup> Scognamiglio, 1992: 234 y ss. Por otro lado, como señala Belfiore (2000: 28), es cierto que la compraventa de un terreno para edificar sobre él se ha puesto como ejemplo de “presupposizione”, ya que en este caso, la existencia de una cierta circunstancia (la edificabilidad del terreno en realidad, inedificable) se ha considerado por ambos contratantes como uno de los fines del intercambio, de manera que sería posible afirmar que una vez revelada como inexistente la circunstancia en cuestión, se produce una alteración sustancial del intercambio proyectado por los contrayentes.

<sup>35</sup> Art. 1429 “L'errore è essenziale: 1) quando cade sulla natura o sull'oggetto del contratto; 2) quando cade sull'identità dell'oggetto della prestazione ovvero sopra una qualità dello stesso che, secondo il comune apprezzamento o in relazione alle circostanze, deve ritenersi determinante del consenso; 3) quando cade sull'identità o sulle qualità della persona dell'altro contraente, sempre

ni siquiera el conocimiento efectivo, para que el error devenga esencial. Desde este punto de vista, puede parecer contradictorio sostener la teoría de la “presupposizione” concediendo relevancia al error en los motivos. En este sentido, la doctrina viene hablando de expresiones tales como “situazione giustificante il negozio”, “presupposto oggettivo che, per comune interesse e per concorde ammissione, rende ragione della causa”<sup>36</sup>. Con estas expresiones se quiere distinguir la “presupposizione” de los simples motivos. Esta definición subraya la naturaleza objetiva del hecho. Se ha defendido que en estos casos, la solución no pasa por las disposiciones sobre el error unilateral, porque la falsa representación de la realidad condiciona no solamente y no tanto la adhesión de una parte al contrato, sino el surgimiento del propio conflicto de intereses<sup>37</sup>. El hecho de que las partes hayan regulado entre ellas un conflicto de intereses no real, sino figurado, indica que la operación económica carece de base, ya que las partes han previsto efectos jurídicos vinculantes en función de una situación inexistente.

Es cierto que el error común puede hacer que la prestación prometida sea no sólo imposible sino en la mayoría de los casos excesivamente onerosa con respecto a como se pensó en el momento de conclusión del contrato. No obstante, si en el momento de concluir el contrato las partes dudan acerca del valor exacto, naturaleza o cualidad del bien objeto del contrato, la duda equivale a una asunción de riesgo de que el bien sea en realidad diverso de cómo se pensaba, ya que se debe negar relevancia a aquellos errores que podrían definirse como errores acerca de la conveniencia económica de la operación. Por ejemplo, en los casos de compraventa de un terreno, la conclusión del contrato implica asunción del riesgo de que el terreno pueda tener en realidad un valor mayor como consecuencia de las riquezas que en él se contienen.

Como se verá en la continuación, a diferencia que en Alemania, en Italia aunque el error sea bilateral tiene como consecuencia la disolución del contrato,

---

che l'una o le altre siano state determinanti del consenso; 4) quando, trattandosi di errore di diritto, è stato la ragione unica o principale del contratto”.

<sup>36</sup> Belfiore, 2000: 29. Según este autor, reconducir la “presupposizione” a la esfera del error supone excluir la anulabilidad del contrato en aquellos casos en los que, pese a la representación errónea del contratante, resulte no reconocible para su contraparte. En consecuencia, a juicio del autor citado (2000: 31), la falsa “presupposizione” debe resolverse según un mecanismo cuyos efectos sean esencialmente diversos al de la anulación del contrato por error.

<sup>37</sup> Pietrobon, 1990: 502 y ss.



pero no la revisión. No obstante, en el contrato de obra es posible la revisión del contrato en los supuestos de error común a ambas partes. Este es el caso en el que exista un error común de las partes acerca de la naturaleza del suelo o cuando en realidad, las obras necesarias resultan más costosas de lo que se pudo pensar en el momento de la conclusión del contrato (por ejemplo, porque existe una dificultad de tipo geológico para la realización de las obras)<sup>38</sup>.

En cuanto a los efectos de la falsa “presupposizione”, en opinión de Pietrobon<sup>39</sup>, la solución más adecuada es la anulabilidad y no la nulidad porque el contrato existe en todos sus elementos. La consecuencia más grave de la nulidad exigiría la falta de un elemento esencial del contrato cual es el de la causa, pero ello presenta la dificultad de que la causa se entiende en sentido objetivo<sup>40</sup>. De este modo, a su juicio, una falsa representación de la realidad constituiría un error común sobre los motivos determinantes compartidos por los contratantes. Sin embargo, para decretar la invalidez del contrato usando un remedio de naturaleza subjetiva, el error común en los motivos debe referirse a una realidad presente o pasada respecto al momento en el que se concluye el contrato, pero no a una realidad futura (porque el error de previsión es irrelevante). Respecto a esta

---

<sup>38</sup> Cfr. Gallo, 1992: 229. Scognamiglio, 1992: 236.

<sup>39</sup> Pietrobon, 1990: 510.

<sup>40</sup> No obstante, Gallo (1992: 265 y ss.), después de un estudio de la jurisprudencia italiana llega a las siguientes conclusiones: según alguna jurisprudencia la imposibilidad de alcanzar el fin contractual debida a error común de las partes supone la nulidad del contrato por defecto genético de causa. Incluso existen sentencias en las que se declaran nulos o anulables ciertos contratos concluidos sobre la base de presupuestos que son en realidad inexistentes. En la jurisprudencia se ha venido estableciendo una distinción: los casos de falsa presuposición debida a error común se reconducen al concepto de causa, mientras que la verdadera presuposición debida a un cambio de las circunstancias se relaciona con las normas sobre la excesiva onerosidad sobrevenida. La primera situación tiene como consecuencia la nulidad del contrato por defecto de causa, mientras que la segunda da lugar a la “caducazione” del contrato. En opinión del autor, este afán de la jurisprudencia italiana de dotar de fundamento legal a estas instituciones, como por ejemplo la presuposición, carente de regulación legislativa, pero no por esto menos viva y vital es una aberración. (“come per esempio ritenere che la presupposizione trovi il suo fondamento nella normativa in tema di eccessiva onerosità sopravvenuta; ovvero un istituto che per comune ammissione ha veramente ben poco in comune con la presupposizione”). Tampoco le parece demasiado feliz la equiparación de la “falsa presupposizione” a la nulidad del contrato por defecto genético de causa, sobre todo teniendo en cuenta que en el Derecho italiano es posible llegar a la misma solución mediante la aplicación de la disciplina general del error o de los vicios redhibitorios (por ejemplo, la inedificabilidad de un terreno debido a normas administrativas hace posible la “caducazione” del contrato por error común aunque no se de el requisito de la reconocibilidad del error).

frustración de las expectativas compartidas, la pérdida sobrevinida del presupuesto podrá devenir relevante solamente en virtud de un remedio objetivo<sup>41</sup>.

En conclusión, el error común produce la anulabilidad del contrato en cuanto corresponde a una falsa “presupposizione”, a un error sobre el motivo común determinante para ambas partes. Se trata de un hecho diverso al previsto en el art. 1428 CC, con sustantividad propia y que no existe necesidad de subordinar a la reconocibilidad. Esta diversidad reside en dos aspectos, en primer lugar, en que se trata de un error común, es decir, de un evento “intersubjetivo” y no de un evento individual. En segundo lugar, en que este error común entendido como falsa representación de la situación que justifica el surgimiento de un conflicto de intereses en torno a un bien determinado, se trata de algo distinto a los simples motivos individuales. Estos motivos individuales se corresponden con las representaciones de la realidad que ha hecho surgir en las partes la necesidad de celebrar el negocio. Mientras que la falsa presuposición debe haber constituido la razón necesaria del surgimiento del conflicto de intereses entre las partes<sup>42</sup>.

Diversa de la figura examinada es la hipótesis en la que no existe un error, una falsa presuposición, sino que el conjunto de circunstancias tenido en cuenta por las partes para la celebración del contrato cambia con posterioridad,

---

<sup>41</sup> No obstante, Gallo (1992: 260 y ss.) no se muestra partidario de esta diferenciación en todo caso. En su opinión, en cuanto a la inalcanzabilidad del fin contractual debido a error desde el punto de vista práctico es indiferente que la parte sea privada de la utilidad que pretendía conseguir del contrato como consecuencia de un cambio de circunstancias (“frustration”) o de un error común (“common mistake”) existente hasta el momento de la conclusión del contrato. En este sentido, no es extraño que en la práctica se confundan y queden sujetos al mismo régimen. En estos casos la ejecución del contrato sigue siendo materialmente posible incluso bajo las mismas condiciones respecto a lo que era previsible en el momento de concluir el contrato. Lo que sucede es que la existencia de una circunstancia desconocida priva al estipulante de la utilidad que pensaba conseguir mediante la ejecución del contrato. El error común es admisible cuando las partes eran conscientes de que el contrato se había celebrado para la consecución de un fin que en realidad es imposible.

<sup>42</sup> Según Pietrobon (1990: 513 y ss.), se trata de una solución que podría encontrar su fundamento legal en la interpretación analógica de las normas que consideran relevantes los motivos en el testamento y en la donación (arts. 626 y 788 CC it). Por otro lado, en opinión de Scognamiglio (1992: 239), se trata de dos problemas distintos el del error y el de los presupuestos del contrato. En el caso del error, el ordenamiento jurídico concede a una de las partes y no a la otra, la posibilidad de pedir la anulación del contrato, y por tanto, se trata de un conflicto acerca de la validez del contrato en el que la ley se preocupa de tutelar la confianza. Mientras que el problema de la “presupposizione” o de la base del negocio puede encontrar solución no ya en las normas que regulan el error, sino en atención a un principio general extraído de normas como el art. 1345 o las normas que se refieren a los motivos erróneos o ilícitos de la donación y del testamento (art. 624, 626, 787, 788 CC it). Según esta teoría del objeto del contrato, los casos de pérdida del presupuesto no llevarían consigo la inexistencia del mencionado conflicto de intereses, sino simplemente harían que el contrato ya no fuese un instrumento apto para la realización de los intereses perseguidos por las partes en el momento de su celebración.

produciéndose una frustración de las expectativas comunes. En este caso, el remedio no podrá ser la anulación, porque no se puede valorar como un vicio del consentimiento, ya que afecta al campo de la eficacia del negocio (donde solamente se puede hacer uso de instrumentos de tipo objetivo). En definitiva, a este problema hay que buscar un remedio de tipo objetivo que afecte a la relación y no al acto (ex art. 1360, 1458, I CC it)<sup>43</sup>.

Otros autores italianos, dadas las limitaciones que presenta la normativa sobre el error, a la hora de resolver la relevancia de los presupuestos pone el acento en el objeto del contrato entendido como el conflicto de intereses existente entre las partes que impide la satisfacción de los intereses de uno de ellos en particular<sup>44</sup>.

En realidad, el juez lo que debe hacer es valorar la incidencia que tienen las circunstancias sobre la economía del negocio. En su opinión, cuando las circunstancias son tales que pueden perturbar la economía del negocio no siempre debe apreciarse la existencia de un error en cuanto falsa representación mental de las circunstancias ocurridas. En consecuencia, en los casos en los que no se da esta representación mental resulta una cabal ficción argumentar la existencia de una "Geschäftsgrundlage" o de un presupuesto del negocio en el que los contratantes deberían haber pensado. Sin embargo, esta ficción está presente en la jurisprudencia italiana: el argumento *obiter dictum* según el que "son relevantes sólo aquellas circunstancias que han sido tenidas en cuenta por ambos contratantes o al menos conocidas por el contratante al que no le son extrañas" (ésta no es sino la definición de "Geschäftsgrundlage" formulada por Oertmann), según

---

<sup>43</sup> Por ello, según Pietrobon (1990: 525), la solución correcta pasaría por la resolución del contrato que no puede decretarse automáticamente por el juez sino que es preciso demanda del interesado. La apreciación de oficio por el juez no parece adecuado a los intereses de las partes, porque ambas o una de ellas podrían preferir el mantenimiento del contrato aunque se haya producido un cambio de las circunstancias.

<sup>44</sup> Cfr. Scognamiglio (1992: 239): Sin duda más persuasiva, y al mismo tiempo significativa resulta esta corriente doctrinal. Dentro de esta corriente se incluye Bessone (1975: 302 y ss.): el sistema del Código Civil italiano y la experiencia jurisprudencial demuestran que son frecuentes los casos en los que el error es relevante en el contexto de una normativa amplia más allá de las normas de los arts. 1427-1431 CC it. El error implícito en la decisión de concluir un negocio que las circunstancias llevan a que el mismo carezca de éxito, entra dentro de este grupo de casos porque, en principio, no se trata de un error relevante, más todavía cuando las circunstancias son capaces de perturbar el cumplimiento. En este caso los intereses merecedores de tutela podrían encontrar adecuada protección aunque no serían aplicables las normas de los arts. 1427-1431.

Bessone<sup>45</sup>, describe mal la realidad de las cosas y no explica los verdaderos criterios de decisión empleados en la práctica. En particular, no es correcto formular como hipótesis general el caso de circunstancias tales que constituyen presupuestos comunes a ambas partes, porque los intereses que cada una de las partes pretende conseguir con el contrato son antagónicos, por tanto, son también diversas las circunstancias que han constituido el presupuesto de la oferta y de la aceptación.

### 2.3. Derecho alemán.

#### A) El error relevante en el BGB. Análisis de los antecedentes normativos.

El análisis de la normativa sobre el error en el BGB resulta de gran interés en relación con el tema objeto de estudio, ya que la regulación del error en este Derecho tiene mucho que ver con el surgimiento de la doctrina de la "Geschäftsgrundlage". Como se ha visto, en el Derecho italiano o en el Derecho francés, el que ha sufrido un error que afecta al proceso de formación de la voluntad tiene la posibilidad de impugnar dicho contrato. Estas posibilidades de impugnación no son tan extensas en el Derecho alemán, de modo que, muchas veces, el sentido la doctrina de la "Geschäftsgrundlage" hay que buscarlo en la necesidad de ampliar las posibilidades de impugnación del contrato más allá del § 119 BGB<sup>46</sup>.

#### a.1. Antecedentes legislativos de la regulación del error en el BGB.

---

<sup>45</sup> Bessone (1975: 313): "Non diversamente da ogni tipo di qualificazione del problema in termini psicologici, la formula del presupposto comune deve quindi la sua fortuna all'ampia misura nella quale permette di decidere le controversie in forza di enunciaciones di principio solidali con la mistica della volontà ancora così accreditata ne'll'esperienza italiana".

<sup>46</sup> Cfr. Goltz, 1973: 154. Roth, 1978: 196. En la doctrina francesa entiende Mazeaud (1991: 149) que el sistema alemán de la declaración de voluntad, poniendo el acento en la manifestación de la voluntad, se aproxima a los sistemas formalistas y propone una teoría restrictiva de los vicios del consentimiento. En la doctrina italiana, en opinión de Bessone (1975: 149), la ambigüedad de las teorías que tienen en cuenta criterios de valoración de tipo subjetivo (como la tesis de Windscheid) y el evidente artificio de las soluciones de compromiso fueron la causa de la división de la doctrina alemana.

Dicho cuanto antecede, me parece oportuno analizar brevemente los antecedentes legislativos de la actual regulación del error en el BGB, ya que la escasa relevancia que se le quiso dar a los “motivos” quizá tenga mucho que ver con el surgimiento de la doctrina de la “Geschäftsgrundlage”, pretendiéndose con esta doctrina dar cierta relevancia jurídica a la subjetividad de los contratantes.

La regulación del error en el BGB es debida en buena parte a Savigny. Este autor, representante de la llamada “Willenstheorie”, entendió que el declarante debe haber querido el contenido de su declaración, de manera que si falta esa voluntad negocial, entonces no es el error la razón de la nulidad del contrato, sino la ausencia de voluntad necesaria para la perfección del negocio. En consecuencia, Savigny concibe ese error como un error impropio “*unechten Irrtum*”. El error es para Savigny solamente el indicio de que la declaración no se corresponde con la verdadera voluntad<sup>47</sup>.

Desde este punto de vista, era muy difícil valorar la relevancia del error en las cualidades de la cosa (según esta concepción, se trataría de un simple error irrelevante en los motivos). En este sentido, se apoya en las fuentes romanas para dotar de relevancia al error en las cualidades de la cosa, cuando ésta, como consecuencia del error acerca de sus cualidades esenciales, fuese considerada en el tráfico jurídico como una cosa diferente («nach dem im wirklichen Willen herrschenden Begriffen zu einer anderen Art von Sachen gerechnet werden müßte»).

Savigny intenta buscar una conexión entre el error en el objeto y el error en las cualidades para fundamentar de un modo lógico la relevancia del último. En consecuencia, de acuerdo con esta concepción, no es posible tener en cuenta un error en los motivos en la medida en que no afecta a la esencia de la voluntad<sup>48</sup>.

---

<sup>47</sup> Cfr. Savigny, 1981: 263 y ss. En concreto, el autor citado (1981: 267-268) hace referencia a distintos tipos de error. En primer lugar, es posible que el error afecte a la voluntad en su totalidad. En segundo lugar, el error puede referirse a una parte de la voluntad (a la naturaleza del negocio jurídico, a la contraparte en el negocio, a la cosa que constituye el objeto de la relación jurídica). En cada uno de esos casos, debido a la presencia del error, nos encontramos ante un supuesto de carencia de la verdadera voluntad del sujeto. Pero no todo error es capaz de provocar ese efecto. En los casos de error esencial el negocio jurídico es nulo *ipso iure*.

<sup>48</sup> Miquel (1963: 81) criticó la tesis de Savigny y la Pandectística en general, al crear un dualismo donde los romanos habían visto una unidad. Esto sucedió en su opinión, en materia de voluntad y declaración en el negocio jurídico. Sin embargo, a Savigny corresponde atribuir el mérito de haber elaborado una doctrina que si bien se aleja de las fuentes, se acerca bastante a la realidad práctica. Este autor equipara el “error in substantia” a los casos en que hay una declaración sin voluntad. En este sentido, el error sobre una cosa es esencial si la cualidad presupuesta erróneamente hace que,

El célebre autor alemán fue, pues, el primero que definió de un modo tan claro la teoría de la voluntad y que proporcionó unas bases lógicas acerca de la irrelevancia del error en los motivos. Después de Savigny, Zitelmann respaldó la tesis de aquél a través de un análisis psicológico de la voluntad, mediante el que llegó más lejos afirmando que cualquier error en los motivos, por tanto, también el error en las cualidades debía ser irrelevante<sup>49</sup>.

Por su parte, Windscheid, uno de los padres del BGB, define en sus Pandectas su visión sobre el error: “no es el error la razón de la nulidad de la declaración de voluntad, sino más bien que la declaración no se corresponde con ninguna verdadera voluntad”<sup>50</sup>.

Los partidarios de la “Willestheorie” propugnaron la ineficacia automática de la declaración de voluntad en los casos de falta de voluntad debido a error, y en consecuencia, del contrato que se había perfeccionado con esa declaración de voluntad convaliente. Esta tesis fue combatida por los partidarios de la “Erklärungstheorie”, centrándose la discusión entre ambas corrientes en determinar los efectos que debía tener un error en la declaración, ya que ambas corrientes estaban de acuerdo sobre la irrelevancia del error en los motivos.

---

según las concepciones dominantes en el tráfico, haya que encuadrar la cosa en otro género distinto al que pertenece.

<sup>49</sup> Cfr. Rothoef (1970: 231). Zitelmann en su monografía sobre el error y el negocio en el año 1879 desarrolló un concepto de error que estaba relacionado con la investigación seguida por Savigny y Windscheid enfocando la cuestión desde un punto de vista psicológico. Para Savigny la declaración de voluntad negocial está orientada a la causación inmediata de una consecuencia jurídica. Windscheid negó esa concepción, ya que en su opinión, la voluntad y su declaración debían ser consideradas como una unidad en la medida en que mediante la declaración de voluntad se ponía de manifiesto la intención negocial. De este modo, Zitelmann distingue entre la voluntad inmediata (“unmittelbaren Willen”), que está dirigida a la manifestación de la intención negocial, mientras que esa intención la definió como la voluntad mediata (“mittelbaren Willen”). Aquellas representaciones de carácter subjetivo acerca de circunstancias determinantes para la celebración del negocio, pero que no forman parte de la voluntad mediata o inmediata han de considerarse simples motivos (“Motiven”). El error en los motivos debe ser irrelevante, ya que éste no afecta a la realidad de la voluntad tanto mediata como inmediata. Esta elaboración doctrinal que remite a la esfera de los motivos todas aquellas representaciones de las partes que son consideradas como superfluas, permite al autor mantener una teoría de carácter psicológico al mismo tiempo que evita una ampliación indeseada de los motivos de nulidad. La 2ª Comisión toma como referencia los resultados a los que llega Zitelmann, pero limitándolos en el sentido de destacar la protección de la seguridad del tráfico a lo que aquel autor no había prestado atención. En consecuencia, se recoge la posibilidad de impugnar el contrato en dos ocasiones en el § 119 I BGB, cuando falta la voluntad mediata (“Geschäftswille”) y cuando se ve afectada la voluntad inmediata (“Handlungswille”). Sin embargo, el peligro no era tan grande en los casos de errores esenciales en las cualidades de la persona y de la cosa, ya que ese error ya había sido tenido en cuenta por el Derecho común, en consecuencia, incluyeron el § 119 II BGB. En cuanto a la necesidad de proteger la seguridad del tráfico se incluyó el § 122 BGB, referido a la indemnización del interés contractual negativo.

<sup>50</sup> Windscheid, 1884: 223.

Finalmente se optó por una solución de consenso plasmada en los §§ 119 y ss. BGB. De este modo, la regulación del error en el BGB es muy general. En el § 119 I se debe distinguir dos supuestos de error que tienen una misma consecuencia jurídica. Uno de ellos es el supuesto de error en la declaración (“Erklärungsirrtum”): se trata básicamente de un error de escritura, de palabra o de actuación. El otro es el del error sobre el contenido de la declaración de voluntad (“Inhaltsirrtum” del § 119 I *in fine* «wer eine Erklärung dieses Inhalts nicht abgeben wollte»). La diferencia entre error en la declaración (“Erklärungsirrtum”) y error en el contenido (“Inhaltsirrtum”) reside en que en el primer caso el declarante no sabe lo que dice (“der Erklärende weiss nicht, was er sagt”), en el segundo caso el declarante sabe lo que dice, pero no sabe lo que con ello está diciendo (“der Erklärende weiss, was er sagt, er weiss aber nicht, was er damit sagt”)<sup>51</sup>. En este segundo caso el declarante no ha valorado correctamente cuál es el significado de su declaración de voluntad.

En opinión de Goltz<sup>52</sup>, según se desprende de la exposición de motivos de la norma, da la impresión de que el legislador con el concepto de error en la declaración se refiere al concepto clásico de “error in negotio”, “error in corpore” y “error in persona”. Sin embargo, la inclusión de estos términos hubiera llevado consigo el riesgo de que se otorgase relevancia jurídica a un error en los motivos, de ahí que cobrase gran importancia la distinción entre los supuestos de error en el contenido de la declaración y error en los motivos.

De error en el contenido de la declaración también se habla en aquellos casos en los que el declarante no tiene un verdadero conocimiento de las consecuencias jurídicas de un determinado negocio que son esenciales para que tal negocio forme parte de un tipo determinado. Respecto al error sobre consecuencias accesorias se considera un error en los motivos y, por tanto, irrelevante<sup>53</sup>.

#### a.2. El concepto de error en las cualidades esenciales en el § 119 II BGB.

---

<sup>51</sup> Lessmann, 1979: 480.

<sup>52</sup> Goltz, 1973: 169.

El supuesto del § 119 II BGB es distinto. Aquí se trata de una discrepancia entre las representaciones intelectuales de las partes y la realidad. El que sufre el error ha querido dar efectivamente a su declaración el significado que a la misma se le viene atribuyendo en el tráfico.

La norma del § 119 II pasó a formar parte del BGB en el texto redactado por la 2ª Comisión, ya que había sido expresamente rechazado por la 1ª Comisión siguiendo las indicaciones de Zitelmann<sup>54</sup>. Los redactores de la 2ª Comisión entendieron que con ello estaban siendo coherentes con la evolución jurídica teniendo en cuenta el Derecho común, el prusiano, el francés y el austríaco<sup>55</sup>.

Finalmente, la ley (§ 119 II BGB) ha establecido que un error sobre las cualidades esenciales de la cosa equivale («gilt») a un error en el contenido. Con esta expresión surge la discusión acerca de si el legislador ofrece una interpretación auténtica en el sentido de que el error en las cualidades de la cosa debe considerarse un error de contenido, o si por medio de una ficción se otorga relevancia jurídica a un error en los motivos. La discusión dura hasta hoy.

Esta cuestión es importante, ya que no se trata tan sólo de un problema técnico conceptual, sino más bien de determinar cuáles son los supuestos que caen dentro del ámbito de aplicación del § 119 II BGB. En la vida diaria el comprador no quiere comprar simplemente un anillo, sino un anillo que reúna determinadas características; el comprador no quiere una simple superficie de terreno, sino que

---

<sup>53</sup> Según Goltz (1973: 181), sería deseable una modificación del § 119 I BGB porque la posibilidad de impugnar el contrato por error se ve muy reducida en la práctica.

<sup>54</sup> En cuanto a las consecuencias jurídicas (Stötter, 1956:168) la primera propuesta de BGB (§ 98) preveía como consecuencia del error la nulidad de la declaración de voluntad. La segunda comisión rechazó dicha propuesta y se decidió por la simple impugnación de la declaración de voluntad, ya que no existe ninguna necesidad para que un tercero pudiese hacer valer la invalidez de la declaración de voluntad en un tiempo ilimitado incluso en aquellos casos en los que el que sufrió el error, a pesar de ello, quisiera seguir manteniendo su vinculación al negocio. La situación de intereses se protege mejor con la impugnación de la declaración de voluntad, además hay que tener en cuenta que ésta fue la solución escogida por el Código civil francés. Sin embargo, en el supuesto del § 779 BGB se prefirió la solución de la ineficacia del contrato. La razón de ello es que cuando las partes han celebrado un contrato convencidas de la existencia de una determinada situación de hecho, se podía entender de modo tácito que la inexistencia de dicha circunstancia había de llevar consigo la invalidez del contrato. De este modo, la consecuencia jurídica del § 779 BGB tiene su origen en la doctrina de Windscheid sobre la presuposición y su concepción de la misma como una condición no desarrollada.

<sup>55</sup> Goltz, 1973: 183. En cuanto al Derecho común el RG estaba de acuerdo con la tesis de Savigny según la que solamente podía ser esencial aquella cualidad cuya pérdida o subsistencia podían convertir la cosa en otra diferente. En el Derecho prusiano, en el § 77 se establece la invalidez del consentimiento cuando existe un error acerca de las cualidades de la persona o de la cosa.



ésta reúna determinadas cualidades, como que sea apta para la construcción. En consecuencia, dicha cualidad pertenece al contenido del negocio<sup>56</sup>.

No obstante, hay quien ha entendido<sup>57</sup> que el error contemplado en el § 119 II BGB se trata de un error en la declaración. En este sentido, errores relevantes serían aquellos en los que una parte contractual se halla en una falsa creencia acerca de cualidades de la persona o de la cosa que, según una interpretación objetiva del negocio, ésta debe tener. Así, se incluirían dentro de este grupo los siguientes ejemplos: alguien compra una botella de Martini en la creencia de que se trata de vino blanco, o bien, un agente forestal compra la obra de Albrecht “Gewere”<sup>58</sup> pensando adquirir un libro sobre armas, cuando en realidad se trata de una obra perteneciente a la literatura jurídica.

Esta tesis no tiene demasiado sentido, ya que en el último ejemplo, el comprador se encuentra en el mismo error de quien compra una novela policiaca que resulta ser aburrida. Además no tiene ningún fundamento en la historia del precepto, así como tampoco en otros sistemas de Derecho comparado<sup>59</sup>. La doctrina anterior mayoritaria e incluso buena parte de la doctrina actual defiende que el error en las cualidades esenciales se trata de un supuesto de error en los motivos al que la ley concede relevancia jurídica.

Según la concepción tradicional, se incluye dentro del concepto de error en las cualidades esenciales de la cosa todo error en las mismas tanto en el caso en el que el que sufrió el error pensó simplemente que la cosa poseía dicha cualidad y no lo mencionó, como cuando él mismo exigió la existencia de dicha cualidad en la cosa y su contraparte le aseguró que efectivamente estaba dotada con dichas cualidades. No obstante, con esta interpretación se plantea el problema de

---

<sup>56</sup> Goltz, 1973: 186.

<sup>57</sup> Es el caso de Schmidt-Rimpler, 1942: 130 y ss. Este autor no considera la expresión legal “gilt” como una ficción. En consecuencia, existen dos formas de manifestarse los dos tipos de error en la declaración de voluntad, en la medida en que existen dos posibilidades de comunicar a la contraparte la cualidad deseada. Una de ellas es la expresión de dicha cualidad: “Quiero ese anillo de oro (goldenen)”, habría un error en la declaración de voluntad según el § 119 I cuando el declarante se confunde al hablar o cuando se trata de un extranjero que confunde “vergolder” (dorado) con “golden” (de oro). La segunda posibilidad consiste en identificar la cosa (y con ello, de modo mediato, sus cualidades) de otro modo, por ejemplo, “quiero ese anillo de ahí”. En este segundo caso sería de aplicación el § 119 II BGB para aclarar que las cualidades de la persona o de la cosa también pertenecen al contenido de la declaración de voluntad, cuando el declarante ha omitido señalar con palabras la cualidad representada. Esta tesis sobre el error en las cualidades esenciales deriva de una concepción exageradamente dogmática acerca del concepto de declaración de voluntad.

<sup>58</sup> El término “Gewehr” significa en alemán “fusil”.

conurrencia entre la acción de impugnación por error y la acción de responsabilidad por vicios de la cosa<sup>60</sup>.

Larenz entiende, siguiendo la vieja doctrina de Zitelmann, que el error sobre las cualidades esenciales se trata de un tipo especial de error en los motivos al que excepcionalmente se le debe conceder relevancia jurídica. En consecuencia, el presupuesto para la aplicación de la norma contenida en el § 119 II BGB consiste en que el error afecte a una cualidad esencial en el tráfico y que sea importante tanto en sentido subjetivo como en sentido objetivo. Este autor, para la distinción entre error sobre las cualidades y motivos irrelevantes se sirve de la cláusula de la esencialidad en el tráfico (“Verkehrswesentlichkeit”) de la cualidad presupuesta<sup>61</sup>.

El error en las cualidades como error negocial ha sido defendido, entre otros, por Flume. Este autor entiende, frente a la tesis de Zitelmann, que la voluntad se funda en la existencia de determinadas cualidades no que la cosa tenga, sino que deba tener («haben soll»). Para el tratamiento jurídico del error es decisivo para Flume que la representación errónea acerca de las cualidades esenciales de la cosa haya pasado a formar parte de la declaración de voluntad, del acuerdo sobre la prestación. En este sentido, el autor habla de cualidades negociales («geschäftlicher Eigenschaftsirrthum»)<sup>62</sup>.

---

<sup>59</sup> Goltz, 1973: 187.

<sup>60</sup> Según Lessmann (1979: 479), esta interpretación, que conduce a una limitación de las posibilidades de impugnación del contrato por error según el § BGB 119 II BGB, ve la única posibilidad de impugnación del contrato en la no coincidencia entre negocio jurídico y realidad. Con ello, esta norma deja de ser una norma sobre el error para convertirse en una norma sobre el incumplimiento. Este punto de vista no tiene reconocimiento legal, ya que la ley solamente exige que se trate de un error sobre una cualidad que en el tráfico deba considerarse esencial. En conclusión, en su opinión, se debe seguir la interpretación según la que las falsas representaciones de las que parte el declarante deben permanecer en el ámbito de la simple motivación, sin que sea necesario que hayan encontrado acomodo en la declaración de voluntad negocial.

<sup>61</sup> Larenz, 1983: 367 y ss.

<sup>62</sup> Flume (1979: 491). La limitación de la impugnabilidad según el § 119 II al error sobre las cualidades negociales (“geschäftlichen Eigenschaftsirrthum”) significa que el ámbito de aplicación del § 119 II es proporcionalmente limitado, no obstante, ello debe considerarse ventajoso. El autor rechaza la tesis de los que, frente a esa limitación de la impugnación del negocio según el § 119 II BGB, afirman que “la ley en el § 119 solamente ha establecido una regulación del error, pero no ha tratado otra problemática cual es la de la falta de coincidencia entre el negocio jurídico y la realidad”. Este argumento sin embargo, solamente sirve para demostrar que el § 119 II se incluyó por la segunda Comisión en el BGB en consideración a la evidente equivocación de la doctrina de Zitelmann sobre el error en las cualidades de la cosa, ya que este autor no apreció correctamente la magnitud de este tipo de error. Como fundamento de su tesis el autor acude a la jurisprudencia del RG anterior al BGB, al derecho común, al derecho prusiano y al derecho francés, que también limitan la impugnación del contrato por error en las cualidades. En concreto el Derecho prusiano (ALR I, 4 § 77) considera relevante solamente el error sobre las cualidades expresamente presupuestas o las cualidades normalmente presupuestas en el tráfico. En su opinión, todos estos ordenamientos comparten la necesidad de limitar la impugnación por error sobre las cualidades

Por otro lado, es opinión generalizada en la doctrina alemana y en la jurisprudencia que el valor de un objeto no se debe considerar como una característica de la cosa en sí misma, de manera que el error sobre el valor de la cosa es irrelevante<sup>63</sup>. Por el contrario, sí que se incluyen en el acuerdo los factores que determinan el valor de una cosa, por ejemplo, la hipoteca que recae sobre un inmueble es una característica esencial<sup>64</sup>.

En conclusión, la concepción dominante sobre el error implica que en muchas ocasiones, el mismo afecte a ambas partes en el negocio a no ser que una de ellas se comporte de modo doloso. En consecuencia, el § 119 II BGB hace referencia a un supuesto de error común, que desde la perspectiva psicológica, se debe ver como un error en los motivos, es decir, se trata de un error común en los motivos<sup>65</sup>. En este sentido, la indemnización del interés contractual negativo, según el § 122 BGB procederá en pocos supuestos<sup>66</sup>.

---

negociales (“geschäftlichen Eigenschaftsirrthum”) si se entiende de modo correcto el concepto de presupuesto (“Voraussetzung”). En los países del entorno cultural acerca del error en las cualidades esenciales de la cosa, es necesario como mínimo que el que sufre el error haya hecho constar la deseada característica. En consecuencia, debe entenderse por característica esencial de la cosa cada relación jurídica o fáctica de la misma con respecto al ambiente que la rodea. De este modo no se vulnera la seguridad del tráfico jurídico, ya que la cualidad esencial solamente tiene significado para el negocio cuando afecta al acuerdo negocial. Esta tesis ha ganado gran cantidad de adeptos, entre ellos, Brox (1960: 67 y ss.), Medicus (1982: 255 y ss.), Goltz (1973: 190 y ss), Roth (1978: 197), Wieling (1985: 507).

<sup>63</sup> Cfr. Köhler, 1998: 144. Como cualidades esenciales de la cosa se entienden los llamados “wertbildenden Faktoren”, es decir, los elementos que determinan su valor (por ejemplo, la autoría de un cuadro, el contenido de oro de una joya), pero no su valor, ya que la determinación del precio se produce conforme a las reglas del mercado. Si se considerase el precio una cualidad esencial de la cosa que diera lugar a la impugnación del contrato, cuando el contratante se encontrase en un error sobre la misma, se vería enormemente perjudicada la seguridad del tráfico jurídico.

<sup>64</sup> Köhler, 1998: 145. Una cualidad es esencial según la jurisprudencia cuando ha sido reconocible de algún modo para la otra parte que dicha cualidad ha sido decisiva para la celebración del contrato, siempre que el declarante no la haya incluido como contenido de su declaración. “Nach der Rechtsprechung muß die Eigenschaft vom Erklärenden in irgendeiner Weise erkennbar dem Vertrag zugrundegelegt worden sein, ohne daß er sie geradezu zum Inhalt seiner Erklärung gemacht haben muß”. Es posible que esta cualidad esencial haya pasado a formar parte del contenido del negocio, pero si no es así habrá que tomar como criterio de valoración de la esencialidad si esa concreta cualidad hubiera sido considerada como tal en el tráfico. En este último supuesto se debe estar al contenido, sentido y fin del negocio. Por ejemplo, el que compra en un rastro determinadas partituras musicales en la creencia de que su autor es Mozart, no puede impugnar el negocio por error en cuanto a la autoría de dichas partituras, ya que al comprar en un rastro a un precio bajo es un riesgo que debe soportar.

<sup>65</sup> Larenz, 1957: 21.

<sup>66</sup> Roth, 1978: 196.

a.3. Concurrencia de remedios entre el error sobre las cualidades esenciales de la cosa y la responsabilidad del vendedor por vicios ocultos.

Además, esta interpretación puede provocar que en el contrato de compraventa se dé una concurrencia de remedios jurídicos. Por un lado, la impugnación del contrato por error, por el otro, el deber del vendedor de garantizar que la cosa no esté afectada de vicios ocultos. En la normativa sobre compraventa (§ 433 ss. BGB), el § 463 BGB concede al comprador la posibilidad de resolver el contrato (“Wandlung”) o de exigir la reducción proporcional del precio (“Minderung”) cuando la cosa adolece de vicios ocultos. Según la definición legal, existe un vicio oculto cuando la cosa está afectada de un defecto que disminuye el valor o la capacidad de la misma para su destino al uso determinado en el contrato o uso al normal según las costumbres del lugar. También, de acuerdo con el § 459 BGB, el vendedor responde de que la cosa vendida esté dotada de las cualidades aseguradas en el contrato. Este precepto se ha interpretado de modo que el vendedor debe responder cuando la cosa adolezca de determinados defectos que afecten a la calidad de la misma según un criterio de calidad normal en el tráfico para cosas de tales características, disminuyendo su valor o impidiendo que sea destinada al uso normal. El problema reside en concretar cuándo se ha producido una desviación en la naturaleza de la cosa (“Beschaffenheitabweichung”) que impide un uso normal de la misma. El RG intentó determinar esa desviación según criterios objetivos. También los esfuerzos de la doctrina y de la jurisprudencia actuales están orientados en este sentido<sup>67</sup>.

No obstante, el uso de una cosa no es el mismo según todos los contratos, sino que puede variar en cada uno de los contratos en particular. En consecuencia, hay quien defiende que el criterio de valoración debe ser subjetivo, ya que es posible que el comprador prescinda del uso normal o que pretenda adquirir un objeto excepcional, de este modo, ese uso especial se incorpora al contrato convirtiéndose en contenido del mismo. En ese sentido subjetivo se puede producir una coincidencia entre ambos remedios jurídicos (responsabilidad del

---

<sup>67</sup> Sobre esta cuestión cfr. Knöpfle, 1978: 121 y ss. El autor, después de hacer una exposición del problema acaba rechazando las tesis subjetivas porque no parece justo anudar la responsabilidad del vendedor por defectos de la cosa a falsas representaciones de las partes sobre cualidades o aptitudes de la misma para un determinado fin.

vendedor por vicios, impugnación del contrato por error). En este caso, surge la duda acerca de si uno de los remedios debe ser preferente frente al otro. La doctrina mayoritaria y la jurisprudencia conceden preferencia a la responsabilidad del vendedor por vicios ocultos de los §§ 459 y ss. BGB, ya que al tratarse de ley especial, deroga a la general<sup>68</sup>. La cuestión no deja de tener trascendencia, ya que los plazos de prescripción son diferentes, 6 meses para la acción de responsabilidad del vendedor, 30 años para la impugnación del contrato por error. Además de que el comprador imprudente no podría hacer uso de las acciones de los §§ 459 y ss. BGB, mientras que esta limitación no valdría en los casos de impugnación del contrato por error.

En opinión de Goltz<sup>69</sup>, la impugnación del contrato por error en las cualidades esenciales debe excluirse en todos aquellos casos en los que el comprador ya encuentra protección por la vía de los §§ 459 y ss. BGB.

#### a.4. Distinción entre el error sobre las cualidades esenciales de la cosa y la "Geschäftsgrundlage" en sentido subjetivo. Remisión.

---

<sup>68</sup> Krammer, 1978: 687 y ss. De este modo, la expresión propiedades esenciales en el tráfico en el sentido del § 119 II podría comprender las cualidades normales o las presupuestas en el contrato del § 459 I BGB y lo mismo respecto a las cualidades garantizadas según el § 459 II BGB. La relevancia práctica de esa concurrencia deriva del hecho de que la responsabilidad del vendedor según los §§ 459 y ss. BGB está limitada conforme a los presupuestos y consecuencias derivadas de la relevancia del error en las cualidades esenciales del § 119 II BGB. En consecuencia, no se puede hablar de responsabilidad del vendedor según los §§ 459 y ss. BGB en aquellos casos en los que el comprador en el momento de la conclusión del contrato no ha conocido el defecto de la cosa como consecuencia de su propia negligencia. Más problemático es el plazo de ejercicio de la acción, puesto que el plazo de impugnación por error es de 30 años, mientras que la responsabilidad por vicios ocultos del vendedor es de 6 meses. Si no se defiende la exclusividad de los §§ 459 ss. ello significaría que la responsabilidad del vendedor se amplía más allá de los preceptos sobre vicios ocultos, con evidente vulneración de dicha normativa, además de que dejaría vacío de contenido el § 477 BGB (esta norma establece el plazo de ejercicio de las acciones del comprador cuando la cosa adolece de defectos ocultos: 6 meses para bienes muebles y 1 año para bienes inmuebles). Por otro lado, según Flume (1979: 484 y ss.), estaría fuera de lugar que cuando no es posible exigir responsabilidad al vendedor pudiese el comprador impugnar el contrato de acuerdo con el § 119 II a causa del error sobre la cualidad de la cosa. El problema de las cualidades esenciales se debe resolver del siguiente modo: solamente cuando el objeto tiene otras cualidades diferentes a las que debería tener de acuerdo con el contrato, no siendo posible fundar la responsabilidad del vendedor en dicho contrato, se abre la vía de la impugnación del contrato por error. En un trabajo posterior Flume (1997: 450 y ss.) sostiene una responsabilidad del vendedor más allá de los §§ 459 y ss. que se funda en su negligencia, dada la existencia de un deber de conocimiento de los defectos de la cosa. El vendedor estaría obligado a la indemnización del interés contractual negativo del § 307 BGB. Sobre la relación que existe entre la pretensión de garantía en el contrato de compraventa y la exigencia de responsabilidad por "culpa in contrahendo" o por infracción contractual, cfr. Knöpfle, 1990: 2497 y ss.

<sup>69</sup> Goltz, 1973: 209. El error sobre las cualidades esenciales cobra su significado especialmente en aquellos casos en los que también el vendedor ha sufrido en su perjuicio tal error.

Entiende Larenz que en aquellos casos en los que tanto el vendedor como el comprador se encuentren en el mismo error acerca de las cualidades esenciales de la cosa en el contrato de compraventa (por ejemplo, ambas partes creyeron en la originalidad de la moneda objeto del contrato), se presenta un caso de pérdida de la base del negocio en sentido subjetivo. Sin embargo, el contrato es válido porque los preceptos sobre la responsabilidad del vendedor en el contrato de compraventa deben prevalecer sobre la pérdida de la base del negocio en sentido subjetivo, así como sobre la normativa del error en las cualidades esenciales de la cosa (esta opinión es compartida por la jurisprudencia, vid. entre otras, Sentencia BGH, 12.04.1996 (NJW 1996, 2027), Sentencia OLG Karlsruhe, 18.08.1992 (NJW 1993, 1138), Sentencia OLG Oldenburg, 23.06.95 (NJW 1996, 53)<sup>70</sup>). No obstante, puede ser que esa falsa representación de ambas partes contratantes no se refiera a una característica del objeto, sino a otra circunstancia que fue decisiva

---

<sup>70</sup> En el caso decidido por la Sentencia BGH, 12.04.1996 (NJW 1996, 2027), las partes litigantes habían celebrado un contrato de compraventa en fecha 28. 10. 1991 mediante el que los demandantes compraron de los demandados una parcela en la que había construido una vivienda, a cambio debían pagar un precio de 332500 DM. El contrato contenía una cláusula de garantía para el caso de defectos del inmueble, de calidad, de superficie, etc. En este caso, la casa adolecía de un defecto de calidad, ya que los vendedores habían tirado un tabique de la planta baja poniendo en peligro la estabilidad de la vivienda. Los demandantes alegan la pérdida de la "Geschäftsgrundlage" como fundamento de su pretensión. De la sentencia merece destacar que en opinión del BGH, la aplicación de la doctrina de la "Geschäftsgrundlage" queda excluida en los casos en los que es posible la aplicación de las normas de garantía en el contrato de compraventa, incluso en el caso de que dicha responsabilidad se encuentre limitada por el contrato. Por otro lado, en el caso de la Sentencia OLG Karlsruhe, 18.08.1992 (NJW 1993, 1138) las partes habían celebrado un contrato de compraventa de una motocicleta usada, de marca Harley-Davidson, a un precio de 24800 DM. Con posterioridad, el comprador pretende la impugnación del contrato por error puesto que, según había averiguado, la motocicleta no era una auténtica Harley. Según el demandante procede la impugnación porque se trata de un error de contenido en el sentido del § 119 BGB, alega también la aplicación de la doctrina de la pérdida de la "Geschäftsgrundlage". El LG estima la demanda, el OLG estima el recurso interpuesto y revoca la sentencia de instancia. En opinión del OLG: La aplicación de las normas de los §§ 459 y ss. BGB tiene preferencia sobre la impugnación del contrato por error en las cualidades de la cosa y sobre la aplicación de la doctrina de la "Geschäftsgrundlage". Se debe apreciar un defecto en el sentido del § 459 I BGB cuando la cosa carece de una característica que las partes habían presupuesto en el contrato, de modo que esa carencia provoca una disminución de su valor o impide que la misma sea apta para una determinada utilidad. La garantía en el sentido del § 459 II BGB presupone que el vendedor garantice de algún modo la existencia de esa propiedad en la cosa, esa garantía puede ser expresa o tácita. En este caso el vendedor no debe responder porque sus intereses están equiparados a los del comprador. En este sentido, el tribunal considera decisivo que el vendedor es no es un especialista dedicado a la venta de motocicletas, así como que no había sido propietario de la misma durante mucho tiempo, también tiene en cuenta la antigüedad de la motocicleta. La simple constancia en el contrato de que la motocicleta era de la marca "Harley" no se puede considerar como que el vendedor garantiza esa propiedad de la cosa. Por último, la sentencia OLG Oldenburg 23 junio 1995 (NJW 1996, 53) no se aplica la doctrina de la "Geschäftsgrundlage" porque se había incluido en el contrato una cláusula de garantía en favor del comprador.

para la celebración del contrato, en particular la base tomada para el cálculo de las prestaciones. En este caso no es posible la impugnación del contrato por error según el § 119 II BGB, tampoco cabe la aplicación de las normas sobre responsabilidad del vendedor en el contrato de compraventa. Es aquí donde la doctrina de la "Geschäftsgrundlage" en sentido subjetivo encuentra su principal sentido<sup>71</sup>.

Flume rechaza la tesis de Larenz, ya que la irrelevancia del error en los motivos tiene sentido cuando el que emite su declaración de voluntad deba correr el riesgo de que sus representaciones no se ajusten a la realidad<sup>72</sup>. En su opinión, esta decisión legislativa debe acatarse no sólo en cuanto expresión legal, sino también porque es una decisión correcta<sup>73</sup>. Quien no quiere asumir este riesgo porque considera oportuno trasladarlo a la otra parte debe convertir esa circunstancia en condición del negocio, exigir una determinada garantía de su contraparte o incluirlo de cualquier forma en el contenido del negocio. La circunstancia de que la contraparte tenga conocimiento de tal motivo tampoco lo convierte en relevante. En consecuencia, tampoco importará que ambas partes se encuentren en esa misma falsa representación de la realidad, ya que en este caso, cada una de ellas estará obligada a soportar dicho riesgo. No obstante, el problema del error en los motivos cambia de modo esencial cuando la contraparte no solamente reconoce las representaciones que han sido determinantes para el declarante, sino que además sabe que dichas representaciones son equivocadas. En este caso no se trata de dar relevancia al error en los motivos atribuyendo el riesgo de la realidad a la contraparte, ya que ésta se ha aprovechado de modo desleal de ese error en los motivos (el autor pone el ejemplo del que compra un regalo de bodas sin saber que el compromiso se ha roto. Si el vendedor sabe para qué se compra el regalo y que se ha deshecho el compromiso, en este caso se debe conceder relevancia a los motivos). Sin embargo, la norma aplicable no estaría dentro de las normas sobre el error del BGB, sino que habría que acudir al

---

<sup>71</sup> Larenz, 1957: 22 y ss.

<sup>72</sup> En cuanto a la relación entre el error en el contenido y el error en los motivos, como se puede leer en Flume (1979: 424) "el punto cardinal de la relevancia del error según el § 119 I reside en que se debe descartar el error en los motivos". Esta afirmación categórica no se desprende del BGB, sino que es defendida por la doctrina dominante. Por ejemplo, se trata de un error en los motivos el del comprador del caballo Nixe en la creencia de que se trata de un caballo que ha obtenido un premio. La representación del comprador de que el caballo es ganador de un premio se trata de un simple error en los motivos sin trascendencia jurídica.

principio de la responsabilidad por “culpa in contrahendo” y también al § 242 BGB. En consecuencia, la contraparte del que sufrió el error no podría exigir el cumplimiento del contrato y en el caso de que ya hubiese cumplido podría exigir la restitución<sup>74</sup>.

### B) Relación entre el error y la doctrina de la "Geschäftsgrundlage" en Alemania.

De acuerdo con lo expuesto se podría afirmar que en el sistema del BGB la impugnación por error es excepcional y no susceptible de aplicación analógica; además, su ejercicio es posible dentro de los límites impuestos por la buena fe. Por otro lado, hay que tener en cuenta que el error común en los motivos no es objeto de regulación por el BGB.

Esta rigidez de las normas sobre el error en el Derecho alemán provoca que se excluyan de su ámbito de aplicación gran número de situaciones. Así, desde el punto de vista conceptual el error se refiere a circunstancias pasadas o coetáneas al momento de la conclusión del contrato, ya que solamente en ese momento puede realizarse un juicio acerca de la rectitud o no de la declaración de voluntad. Mientras que sobre circunstancias futuras no es posible hablar de error, ya que en el momento de la formación de la voluntad no es posible una predicción precisa sobre la realización efectiva de tales circunstancias. En consecuencia, las expectativas frustradas no podrían incluirse de ningún modo dentro de las normas sobre el error<sup>75</sup>.

---

<sup>73</sup> Flume, 1979: 491.

<sup>74</sup> Flume, 1979: 492.

<sup>75</sup> Cfr. Stötter, 1956: 112. Se debe diferenciar entre “Willensmängel” (error sobre circunstancias del pasado o coetáneas) de los casos de “Leistungsmängel” (referidas a acontecimientos coetáneos al momento de celebrarse el contrato o futuros). En este sentido los §§ 119 BGB tienen una orientación psicológica y subjetiva. Por eso en su opinión, la teoría de Larenz sobre la “Geschäftsgrundlage” en sentido subjetivo adolece del defecto de que la frustración común a ambas partes acerca de los efectos del contrato es considerado como un supuesto de error a pesar de que no puede existir error sobre circunstancias futuras. En ese mismo sentido, cfr. Roth, 1978: 196. También en la literatura anglosajona se niega relevancia al error sobre circunstancias futuras, ésta es la opinión de Treitel (1999: 287) para quien no existe anulación del contrato en los casos en los que se entiende el error como frustración de expectativas.



Sin embargo, en ocasiones el legislador concede relevancia al error sobre circunstancias futuras. Por ejemplo, en el § 2078 II BGB referido a la impugnación por error de las disposiciones testamentarias<sup>76</sup>.

Como no existe en el BGB una previsión específica para todos aquellos supuestos en los que las partes han configurado de una determinada forma la realidad, sin que esté asegurada su efectiva realización futura e incluso sin que se corresponda con la verdadera realidad presente, estos huecos ha tratado de cubrirlos la jurisprudencia y la doctrina con la institución de la "Geschäftsgrundlage" basada en la naturaleza subjetiva del contrato<sup>77</sup>. Se trata de la llamada por Larenz "Geschäftsgrundlage" en sentido subjetivo<sup>78</sup>. Este autor

---

<sup>76</sup> En concreto, en el número 2 del § 2078 BGB se contempla la posibilidad de impugnar el testamento cuando el causante sufre un error sobre circunstancias futuras. Por su parte, el Derecho suizo no diferencia entre ambas situaciones, ya que en el art. 24 OR, que recoge expresamente los supuestos de errores relevantes, (en el apartado 1.4.) considera como tal aquel error que afecta a un determinado estado de hecho que fue considerado por el que sufrió el error como base necesaria del contrato, de acuerdo con las exigencias impuestas por la buena fe.

<sup>77</sup> Rothoef, 1970: 230 y ss. En su opinión, es decisivo para el surgimiento de esta doctrina la concepción dogmática del error de Zitelmann (como hemos visto antes uno de los responsables de la actual regulación del error en el BGB), puesto que la eliminación de aquellas representaciones de las partes referidas a determinadas circunstancias que no son necesarias para la individualización de las consecuencias perseguidas (motivos), es decir, que no afectan a la voluntad inmediata, provocan que la manifestación de las mismas no sea considerada parte de la declaración de voluntad y por tanto, tampoco formarían parte del contenido del contrato. En consecuencia, la función de otorgar relevancia a tales circunstancias la ha asumido la doctrina de la "Geschäftsgrundlage". También sobre esta cuestión vid. Wieacker (1965: 246): La razón principal de la existencia de la base del negocio subjetiva consiste en que los remedios convencionales no bastan para resolver los casos de error común. Además, el problema del error reside en que la impugnación lleva consigo la obligación de indemnizar a la contraparte del que impugna, lo que no resulta adecuado en los supuestos de error común porque el error es reconocible para la contraparte.

<sup>78</sup> Larenz, 1957: 20 y ss. Como hemos visto, el autor distingue entre "Geschäftsgrundlage" en sentido subjetivo y "Geschäftsgrundlage" en sentido objetivo como dos instituciones diferentes. Esta distinción ha tenido bastante acogida entre la doctrina alemana. Cfr. en este sentido, Wieacker (1965: 242 y ss.): las representaciones erróneas de las partes por un lado (base del negocio subjetiva) y la adaptación del contrato a las nuevas circunstancias inesperadas por el otro (base del negocio objetiva) tratan problemas diferentes que se engloban bajo el término exitosamente ideado por Oertmann de "Geschäftsgrundlage". La base del negocio subjetiva quedaría referida a aquellas representaciones comunes de las partes acerca de circunstancias existentes en el momento de la celebración del contrato, mientras que la base del negocio objetiva se referiría a la subsistencia de determinadas circunstancias, que es necesaria para que el contrato se presente como una regulación dotada de sentido. Los problemas de la base del negocio en sentido subjetivo se combaten con las normas sobre la perfección de los contratos y con las normas sobre el error negocial. La justificación de la "Geschäftsgrundlage" en sentido subjetivo reside en la necesidad de resolver aquellos casos en los que no es posible la impugnación del contrato por error según el § 119 BGB, pero que han sido reconocidos por la contraparte como una expectativa razonable ("als für die vernünftigen Erwartungen des Gegners bestimmend anerkannt werden müßten") o incluso es posible que haya existido comunicación de tales expectativas. Esta tradición ha tenido también su reflejo normativo en figuras especiales del BGB, por un lado, los §§ 119 II, 459 I BGB (vicios de la cosa en el contrato de compraventa), § 528 BGB (en la donación), § 779 BGB, § 2078 II BGB, § 312 BGB, entre otros preceptos. No obstante, la doctrina actual y la jurisprudencia reflejan las dificultades existentes a la hora de distinguir en el caso concreto entre la base del

definió esta figura como “aquellas representaciones comunes a ambas partes contratantes por las que se han dejado llevar para determinar el contenido del contrato<sup>79</sup>”.

La importancia práctica de los supuestos de pérdida de la base del negocio en sentido subjetivo reside sobre todo en aquellos casos en los que la representación errónea de ambas partes no se refiere a una cualidad del objeto, sino a otra circunstancia determinante para la conclusión del contrato. En consecuencia, se trataría en estos casos de un simple error en los motivos y como tal, irrelevante. Como este resultado parecía injusto, el RG en su jurisprudencia realizó una interpretación amplia del § 119 I BGB para dar cabida a esos supuestos, haciendo posible la impugnación de tales negocios por error en la declaración de voluntad<sup>80</sup>.

#### b.1. El error como técnica de solución de los problemas de pérdida de la "Geschäftsgrundlage" en los primeros años de vigencia del BGB.

Se podría afirmar que prácticamente en las primeras tres décadas de vigencia del BGB el tratamiento de los supuestos de pérdida de la “Geschäftsgrundlage” está muy ligado al error como vicio del consentimiento,

---

negocio objetiva o subjetiva. El autor opta por diferenciar si se parte de una situación inexistente o si se produce un cambio sobrevenido. Hecha esta diferenciación ya es posible aplicar una figura u otra. Ahora bien, en los casos en los que exista un reparto de riesgos en el contrato ya no se puede hablar de base del negocio en sentido subjetivo y la solución pasa por la interpretación del fin del contrato (según la verdadera voluntad, según las costumbres del lugar o según la buena fe). En los supuestos de error común existente en el momento de la celebración del contrato sobre circunstancias esenciales hay que acudir al arsenal típico que se contiene en la dogmática civil.

<sup>79</sup> En palabras de Larenz (1957: 20): “eine den Vertragsschließenden gemeinsame Vorstellung, von der sich beide bei der Festsetzung des Vertragsinhalts haben leiten lassen”.

<sup>80</sup> Stötter, 1956: 174. La jurisprudencia del RG entre 1915 y 1930 realiza una interpretación psicológica del § 119 I y limita el concepto del error común en los motivos. El RG había venido admitiendo la existencia de error en el contenido de la declaración en aquellos casos en los que la fijación del precio se había convertido en objeto de la negociación, sobre todo cuando era conocido por la otra parte que el precio de compra exigido u ofrecido se había formado de acuerdo con determinados criterios. Esa fijación del precio se había convertido en contenido del contrato y en consecuencia, tal error debía considerarse como un error en el contenido, con la consecuencia de que quien sufrió el error podía impugnarlo. Esta jurisprudencia fue sometida a numerosas críticas por parte de la doctrina, ya que no se correspondía con el concepto de error que se contiene en la ley. De ningún modo en esos casos se produce una discrepancia entre el sentido objetivo de la declaración y la concepción subjetiva sobre lo que se ha declarado. Como consecuencia de estas críticas la doctrina de la "Geschäftsgrundlage" se presenta como una doctrina de equidad, cuando la solución que se obtiene como consecuencia de la aplicación de las normas legales resulta

incluso en la jurisprudencia surge el concepto de error sobre la “Geschäftsgrundlage”.

Oertmann, en su monografía sobre la “Geschäftsgrundlage” pone en relación esta institución con el error sobre las cualidades esenciales del § 119 II BGB. En su opinión, la “Geschäftsgrundlage” se refiere al negocio en su totalidad, siendo irrelevantes los elementos subjetivos que subyacen a la declaración de voluntad de las partes, mientras que el error sobre las cualidades del § 119 II BGB que es propio de una de las partes, no se puede valorar como un supuesto de pérdida de la base del negocio. Oertmann explica la diferencia entre el error en las cualidades de la cosa que faculta para impugnar el contrato y la pérdida de “Geschäftsgrundlage” con el siguiente ejemplo: si se vende un cuadro como perteneciente a la “escuela holandesa”, la pertenencia del cuadro a la mencionada escuela forma parte de la base del negocio, de modo que si se trata de una copia o de una falsificación, el comprador podría pretender la aplicación de la doctrina de la pérdida de la base del negocio. Ahora bien, si el comprador se halla en el convencimiento de que el cuadro es un Rembrandt, podría impugnar el contrato por error según el § 119 II BGB, pero esa representación individual del comprador no podría formar parte de la base del negocio (en atención a la definición de “Geschäftsgrundlage” formulada por el autor)<sup>81</sup>. Pero tampoco el error común de las partes debe confundirse con la pérdida de la base del negocio, ya que en el caso del error las representaciones quedan en el ámbito interno de los contratantes, mientras que en el caso de la base del negocio dichas representaciones deben haber sido conocidas por la contraparte<sup>82</sup>.

Sin embargo, Oertmann ve en la regulación del error sobre las cualidades de la persona del contratante o del objeto del negocio un argumento *a fortiori* para tener en cuenta la pérdida de la base del negocio<sup>83</sup>. No obstante, conviene

---

insoportable (“untragbar”). Además, hay que tener en cuenta que las normas sobre el error no siempre son aplicables. En este sentido cfr. Goltz, 1973: 229.

<sup>81</sup> Oertmann, 1929: 29.

<sup>82</sup> No obstante, como señala Abel (1931: 18), en ocasiones existen puntos de conexión entre el error y la pérdida de la base del negocio. Por ejemplo, si un anticuario vende una moneda antigua a un precio normal para dicha moneda, todo el mundo afirmaría que no se trata de una falsificación, de manera que la originalidad de la moneda se ha convertido en base del negocio.

<sup>83</sup> Oertman, 1921: 39 y ss. Frente a esto apunta Locher (1923: 21) que la doctrina de la “Geschäftsgrundlage” no ha adoptado todos los presupuestos que exige el § 119 II BGB, con lo que se habría de descartar ese argumento *a fortiori*. A su juicio, la falta de una característica esencial en el tráfico faculta al que sufre el error para impugnar el contrato no porque el que sufre el error considere que esa cosa está dotada de una determinada cualidad y, en consecuencia, vea en

distinguir entre ambas figuras porque las consecuencias jurídicas son diferentes. En los supuestos de impugnación del contrato por error, según el § 122 BGB, el que impugna está obligado a indemnizar a la contraparte el interés contractual negativo, siempre y cuando ésta no conociese la razón de la impugnabilidad o no hubiese debido conocerla de haber actuado diligentemente. La explicación de este deber de indemnizar reside en que no se puede exigir al receptor de una declaración de voluntad que sufra los daños derivados de los vicios del consentimiento de su contraparte y que no le eran conocidos. Según Oertmann, en los casos de pérdida de la base del negocio la consecuencia no es la nulidad ni la ineficacia automática del negocio, ya que las partes pueden seguir estando interesadas en el negocio a pesar de la pérdida de su base. Oertmann admite la posibilidad de “neutralizar” (“Aufhebung”) los efectos del negocio en los casos de pérdida de la “Geschäftsgrundlage”. Ello se consigue mediante la resolución del contrato o la denuncia del mismo, según hemos visto anteriormente. Pero en este caso ninguna de las partes puede exigir a la otra la indemnización del interés contractual negativo<sup>84</sup>.

---

el negocio un medio adecuado para conseguir sus fines; sino porque la falta de esta característica esencial convierte al negocio en un instrumento no idóneo para conseguir su fin entendido en un sentido objetivo. El significado del error reside simplemente en que esa falta de idoneidad del objeto no se podría tomar en consideración si la parte lo hubiese conocido. Por otro lado, según Bernstein (1933: 1) sería posible aplicar el § 119 II BGB a los supuestos de pérdida de la base del negocio ante la necesidad de interpretar la ley de modo que sirva para las necesidades prácticas de cada momento. Con el § 119 II BGB tiene entrada el error en los motivos en el Derecho vigente. En todos los casos llamados de pérdida de la base del negocio ¿se trata en realidad de colmar una laguna legal? Esto tiene que ver con la doctrina de la jurisprudencia de intereses. Esta jurisprudencia mediante la interpretación de la ley exige una especial habilidad por parte del juez. De este modo, en los supuestos de error en los presupuestos podría encontrarse una solución en la propia ley (en concreto en el § 119 II BGB). Sin embargo, este autor (1933: 86) pone en relación el error con la inexigibilidad. Desde el punto de vista de la inexigibilidad se propone una interpretación del § 119 II BGB en el siguiente sentido: el que en la emisión de una declaración de voluntad se encuentre en un error acerca de las cualidades de la persona o de la cosa que se consideran esenciales en el tráfico, puede impugnar la declaración cuando se debe aceptar que no hubiese emitido esa declaración de voluntad si hubiese tenido un verdadero conocimiento de la situación. ¿Cuáles son esas cualidades que son esenciales en el tráfico?. Para su determinación se acude al criterio de la inexigibilidad (“Unzumutbarkeit”). De esta manera, si quien emite una declaración de voluntad ha sufrido un error acerca de la persona o de la cosa, error que actúa en su perjuicio, de modo que se hace inexigible su vinculación a dicha declaración de voluntad, puede impugnar el negocio.

<sup>84</sup> Según Abel (1921: 39) en los casos de pérdida de la “Geschäftsgrundlage”, la contraparte, mediante su adhesión a la consecución de un determinado resultado ha asumido el riesgo de no consecución del mismo y, por lo tanto, no puede reclamar indemnización por los daños causados como consecuencia de su confianza en el negocio. En los supuestos de existencia de una base del negocio ambas partes consienten en que ese negocio debe tener esa base negocial. Por consiguiente, deben contar con la posibilidad de su pérdida. La razón para que una de las partes esté legitimada para exigir la indemnización de daños y perjuicios reside en la imprevisibilidad de

Respecto a la relación entre la “Geschäftsgrundlage” y el error hay autores contemporáneos a Oertmann que en la clasificación de los distintos supuestos de error, junto al error en los motivos y el error en la declaración, incluyen el error en la base del negocio<sup>85</sup>. En cuanto a este último, si se trata de un error propio de una sola de las partes, ésta puede impugnar el negocio cuando tal error sea relevante. En este sentido, el error sobre la base del negocio (“Geschäftsgrundlage”) es relevante cuando se refiere a una determinada situación fáctica, de modo que cualquier agente del tráfico en la misma situación de quien sufre el error, comportándose de buena fe, hubiera considerado aquella situación como base del negocio, en tanto en cuanto ésta haya sido conocida por la contraparte.

En aquellos casos en los que el error sea común a ambas partes la doctrina del primer tercio del siglo pasado concedía a las mismas la posibilidad de excepcionar el cumplimiento de la prestación según el § 157 BGB en relación con el § 242 BGB<sup>86</sup>. La diferencia con la impugnación reside en que en este último caso el contrato como tal permanece válido y hacer uso o no de tal excepción depende de la voluntad de las partes. Además, la excepción solamente surte efectos en el caso de que la prestación no haya sido cumplida. Una vez cumplida, el que padeció el error puede recuperar lo realizado según las normas que regulan el enriquecimiento injusto, en concreto, en este caso se habría de aplicar el § 813 BGB.

En la primera jurisprudencia del “Reichtsgerrichthof” (en adelante RG) se puede apreciar una gran influencia de estas teorías. En este sentido, si el error sobre la “Geschäftsgrundlage” lo sufre una sola de las partes en el negocio, el RG admite la posibilidad de impugnar el negocio por error, en virtud del § 119 I BGB siempre que dicha “Geschäftsgrundlage” haya pasado a formar parte del contenido de la declaración de voluntad, ya sea de modo expreso o de modo tácito<sup>87</sup>. Por otro lado, cuando el error se refiere a una cualidad del objeto del

---

una impugnación del negocio, lo que no sucede en los supuestos de pérdida de la “Geschäftsgrundlage”. A favor de este argumento también se encuentra Bernstein, 1933: 90.

<sup>85</sup> Katschke, 1931: 8 y ss. Schaefer, 1928, 28 y ss.

<sup>86</sup> Katschke, 1931: 33.

<sup>87</sup> Katschke, 1931: 36 y ss. Crítico respecto a esta doctrina se muestra Meyer (1929: 62 y ss). Este último autor, siguiendo a Krückmann y a Locher, considera que en los supuestos del § 119 II lo decisivo no es el error o la incorrecta representación de las partes en el momento de la celebración del contrato, sino que la falta de esa cualidad considerada esencial en el tráfico parece convertir al negocio en un medio no idóneo para la consecución del fin perseguido por las partes. Ese requisito exigido por la jurisprudencia de que la “Geschäftsgrundlage” haya pasado a formar parte de la

negocio, el RG concede la posibilidad de su impugnación el negocio por parte de quien sufre el error, de un modo general para cualquier objeto negocial del que se pueda predicar la existencia de cualidades, aunque no se trate de un objeto material. Respecto del error de cálculo, (provocado por una falsa apreciación de elementos de cálculo) solamente es relevante en aquellos casos en el que la base tomada para el cálculo haya pasado a formar parte de la base del negocio y en cuanto tal, sea conocida por la otra parte.

#### b.2. Ejemplos de "Geschäftsgrundlage" en sentido subjetivo decididos por el RG.

Un ejemplo muy famoso decidido por el RG es el llamado "Rubelfall" (caso del rublo)<sup>88</sup>. A, de nacionalidad alemana celebra un contrato de préstamo con B, también alemán, en cuya virtud A entregaba a B 30000 rublos para su regreso a casa después de la guerra. Como A también se iba a marchar próximamente a Alemania, exige la devolución de su dinero en marcos alemanes. La cantidad que debía restituir B sería de 7500 DM porque las partes se encontraban en la creencia común de que un rublo tenía un valor de 25 céntimos cuando en realidad tenía el valor de 1 céntimo solamente. De este modo, 30000 rublos equivaldrían no a 7500 marcos, sino a 300. El RG admite la impugnación del contrato por error en el contenido de la declaración en el sentido del § 119, I BGB. Sin embargo, otros autores han defendido que la mejor solución hubiese sido la aplicación de la doctrina de la "Geschäftsgrundlage". Según otro sector doctrinal existiría otra posibilidad como la interpretación del contrato; de esta manera, el préstamo debería devolverse de acuerdo con el valor que tuviesen los marcos en ese momento, con lo que la errónea fijación de la cantidad se trataría de una *falsa demonstratio non nocet*<sup>89</sup>.

---

declaración de voluntad no es otra cosa que, en la terminología de Locher, la salvaguardia de los intereses de las partes. También en contra de esta corriente jurisprudencial se encuentra Remkes (1937: 46 y ss.). El RG con esta doctrina acerca del error sobre la "Geschäftsgrundlage" concede relevancia jurídica a un error sobre los motivos bajo la cobertura del § 119 I BGB. Además hay que tener en cuenta que la obligación de indemnizar del legitimado para impugnar casa mal con aquellos supuestos en los que el error es común a ambas partes.

<sup>88</sup> RGZ, 105: 406.

<sup>89</sup> Cfr. Gehm, 1932: 16 y ss.

El RG se pronunció apreciando la existencia de un error en la base del negocio en el siguiente supuesto de hecho<sup>90</sup>: las partes litigantes habían celebrado un contrato de compraventa cuyo objeto era un mineral que el comprador creía que era platino. En consecuencia, aceptó pagar una elevada suma de dinero. Finalmente resultó que el objeto comprado no era platino, sino plata. En opinión del RG, el comprador puede impugnar el contrato. A la misma solución se llegaría en el caso de que el comprador hubiese comunicado al vendedor su convicción acerca de que estaba comprando platino, si el vendedor también se encontraba en esa misma errónea creencia. Las partes, debido a sus falsos presupuestos sobre el objeto, han fijado un precio elevado, es decir, se encuentran en un error común sobre la base del negocio.

Un caso interesante también sometido a la decisión del RG fue el siguiente<sup>91</sup>: A había comprado a B un inmueble por un precio de 33000 marcos. De esta cantidad, 18000 se entregarían en metálico, mientras que por el resto el comprador asumió 4 hipotecas constituidas sobre el inmueble, cuyo valor ascendía a 15000 marcos. Ambas partes estaban en la creencia de que dichas hipotecas habían sido constituidas antes de la guerra, cuando en realidad, éste sólo era el caso de una de ellas. Además, el valor real de todas ellas era el de 7536 marcos y no de 15000 marcos. El vendedor impugna el contrato por error porque tanto él como el comprador se encontraban en la creencia de que se trataba de hipotecas constituidas antes de la guerra y cuyo valor ascendía a 15000 marcos. Con anterioridad, el comprador había ejercitado demanda solicitando la liberación de dos hipotecas no asumidas por él. El tribunal de instancia había decidido que B no hubiera celebrado el contrato si su consentimiento no hubiese estado viciado por error, tratándose éste de un error en el contenido de la declaración referido a la base del negocio. No obstante, no cabría la impugnación del contrato porque también A se encontraba en el mismo error. En consecuencia, la solución había de ser la aplicación del § 242 BGB adaptando el contrato a las verdaderas circunstancias. Por el contrario, el RG rechaza la aplicación de la figura del error en este caso y también de la doctrina de la "Geschäftsgrundlage". La solución hay que buscarla en la interpretación del contrato, de este modo B tendría una

---

<sup>90</sup> JW, 1928: 400.

<sup>91</sup> JW, 1929: 728.

pretensión de 9000 marcos frente a A de modo que el precio volvería a ser de 15000 marcos, como se previó en un principio.

Para finalizar podríamos citar el siguiente supuesto<sup>92</sup>: X se obliga como fiador a pagar una deuda de A teniendo en cuenta que en el contrato de préstamo se constituía un derecho de prenda a favor del acreedor. Posteriormente se declaró la nulidad de tal derecho de prenda. En consecuencia, el RG estima la pretensión del fiador de impugnación del contrato por error en el contenido de la declaración. Por el contrario, el tribunal de instancia había desestimado tal pretensión al considerar que se trataba de un simple error en los motivos o acerca de la magnitud del riesgo asumido. En consecuencia, el contenido de la declaración de voluntad del fiador no se veía afectado. Sin embargo, para el RG es presupuesto para la impugnación del contrato, que el error afecte al contenido material de la declaración, en este sentido este presupuesto se cumple cuando el error se refiere al supuesto de hecho del negocio jurídico. Esta decisión del RG no es correcta, ya que técnicamente no se puede hablar de error en este caso. Con error en la declaración, el § 119 I BGB no se está refiriendo a un error en el proceso de formación de la voluntad, sino a un error en el contenido de la declaración de voluntad que afecta a las palabras en relación con las consecuencias jurídicas del negocio.

En opinión de von Tuhr, esta práctica del RG resulta criticable, aunque es cierto que existen casos en los que esa línea divisoria entre el contenido y los motivos de la declaración no corresponde a sentimientos de justicia y equidad<sup>93</sup>. A

---

<sup>92</sup> RGZ, 75: 271.

<sup>93</sup> Von Tuhr, 1921: 153 y ss. Comenta dos sentencias del RG sobre este problema. Una de las sentencias tiene el siguiente supuesto de hecho: X quiere comprar títulos valor ("Wertpapier") y en consecuencia, pide información a un Banco acerca de su precio de mercado. Debido a un error obstativo del Banco ("versehen") le informa a su cliente que el precio es de 337 marcos cuando en realidad es de 437. En consecuencia, el cliente manifiesta su voluntad de comprar por el precio de 337. Con posterioridad el Banco averigua que el precio real es de 437 y envía al cliente un comunicado informando que por el precio de 337 no se siente obligado ya que el verdadero precio es de 437 marcos. El RG admite la posibilidad de impugnar el contrato por error, ya que el Banco en el momento de la conclusión del contrato se encontraba en error acerca del contenido de su declaración. La segunda sentencia (RG 97, 138) se podría resumir del siguiente modo: X recibe del Banco una información errónea sobre el precio de mercado de unas acciones, según el Banco el valor era de 207; en consecuencia, el cliente vendió al Banco tales acciones a un precio de 198. Cuando el Banco conoce el verdadero valor de tales acciones pretende la impugnación del contrato por error, ya que en su opinión, no se trataba de un simple error en los motivos, sino de un error acerca de la base del negocio que influyó de modo notable la declaración de voluntad, de modo que podría hablarse de un error en el contenido de la declaración según el § 119 BGB. Von Tuhr (1921: 155) no comparte la opinión del RG. En el primer caso, sí que se puede hablar de error en el contenido de la declaración, ya que es posible el error en aquellos supuestos en los que



este pensamiento jurisprudencial contribuyó la importancia del error en los casos enjuiciados por un lado y por el otro, la reconocibilidad del motivo para la contraparte<sup>94</sup>.

Esta jurisprudencia tiene su origen en el empeño de negar la relevancia en todo caso al error en los motivos. Opina von Tuhr que este principio no puede entenderse de modo absoluto, ya que hay casos en que ello sería de una gran injusticia para el que lo padece. A su juicio, lo correcto es partir de la idea de «error básico». En este sentido, cada motivo podría considerarse como base del negocio cuando *in concreto* ha sido determinante para la conclusión del contrato. De este modo, es un factor importante el de la reconocibilidad de la importancia que dicho motivo ha tenido para la contraparte (porque la otra parte se lo ha comunicado o ha tenido conocimiento de alguna otra forma).

Otra cosa sucede cuando tal motivo del comprador ha sido incorporado al contrato mediante un acuerdo expreso o tácito de las partes en forma de condición (“Bedingung”) o presupuesto del contrato (“Voraussetzung”). Cuando la condición no se cumple o el presupuesto no es cierto, el contrato deja de desplegar efectos, pero no porque existe un error, sino porque para ese caso no se ha querido el contrato. Para determinar si el contrato contiene de modo tácito esa condición o ese presupuesto es necesario llevar a cabo una labor de interpretación, que debe dar como resultado que ambas partes se encuentren efectivamente en una situación de incertidumbre acerca de una circunstancia de importancia fundamental para la conclusión del contrato. De este modo, el precio de mercado no puede ser una circunstancia irrelevante para la celebración del contrato, ya que cuando el ordenamiento jurídico considera irrelevantes los motivos negociales en interés de la seguridad del tráfico se está refiriendo a los motivos de una de las partes independientemente de que hubiesen sido conocidos o no por la otra parte. Ahora bien, cuando ambas partes se encuentran de acuerdo sobre representaciones

---

alguien se encuentra en una falsa representación acerca del sentido y el significado de sus palabras. Por ejemplo, alguien compra al precio de mercado de ese día y piensa que el precio de mercado es de 337, cuando en realidad es de 437, aquí el declarante se ha equivocado al hablar diciendo 337 cuando en realidad hubiera querido decir 437. Por el contrario, respecto del segundo ejemplo, cuando el Banco vende por 337 o compra por 198, entonces el sentido de su declaración es tan claro que no es posible hablar de un error acerca del contenido de su declaración. A ello nada obsta que si hubiese sabido que el precio real era de 437 no hubiera celebrado el contrato con ese contenido, ya que se trata de un simple error en los motivos que debe considerarse irrelevante.

<sup>94</sup> En el caso de la sentencia comentada por von Tuhr, la contraparte es consciente de que el Banco en los casos de venta de títulos valores suele fijar el precio de mercado.

decisivas en la constitución de la relación jurídica y esas representaciones resultan erróneas, no existe ningún motivo para defender la vinculación de las partes al contrato.

Una vez aceptada esta premisa, von Tuhr trata de averiguar cuáles son los instrumentos jurídicos que pueden ayudar a las partes a desvincularse del contrato. El RG persiguiendo este objetivo, amplió el concepto de error en la declaración de voluntad. Sin embargo, esta solución no es demasiado afortunada según el autor, ya que la declaración de voluntad negocial solamente está referida a las consecuencias del negocio que derivan de la misma, pero no a representaciones de las partes aunque tengan una importancia fundamental. Cuando se afirma que tales circunstancias pueden pasar a formar parte del contenido de la declaración, se produce una ampliación inadmisibles poniendo en peligro la necesaria limitación de la impugnación del contrato por error.

Además, en cuanto a esa interpretación amplia, se debe tener en cuenta el contenido del § 122 BGB. Cuando ambos contratantes se encuentren en el mismo error sobre la base del contrato, si una de las partes impugna el contrato, se plantea la cuestión acerca de si debe indemnizar a la otra parte el interés contractual negativo. Según el tenor literal del § 122 II esta cuestión debe responderse afirmativamente<sup>95</sup>. Ahora bien, parece injusto que el que impugna deba indemnizar cuando él mismo también ha sufrido tal error<sup>96</sup>.

Como fundamento de su tesis, von Tuhr se sirve del § 779 BGB<sup>97</sup> que contempla el error acerca de la base del negocio en la transacción. De acuerdo con esta norma, se debe declarar la invalidez del contrato en el supuesto de que la base del negocio no se corresponda con la realidad. En su opinión, esta misma solución puede trasladarse a contratos distintos del de transacción con fundamento jurídico

---

<sup>95</sup> De acuerdo con el párrafo 2º del § 122 en los casos en los que el contrato es nulo según el § 118 o impugnado de acuerdo con los §§ 119, 120, no procede la indemnización de daños y perjuicios cuando el dañado conoció la razón de la nulidad o de la impugnabilidad, o bien no la conoció como consecuencia de su negligencia.

<sup>96</sup> A Von Tuhr (1921: 158) le parece que la impugnación en casos de este tipo no parece ser el medio adecuado, ni desde el punto de vista teórico ni práctico.

<sup>97</sup> § 779 BGB: El contrato bilateral en cuya virtud las partes pretenden evitar una futura contienda así como una posible situación de incertidumbre (Vergleich), es ineficaz cuando la realidad tenida en cuenta por las partes como cierta para la celebración del contrato es inexistente; de manera que esa situación de incertidumbre o de litigiosidad no hubiese existido si las partes no hubiesen valorado incorrectamente la realidad.

en el § 242 BGB<sup>98</sup>. El autor comparte la tesis de Oertmann, ya que sería contrario a la buena fe que se obligase a un contratante a cumplir el contrato en los casos examinados por el RG y que éste resuelve según la disciplina del error. Se trata, pues, del mismo modo que con la aplicación de la cláusula “rebus sic stantibus” no de una cuestión de interpretación de la voluntad del contrato, ya que la buena fe no es solamente un instrumento para la interpretación, § 157 BGB, sino de delimitación de los efectos que derivan del contrato, § 242 BGB y en los casos más extremos, se podría incluso declarar la invalidez del mismo<sup>99</sup>.

Con posterioridad a von Tuhr, Larenz, mediante un análisis de la jurisprudencia alemana hasta la 2ª Guerra Mundial llega a una serie de conclusiones acerca de la “Geschäftsgrundlage” en sentido subjetivo<sup>100</sup>. Debe referirse a determinadas representaciones de las partes que han sido decisivas para concluir el contrato, de manera que de haber sido conscientes de la inexactitud no lo hubiesen celebrado o no con ese contenido. No basta con que una de las partes hubiese conocido las representaciones intelectuales de su contraparte, si las mismas han sido exclusivas de ésta. En este caso, se trata de un riesgo que debe soportar.

### b.3. Posición de la jurisprudencia del BGH sobre el error de cálculo.

Los casos más frecuentes decididos por la jurisprudencia se refieren al error común sobre las bases fijadas para el cálculo del valor de las prestaciones, el error sobre la base de la transacción (§ 779 BGB), la frustración de expectativas que las partes esperaban obtener del contrato, así como la falsa creencia acerca de la

---

<sup>98</sup> En contra de esta opinión se encuentra Bierschenk (1933: 40), ya que este precepto contempla la ineficacia de la transacción cuyo contenido se refiere a circunstancias que no se corresponden con la realidad, o que las partes no se encontrarían en litigio si tuviesen un conocimiento correcto de la situación litigiosa. Esas circunstancias, según el tenor del § 779 BGB, pueden ser anteriores o coetáneas al momento de celebrarse el contrato. Esa limitación se debe a razones de seguridad jurídica; de este modo, no podría impugnarse la transacción cuando el error se refiere a acontecimientos futuros. Para la ineficacia de la transacción se requiere que se haya tomado como cierta una determinada realidad y, además, que tal error haya provocado la situación de incertidumbre o de litigio. No se puede aplicar analógicamente el § 779 BGB referido a la transacción, al resto de contratos; ya que en el caso de este contrato su dependencia con la base del negocio resulta sin más de la propia transacción. Esta dependencia no existe sin embargo, en otros contratos.

<sup>99</sup> Von Tuhr, 1934: 210 y ss.

<sup>100</sup> Larenz, 1957: 51 y ss.

duración de un determinado acontecimiento en atención al que las partes han configurado sus prestaciones futuras (piénsese en este último supuesto en los contratos de tracto sucesivo).

La situación no cambia sustancialmente en la jurisprudencia actual. Así, podemos encontrar muchos ejemplos en los que los tribunales aplican la doctrina de la "Geschäftsgrundlage" tal y como fue concebida por Oertmann. Esta construcción dogmática ha sido de una importancia fundamental en el Derecho alemán hasta el punto de que hoy en día nadie duda de que los jueces están legitimados para excepcionar el principio "pacta sunt servanda" en los supuestos de pérdida de la "Geschäftsgrundlage" con fundamento legal en el § 242 BGB<sup>101</sup>.

Por ejemplo, son sentencias que tratan el problema del error común sobre las bases fijadas para el cálculo del valor de las prestaciones las siguientes:

El supuesto de hecho sometido a la decisión del BGH se podría resumir de este modo: En 1978 el representante de V (vendedor) ofreció mediante un anuncio en un periódico una vivienda, que se encontraba arrendada, a un precio de 700000 DM, en dicho anuncio se indicaba que el arrendamiento anual ascendía a 72000 DM. La sociedad K (compradora) manifestó al agente su interés en la compra. El vendedor comunicó al comprador que un tercero había ofrecido 790000 DM, así es que el aceptó pagar esa cantidad. El precio usual en el mercado para este tipo de bienes resultaba de multiplicar por 11 el alquiler anual (el resultado de esta operación sería 792000), circunstancia que las partes manifiestan conocer. No obstante, en el curso de las negociaciones el vendedor observa que se hubiera podido obtener un alquiler mensual incrementado en 1500 DM. Sin embargo, las partes omiten cualquier posibilidad de incremento del precio en sus negociaciones. El vendedor descubre su error después de la elevación a escritura pública del contrato. En consecuencia, exige la celebración de un nuevo contrato en el que el precio del inmueble sea coherente con la situación actual del mercado. El comprador rechaza esta pretensión. El vendedor demanda al comprador exigiendo la cantidad de 198000 (= 12 x 15000 x 11) DM. Ninguna de las instancias estima su pretensión.

---

<sup>101</sup> Stötter, 1966: 149.

En esta sentencia el BGH descarta la aplicación de las normas sobre el error y se concentra en la posible adaptación del contrato según el § 242 BGB, que rechaza para el caso en cuestión.

En opinión del comentarista de la sentencia<sup>102</sup>, se podría haber acudido a la interpretación integradora del contrato, ya que mediante ésta se puede llegar a la conclusión de que la base tomada para el cálculo (el precio de mercado, un método especial de cálculo del precio, etc., en el caso enjuiciado la multiplicación por 11 del alquiler mensual) ha pasado a formar parte de la base del negocio. Sin embargo, esta solución no es apropiada para el caso enjuiciado porque, en realidad, el error que sufre el vendedor afecta al proceso de formación de la voluntad y en consecuencia, se debe considerar irrelevante para el Derecho alemán. Por tanto, el vendedor no podría impugnar el contrato por error, aunque como hemos visto, el RG admitió la posibilidad de impugnar el contrato en los casos de error de cálculo siempre que dicho cálculo hubiese sido reconocible en las negociaciones entre las partes y formase parte de la declaración correctamente entendida de la contraparte<sup>103</sup>. Sin embargo, la doctrina actual no está de acuerdo con esta solución.

En muchos de estos casos lo que sucederá es que existe disenso entre las partes y en consecuencia, no ha llegado a perfeccionarse un contrato válido. Otra hipotética solución podría ser la resolución del contrato con indemnización de los daños sufridos por "culpa in contrahendo"<sup>104</sup>. No obstante, esta solución debe rechazarse para el caso enjuiciado, ya que el comprador no ha provocado el error en el vendedor.

Otra posible solución sería la aplicación de la doctrina de la "Geschäftsgrundlage" en sentido subjetivo, sin embargo, a su juicio, el problema de la aplicación de dicha doctrina es que se trata de una institución compleja, ya que no existe unanimidad en la doctrina en cuanto a los presupuestos para su

---

<sup>102</sup> John, 1983: 175 y ss.

<sup>103</sup> En este mismo sentido Singer, 1999: 342, "poco tiempo después de la entrada en vigor del BGB la jurisprudencia del RG amplió la impugnación del contrato por error en los supuestos de errores de cálculo".

<sup>104</sup> Respecto de esta cuestión, en opinión de Grigoleit (1999: 900 y ss.), el Derecho sobre la responsabilidad precontractual respecto a los deberes de información (provocación de errores y omisión de explicaciones) desempeña un papel muy importante en el Derecho contractual. Aunque en la práctica jurisprudencial existe una gran inseguridad de carácter dogmático. En consecuencia, la prueba de la causalidad en cuanto a la provocación del error es al mismo tiempo presupuesto de la impugnación, así como de la posible indemnización por los daños causados.

aplicación y sus consecuencias, lo que la convierte en una de las instituciones más complejas del Derecho Privado<sup>105</sup>. En este caso el BGH duda de que el cálculo del precio haya sido efectivamente base del negocio para ambas partes, ya que de acuerdo con las circunstancias que subyacen en este caso y el modo en que se ha concluido, no sería justo trasladar el riesgo derivado del error de cálculo del vendedor al comprador. Esta reflexión es la que lleva al BGH a desestimar la pretensión del vendedor.

En la sentencia del BGH de 7 de julio de 1998<sup>106</sup> el tribunal rechaza la impugnación del contrato por error y delimita los presupuestos bajo los cuales aprovecharse de un error de cálculo reconocido por la contraparte se debe considerar contrario a las buenas costumbres. Por lo tanto, es necesario que la ejecución del contrato sea inexigible para el declarante porque de otro modo quedaría en una situación económica comprometida.

Los antecedentes de hecho de la sentencia analizada son como siguen: el demandado había tomado parte en un concurso público para la realización de determinados trabajos de carpintería. En el cálculo del precio de dichos trabajos no había tenido en cuenta los costes de transporte y de montaje. En consecuencia, antes de que se aprobara el concurso, el demandado ofreció que se aceptara su oferta de acuerdo con la verdadera valoración. La entidad administrativa no reconoció dicho error y concedió la contrata al demandado al haber ofrecido el precio más bajo. Ante el incumplimiento del contrato por este último, la entidad administrativa exigió indemnización por los daños derivados del incumplimiento.

Al contrario que el tribunal *a quo* el BGH considera ajustada la indemnización de daños y perjuicios a favor del demandante, ya que el receptor de la declaración de voluntad no podía tener un conocimiento efectivo del error de cálculo así como tampoco se le podría reprochar un comportamiento contrario a la buena fe, porque en este sentido, no basta la simple comunicación del oferente acerca de la existencia de un error de cálculo. La razón de este fallo es que el BGH quiere acabar con los abusos que tradicionalmente se han venido cometiendo en cuanto a la impugnación del contrato por error.

---

<sup>105</sup> John, 1983: 179.

<sup>106</sup> Comentada por Singer, 1999: 342 y ss.

En opinión del comentarista<sup>107</sup>, los errores de cálculo facultan para el ejercicio de la acción de impugnación cuando han sido provocados por la otra parte en el contrato (se podría acudir a la responsabilidad del inductor por “culpa in contrahendo”), cuando se refieren a la base sobre la que se ha formado la voluntad común de las partes, o cuando han sido reconocidos por la otra parte en el contrato y aprovechados en su propia ventaja. En consecuencia, todos los errores de cálculo no pueden incluirse dentro del mismo saco de error irrelevante en cuanto error en los motivos. El error de cálculo es una manifestación específica del error en el ámbito de la formación de la voluntad. En este sentido, la irrelevancia del error en los motivos puede suplirse con otras fórmulas como ha hecho la jurisprudencia y parte de la doctrina que permiten la anulación del contrato, con fundamento en la doctrina de la “Geschäftsgrundlage” o en el principio de la prohibición del ejercicio ilícito del derecho.

Una sentencia en la que se invoca la aplicación de la “Geschäftsgrundlage” en sentido subjetivo es la sentencia LG Dresden 26 julio 1996 (NJW 1997, 242). En este caso los demandantes reclamaban la restitución de la cuantía correspondiente al impuesto de transmisiones (35000 DM). Las partes habían celebrado un contrato de construcción de vivienda en cuya virtud el constructor se comprometía a la realización de un cierto número de viviendas. En contraprestación, la otra parte se comprometía a pagar un precio determinado en el que estaban incluidos determinados conceptos tales como el precio del solar, el precio de la construcción, los honorarios del arquitecto, etc. Incluso también el IVA, se pactó expresamente que si subía el porcentaje de IVA, los plazos a pagar por las partes también deberían aumentarse. Sin embargo, respecto al impuesto de transmisiones las partes no hacen ninguna referencia expresa en el contrato, ya que los contratantes se encontraban en un error al entender que el contrato de construcción de vivienda no daba lugar al devengo del mencionado impuesto. El tribunal rechaza que en este caso nos encontremos ante un supuesto de falta de la “Geschäftsgrundlage”. La parte demandante se había acogido a los §§ 812, 157, 242 BGB. En opinión del tribunal, no se debe aceptar una adaptación del contrato como consecuencia de la pérdida de la “Geschäftsgrundlage” derivada del error

---

<sup>107</sup> Singer, 1999, 343,

común sobre las consecuencias fiscales del contrato celebrado, porque el impuesto de transmisiones no se puede considerar "Geschäftsgrundlage" del negocio. Para que se hubiese podido considerar como "Geschäftsgrundlage" hubiese sido necesario que en el momento de conclusión del contrato hubiese sido reconocible por la otra parte y no hubiese formulado objeción al respecto, o también que la declaración de voluntad de ambas partes se hubiese formado en atención a representaciones comunes acerca de la existencia de una determinada situación o de su futura entrada en vigor. En este caso, los demandantes no han logrado demostrar que fuese determinante para la prestación de su declaración de voluntad negocial, las consecuencias fiscales del negocio.

En el caso de la sentencia BGH 22 enero 1993 (NJW 1993, 1641) en fecha 9.2.1986 las partes litigantes habían celebrado un contrato de compraventa de un inmueble perteneciente a la masa concursal del demandado a un precio de 2200000 DM. El inmueble debía transmitirse libre de toda carga. Con posterioridad a la celebración del contrato, dicha finalidad no pudo conseguirse. En consecuencia, el comprador ejercita demanda ante el LG, que es desestimada. El OLG estima parcialmente el recurso interpuesto. El BGH estima el recurso de casación.

Según el tribunal de instancia, no es posible una disolución del contrato en base a la doctrina de la "Geschäftsgrundlage", ya que es un riesgo que debe asumir el demandado que no se pueda liberar de cargas el bien.

En opinión del BGH, ambas partes se encontraban en la errónea creencia de que con el pago del precio fijado en 2250000 DM el Banco iba a liberar el bien de las cargas que sobre él pesaban. Sobre esa creencia equivocada se construyó la voluntad de las partes. En consecuencia, el tribunal aplica la doctrina de la "Geschäftsgrundlage" en sentido subjetivo (como creencia errónea común a ambas partes de que el precio acordado bastaría para cancelar todas las cargas que pesaban sobre el bien). Esa pérdida de la base del negocio tiene como consecuencia la resolución del contrato.



### C) La regla “falsa demonstratio non nocet” en el Derecho alemán.

Entiende la doctrina que algunos de los supuestos que se incluyen dentro de la "Geschäftsgrundlage" en sentido subjetivo se tratan, en realidad, de casos de “falsa demonstratio non nocet”<sup>108</sup>. Por ejemplo, según Goltz<sup>109</sup>, el caso del Rublo (que hemos analizado) hubiera podido resolverse con fundamento en la doctrina de la “falsa demonstratio non nocet”<sup>110</sup>, sin tener que acudir al error como hace el RG.

La regla “falsa demonstratio non nocet” guarda relación con la problemática del error. La razón de que se proclame su vigencia en el Derecho alemán hay que buscarla en la discusión existente entre los partidarios de la teoría de la declaración (hay que estar al sentido objetivo de la declaración de voluntad para proteger la seguridad del tráfico) y los partidarios de la teoría de la voluntad (la declaración solamente debe valer en la medida en que es querida). Como hemos visto, el BGB adoptó una solución de compromiso frente a ambas concepciones: la declaración vale provisionalmente como hubiera debido entenderla el receptor, según una interpretación objetiva del contrato, es decir, una interpretación desde la perspectiva del receptor. Sin embargo, por otro lado, el declarante puede desvincularse de su errónea declaración mediante la impugnación del contrato (§

---

<sup>108</sup> Cfr. Lessmann (1979: 478). El error del § 119 I BGB se refiere a la discrepancia entre la voluntad negocial y la declaración de dicha voluntad. Si a pesar de dicha discrepancia la contraparte del declarante ha comprendido perfectamente esa declaración de voluntad, no se trata de un supuesto de error sino de “falsa demonstratio non nocet”. En este sentido, Brox (1960: 277): si el receptor de la declaración no es digno de tutela, porque pese al error en la declaración ha conocido perfectamente cuál era la intención de su contraparte, entonces vale lo realmente querido y no lo declarado. En consecuencia, mediante la interpretación de la declaración de voluntad de una de las partes y dejando de lado los intereses no merecedores de protección del receptor de la declaración de voluntad, llegamos al fundamento dogmático de la “falsa demonstratio non nocet”. Asimismo Cfr. Wieacker, 1965: 245. Según este autor, en los supuestos de error común existente en el momento de la celebración del contrato sobre circunstancias esenciales hay que acudir al conjunto de medios que ofrece la dogmática civil, que no se reduce a la base del negocio en sentido subjetivo. Frecuentemente es posible acudir también a la interpretación según el principio “falsa demonstratio non nocet”.

<sup>109</sup> Goltz, 1973: 238.

<sup>110</sup> Cfr. voz “Falsa demonstratio non nocet” en Münchener Rechts-Lexicon, pág. 1255. “Falsa demonstratio non nocet cum de corpore/persona constat”. Se trata de una institución que se contiene en el Digesto (25, 1, 17) y también en las Instituciones de Gayo según la que no debe tener ninguna consecuencia un error del declarante cuando es posible el conocimiento de la verdadera voluntad a pesar de esa errónea manifestación. Según la doctrina alemana, esta norma deriva de una norma legal como es la prohibición del “venire contra factum proprium” que tiene su fundamento en el § 242 BGB. Se trata de un principio vinculante tanto del Derecho romano como del Derecho común cuya validez también debe defenderse en el Derecho positivo alemán por la

119 BGB)<sup>111</sup>. Ahora bien, para no desproteger al receptor de la declaración, cuando su contraparte impugne el contrato, la ley le concede el derecho a ser indemnizado según el § 122 BGB. En consecuencia, el fundamento legal de la regla “falsa demonstratio non nocet” se podría extraer de una interpretación de los §§ 116 BGB y ss., ya que por un lado, la ley reconoce como valores susceptibles de tutela la autonomía privada del declarante y por el otro, la protección de la confianza del receptor en cuanto al valor objetivo de la declaración de voluntad. En los casos de “falsa demonstratio non nocet” el declarante ha expresado algo que no quería, mientras que el receptor ha reconocido lo que su contraparte quería. No existe, por tanto, confianza del receptor que haya de ser protegida.

No obstante, los supuestos de error común en los motivos no se pueden resolver con base en la máxima “falsa demonstratio non nocet”, porque en el primer caso el error recae en el proceso de construcción de la voluntad y no en la declaración de la misma. En consecuencia, en los supuestos de error común en los motivos a diferencia de los de “falsa demonstratio non nocet” no es posible reconstruir cómo sería esa voluntad de no existir el error<sup>112</sup>.

Por otro lado, siguiendo a Lange<sup>113</sup>, la impugnación por error no parece el remedio más adecuado en los supuestos de pérdida de la “Geschäftsgrundlage” porque solamente contempla el interés de una de las partes (la que sufre el error, lo mismo si son las dos partes las que los sufren, solamente se tendría en cuenta el interés de una de las partes). Además de que la única consecuencia posible es la anulación del contrato.

### **3. Análisis de la cuestión en el Código Civil español.**

#### **3.1. El error relevante en el Código Civil español.**

---

vía del Derecho consuetudinario. Sobre este tema y los ejemplos de “falsa demonstratio non nocet” vid. el trabajo de Wieling, 1979: 524 y ss.

<sup>111</sup> Stötter, 1956: 191.

<sup>112</sup> Stötter, 1956: 193: ¿Se aplica la regla “falsa demonstratio non nocet” también para los supuestos de error común en los motivos?. En su opinión, la respuesta debe ser negativa.

<sup>113</sup> Lange, 1958: 25.

Como hemos visto hasta ahora, la regulación del error en los distintos sistemas jurídicos analizados es distinta. Parecen estar más próximos entre sí el Derecho italiano y el francés, mientras que difiere de estos el Derecho alemán.

Con estos antecedentes toca ahora analizar el Derecho español para ver dentro de qué corriente se incluye y si es posible resolver con las normas sobre el error el problema de los falsos presupuestos de la voluntad contractual.

El art. 1266 CC establece que para que el error invalide el consentimiento deberá recaer sobre la sustancia de la cosa que fuere objeto del contrato o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo. El error en la persona solamente se considerará vicio del consentimiento cuando la consideración a ella haya sido causa principal del mismo. Por último, el simple error de cuenta sólo dará lugar a su corrección. Luego, en este precepto se recogen tres manifestaciones del error: el error sobre el objeto, sobre la persona y el error de cuenta.

En cuanto al error en el objeto, cuando el Código civil habla de “cosa” se ha interpretado como “materia del contrato”<sup>114</sup>. En las obligaciones de dar se considera por la jurisprudencia como supuestos de error, entre otros, el que recaea sobre las condiciones de edificabilidad de los terrenos, como veremos en el análisis jurisprudencial del tema.

Respecto al error acerca de la persona en los contratos onerosos tiene un componente subjetivo, ya que afecta a la materia objeto del contrato al alterar de cierta manera la “organización de intereses prevista en el mismo”<sup>115</sup>.

El error de cuenta simplemente se corrige, sin que haya lugar a la anulación del contrato. Sin embargo, no es error de cuenta el referido a los factores que se deben tomar en consideración para realizar la cuenta o a las bases en atención a las cuales se ha de realizar el cálculo.

---

<sup>114</sup> Morales Moreno, 1993: 267.

<sup>115</sup> Morales Moreno (1993: 274) siguiendo en este punto a Pietrobon (1990: 442): “la rilevanza dell’errore sulla persona si spiegherà osservando che un tale errore conduce a scambiare un conflitto di interessi con un altro, fa sì che un soggetto creda erroneamente di comporre il conflitto che si frappone al sodisfacimento del bisogno che lo ha spinto ad agire sul piano negoziale”. Se discute si el error sobre la solvencia de la contraparte se puede considerar un supuesto de error relevante. Un argumento en contra sería que, aunque efectivamente se tratase de un error acerca de las cualidades de la persona que haya constituido su causa principal, la insolvencia del otro contratante tiene su propio régimen legal con lo que no cabe interferencia alguna con las normas sobre el error (cfr. Morales Moreno, 1988: 175).

No obstante, existen supuestos de error que no provocan la anulabilidad del acto, sino la nulidad<sup>116</sup>. Es el caso del error “in negotio” en el que existe una falta de consentimiento acerca de la causa y en consecuencia, se resuelve con la aplicación de los arts. 1261.1º y 1262 CC. Este error se diferencia de la causa putativa en que en ésta hay acuerdo de las partes acerca de la causa del contrato, sin embargo, la causa previa en la que se funda el contrato no existe en la realidad. La causa putativa es la errónea creencia de que existe la causa previa y extrínseca al contrato. La consecuencia es la nulidad del negocio por la falta de uno de sus elementos constitutivos como es la causa (art. 1261. 3º). (Por ejemplo, reconocimiento de una deuda que en realidad no se debe. Supuestos que podrían confundirse con casos de error: la legataria creyéndose obligada a ello se compromete a pagar una deuda que no le corresponde, se venden unas fincas al arrendatario con la creencia errónea de que es obligatoria la venta por existir un derecho de acceso a la propiedad del arrendatario, se renuncia a los derechos hereditarios atribuidos por ley porque se está en la errónea creencia de que se está obligado a ello).

### 3.2. Relación entre la regulación del error en el Código civil español y la doctrina de la base del negocio.

Las diferencias de régimen jurídico en cuanto al error en los diversos sistemas de nuestro entorno cultural se explican, en opinión del profesor De Castro, en que el pensamiento jurídico se ha dividido en dos direcciones diferentes, una romanista, seguida por la doctrina alemana y otra yusnaturalista, que es la que acogen los Códigos francés y español<sup>117</sup>. De modo que “el intento de

---

<sup>116</sup> Asimismo, respecto del Derecho francés apunta Josseland (1928, 47) que hay determinados errores que determinan la inexistencia del acto, son los llamados “erreur-obstacle”. Se trata de errores que afectan a la naturaleza de la operación, a la existencia o la identidad del objeto, así como a la existencia de la causa. En el primer caso, una de las partes cree vender la cosa, mientras que la otra piensa recibirla a título gratuito. En cuanto al error que afecta a la existencia y a la identidad del objeto, la cosa ya está destruida cuando es vendida. Por último, es un error que afecta a la causa de la vinculación el que sufre el heredero que debe cumplir el legado impuesto en el testamento y para ello firma un cheque a favor del supuesto legatario, con posterioridad se descubre que el testamento en el que se contiene aquel legado ha sido revocado. En todos estos casos el error comporta la inexistencia del acto, éste es verdaderamente destructivo del consentimiento y en consecuencia, no es susceptible de confirmación.

<sup>117</sup> De Castro (1967: 104 y ss.): en el Derecho romano los textos son muy variados, los hay que proclaman como criterio general y absoluto que el error impide la existencia del contrato y en

adaptar las disposiciones de nuestro Código a las construcciones alemanas conduce inevitablemente a forzar el sentido de sus preceptos”.

De este modo, en su opinión, con el concepto de "Geschäftsgrundlage" se trata de resolver muchos supuestos de error<sup>118</sup>.

---

general de los negocios jurídicos. Otros atienden al error "in substantia" cuya relevancia depende de un criterio objetivo y relativo. Otros textos utilizan como criterio el subjetivo y relativo de lo excusable del error. Fuera de la doctrina del error están las figuras de los vicios redhibitorios y de la lesión enorme, a los que también habrá de considerarse al presuponerse sobre ellos el error o la ignorancia del comprador o vendedor. En el Derecho común los civilistas procuran cerrar los ojos ante las contradicciones de los textos romanos y van resolviendo con buen criterio cada una de las concretas cuestiones tratadas.

Los iusnaturalistas miran con nuevos ojos la cuestión del error. Pufendorf, siguiendo las ideas de Grocio, piensa que si una promesa se basa en la presunción de algún hecho o de cierta cualidad de las personas sin la que no se hubiera prometido, la promesa será nula cuando la naturaleza misma de la cosa o algunas circunstancias claras y evidentes muestren que se ha consentido únicamente en la suposición de ese hecho o de esa cualidad, como de una condición absolutamente necesaria. El error sobre la cosa misma se considera coincidente con el incumplimiento (se entrega algo distinto de lo convenido) y explica la referencia a las cosas esenciales diciendo que se trata no sólo de la esencia física, sino también de las cualidades que el contratante tuvo principalmente presente. Cfr. Morales, 1988: 17. La misma influencia que ejerció Savigny en el BGB la tiene sobre esta materia Pothier en las legislaciones latinas. También vid. Miquel, 1963: 82. Según Lenel (1924: 7): "Todas las legislaciones modernas, siguiendo al Derecho romano, recogen fundamentalmente el principio de que un error que recaiga sobre los motivos, es decir, sobre los propósitos que hayan determinado a una persona a celebrar un contrato, es indiferente en cuanto a la validez del negocio jurídico. Lo que importa es lo que esa persona declare ser su voluntad, y también importa, según algunas legislaciones, que lo declarado se ajuste realmente a lo querido; pero el porqué de tal voluntad nada interesa. Hay, sin embargo, una excepción que admiten casi todas las legislaciones modernas, a este sano principio: es la del error "in substantia", que anula el negocio o produce al menos su anulabilidad". En opinión del autor, la tesis de Pothier, a pesar de sus defectos, ha encontrado una gran acogida no sólo en Francia, sino también en España. Esta concepción del error no está de acuerdo con los textos romanos.

En general, tanto en los ordenamientos jurídicos de influencia francesa como en el Derecho alemán o inglés, la doctrina no es pacífica en cuanto al problema del error. Ello demuestra en opinión del profesor de Castro (1988: 405) que "la desazón de la doctrina sobre la problemática del error es general y que no es un fenómeno debido a lo defectuoso de unas leyes o al desacuerdo de los autores; indica que ello resulta de la misma raíz social de las cuestiones, al considerarse desde el punto de mira individual de cada uno de los contratantes".

<sup>118</sup> Dice De Castro (1967: 108) que el § 119 BGB no ha satisfecho ni a los teóricos ni a los prácticos. No ha conseguido delimitar los ámbitos entre el error de contenido y el error en los motivos, ya que las cualidades que identifican no son siempre las importantes (es indiferente que el vino sea de éste o ese barril si el vino es del mismo año y calidad) e importan otras que son las que se acostumbra a nombrar como motivo (como la antigüedad y la autenticidad de un cuadro). "No sin visos de razón se ha dicho que por el Código se llamó a Belcebú para echar al diablo. La referencia al contenido del negocio y a las cualidades de la cosa ha permitido, sin embargo, llegar a resultados semejantes a los obtenidos en los países que siguen la dirección iusnaturalista. Para ello la jurisprudencia ha ido ensanchando los conceptos de cosa y cualidades, ha acudido al criterio de la buena fe y ha utilizado la figura de la base del negocio". En contra cfr. Miquel (1963, 84), según este autor, "(S)i queremos enlazar "error in substantia" y causa es evidente que tenemos que partir de una concepción subjetiva de ambos. Ahora bien, como nuestro Código civil mantiene una posición objetiva respecto a la causa es evidente que no nos sirve esta interpretación. Para relacionar el error sustancial con la llamada base del negocio hemos de partir de una concepción subjetiva de aquél y por otra parte, sólo hemos de considerar relevante el error bilateral o, por lo menos, el que sea reconocible para la otra parte contratante. Como nuestro Código sigue un criterio mixto para el error sustancial lo mejor es relacionar éste directamente con la voluntad de las partes".

Del análisis de la jurisprudencia se extrae que no todo error tiene relevancia a efectos de anulación del contrato, sino que para ello se debe tener en cuenta el fundamento concreto del negocio. De esta manera, se otorga relevancia al motivo condicionante o causa concreta principal del negocio. Así, dice De Castro que “(t)al religación de conducta expresiva y causa es también la más conforme al espíritu y la letra de la ley (art. 1266); aunque eso sí, choque con la concepción anticausalista de la doctrina alemana y de sus seguidores. No estará de sobra advertir que esta señalada conexión entre declaración negocial y causa concreta (motivo incorporado) no es algo peculiar del Derecho español; la doctrina alemana, impulsada por las necesidades de la práctica y guiada por las decisiones del los tribunales, ha creído necesario construir la figura del fundamento o base del negocio jurídico para, en buena parte, resolver con ella los casos de error, a la manera como lo vienen haciendo los tribunales españoles”<sup>119</sup>. También comparte esta opinión Morales Moreno, si bien desde un punto de vista objetivo, contemplando el error como un problema de reparto de riesgos contractual. No le falta razón al autor cuando afirma que se puede apreciar en Alemania una cierta preocupación en la doctrina por hacer del concepto de error un concepto funcional, sobre la base de la consideración del riesgo. De ahí que se acuda al principio de buena fe contenido en el § 242 BGB y a la figura de la base del negocio “muy relacionada con el problema del reparto del riesgo contractual”<sup>120</sup>.

En este sentido, el art. 1266 CC significa el abandono de la dirección romanista, el único residuo es la referencia a la “sustancia” de la cosa; sin embargo, el término ha perdido su significación histórica, ya que ahora ha quedado subordinado al motivo. La doctrina legal sobre el significado de la causa concreta como motivos incorporados a la causa (cuestión que se verá en el apartado siguiente de este trabajo) lleva a la conclusión de que el error no está referido a cualquier creencia errónea individual sino la que afecta a la propia motivación del contrato<sup>121</sup>.

---

<sup>119</sup> De Castro, 1967: 102 y ss.

<sup>120</sup> Morales Moreno, 1988: 93.

<sup>121</sup> Cfr. De Verda, 2000-II: 2. “Es innegable que, cuando se compra una cosa específica, ésta se adquiere bajo el presupuesto de que la misma reúne las cualidades expresamente pactadas o, en defecto de pacto, las que es previsible esperar en atención al uso normal de la cosa conforme a los criterios habituales en el tráfico jurídico. Es más, solamente, en atención a la creencia de que la cosa reúne tales cualidades el comprador prestará su consentimiento, por lo que el propósito práctico de alcanzarlas se integrará en la causa del negocio, siempre que sea objetivamente

De este modo, se limita el campo de errores relevantes al considerarse como tales solamente el que da motivo para celebrar el contrato y en cuanto sea causa principal del mismo. No será relevante lo que crea cada uno de los contratantes, sino la conducta expresiva de ambos sobre lo que constituya la finalidad del contrato. Es decir, aquella circunstancia sobre la que incide el error debe considerarse de importancia decisiva para la celebración del contrato, para quien lo sufre y además en sí mismo debe poder considerarse “base del negocio”, teniendo en cuenta lo que resulte expresa o tácitamente de la conducta de quien o quienes hayan dado lugar al mismo<sup>122</sup>.

En definitiva, para valorar la importancia del error se habrá de atender a la especial naturaleza del negocio y a la conducta de cada uno de los contratantes según el principio de la buena fe (art. 1258).

En opinión de Díez-Picazo<sup>123</sup>, este juicio valorativo corresponde a todos los supuestos de vicios del consentimiento, a pesar de que el art. 1265 CC se presenta aparentemente categórico. En consecuencia, en los supuestos de vicio del consentimiento se puede hablar de un “casuismo dogmatizado”, es decir, de una tipificación legal de casos de justicia o injusticia de la vinculación contractual según los hechos ocurridos en el momento de su constitución (en mi opinión esta tesis guarda un cierto paralelismo con la de la inexigibilidad de seguir estando vinculado al contrato según el § 242 BGB). A esta conclusión se debe llegar si se tiene en cuenta que la categoría de los vicios de la voluntad se forja en las escuelas racionalistas de los siglos XVII y XVIII a partir de una casuística que fue formándose progresivamente.

---

reconoscible por el vendedor. Por ello, de no existir en la cosa las cualidades razonablemente esperadas, el comprador habrá padecido un error sobre una circunstancia que las partes incorporaron a la causa del negocio. En definitiva, un error sobre una cualidad, causa principal de la celebración del contrato en el sentido del art. 1266 del Código Civil, que, en cuanto sea excusable, autorizará a quien lo padece a demandar la anulación de contrato. Pero, en tal caso, no podrá hablarse de defectuoso cumplimiento de la obligación de entrega por parte del vendedor, ya que habrá perfecta identidad sustancial entre lo vendido y lo entregado, sino de la existencia de un vicio del consentimiento con trascendencia invalidante”.

<sup>122</sup> De Castro, 1967: 110. Esta tesis se podría traducir en el requisito exigido por la jurisprudencia para la esencialidad del error que “exista un nexo causal entre el mismo (el error) y la finalidad que se pretendía con el negocio jurídico concertado”, siempre que dichas finalidades perseguidas hayan quedado incorporadas al contrato (vid. Díez-Picazo, 1996: 182).

<sup>123</sup> Díez-Picazo, 1996: 159. De este modo el error vicia el consentimiento cuando recae sobre la sustancia de la cosa, el miedo vicia el contrato cuando el mal que se debe sufrir es inminente y grave, el engaño es susceptible de viciar el consentimiento cuando es grave, ha sido producido por la otra parte contratante y no es recíproco.

De hecho, el error requiere un examen minucioso porque no siempre ha de llevar consigo las mismas consecuencias<sup>124</sup>. Se trata de analizar si en el caso concreto resulta adecuado que el que sufre el error se desvincule del contrato, a pesar de que el art. 1266 CC es muy parco en su contenido. Para ello habrá que sopesar cuál es el interés predominante en el conflicto de intereses que surge entre las partes en los casos de error<sup>125</sup>, ya que éste provoca una alteración en la “organización contractual de intereses”<sup>126</sup>. El error tiene como consecuencia no sólo la insatisfacción del contratante que lo sufre, sino también una ruptura del equilibrio de las prestaciones, según cómo había sido establecida por las partes (por ejemplo, en el contrato de compraventa el precio pagado por la cosa resultará excesivo al carecer ésta de las cualidades presupuestas<sup>127</sup>).

Pero, a pesar de ello, es posible que el error sea irrelevante y en este sentido, estoy totalmente de acuerdo con Morales Moreno cuando afirma que éste se traduce en un problema de reparto de riesgos entre las partes contratantes<sup>128</sup>. De este modo, en los contratos onerosos el problema del error se resuelve en una justa distribución entre las partes del riesgo que el mismo encierra; ya que el error

---

<sup>124</sup> Díez-Picazo, (1996: 176 y ss.) pone una serie de ejemplos en este sentido. Entre otros: 1) una persona compra una parcela de terreno con la intención conocida del vendedor de edificar una casa, pero los planes municipales de urbanización no permiten construir en aquella zona; 2) un empresario, después de realizar un estudio de costos, ofrece realizar una obra a un determinado precio, cuando el costo real, defectuosamente calculado es muy superior; 3) un coleccionista de obras de arte compra un cuadro creyéndolo pintado por un famoso pintor, cuando en realidad es pintado por un artista desconocido. Todos estos supuestos no pueden ser resueltos del mismo modo. En primer lugar, es necesario que el error recaiga sobre un elemento que los contratantes consideraban esencial para el negocio. En segundo lugar, debe tratarse de un error inexcusable, o no imputable al que ha sufrido tal error. En tercer lugar, debe valorarse también la situación de la contraparte, básicamente si él pudo reconocer la existencia de tal error y cuál fue la confianza que la declaración de su contrario suscitó en él.

<sup>125</sup> De Castro (1988: 405): en los casos de error existen dos intereses enfrentados, los de la persona que sufrió el error y el de la otra parte que recibió la declaración. En cuanto al primero pretenderá desvincularse del contrato al faltar su voluntad de obligarse. En lo que respecta a la segunda, ésta entenderá que “puede y debe confiar en la palabra que se le ha dado y que no es cosa suya la ignorancia o la creencia errónea del otro contratante”. En este mismo sentido De Verda, 1999: 30 y ss.

<sup>126</sup> Morales Moreno, 1993: 231 y 1988: 79 y ss.

<sup>127</sup> De Verda, 1999a: 73. Al mismo tiempo el precio estipulado en el contrato puede ser indicio para determinar la excusabilidad del error: quien compra un inmueble por un precio muy inferior al de mercado difícilmente podrá pretender la anulación del contrato alegando un expediente de declaración de ruina sobre el mismo; sin embargo, es más disculpable el error del comprador que creyó que el inmueble era apto para la construcción cuando el precio estipulado era el normal de mercado para este tipo de bienes.

<sup>128</sup> Esta idea está también presente en la literatura anglosajona. Vid. Palmer, 1993: 53 y ss. Para este autor el error se traduce en un problema de decisión acerca de cuál de las partes soporta el riesgo de la discrepancia entre los hechos existentes y los presupuestos (“supposed”).



supone atribuir, en virtud de la ley, a un contratante un riesgo que, normalmente, con el cambio jurídico producido por el contrato, no debería soportar<sup>129</sup>.

Los mecanismos para el reparto de riesgos son todos aquellos que en los diferentes ordenamientos de nuestro entorno determinan el concepto y los requisitos del error. Básicamente se trata de la excusabilidad, el carácter esencial, la exigencia de incorporación de los motivos a la causa del contrato, etc<sup>130</sup>.

Estos criterios de distribución del riesgo en el error también se tienen en cuenta en nuevos Códigos, como el holandés (el art. 228 del Libro 6 establece que en el caso de haberse celebrado un contrato por error de una de las partes, de modo que no hubiera celebrado dicho contrato si hubiera tenido un conocimiento exacto de los hechos, puede anular el contrato cuando se den las siguientes circunstancias: a) el error debe ser imputable a la información proporcionada por la otra parte, a menos que esta parte pudiera asumir que el contrato se hubiese celebrado igualmente incluso sin esta información; b) si la otra parte, que conoce o debería haber conocido el error, debería haber informado a su contraparte; c) si la otra parte hubiese incurrido en el mismo error, a menos que dicha parte no hubiera debido comprender que la parte en error debería ser prevenida en cuanto a la celebración del contrato)<sup>131</sup>, en los principios UNIDROIT de Derecho contractual<sup>132</sup> e incluso en los Principios de Derecho Europeo de los contratos<sup>133</sup>.

---

<sup>129</sup> El error se traduce en un riesgo acerca del defectuoso conocimiento de la realidad. Cfr. Morales Moreno (1988: 101): "En los diferentes sectores del tráfico de bienes puede apreciarse la existencia de modos reiterados y uniformes de manifestarse el riesgo del error. Son tipificables en función del objeto y cualidades del mismo a que se refieren, de la condición de las personas que en dicho tráfico intervienen, o de otros elementos". Por ejemplo, en el tráfico de solares el riesgo típico está en relación con la edificabilidad. Los riesgos se presentan en la realidad según modalidades típicas, ello permite identificarlos, programarlos en relación con los costes que los mismos representan.

<sup>130</sup> Morales Moreno, 1993: 234.

<sup>131</sup> Vid. Hijma, J., Zwitter, R. (1997: 367): el antiguo Código usó el concepto del motivo determinante, que se había recibido del Derecho romano, pero que en la práctica no tenía suficiente claridad para ser manejado como un criterio útil. El nuevo Código incorpora requisitos elaborados por la jurisprudencia para conceder relevancia al error. Como categoría extra la ley añade el caso del error bilateral.

<sup>132</sup> Los requisitos para que el error se considere relevante se contienen en el art. 3.5, el párrafo 1º contempla uno de los requisitos tradicionales del error: la gravedad. Para valorar la gravedad del error se acude a una fórmula abierta cual es el de la persona razonable. En la letra a) del núm. 1 se hace referencia a la reconocibilidad del error por la otra parte. Es la parte que invoca el error el que debe probar que la contraparte conocía el error y que además, tenía obligación de comunicárselo. En la letra a) del núm. 2 hace referencia al requisito de la excusabilidad del error. Los principios exigen culpa grave, cuando en la doctrina española se entiende que la diligencia debe ser la media o normal, con lo que en los Principios el interés de la persona que sufre el error es objeto de una especial protección. Cfr. Alvarado, 1998: 178. En la doctrina extranjera Fabre-Magnan, 1998: 227.

Ello supone la confirmación de que no toda falsa valoración de la realidad debe comportar necesariamente la anulación del contrato por error. Con lo que será necesaria una previa interpretación del contrato para valorar la relevancia jurídica del error.

También se trata de un problema de reparto de riesgos el resuelto por las normas que en el contrato de compraventa regulan la responsabilidad del vendedor por vicios ocultos (arts. 1484 y ss. CC). En este caso se atribuye a una sola de las partes, el vendedor, el riesgo del error (vid. en este sentido el art. 1485 CC según el que el vendedor responde del saneamiento por los vicios o defectos de la cosa vendida aunque los ignorese)<sup>134</sup>. Sin embargo, en el caso del art. 1266 CC se imputa el riesgo según la conducta mantenida por los contratantes en cada relación concreta<sup>135</sup>. El problema del error conecta con el de los presupuestos o de

---

<sup>133</sup> El art. 4:103 establece que una parte puede anular el contrato por error de hecho o de derecho si: a) (i) el error fue debido a la información proporcionada por la otra parte, (ii) la otra parte conocía o debía haber conocido el error, siendo contrario a la buena fe dejar que la otra parte continuase en su error, (iii) la otra parte cometió el mismo error.

b) la otra parte conoció o debió haber conocido que la parte que sufrió el error, de haber conocido la verdad, no hubiese celebrado el contrato o no con ese contenido. Sin embargo, una parte no puede anular el contrato: a) de acuerdo con las circunstancias su error era inexcusable; b) el riesgo del error fue asumido o de acuerdo con las circunstancias, debería soportarlo.

En opinión de Lando et Beale (2001: 230), esta regulación del error implica que se lleve a cabo una previa labor de interpretación para valorar si efectivamente el contrato da cobertura a la situación que se presenta.

<sup>134</sup> De Verda, 2000-II: 3. El legislador atribuye al vendedor el riesgo, de manera que debe responder de los daños que originen los vicios que lastran la cosa vendida, entre ellos, el daño que experimenta el comprador al ver roto el equilibrio prestacional y quebrado el sinalagma.

<sup>135</sup> Tanto el art. 1266 CC referido al error sobre las cualidades esenciales de la cosa y los arts. 1484 y ss. sobre vicios ocultos son aplicables a la compraventa de cosa específica, pero en supuestos distintos. En la compraventa de cosa genérica en la doctrina se ha defendido que el comprador carece de la acción de anulación por error, consistente en la falsa representación mental de las cualidades de la cosa incorporadas a la causa del contrato. "Por definición, el comprador no padecerá tal error, ya que al tiempo de la prestación del consentimiento no puede apreciar las cualidades de la cosa vendida, porque ésta carece de existencia física, estando determinada exclusivamente por su pertenencia a un género y por la referencia cualitativa expresada en las previsiones contractuales" (Cfr. De Verda, 2000-II: 3). No obstante, en el caso de la STS 3 febrero 1986 (RJ 1986, 409) el TS (Fundamento de Derecho 4º) declara aplicable la normativa sobre el error al contrato de compraventa de una máquina celebrado entre las partes al carecer la misma de las condiciones idóneas para ser empleada conforme a su destino, ya que de haberlo conocido el comprador no la habría adquirido "y dado, que del resultado de la prueba se aprecian sus malas condiciones de funcionalidad e ineptitud e inhabilidad para la realización del destino que informó la voluntad racional y consciente del consentimiento del comprador, la máquina por adolecer de la esencial «condición de destino» a que se refiere el artículo 1.266 CC» determina «error in sustantia que vicia el consentimiento negocial» y origina la nulidad del contrato". Sin embargo, esta solución no es unánimemente admitida por la jurisprudencia, ya que se pueden encontrar numerosos ejemplos que declaran procedente la resolución por incumplimiento por entrega de cosa distinta ("aliud pro alio"). Se entiende, en este sentido, que en las compraventas de cosa genérica las cualidades presupuestas tienen virtualidad individualizadora del objeto del contrato. Ahora bien, ese desajuste tiene que superar un mínimo exigible para que la diferencia sea relevante a efectos de apreciar incumplimiento contractual, de manera que se exige que se frustre "la

la base del negocio en el momento en que se consideran relevantes aquellos errores que afectan a las razones determinantes del contrato. En consecuencia, es el contrato, interpretado e integrado, el que señala qué errores son capaces de anular el contrato. Se trata, en definitiva, de tomar en consideración aquellos motivos determinantes para un contratante si se han incorporado al contrato, constituyendo en él “presuposiciones”<sup>136</sup>. En este sentido, el contrato está integrado por dos tipos de elementos: el normativo y las presuposiciones. Ambos sirven para la organización de intereses que es propia del contrato. El elemento normativo lo constituyen las normas legales, mientras que el componente fáctico está compuesto por la realidad sobre la que actúa el contrato. Las presuposiciones de un contrato pueden referirse tanto a la realidad presente como a la futura, a elementos de tipo fáctico como a elementos jurídicos. Cuando las presuposiciones no se corresponden con la realidad se produce una modificación en la organización de intereses. En este caso no existe una solución única para todos los supuestos: puede tratarse de un caso de riesgo contractual y dentro de él, de un problema de error o también de responsabilidad<sup>137</sup>. Las presuposiciones se

---

finalidad económica del contrato, por inidoneidad del objeto entregado”: Cfr. entre otras muchas: STS 23 abril 1991 (RJ 1991, 3021), más recientemente vid. STS 10 octubre 2000 (Act. C. 2001, 120), también la STS 16 noviembre 2000 (Act. C. 2001, 228). Entre la jurisprudencia menor cfr. entre otras muchas, SAP Murcia 6 abril 1995 (Elder. 1995, 9281), SAP Zamora 10 junio 1999 (Elder. 1999, 27237), SAP Barcelona 4 abril 2000 (Act. C. 2000, 904).

<sup>136</sup> Morales Moreno, 1993: 240. En opinión del autor, “[b]asar en el contrato la delimitación del error y la justificación de la anulación, tiene la ventaja de permitir superar el puro subjetivismo psicológico (que da relevancia a los puros motivos) sin contradecir el criterio de la autonomía de la voluntad (motivos incorporados), pero no carece de inconvenientes”. Entre esos inconvenientes se incluye que puede ser difícil determinar en cada caso la causa concreta. Por otro lado, hay otros factores que pueden ser relevantes para decidir la relevancia del error. Uno de ellos es el factor ético, de este modo, no se debe proteger al contratante que sufre un error por su propia negligencia. Además, de acuerdo con un factor económico, el que determinados hechos sean relevantes para la celebración del contrato no justifica que siempre se reparta de la misma manera el riesgo de una defectuosa información sobre su existencia. Cfr. asimismo Morales Moreno (1988: 196 y ss.). Esa conexión del error con las presuposiciones del contrato supone que el problema del error no se considere simplemente como un problema del contratante que lo ha padecido, sino como un problema contractual en la medida en que el error provoca una alteración en el contrato.

<sup>137</sup> Morales Moreno (1988: 279). Como hemos visto, este autor sostiene que el error es un instrumento para el reparto de los riesgos entre las partes contractuales, pero no es el único para resolver los problemas de falsos presupuestos en el contrato. Por ejemplo, las condiciones según el autor serían también instrumentos de la autonomía de la voluntad que ordenan el reparto del riesgo según el estado de la realidad sobre el que actúa el contrato. En cuanto a la responsabilidad, según el autor citado (1988: 307), se conecta con el deber de información derivado del principio de buena fe en la contratación. Este deber de información viene referido a aquellos hechos significativos en la organización contractual de intereses, de manera que una falsa representación de los mismos provocaría necesariamente una alteración en la misma. No obstante, este deber de información estaría sujeto a límites, como sucede en el caso de que la información de que dispone un

diferencian de los motivos en que éstos forman parte del ámbito subjetivo, ajeno al contrato; mientras que aquellas se incluyen en el contenido del contrato. Se podría decir que las presuposiciones incorporan al contrato elementos de la realidad que desde el plano individual del contratante, han sido motivos que le han llevado a contratar. La buena fe puede ser un criterio útil para distinguir presuposiciones relevantes de las que no lo son, también pueden ser útiles los criterios normales de entender y valorar la realidad (por ejemplo, la zona en la que se adquiere la parcela es zona urbanizable), asimismo puede servir de ayuda la “relación de equivalencia” plasmada en el contrato. Según este último criterio es muy importante tener en cuenta el precio estipulado en el contrato para un bien determinado, porque ello puede ser de gran utilidad para determinar las cualidades presupuestas en la cosa<sup>138</sup>.

En conclusión, como se ha visto, en nuestro Derecho el error “in substantia” permite solucionar muchos problemas que en Alemania se han debido resolver con la doctrina de la “Geschäftsgrundlage”. Ello es debido a que el error en el Derecho español se relaciona con las presuposiciones del contrato entendidas como elementos de la realidad que constituyen razones que llevan a las partes a celebrar el contrato, pero que a su vez, se incorporan a la estructura típica del mismo. En consecuencia, para valorar la importancia jurídica del error se ha de estar al contenido del contrato y ver cómo las partes han distribuido entre ellas los riesgos contractuales, sin que sea necesario acudir a una institución (la base del

---

contratante la ha obtenido a través de una costosa investigación. En este caso, sería injusto obligarle a comunicar al otro contratante la información obtenida.

<sup>138</sup> En cuanto a la trascendencia del precio para determinar la importancia del error vid. De Castro, 1988: 411. Desde este punto de vista, se produce una aproximación entre la figura del error y la lesión (Morales Moreno, 1988: 98 y ss.), aunque no siempre el error produce una lesión en sentido económico. Algún autor alemán (Lenel, 1924: 115) ha utilizado como argumento para negar la relevancia de cualquier error en los motivos el hecho de que las legislaciones modernas no admitan un derecho de impugnación por razón de “laesio enormis”, pues ello significa tolerancia en cuanto al desequilibrio de las prestaciones. Frente a ello se podría argumentar, siguiendo a Morales Moreno (1988: 98), que una cosa es la falta de equivalencia objetiva y otra diferente la ruptura de la equivalencia subjetiva, es decir, la que habían querido establecer las partes como consecuencia del error en las cualidades esenciales. Sin embargo, según López Jacoiste (1976: 845), dado que en nuestro Derecho la rescisión por lesión solamente se admite en supuestos tasados, la solución frente a los problemas de desequilibrios contractuales habría que buscarla en la doctrina del error, “porque el valor es componente principal de la cosa a efectos jurídicos”. Ahora bien, “cuando el menoscabo de valor no refleja una disconformidad objetiva, la estimación como error sustancial de una operación económica desafortunada resulta de difícil articulación jurídica”. Este argumento supone desconocer que los errores sobre el valor son inexcusables, ya que corresponde a una diligencia social media el establecimiento del valor de la cosa sobre la que el contrato recae.

negocio) que no tiene reconocimiento legal ni tanta raigambre como sucede en Alemania.

### 3.3. Análisis de la jurisprudencia española.

#### A) Introducción.

Seguidamente analizaré una serie de sentencias que toman como supuesto de hecho el contrato de compraventa de determinado bien que el comprador piensa destinar a un fin específico, sin que ese destino sea posible por impedirlo circunstancias existentes en el momento de la celebración del contrato. En la mayoría de los casos, los tribunales aprecian la existencia de error invalidante del consentimiento del comprador que faculta para la anulación del contrato. Veremos a continuación cuáles son los requisitos que se consideran necesarios para la impugnación del contrato por error sobre las cualidades esenciales de la cosa. También tendremos ocasión de comprobar que la solución adoptada por la jurisprudencia conlleva una cierta distribución de los riesgos entre las partes contratantes. Por ejemplo, en el caso de la compraventa de un solar para edificar se puede extraer de la jurisprudencia que el incumplimiento por parte del vendedor del deber precontractual de informar acerca de los impedimentos urbanísticos del inmueble que transmite comportará la excusabilidad del error de parte del comprador<sup>139</sup>. Otras veces, no obstante, los tribunales consideran que la

---

<sup>139</sup> Respecto de esta cuestión conviene tener en cuenta que en la compraventa de inmuebles para edificar el art. 21.2 a) de la Ley 6/1998, de 13 de abril sobre Régimen del Suelo y Valoraciones, impone al vendedor la obligación de hacer constar en el correspondiente título, “si se tratare de terrenos no susceptibles de edificación o con edificaciones fuera de ordenación de conformidad con el planeamiento aplicable, su expresa situación a estos efectos”. En el párrafo 3º se establece que “la infracción de cualquiera de las anteriores disposiciones, facultará al adquirente para rescindir el contrato en el plazo de un año a contar desde la fecha de su otorgamiento y para exigir indemnización por los daños y perjuicios que se le hubieren irrogado”. Esta norma establece una responsabilidad objetiva a cargo del vendedor, dada la existencia en el inmueble vendido de una limitación urbanística desconocida por el comprador. Como el art. 21 no está fundado en el dolo del vendedor, no se excluye el ejercicio de la acción de anulación basada en este vicio del consentimiento cuando concurran los requisitos establecidos en los arts. 1269 y 1270 CC. Tampoco el fundamento de la acción del art. 21 se encuentra en el error. Sin embargo, se ha señalado que el art. 21. 2 a) desempeña un papel importante en relación al error del siguiente modo: “El incumplimiento por parte del vendedor del deber precontractual de informar de los impedimentos urbanísticos del inmueble que transmite comportará, en la práctica, la excusabilidad del error a que dicha reticencia da lugar, debiéndose disculpar o enjuiciar con gran benignidad la posible negligencia del comprador en orden a conocer la exacta situación urbanística de la finca

imposibilidad de edificar sobre el inmueble adquirido precisamente con esa finalidad, no es más que una frustración de expectativas sin que deba considerarse como un error con relevancia jurídica. La existencia de sentencias en el primer sentido demuestra que la base del negocio subjetiva no es demasiado relevante en nuestro Derecho, a diferencia del Derecho alemán, donde como hemos visto, la noción del error sobre las cualidades esenciales es bastante restringida<sup>140</sup>.

Analizaré a continuación alguna de estas sentencias por separado. Una posible clasificación sería la siguiente:

---

que adquiere" (De Verda, 2000a: 5. Sobre la compraventa de inmuebles sujetos a vinculaciones urbanísticas vid. un trabajo anterior del mismo autor (1999a: 1213 y ss.), así como la monografía de Monfort (1996: 65 y ss.)). Este argumento subyace en la jurisprudencia del TS como tendremos ocasión de comprobar.

<sup>140</sup> Por ejemplo, en relación con la compraventa de inmueble para edificar (sin que se produzca un cambio sobrevenido de la normativa urbanística, ya que éste es otro problema diferente) se invoca la aplicación de la doctrina de la "Geschäftsgrundlage", entre otras en las siguientes sentencias: La sentencia OLG Oldenburg 23 junio 1995 (NJW 1996, 53) tiene su origen en el contrato de compraventa celebrado entre las partes según el que el vendedor debía entregar un inmueble de superficie 72922 metros cuadrados y el comprador satisfacer un precio de 661682,40 DM. El vendedor en este caso era una institución pública. El comprador tenía intención de realizar determinadas inversiones en ese inmueble, así como situar en él la sede de su empresa, finalidad ésta que se vio frustrada. En consecuencia, el demandante ejercita demanda ante el LG en base a la conducta dolosa del demandado que, como autoridad pública, sabía o debía saber que la construcción iba a ser imposible en una gran parte del inmueble. El LG desestima la demanda, el OLG desestima el recurso interpuesto. En cuanto a la aplicación de la doctrina de la "Geschäftsgrundlage", según el tribunal no se aplica porque se había incluido en el contrato una cláusula de garantía en favor del comprador. (Es doctrina jurisprudencial reiterada que la institución de la "Geschäftsgrundlage" se debe excluir en aquellos supuestos en los que es posible aplicar las normas sobre garantía en el contrato de compraventa, §§ 459 BGB y ss.). También se excluye el dolo de la parte demandada, ya que no se ha demostrado que la demandada tuviese noticia de la imposibilidad de edificar sobre el inmueble, así como tampoco que hubiera pensado que ello era posible. Como se ha visto, no se invoca la aplicación del error sobre las cualidades del objeto comprado.

En el caso de la sentencia de la KG Berlin de 21 enero 1997 (NJW 1998, 663) las partes litigantes también habían celebrado un contrato de compraventa de un inmueble sobre el que se pretendía construir. El LG Berlín dicta sentencia ordenando la restitución del precio de compra al adquirente a cambio de que éste le retransmitiese el inmueble (el adquirente ya había transmitido el inmueble por un valor de 550 000 DM). El fundamento jurídico de la resolución recaía en que se había producido pérdida de la base del negocio por cuanto que había sido determinante para la celebración del contrato la seguridad ofrecida por el vendedor acerca de la aptitud del inmueble para ser edificado, cuando dicha aptitud no era tal. El KG Berlin admite asimismo la aplicación de la doctrina de la Geschäftsgrundlage, pero con un fundamento distinto que el LG. En opinión del KG Berlin, es cierto que el comprador asume el riesgo de no poder emplear la cosa comprada al fin que tenía previsto, ello aunque el vendedor tuviese conocimiento de este fin, a no ser que las partes hayan previsto otra cosa expresamente en el contrato. En este sentido, el simple hecho de que el precio acordado se acerque al precio del solar para construir no implica que el vendedor garantice la edificabilidad del inmueble. Sin embargo, en este caso en concreto el demandado-vendedor ha invertido el reparto de los riesgos, ya que informó de modo falso a las autoridades acerca del destino del inmueble, lo que provocó que finalmente no se pudiera construir sobre él. De este modo, su conducta vulnera la buena fe cuando para neutralizar la aplicación al caso de la

B) Esencialidad del error que recae sobre las condiciones de edificabilidad de los terrenos:

Una sentencia en relación con este tema que recoge el profesor Díez-Picazo en sus *Estudios sobre la jurisprudencia civil* es la STS de 27 de octubre de 1964<sup>141</sup>. Según se desprende de la sentencia, los actores y la entidad demandada habían celebrado el 11 de abril de 1959 un contrato de compraventa de unos terrenos situados en Sitges. En el contrato se hizo constar cuál era la superficie edificable. Desde el 11 de agosto de 1958 el Ayuntamiento había suspendido las autorizaciones para edificar en aquella zona, de modo que el terreno no era edificable. En consecuencia, los actores reclamaban la restitución del precio. El TS declara no haber lugar al recurso interpuesto por la parte demandada en la primera instancia.

En opinión del TS, la edificabilidad del terreno fue la condición principal motivadora de la compraventa de los terrenos objeto del contrato. Se trata de un supuesto de error sobre una de las cualidades esenciales del objeto.

Según Díez-Picazo, el problema consiste en determinar si nos encontramos ante un error acerca de una de las cualidades esenciales del contrato o más bien “se trata de un caso de lo que Larenz ha llamado como «base del negocio subjetiva», pues, en este caso, sería necesario para entender el negocio ineficaz que la representación mental o la esperanza de edificar fuera común a ambas partes. En otro caso, la ineficacia sólo podría proceder por causa de dolo. Si el vendedor, conociendo la prohibición municipal de edificar, hubiera silenciado esta circunstancia, su conducta puramente omisiva sería constitutiva de dolo”. En este caso, el incumplimiento por parte del vendedor de informar acerca de la situación urbanística del inmueble facilita la apreciación de un error en el consentimiento del comprador, al valorarse con menos rigor el requisito de la excusabilidad.

---

doctrina de la "Geschäftsgrundlage" apela al reparto de riesgos por él provocado. El BGH no aceptó la revisión de la mencionada sentencia.

<sup>141</sup> Díez-Picazo, 1979: 133 y ss.

La STS 28 julio 1996<sup>142</sup> resuelve el siguiente supuesto de hecho: adquirido el terreno objeto de la compraventa con la finalidad de la edificación inmediata en el mismo de una nave industrial, resultó la imposibilidad de alcanzar el mencionado fin al no reunir el inmueble la condición urbanística de solar que le atribuía el vendedor. Éste hace creer al comprador la posibilidad de destinar el terreno a fines industriales. El JPI dictó sentencia estimatoria de la demanda y declaró la nulidad del contrato de compraventa celebrado entre los demandados y el actor. La AP desestimó el recurso de apelación interpuesto por los vendedores demandados. El TS aprecia la existencia de un error-vicio invalidante del consentimiento. En su opinión (Fundamento de Derecho 5º): “para que el error en el consentimiento invalide el contrato es indispensable que sea esencial y excusable; es decir, que recaiga sobre la sustancia que constituye su objeto o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubiesen dado lugar a su celebración; que derive de hechos desconocidos por el contratante; que no sea imputable a quien lo padece y que exista un nexo causal entre el mismo y la finalidad que se pretendía en el negocio concertado. El carácter excusable es un requisito no mencionado expresamente en el Código sino que se deduce de los principios de autorresponsabilidad y buena fe, con el objetivo de proteger a quien ha padecido error, el cual pudo ser evitado empleando una diligencia media o regular. La inducción a error por parte del vendedor determina el carácter excusable del error padecido; en concreto, los vendedores conocían los motivos o finalidad para la que se adquirirían los terrenos, siendo indudable la trascendencia jurídica de esa motivación, determinante de la prestación del consentimiento que, aunque no puede confundirse con la causa del contrato, tiene la entidad suficiente, en caso de resultar frustrada, para viciar el consentimiento prestado. El citado vicio de consentimiento es causa de anulabilidad, no de inexistencia o nulidad de pleno derecho”<sup>143</sup>.

---

<sup>142</sup> Martínez Espín, 1997: 199 y ss.

<sup>143</sup> Contrastar en cuanto a la excusabilidad del error con la SAP Girona 20 septiembre 1996 (RJ 1996, 1744): las partes habían celebrado un contrato de permuta de solar en pago de las obras realizadas al cedente, el objeto del contrato se trataba de un solar o superficie edificable para la construcción de un almacén. El comprador no obtuvo la correspondiente autorización administrativa para la construcción de dicho almacén, con lo que pretende la anulación del contrato por error. La AP (Fundamento de Derecho 2º) desestima la existencia de error invalidante del consentimiento, ya que la posibilidad de edificar se trata de un móvil subjetivo que no forma parte del contenido sustancial del contrato. En todo caso no se trataría de un error excusable, puesto que la sociedad actora se dedica al negocio de la promoción inmobiliaria. Debería haber



Merece destacarse la STS 30 abril 1997 (RJ 1997, 3863) que hace referencia a la figura tomada del Derecho francés del error sobre la causa. Los antecedentes necesarios para el estudio de la sentencia son los siguientes: Don Agustín Z. B. y su esposa vendieron por escritura pública de 28 de diciembre de 1988 a «Construcciones Palacios, S.A.» un terreno con superficie de 381,40 m<sup>2</sup> y una casa compuesta de planta baja y piso alto, con una superficie de 33,60 m<sup>2</sup>. El precio estipulado fue el de 4 millones ptas. El pacto cuarto de la venta dice textualmente: «Con la transmisión y dentro del precio fijado para la venta, se entienden cedidos en favor de la sociedad adquirente, cuantos permisos, licencias y autorizaciones tengan concedidos los vendedores, así como el proyecto de edificación que se pretende realizar en el conjunto de las fincas transmitidas». Con fecha 24 de junio de 1991, «Construcciones Palacios, SA» demandó a los vendedores alegando que el proyecto de edificación adquirido era inejecutable sobre las fincas vendidas, lo que le ha ocasionado paralización temporal de las obras hasta llegar a acuerdos transaccionales con los propietarios que fueron afectados en sus derechos al realizar tales obras según el proyecto que se le cedió. En este sentido, solicitaba que se declarase doloso el incumplimiento de los compradores a tenor del contrato de compraventa, condenándolos por ello al pago de 8.089.096 ptas. por los daños y perjuicios sufridos durante el tiempo que estuvieron suspendidas las obras (del 15 de diciembre de 1989 al 15 de enero de 1990). El JPI desestimó la demanda. La AP, en grado de apelación, revocó la sentencia y estimó parcialmente la demanda. Contra la sentencia de la Audiencia los demandados interponen recurso de casación, entre otros motivos por aplicación indebida del art. 1101 CC en relación con el art. 1462 CC, ya que la sentencia recurrida da como probado el que compradora y vendedores, cuando otorgaron la escritura pública de compraventa, actuaban en la creencia de que la

---

comprobado previamente la situación urbanística de tales fincas. En definitiva, se trata de un riesgo que debe asumir la sociedad cesionaria.

Tampoco se estima la existencia de un error relevante en la SAP Baleares 15 octubre 1998 (Elder. 1998, 30039) las partes habían celebrado un contrato que tenía por objeto una vivienda formada por agrupación de tres apartamentos. Los compradores pretenden la anulación del contrato por error, ya que la agrupación de los tres apartamentos imposibilitó que los actores pudieran constituir una hipoteca sobre la vivienda a efectos de financiar el resto del precio de la venta que quedó aplazado. La AP declara improcedente la anulación, ya que los compradores podían haber accedido a la información que contiene el Registro, además de que la posibilidad de acceder a un crédito hipotecario no fue objeto del contrato de compraventa.

edificación era posible y el proyecto realizable sin adición superficial alguna. Si con posterioridad surgen incidencias desconocidas por ambas partes al contratar, no pueden ser encuadradas en modalidad alguna de contravención, ya que no se puede contravenir lo que no se conocía, concretamente que para realizar el proyecto de edificación se necesitaba más extensión de terreno. Además de que un profesional de la construcción (como es el demandante) debería haber apreciado, con absoluta claridad, la deficiencia que denunciaba. La Audiencia acepta tal valoración diciendo en el fundamento jurídico primero, párrafo final, de su sentencia: «En consecuencia, las partes actuaban en la creencia de que la edificación era posible. Mas, la imposibilidad de la construcción rápidamente se evidenció y según el informe pericial tal circunstancia es fruto de un error de cálculo en la medición total del proyecto que es de 492,54 m<sup>2</sup> y no 415 m<sup>2</sup>, que era la superficie vendida, lo que hubiera sido observado, según el dictamen, por un profesional de la construcción». No obstante, considera que estamos «ante un supuesto de incumplimiento de las obligaciones contractuales que es evidente que ha causado daño no imputable a la parte compradora quien cumplió con sus obligaciones abonando el precio. Este incumplimiento no es otro que el de la venta de un proyecto que no era realizable en el terreno que se vendía y que él había encargado a unos profesionales, de los que debe responder y ello aunque el proyecto lo llevaran a cabo distintos profesionales, que se limitan a ejecutar lo ya proyectado, observando, entonces la falta de terreno, por cuanto que a su edificabilidad entiende la Sala que se comprometían con la venta del mismo, tal y como se infiere del tenor literal de las cláusulas del contrato, por lo que deberá indemnizar, en base a lo dispuesto en el art. 1101 CC, al contravenir el tenor de sus obligaciones».

Frente a ello el TS entiende (Fundamento de Derecho 2º) que “la contradicción en los razonamientos de la sentencia de la Audiencia es ostensible, pues si por un lado admite que ha existido un error común de las partes, ambas expertas en la construcción, no es lógico que a continuación impute un incumplimiento contractual a los vendedores, responsabilizándoles por ello de los daños y perjuicios que dice la compradora haber sufrido. No hay ninguna obligación contractual asumida por los primeros respecto a la segunda garantizándole la viabilidad del proyecto, sólo una mera cesión onerosa del

mismo, que por sí misma, no puede llevar implícita ninguna garantía de ejecutabilidad. Lo que ha existido es simplemente un error común de ambas partes contratantes sobre la causa de la compraventa que, según consta en la escritura pública, fue la construcción de viviendas de protección oficial sobre las fincas que se adquirirían con un determinado proyecto, lo cual no era posible con el que los vendedores habían encargado a sus técnicos, circunstancia desconocida para ellos y la compradora. No hay duda de que el error en este elemento del contrato (la causa) pudiera dar lugar a las acciones resolutorias, anulatorias o de desistimiento contractual oportunas, pero de ningún modo cabe atribuir las consecuencias a una sola de las partes (los vendedores), pues si ellos deberían haber sabido lo que vendían, no lo es menos que «Construcciones Palacios, SA» podía fácilmente haber detectado el error a través de sus técnicos como mínimo antes de comenzar las obras, como sociedad dedicada a la construcción y abstenerse de obrar. Lo que no cabe es hacerlo y descargar cualquier responsabilidad en los vendedores. Carece de todo apoyo jurídico encauzar el tema litigioso, que es, repetimos, un error común sobre la causa, acudiendo a modo de comodín al art. 1101 CC, que no está pensado para estos casos de vicios”. Con ello, el TS declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto.

En este caso el TS aprecia la existencia de un error sobre la causa del contrato. Como se ha visto, esta figura es importada del Derecho francés. Para que exista error sobre la causa se debe partir de un concepto de causa como “causa concreta”, es decir, como las motivaciones determinantes que han llevado a las partes a la celebración de un negocio jurídico<sup>144</sup>.

El error sobre la causa se distingue del error en los motivos, en que éstos comprenden una intelección defectuosa de hechos ajenos al esquema negocial. Este error incide sobre la sensación de necesidad que impulsa a las partes a la celebración del contrato y por lo tanto, es irrelevante. Ahora bien, si dichas motivaciones efectivamente se han causalizado hay quien defiende que se debe otorgar efectos anulatorios al error sobre las mismas. De este modo, se aplicaría analógicamente el art. 1266 Código civil. En realidad, el error sobre la causa no se trataría de un vicio de ésta, aunque sus efectos le podrían alcanzar, incluso en ocasiones, de una manera esencial. En consecuencia, según cierto sector doctrinal,

---

<sup>144</sup> Alonso Pérez, 1969: 57.

el vicio no afectaría a la causa en su valoración integral, sino solamente a su manifestación subjetiva incorporada al esquema negocial. De esta manera, la causa se ve afectada en cuanto elemento que cohesiona los demás esenciales del contrato<sup>145</sup>.

No obstante, en esta sentencia el tribunal no se pronuncia acerca de los efectos que debe tener el error sobre la causa del contrato. Dice que no es posible aplicar el art. 1101 CC porque ello significa atribuir las consecuencias sobre una sola de las partes (los vendedores). El tribunal apunta que en este caso se deberían aplicar las acciones resolutorias o anulatorias oportunas. Pero en ambos casos, tanto si se resuelve como si se anula el contrato, también se atribuye el riesgo al vendedor, que no va a poder satisfacer las expectativas esperadas mediante la celebración del contrato. Cuando es cierto, como apunta la AP que el demandante-comprador, profesional de la construcción “debería haber apreciado, con absoluta claridad, la deficiencia que denunciaba”. Desde mi punto de vista, hay que tener también en cuenta la cláusula 4ª del contrato de compraventa mediante la que el vendedor parece garantizar la viabilidad del proyecto. En este sentido, es el vendedor el que debe asumir el riesgo<sup>146</sup>.

---

<sup>145</sup> Alonso Pérez, 1969: 70.

<sup>146</sup> En la jurisprudencia menor se estima la existencia de un error invalidante del consentimiento, entre otras, en las siguientes sentencias: en la SAP Madrid 9 marzo 1998 (RJ 1998, 4842) las partes habían celebrado un contrato de compraventa de inmueble. La AP (vid. Fundamento de Derecho 4º) declara nulo el contrato por vicio del consentimiento, ya que sobre el total inmueble en que está ubicado el piso comprado pendía un plan urbanístico que podía conllevar tarde o temprano su expropiación, lo cual era ignorado por los compradores. Ello sin perjuicio de que los vendedores conocieran o no la situación urbanística de la finca, pues de haberlo conocido “lo único que podría determinar es también la existencia de dolo civil o, en su caso e incluso, de responsabilidad criminal (...)”. Sobre la falta del deber de información en relación con el dolo vid. en la doctrina De Cossío, 1955: 311 y ss.

En el caso de la SAP Jaén 15 marzo 1999 (RJ 1999, 4215) el actor compró del demandado un solar de superficie 371 m<sup>2</sup> a razón de 7.000 ptas. por m<sup>2</sup>. Ante esta circunstancia de que el terreno adquirido tiene la consideración de rústico el comprador ejercita ante el JPI demanda interesando la anulación del contrato por error esencial sobre el objeto y causa del mismo. La AP (Fundamento de Derecho 2º), estima la existencia de un error esencial en el consentimiento del comprador puesto que había adquirido la finca con la finalidad de construir, sin perjuicio de que el precio pagado por el terreno sea inferior en su mitad al normal de la zona para terrenos urbanizables, ya que en todo caso, dicho precio es superior al de mercado de bienes de naturaleza rústica.

Respecto de la SAP Córdoba 22 noviembre 1999 (RJ 1999, 2096) las partes habían celebrado un contrato de compraventa que tenía por objeto unos locales estando el comprador en la creencia de que lo era de una vivienda. La AP declara (Fundamento de Derecho 5º) que el comprador ha sufrido un error esencial. De este modo, (Fundamento de Derecho 6º) “[e]n el supuesto enjuiciado el error existió y fue decisivo para la prestación del consentimiento por parte de la compradora, sólo queda considerar si cayó en él por su falta de diligencia en la averiguación de la calificación y posibilidad de transformación del local en vivienda, imponiéndose al respecto la contestación negativa, si se tiene en cuenta que tanto el vendedor como el hoy recurrente ocultaron al comprador la verdadera situación urbanística del inmueble y las circunstancias que le afectaban”.

C) Imposibilidad legal de destinar la cosa al fin previsto:

Se estima la existencia de error en la STS 14 febrero 1994 (RJ 1994, 1469). Los antecedentes de hecho de la sentencia son los siguientes: D. Salvador promovió demanda contra D. Claudio y D<sup>a</sup>. Gracia (transmitentes del traspaso) y contra D. Julián (arrendador del local) solicitando la declaración de nulidad por haber padecido error sustancial al celebrar los dos contratos (el de traspaso y el de arrendamiento del local), pues estaba en la creencia de que podía dedicar dicho local a la actividad de «bar» y luego había comprobado que los aludidos esposos, que la estaban ejerciendo, carecían de licencia municipal para el ejercicio de la misma que, además de que el Ayuntamiento no la autorizaba, por lo que, mediante el ejercicio acumulado de las acciones correspondientes, pidió que se declarase la nulidad del contrato verbal de traspaso y del contrato de arrendamiento. La sentencia de primera instancia desestimó totalmente la demanda y absolvió a los demandados de los respectivos pedimentos contra ellos formulados. En el correspondiente recurso de apelación, interpuesto por el demandante, la AP dictó sentencia por la que revocando parcialmente la de primera instancia, declara nulo el contrato de traspaso del local de negocio titulado «Bar Grand Prix», que liga al actor y a los demandados. Contra la referida sentencia de la Audiencia interponen sendos recursos de casación los cónyuges demandados don Claudio S. P. y doña Gracia A. A. y el demandante don Salvador U. R. El TS declara no haber lugar al recurso interpuesto por los demandados y estima el interpuesto por el actor, declarando la nulidad del contrato de arrendamiento celebrado entre ellos.

En opinión del TS: “[P]ara que el error en el objeto, al que se refiere el párrafo primero del artículo 1266 CC, pueda ser determinante de la invalidación del respectivo contrato (en el aspecto de su anulabilidad o nulidad relativa), ha de

---

En este caso es importante destacar que el requisito de la excusabilidad del error decae en aquellos casos en los que se puede apreciar una conducta dolosa de la contraparte del que sufre el error (como sucede en el caso enjuiciado en el que el vendedor había ocultado la situación urbanística del inmueble). De este modo según Morales Moreno (1982: 634), “pese a la negligencia del comprador, el vendedor responde si actuó dolosamente, porque en esa valoración comparativa de las conductas de las partes que impone la buena fe, la negligencia del comprador queda superada por el dolo del vendedor. También responde si afirma o promete, en cuanto que esa afirmación o promesa permita no considerar negligente el comportamiento del comprador que ignora la imposibilidad de la promesa, sino justificarlo en la confianza despertada”.

reunir estos dos fundamentales requisitos: a) que sea esencial, es decir que (en una de las dos manifestaciones de esa esencialidad del error, aparte del que recae sobre la propia sustancia contractual) la cosa objeto del contrato no tenga alguna de las condiciones que se le atribuyen y aquella de la que carece sea, precisamente, la que, de manera primordial y básica, atendida la finalidad de dicho contrato, motivó la celebración del mismo; y b) que, aparte de no ser imputable al que lo padece (lo que se halla subsumido en lo que seguidamente se dice), el referido error no haya podido ser evitado mediante el empleo, por el que lo padeció, de una diligencia media o regular, teniendo en cuenta la condición de las personas, no sólo del que lo invoca, sino de la otra parte contratante, cuando el error pueda ser debido a la confianza provocada por las afirmaciones o por la conducta de ésta [Sentencias de 6 junio 1953 (RJ 1953, 1658), 27 octubre 1964 (RJ 1964, 4735), 4 enero 1982 (RJ 1982, 179), entre otras]; es decir (y aunque es frecuente, incluso por algunas sentencias de esta Sala, incidir en una confusión meramente terminológica, aunque no conceptual, al utilizar el adjetivo calificativo apropiado a dicho requisito) que el error sea excusable, entendida esa excusabilidad en el sentido ya dicho de inevitabilidad del mismo por parte del que lo padeció. Los expresados requisitos (esencialidad y excusabilidad del error) concurren en el presente supuesto litigioso, como acertadamente ha entendido la sentencia recurrida, ya que, por un lado, el actor señor U. R., al decidirse a celebrar el contrato verbal de traspaso a que se refiere este litigio, lo hizo con la finalidad, no ya primordial, sino única, de dedicar el local a bar, habiendo conocido posteriormente que no podía hacerlo, pues los transmitentes del traspaso, aunque la venían ejerciendo, carecían de licencia municipal para el ejercicio de dicha actividad, cuya licencia, cuando menos, presentaba serias dificultades administrativas para su posterior obtención, y, por otro lado, el referido error, además de esencial, también es excusable (en el ya dicho sentido de «no evitable» mediante una diligencia normal del que lo padeció), pues éste, que era pintor de brocha gorda de profesión, celebró el contrato en la confianza de que existía licencia municipal para el ejercicio de la actividad de bar, cuando los transmitentes del traspaso la venían ejerciendo ostensiblemente y, además, el establecimiento ostentaba el rótulo de «Bar Grand Prix», ante cuyas aparentes circunstancias eran los referidos transmitentes, por exigencias de la buena fe negocial, los que debieron advertir previamente al señor U. R., al iniciar las

negociaciones, que el local sólo tenía licencia municipal para la actividad de «venta y degustación de especialidades alimentarias», cuya elemental y trascendente advertencia no hicieron”.

En este caso el error efectivamente afecta a una cualidad presupuesta en el contrato como es poder destinar el inmueble a una determinada finalidad comercial. Se estima ajustado hacer recaer el riesgo sobre el vendedor, ya que su conducta no está de acuerdo con las exigencias impuestas por la buena fe en la contratación. En este sentido, la buena fe impone al vendedor un deber de información acerca de cualquier defecto o anomalía de la cosa que pueda afectar a las cualidades presupuestas en la misma. En este caso, los vendedores deberían haber informado acerca de la falta de licencia para el ejercicio de la actividad presupuesta en el contrato<sup>147</sup>.

También en el caso de la STS 18 febrero 1994 (RJ 1994, 1096) que se refiere a la venta por el promotor y constructor de un local situado en el semisótano del edificio por él construido. El vendedor demanda a los compradores reclamando el cumplimiento del contrato en aquellos extremos en que todavía no se ha cumplido, como es el otorgamiento de escritura pública y el pago del precio. Los compradores se oponen a la demanda a la vez que piden en reconvención la

---

<sup>147</sup> Contrastar con la STS 31 mayo 2001 (Act. C. 2001, 947) en el que el arrendatario pretende un uso “ampliado” respecto al previsto en el contrato. Las partes habían celebrado un contrato de arrendamiento de local de negocio. Los arrendadores reclaman el pago de las rentas. Los arrendatarios pretenden la resolución del contrato por incumplimiento contractual. La sentencia de instancia declara acreditado que la titular arrendataria anterior al actor tenía concedido desde el 18 Nov. 1981 licencia municipal para ejercer en el local la actividad de café-bar y cuando posteriormente fue solicitada por el actor una licencia mixta de bar-restaurante, fue denegada. Como motivos de casación se invocan la infracción del art. 1124 CC y el art. 1260 CC. Respecto del segundo motivo, se desestima puesto que plantea una cuestión nueva en casación, cual es la alegación de concurrencia de dolo. En la contestación a la demanda y más bien en la reconvención se menciona el «engaño» que sufrió la parte recurrente, pero no se alegan como hechos la existencia de palabras o maquinaciones insidiosas y la inducción por ellas a la celebración del contrato ni se menciona como fundamento de Derecho la normativa del dolo. El TS declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto.

Por otro lado, no se considera error excusable en el caso de la SAP Orense 14 mayo 1996 (Act. C. 1996, 1002): Las partes celebran un contrato de arrendamiento de un local de negocio que el arrendatario pensaba dedicar a velatorio. Con posterioridad a la celebración del contrato, el arrendatario se ve impedido de realizar tal actividad por falta de licencia municipal por contravención de la normativa urbanística. El arrendatario pretende la anulación del contrato por error. En opinión de la AP, “no concurre el requisito de la excusabilidad, ya que los arrendatarios, que tenían otro negocio de pompas fúnebres, y por tanto, eran conocedores de la materia (al contrario que el arrendador) y correspondiéndole a él la obtención de la licencia municipal de apertura, si empleasen una diligencia media debían de haberse cerciorado antes de otorgar el

nulidad del contrato por error, ya que el local adquirido no puede destinarse a supermercado, como era su intención, porque se ha negado la correspondiente licencia por el Ayuntamiento. En las normas urbanísticas aplicables no se contempla la posibilidad de instalar un local comercial en el semisótano, sino sólo un almacén. La pretensión de nulidad de los compradores no prospera en primera instancia, pero sí en apelación. El TS reitera el criterio de la Audiencia.

En opinión del TS (Fundamento de Derecho 3º): “La Sala, en línea de principio y abordando el análisis del llamado error propio/vicio -a diferencia del obstativo- o sobre la declaración negocial rubricado en citado artículo 1266.1.º CC, que es el subsumido en el litigio y el influjo de su inexcusabilidad que, de existir, habilite el axioma «qui errant no consentire videtur» invalidando el negocio en que aquél haya acontecido, expresa que, con la mejor doctrina, debe afirmarse que según nuestra jurisprudencia para ser invalidante, el error padecido en la formación del contrato, además de ser esencial, ha de ser excusable requisito que el Código no menciona expresamente y que se deduce de los llamados principios de autorresponsabilidad y de buena fe, este último consagrado hoy en el artículo 7 CC; es inexcusable el error [de la Sentencia Tribunal Supremo de 4 enero 1982 (RJ 1982, 179)], cuando pudo ser evitado empleando una diligencia media o regular; de acuerdo con los postulados del principio de buena fe, la diligencia ha de apreciarse valorando las circunstancias de toda índole que concurren en el caso, incluso las personales, y no sólo las de quien ha padecido el error, sino también las del otro contratante pues la función básica del requisito de la excusabilidad es impedir que el ordenamiento proteja a quien ha padecido el error, cuando éste no merece esa protección por su conducta negligente, trasladando entonces la protección a la otra parte contratante, que la merece por la confianza infundida por la declaración”.

En opinión de Morales Moreno<sup>148</sup>, fundamentalmente son dos las cuestiones más importantes esta sentencia. En primer lugar, el carácter esencial del error, en cuanto que lo adquirido es un local comercial, un local apto para la instalación en él de un establecimiento comercial, sin este requisito el contrato no se hubiese celebrado. De este modo, la esencialidad del error se objetiva, se incorpora a la

---

contrato de arrendamiento que podían dedicar el local a aquel uso pactado de acuerdo con la normativa urbanística municipal”.

<sup>148</sup> Morales Moreno, 1994: 619 y ss.



función del contrato; se determina a través del propio contrato, y no de los motivos de los compradores.

En segundo lugar, es una cuestión a destacar el requisito de la excusabilidad del error. Este requisito cumple dos funciones, por un lado, limitar, de acuerdo con la buena fe, el ejercicio de la acción de nulidad basada en el error (no puede pedir protección por error aquel que lo ha padecido por su propia culpa). Por otro lado, el requisito de la excusabilidad puede cumplir otra función cual es la de elemento configurador del propio concepto de error. En realidad, el error en sentido jurídico se da en todos aquellos casos en los que existe una defectuosa información acerca de las bases fácticas sobre las que opera el contrato (presuposiciones), que afecta a su cumplimiento. Detrás de la regulación del error existe el problema de determinar sobre cuál de las partes en el contrato debe recaer el riesgo de una defectuosa información. En este caso, se entiende que el riesgo debe soportarlo el vendedor, ya que el error de los compradores está basado en la manifestación de la vendedora de que el objeto del contrato era un local comercial. Pero no se trata de una simple información laudatoria, ya que esta información se incorpora a la estructura económica del contrato, determinando el precio. Además en este caso es el contratante profesional y experto (el vendedor) el que suministra al comprador (menos experto en el tráfico) la información inexacta.

La STS 12 noviembre 1996 (RJ 1996, 7919) es una muestra de la proximidad que existe entre la anulación del contrato por error y la resolución por pérdida de la base negocial, ya que ambas instituciones se alegan alternativamente como fundamento de la demanda.

Las partes habían celebrado, mediante el documento privado de fecha 8 de noviembre de 1988, el contrato de compraventa de la finca rústica denominada «Lo Ros». Los compradores Don Vicente y don José-Cayetano A. G. ejercitaron ante el JPI, en forma alternativa, las dos siguientes acciones: a) la de resolución del contrato de compraventa litigioso por desaparición de la base del negocio y aplicación de la cláusula «rebus sic stantibus»; b) con carácter alternativo, para el supuesto de desestimación de la anterior, la de nulidad del referido contrato, al haber estado viciado su consentimiento por el error que padecieron y por el dolo

del demandado; ya que estaban en la creencia (y ésta era la finalidad única del contrato por su parte) de que dicha finca, que era de secano, podía ser transformada en regadío (en consideración única a lo cual pactaron el precio de cincuenta y nueve millones de pesetas), pero dicha pretendida transformación en regadío es legalmente imposible.

Después de desestimar la primera de las aludidas acciones, la sentencia de primera instancia considera probado que el consentimiento de los compradores-demandantes estuvo viciado por error sustancial y, con base en ello, decreta la resolución (no la nulidad) del expresado contrato. Interpuesto por el demandado-vendedor recurso de apelación contra la referida sentencia de primera instancia, los demandantes, en el momento procesal oportuno, se adhirieron a dicho recurso de apelación, cuya adhesión la concretaron esencialmente en que si estaba probada la existencia de vicio en su consentimiento (error sustancial), lo procedente era declarar la nulidad del contrato de compraventa litigioso, conforme ellos habían postulado en forma alternativa, y no la resolución de dicho contrato, como había hecho la sentencia de primera instancia. El demandado interpuso recurso de casación. El TS declara haber lugar en parte al recurso, casando y anulando la sentencia recurrida en el único y exclusivo sentido de declarar que de la parte del precio a restituir, el demandado abonará los intereses legales de 30.000.000 de ptas. restantes desde el 11-1-1990, manteniendo subsistentes los demás pronunciamientos del fallo. En opinión del TS (Fundamento de Derecho 5º): “la sentencia recurrida no dice en momento alguno que la finca vendida fuera de regadío, sino que, tras la valoración que hace de toda la prueba practicada en el proceso, entre la que, obviamente, se encuentra también la testifical, lo que declara probado es que los compradores celebraron el contrato en la creencia de que la referida finca, que era de secano, tenía la posibilidad de ser transformada en regadío, con cuya única finalidad (que fue la determinante de que aceptaran pagar por ella el muy desmesurado precio que antes ya se dijo) decidieron adquirirla, resultando luego que dicha posibilidad no existía, lo que determinó la concurrencia de un error sustancial en el consentimiento de tales compradores, fomentado también por el dolo causante del vendedor quien, conociendo dicha circunstancia desde 1987, la ocultó a aquéllos, al celebrar el contrato de 8 de noviembre de 1988”.

Al igual que en la STS 18 febrero 1994, el tribunal tiene en cuenta elementos de tipo objetivo para conceder relevancia jurídica al error, básicamente el elevado precio de compra, lo que revela que el comprador se hallaba realmente en la creencia de que la finca podía ser transformada en regadío, porque en otro caso no hubiese pagado un precio tan elevado. Además, se aprecia una conducta dolosa del vendedor, ya que conocía que la finca no iba a poder destinarse a dicha finalidad y sin embargo, evitó cualquier información al respecto.

D) Insatisfacción del comprador respecto del objeto del contrato:

En la STS 4 enero 1989 (RJ 1989, 92) se estima la impugnación del contrato por error sobre las cualidades esenciales de la cosa. Los antecedentes de hecho de la sentencia son los siguientes: D. José Antonio P. M. compró el día 1 de marzo de 1980 a la entidad «Comercial Financiera L., S. A.» la embarcación «Atún-28» por el precio de 4.000.000 de pesetas, en la creencia de que quien se la vendía era el titular dominical de la misma, enterándose posteriormente que dicha embarcación figuraba en el Registro de Buques de la Comandancia de Marina de Barcelona como de la Propiedad de «Internáutica, S. A.». En cumplimiento de tal contrato, el comprador demandante abonó el precio estipulado a la vendedora demandada, que hizo entrega material a aquél de la referida embarcación, sin acreditación de inscripción a su nombre en el correspondiente Registro de Buques de la Comandancia de Marina, ni constancia de facilitar al tan repetido comprador los medios adecuados para que pudiera llevar a cabo la indicada inscripción en el mencionado Registro de Buques, a fines de posibilitar que la embarcación en cuestión pudiese navegar bajo la titularidad del aludido demandante comprador.

D. José Antonio P. M. formuló demanda contra la entidad «Comercial Financiera L., S. A.», sobre nulidad o rescisión de un contrato de compraventa de una embarcación e indemnización por daños y perjuicios. El JPI estima parcialmente la demanda y declara la invalidez del contrato. Interpuesto recurso de apelación por la parte demandada, la AP revocó la sentencia impugnada y desestimó la demanda. El demandante interpuso recurso de casación. El TS declara haber lugar al recurso, casa y anula la sentencia de la Audiencia y confirma la del Juzgado.

En opinión del TS, “si ciertamente al demandante comprador le fue entregada por la entidad demandada «Comercial Financiera L., S. A.» la embarcación «Atún-28», objeto de la compraventa en cuestión, fue efectuado sin dotar a dicho comprador de los medios adecuados y, entre ellos, los correspondientes para posibilitar la inscripción a su nombre en el Registro de Buques de la correspondiente Comandancia de Marina de la invocada embarcación objeto de venta, para que la misma pudiera navegar y ser, en consecuencia, utilizada a su nombre, cual lógicamente hubo de ser la intención del mencionado adquirente al llevar a cabo la expresión de su consentimiento en orden a la compraventa sometida a controversia, produciendo en su virtud error invalidante del consentimiento con indudable proyección en el objeto y causa del contrato, al recaer sobre la sustancia de la cosa objeto de éste y con más precisión, sobre las condiciones de la misma que principalmente hubieran dado motivo a celebrarlo, cual es la posibilidad de navegabilidad de la expresada embarcación a nombre y titularidad del adquirente don José Antonio P. M., determinando en consecuencia, ineficacia de dicha compraventa, en razón a lo normado en el artículo 1265, en relación con los 1266 y 1300 CC (...). Aquella ineficacia, por causa de nulidad, se produce cuando la cosa objeto del contrato carece de las condiciones requeridas que se le atribuyeron, en este caso la evidente posibilidad de navegabilidad de la embarcación «Atún-28» a nombre y consiguiente titularidad del adquirente demandante don José Antonio P. M., y por tanto sin idoneidad a su normal destino, produce error en el consentimiento dado que éste indudablemente es propiciado cuando se compra una embarcación con el presupuesto sin necesidad de exteriorizarlo, por ser el normal destino de aquélla, de que sea susceptible de ser utilizada a fin de navegación a nombre y con la titularidad del adquirente para que ha sido adquirida”<sup>149</sup>.

---

<sup>149</sup> No obstante, no se estima relevante el error en la STS 6 noviembre 1996 (RJ 1996, 7912). Las partes litigantes habían celebrado un precontrato de compraventa de un chalet que los compradores pensaban destinar a oficina. Como dicho uso no es posible al impedirlo la normativa urbanística, el futuro adquirente solicita la anulación del contrato por error. En opinión del TS no se trata de un error invalidante del consentimiento “para que el error invalide el consentimiento, debe recaer sobre la sustancia de la cosa, o sobre las condiciones relevantes de la misma, determinantes de la celebración del contrato; y el conjunto de las circunstancias que concurrieron en el presente caso conducen a la conclusión final de que ese alegado destino que el comprador pensaba dar al chalet que adquiriría, no pasa de la categoría de móvil o motivo, sin poder llegar al de causa determinante”. En definitiva, no se trataba de una cualidad presupuesta en el contrato que el chalet pudiese destinarse a la instalación de oficinas (en palabras del tribunal “nada se dice, o al menos

### 3.4. Conclusiones.

El error es una institución susceptible de solventar el problema de la alteración de la economía del contrato en la medida en que trata del reparto del riesgo entre las partes contratantes. A tal fin, la jurisprudencia se hace servir de criterios como el de la excusabilidad del error (no podrá invocar el error el que no haya observado una conducta diligente para superarlo) y el de la esencialidad del error (éste debe referirse a una circunstancia presupuesta en el contrato). Como hemos tenido de comprobar en las sentencias analizadas, aquéllas en las que se estima la impugnación del contrato por error es porque se considera justo que la una parte sufra el riesgo de la falsa valoración de la realidad de su contraparte (por ejemplo, en la STS 28 julio 1996 es el vendedor el que induce a error al comprador al afirmar que el inmueble reúne la condición urbanística de solar, en la STS 14 febrero 1994 el arrendador no informa al arrendatario de que el Bar carece de licencia para su explotación, en la STS 18 febrero 1994 el vendedor afirma que el local objeto del contrato es un local comercial, en la STS 12 noviembre 1996 los vendedores conocen que la finca no puede destinarse a regadío y sin embargo, no informan a los compradores, etc.).

Ahora bien, el error no es una institución adecuada en todo caso para resolver los problemas de alteraciones en la economía contractual. Ello es debido, desde mi punto de vista, a que sólo contempla el interés de una de las partes en el negocio: puede ser que ambas partes valoren erróneamente la realidad (como hemos visto que sucede en el caso de la STS 30 abril 1997) e incluso en el caso de que una sólo de las partes sufra el error, que su contraparte vea frustradas las expectativas que había generado con la celebración del contrato.

Por otro lado, la consecuencia jurídica del error es la anulabilidad del contrato, cuando en ocasiones puede ser más conveniente su modificación (de ahí

---

no aparece en los autos probados, que la adquisición se subordinara o condicionara a la posibilidad de dar un determinado y concreto destino al inmueble”).

Tampoco se considera relevante el error en el caso de la SAP Madrid 6 marzo 1998 (RJ 1998, 7000). El comprador de un vehículo pretende la anulación del contrato por error debido a su falsa apreciación acerca de la capacidad de su depósito de combustible. Según la AP «para que el error en el consentimiento invalide el contrato, conforme a lo dispuesto en el art. 1266 CC es

que el art. 4:105 de los Principios de Derecho Europeo de los Contratos opte por la modificación del contrato antes que por su anulación, como se ha visto).

Además, hay que tener en cuenta que el error de previsión es irrelevante jurídicamente, de modo que en el caso de que se produzca una frustración de expectativas común a ambas partes no se podrían aplicar las normas sobre el error como vicio del consentimiento.

## II. LA PÉRDIDA SOBREVENIDA DE LA CAUSA DEL CONTRATO.

### 1. Introducción.

No se trata en este apartado de analizar de modo preciso qué es la causa del contrato, pues aparte de ser este concepto, como afirma Díez-Picazo “uno de los más oscuros, confusos y difíciles de aprehender, de la doctrina y de la técnica del Derecho civil”<sup>150</sup>, ese análisis excedería con creces de los límites que necesariamente se han de fijar a este trabajo. En este sentido, la causa interesa aquí como uno de los instrumentos de los que se sirve la jurisprudencia para solucionar el problema de la alteración de la economía contractual.

La causa del contrato es una expresión que ha revelado una gran versatilidad, ya que ha sido utilizada en el campo del Derecho contractual para resolver numerosos y variados problemas. En este sentido, la causa se ha utilizado muchas veces como fundamento jurídico de decisiones de equidad y equilibrio de intereses que, quizá de no haber existido, se hubieran basado en las reglas generales de la contratación, en la naturaleza del contrato en cada caso o la voluntad implícita de los contratantes<sup>151</sup>.

---

indispensable que recaiga sobre la sustancia de la cosa que constituye su objeto o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubieran dado lugar a su celebración».

<sup>150</sup> Díez-Picazo, 1996: 215. Cfr. asimismo Díez-Picazo, 1963: 3 y ss.

<sup>151</sup> Lacruz, 1999: 429 y ss. En este mismo sentido, Cfr. Bessone, (1975: 259) para quien, la tradición histórica y la experiencia moderna del derecho continental demuestran que el concepto de causa termina por resolverse en una fórmula equívoca utilizada para resolver problemas muy diferentes unos de otros. En opinión de Clavería (1993: 519 y ss.), precisamente ahí reside la importancia de la causa. No es sólo que en los Códigos se haya introducido un requisito denominado causa, entre los requisitos esenciales del contrato, sino que ésta es utilizada continuamente “por los tribunales a la hora de resolver importantes conflictos de intereses”. Sin embargo, Rams (1993: 8) niega que la causa sea un concepto útil, a su juicio, la finalidad del art.

La proximidad de los problemas que afectan por un lado, a la divergencia entre contrato y acontecimientos sucesivos a su conclusión (causa como testigo del equilibrio establecido por las partes entre las prestaciones pactadas, representando la exigencia de que éstas, además de existir se realicen efectivamente), así como entre contrato y circunstancias ya subsistentes en el momento de la constitución de la relación jurídica, cuyo conocimiento se dé con posterioridad a la celebración del contrato (que se solucionan a través de la causa concreta), ha favorecido en ocasiones su reconducción unitaria a una figura jurídica elemento del contrato, como es la causa. El problema de emplear esta institución jurídica para estos menesteres reside en las consecuencias jurídicas que se derivan de la falta o la pérdida sobrevenida de la causa así entendida, como veremos a continuación.

Muestra de la complejidad del concepto de causa son las distintas teorías que sobre la misma han existido a lo largo de la historia<sup>152</sup>.

---

1261 no es sino introducir en el sistema contractual “un verdadero cuerpo extraño respecto de su configuración antecedente, cual es la de la causa”. Continúa firmando (1993: 39) que “la exigencia requisital de la causa de la obligación que se establezca en el contrato no puede ser un verdadero requisito esencial o elemento estructural necesario para la existencia de éste, como nos pone de manifiesto el Derecho comparado”. En este sentido, los Cfr. la obra de Kötz y Flessner sobre el Derecho europeo de los contratos (1997: 54 y ss.). Estos autores alemanes afirman que la causa es un concepto desconocido en Europa salvo en Francia y los países que siguen el Código civil francés, como España e Italia. Si se analiza la jurisprudencia francesa tratando de encontrar un concepto de causa, se llega a la conclusión de que la causa significa cosas diferentes dependiendo de los contextos, e incluso, en ocasiones, resulta innecesaria en la solución adecuada de la controversia (“contributes nothing to the proper resolution of the conflict of interests involved”). En Francia un contrato contrario a la moral o a las buenas costumbres es nulo al estar basado en una causa ilícita. Causa denota la totalidad de los propósitos perseguidos y los motivos compartidos por las partes que celebran el negocio. Los jueces alemanes y los ingleses están igualmente interesados en los propósitos y motivos, consideran el contrato en sí mismo ilegal o inmoral, mientras que los jueces franceses consideran la causa como ilegal o inmoral (“this shows that the idea of cause is superfluous in this connection”). Sin embargo, en los casos en los que se habla de ausencia de causa el término se entiende como contraprestación. Si resulta que la contraprestación es inexistente o carece de valor económico, entonces la parte a la que se prometió puede atacar el contrato al carecer de causa. En su opinión, también este concepto de causa resulta superfluo porque muchas veces podrá resolverse la cuestión recurriendo a la noción de fraude o de error común, así como averiguando sobre cuál de las partes debe recaer el riesgo de una determinada realidad. (“The real question in such cases, however is either one of the proper allocation of risks under the contract or else whether the contract is invalid by reason of deceit or common mistake”). Por otro lado, hay que tener en cuenta que en tanto en los principios UNIDROIT (art. 3.2) como en los principios de Derecho europeo de contratos (art. 2: 101) se prescinde de la causa como uno de los requisitos de validez del contrato. En opinión de Storme (1998: 244), ello es debido a que el principal problema de la causa no es su inutilidad, sino el modo confuso en el que diversas funciones se han incluido dentro de un mismo concepto.

<sup>152</sup> En este sentido, sin ánimo de exhaustividad, la causa se ha entendido como la finalidad objetiva del contrato, es la tesis de los civilistas franceses de la escuela de la exégesis para quienes la causa es el fin inmediato que se desprende de la estructura del acto y es común a todo contratante, independientemente de las motivaciones personales de cada contrato. Por otro lado, están las

Las teorías objetivas modernas consideran la causa como la función económico-social del contrato, es decir, se quiere atribuir a la causa la función de control de la autonomía privada, no sólo para verificar los intereses privados de los contratantes, sino también la utilidad social del contrato.

Sin embargo, en los últimos tiempos se puede observar una cierta tendencia tanto doctrinal como jurisprudencial a considerar relevantes los motivos personales de los contratantes cuando dicha motivación es compartida por ambas partes y está referida a una cierta realidad condicionante, en cierto sentido, del pacto. Es lo que se conoce como “causalización del motivo”. Aunque según algunos autores, en realidad éste no es un problema de causa, sino de interpretación de la voluntad contractual<sup>153</sup>.

---

teorías subjetivas, que aproximan la causa a la subjetividad de los contratantes. Dentro de esta corriente destaca la obra de Capitant, que entiende la causa como el fin perseguido por los contratantes. En los contratos sinalagmáticos la causa de la obligación asumida por cada una de las partes no es la obligación de la otra, sino la representación intelectual de la ejecución de esa obligación. La causa es, pues, el motivo determinante o los motivos que han entrado a formar parte del contenido del contrato, de modo que basta el fin perseguido por una de las partes haya sido conocido por la otra (Capitant, 1922: 24). La función de la causa va más allá del momento de la celebración del contrato para extenderse también a su ejecución. Se encuentra en el fundamento de la resolución por incumplimiento, la excepción de contrato no cumplido, la teoría de los riesgos, etc. Según Capitant (1922: 28 y ss.), el requisito de la causa se exige no sólo en el momento de la celebración del contrato, sino que su “influencia se deja sentir hasta cuando el contrato ha sido puesto en completa ejecución”. De este modo, “en los contratos sinalagmáticos las obligaciones recíprocas contraídas por las partes deben ser ejecutadas simultáneamente”. En consecuencia, “(e)l contratante que no ha recibido todavía la prestación que le ha sido prometida, puede oponer a la reclamación de su adversario un medio de defensa que se llama *exceptio non adimpleti contractus*” (el autor desarrolla esta idea en las págs. 257 y ss.). Del mismo modo si una de las prestaciones deviene sobrevenidamente imposible, la otra parte no está obligada a cumplir la que le corresponde, puesto que el fin querido por el deudor no puede cumplirse. En su opinión, (1922: 283) “(c)ada parte no consiente en obligarse (...) sino con miras a obtener la prestación prometida por la otra. Constreñir a uno a ejecutar su obligación, cuando le es imposible conseguir la contraprestación con miras a la cual se obligó es imponerle algo opuesto al fin que perseguía. Donde más se destaca esta contradicción es en los contratos sucesivos como el arrendamiento”. En cuanto a la pérdida fortuita de la cosa debida (1922: 297), ésta “lleva consigo de pleno derecho la resolución o rescisión del contrato, sin que sea necesario dirigirse a los Tribunales. La otra parte está dispensada de ejecutar su prestación y si ya cumplió está autorizada para pedir la restitución en virtud de la acción de repetición de lo indebido. Esta solución se comprende muy bien; una de las obligaciones carece de objeto y la otra deja de tener causa”. En contra, Dabin (1929: 19): “La imposibilidad fortuita de ejecutar o la inexecución culpable no pueden constituir nunca un caso de desaparición de la causa, toda vez que los efectos que producen no son idénticos: el compromiso era válido, no «cesa», sino que queda simplemente incumplido. Claro es que esta inexecución repercute en la obligación correlativa, pero ni siempre le pone término, ni llega nunca a anularla (teoría de la resolución de los contratos y teoría de los riesgos)”.

Un resumen sobre las distintas teorías de la causa se puede ver en Lacruz, 1999: 424 y ss. Las tesis de Domat y Pothier sobre la causa se exponen en la obra de Clavería, 1998: 66 y ss. También en Gete, 1979: 482 y ss.

<sup>153</sup> Esta objeción la formuló ya Dabin refutando la tesis de Capitant. En opinión de Dabin (1929: 355), existe cierta confusión entre error en la causa y la falsa causa con la presuposición errónea. “Esta presuposición constituía para una de las partes la condición *sine qua non* (suficientemente conocida o evidente) del consentimiento que al contrato prestaba. Ahora bien, las partes están en



En el tratamiento de la causa como institución capaz de resolver los problemas derivados de la alteración de la economía del contrato me parece oportuno distinguir, por un lado la causa como fórmula jurídica que refleja la economía del contrato en particular, por otro lado, la relación que existe entre la causa y la resolución contractual.

## 2. La causa como “espejo” de la operación económica contractual.

Entre la doctrina española, el profesor Díez-Picazo se muestra a favor de la posibilidad de que el resultado concreto perseguido por las partes se incorpore a la causa del contrato. Este autor define la causa del negocio jurídico como el “propósito práctico o empírico que a través del negocio se trata de obtener”. La causa se diferencia del motivo en que se trata de algo interno, subjetivo, individual. Si del contrato no se desprende la existencia de un propósito determinado, la causa consiste en alcanzar la finalidad típica del negocio, no es un elemento esencial y distinto confundiendo con el consentimiento<sup>154</sup>. En su opinión, es cierto que los móviles internos, individuales, psicológicos, no trascienden al contrato. No obstante, hay casos en que el resultado perseguido o buscado, se incorpora al contrato, por la vía de una condición, de una disposición modal o de otro tipo, y entonces es capaz de ejercer influencia respecto del contrato. De este modo, cuando dichas finalidades se incorporan al contrato, pasan a formar parte de él y constituyen la “causa concreta”<sup>155</sup>.

---

completa libertad para delimitar como gusten el contenido jurídico del acto realizado, así como para introducir en él cualquier tipo de presuposición. Aun faltando estipulación formal, la buena fe y la equidad pueden suplir también el silencio de las partes, pudiendo hablarse en este caso de estipulación tácita”. El problema es, según el autor, de conciliación de los intereses legítimos de las dos partes en el contrato. Sin embargo, la jurisprudencia “no se ha contentado con esos principios generales de interpretación, sino que ha necesitado de un texto en que apoyarse para justificar «la extensión» que daba al contenido «legal» del contrato y para ello ha acudido a la teoría de la causa”. Más recientemente vid. Lacruz (1999: 440) para quien en los casos en los que el motivo pasa a ser elemento esencial del contrato, no procede hablar de causa, sino de presuposición o base del negocio. Cfr. asimismo Galgano, (1992: 110). Según este autor, la causa del contrato es su función objetiva y es única para ambos contratantes, siendo la misma para los contratos de un determinado tipo. Mientras que los motivos son en general irrelevantes para el derecho, solamente adquieren relevancia en el caso del motivo ilícito y en el caso de error de derecho sobre los motivos, se añade a aquel a un caso no previsto por la ley como es el de la presuposición.

<sup>154</sup> Díez-Picazo, 1963: 32.

<sup>155</sup> Díez-Picazo, 1996: 236. En este mismo sentido, vid. Porrás Ibáñez, 1973: 725 y ss. Los motivos pueden integrar el elemento objetivo de la causa normativa. De este modo, “(a)l elemento

En este mismo sentido, Clavería entiende la causa del contrato en Derecho español como “la función práctico-social concreta querida por los contratantes al celebrar el negocio, es decir, aquello en lo que consienten, comprendiéndose en esta función el motivo determinante común a dichos contratantes o, al menos, admitido por uno al ser pretendido por el otro”. No coincide con el objeto, y tampoco con el contenido del contrato<sup>156</sup>.

Esa idea de función significa incidencia sobre el estado de cosas previo al contrato, que se pretende alterar mediante la ejecución del mismo. Para la determinación de esa función concreta querida efectivamente por los autores del negocio se debe acudir al contenido del contrato, entendiendo por tal no solamente el contenido del clausulado, sino también todo lo admitido por los contratantes, se halle o no explicitado en el documento<sup>157</sup>.

La tendencia al subjetivismo en relación con la causa se puede observar también en otros sistemas de Derecho continental como el italiano, donde se sugiere una concepción de la causa como función económico-individual, definida como el conjunto de intereses establecido por los contratantes con la reglamentación contractual, ya que entendida como la normal función económico-social del acto no agota la razón justificativa del traspaso de riqueza<sup>158</sup>.

### 2.1. Distinción entre la causa como función económico-social y como función económico-individual del contrato.

---

objetivo (relación jurídica) de la causa normativa del negocio” pertenecen “aquellos hechos y relaciones sociales entre los que la relación jurídica halla su substrato merced a la valoración, disciplina y sanción que de ellos hace la norma”.

<sup>156</sup> Clavería, 1998: 134. En este sentido, San Julián (1996: 47 y ss.) distingue el objeto y la causa del contrato. El objeto lo comprenden aquellos intereses que las partes regulan a través del contrato, es la materia sobre la que el contrato incide, mientras que la causa es la razón o fin, el propósito que se persigue al regular los intereses de esa manera.

<sup>157</sup> Clavería, 1993: 561 y ss.

<sup>158</sup> Bessone, 1975: 262. Para este autor, la teoría de la causa como función económico-social se encuentra en crisis. En este sentido, sería conveniente encontrar fórmulas que permitiesen identificar aquellos intereses que constituyen la razón justificativa del negocio. Sobre las carencias de la teoría bettiniana de la causa como función económico-social vid. Scognamiglio, (1992: 223). Si se concibe la causa como la función económico-social típica del contrato se prepara el terreno para la radical negación de toda relevancia a los intereses extraños a la función típica del acto. De este modo, mientras el particular determina los intereses que pretende conseguir con la conclusión de un determinado contrato, corresponde al ordenamiento jurídico traducir en términos de efectos jurídicos la función social que corresponde a los fines de los particulares. En su opinión, se deberían consentir formulaciones más realistas del tema de la causa (aunque fuesen más ambiguas).

La concepción de la causa como función económico-social sirve para resolver los problemas de validez del negocio y de relación entre contrato y ordenamiento, y por tanto, de control de la autonomía privada (por ejemplo, la causa se presenta como un criterio de identificación del tipo contractual, y por tanto, de selección de la norma aplicable). Pero quedan fuera otras cuestiones (como la determinación de los intereses inherentes al acto negocial para resolver un conflicto entre las partes contratantes), de ahí que se proponga una concepción de la causa como función económico-individual. Desde esta perspectiva se entiende por causa concreta la razón concreta del contrato, la función práctica que comprende todas las finalidades, que, aunque sea tácitamente, forman parte del mismo. Esta noción de causa se conoce como causa *individuelle*, en relación con la doctrina francesa, propia de cada contrato en particular<sup>159</sup>.

Ahora bien, esa referencia objetiva a la operación económica, al complejo acto negocial, que se deduce de la interpretación del contrato, lleva consigo el riesgo de una apertura indiscriminada a la relevancia de los motivos. Aunque bien visto, la causa como función económico individual no es otra cosa sino el “espejo” de la operación económica (para aislar los motivos determinantes se debe examinar el contrato en particular, las condiciones en el que las partes se encontraban, etc.)<sup>160</sup>.

El entendimiento de la causa como función económico-individual supone la convergencia entre teorías subjetivas y objetivas: entre la presuposición y el equilibrio económico del contrato<sup>161</sup>. De hecho, en este orden de ideas se establece la nulidad del acto por defecto de causa, en el caso de defecto originario del presupuesto (en el momento de la celebración del contrato), mientras que en la

---

<sup>159</sup> D'Angelo, 1992: 184 y ss.

<sup>160</sup> Bessone, 1975: 220 y ss. Se afirma que no se debe atribuir relevancia a aquellos intereses que no queden justificados por la economía del negocio y por otro lado, incompatibles con la seguridad del tráfico y la necesidad de tutelar la confianza de la otra parte. Esta exigencia es clara e indiscutible. Pero a la hora de definir de qué intereses se trata, la cuestión se complica. A su juicio (1975: 237), la solución al problema es bastante compleja en la medida en que todo lo psicológico escapa a cualquier posibilidad de control. En realidad, es muy significativo el hecho de que los redactores del Código Civil operando bajo las sugerencias de la doctrina de identificar la causa de la donación con su función típica hayan tenido que dar relevancia a fines más específicos y de utilizar el término ambiguo de “motivo”. Ello recomienda, en su opinión (1975: 247) abandonar el viejo modelo dogmático de la contraposición entre causa y motivo, y por otro lado, parece revelar la conciencia de que el concepto de causa no se agota en la función económico-social del contrato.

<sup>161</sup> D'Angelo, 1992: 230.

hipótesis de venir a menos el presupuesto en un momento sucesivo a la conclusión del contrato se establece la resolución del mismo<sup>162</sup>. De este modo, la pérdida del presupuesto y la resolución por excesiva onerosidad sobrevenida se entienden como manifestaciones de la función concreta del contrato. En este sentido, en la jurisprudencia italiana el tema de la irrelevancia de los presupuestos vuelve a acercarse al de la causa.

Esta solución jurisprudencial no está exenta de inconvenientes, no sólo por hacer depender la diferente sanción de un dato extrínseco, como es que la falta de presupuesto sea inicial o sobrevenida, sino sobre todo porque la sanción radical de la nulidad en el ordenamiento jurídico italiano parece tener un ámbito de operatividad diferente. En realidad, cuando se recurre a la categoría de la nulidad con el fin de otorgar relevancia al presupuesto contractual se aplica un remedio pensado por el legislador para la noción de causa como función económico-social típica del acto, no para el concepto de causa elaborado por la jurisprudencia y la doctrina como causa real, causa concreta, función económico-individual o función en concreto del contrato. En otros términos, la nulidad del acto según el pensamiento del legislador italiano de 1942 se limita a la no realización *ab initio* de la función típica del acto<sup>163</sup>. Estos inconvenientes son trasladables también al Derecho español, como veremos a continuación.

En al Derecho francés, la doctrina de la *cause fausse* o del error sobre la causa, muestran también cierta tendencia a valorar los motivos y las circunstancias inherentes a la causa del contrato en un sentido subjetivo<sup>164</sup>. Como hemos visto antes, su fundamento jurídico se encuentra en el art. 1110 en relación con art. 1131 del CC fr. En consecuencia, no faltan tampoco en Francia corrientes tendentes a atribuir relevancia, en términos de error o de causa falsa, al cambio sobrevenido de las circunstancias<sup>165</sup>.

---

<sup>162</sup> Scognamiglio, 1992: 231.

<sup>163</sup> Scognamiglio, 1992: 232.

<sup>164</sup> Philippe, 1986: 116 y ss.

<sup>165</sup> Acerca del error sobre la causa en el Derecho español, vid. Alonso Pérez (1969: 57). Según el autor, partiendo de un concepto de causa como "causa concreta", es decir, como las motivaciones determinantes que han llevado a las partes a la celebración de un negocio jurídico, dichos motivos determinantes dan flexibilidad, hacen más tangible la causa. De este modo, el motivo se causaliza y a su vez, la causa se motiva. Si no se defiende este concepto de causa (es decir, se entiende que la causa es el fin perseguido por las partes de acuerdo con el esquema típico que ofrece el negocio), el error sobre la misma es un vicio que no entra en el régimen previsto por el Código civil para los supuestos de error (la anulabilidad del art. 1300), ya que cualquier falsa representación sobre la causa afectará a las mismas raíces del negocio, al ser la causa un requisito

Respecto del Derecho alemán, el BGB no exige la causa como un requisito del negocio, de modo que los problemas que en otros sistemas continentales se resuelven con la causa se reconducen a otras fórmulas, como la doctrina de la “Geschäftsgrundlage”. Llama la atención la semejanza que existe entre la definición que la doctrina hace de la “causa concreta” (v.gr. la definición de Clavería) y la concepción de Oertmann sobre la base del negocio: como aquellas representaciones comunes a ambas partes o propias de una de ellas, pero conocidas por la otra y a la que no formula ninguna objeción, que se refieren a la existencia o la superveniencia de determinadas circunstancias que constituyen el fundamento de la voluntad negocial<sup>166</sup>.

### 3. La llamada “continuadora influencia de la causa”.

Problema distinto a la falta inicial de causa es el que se plantea en la doctrina acerca de las posibles consecuencias de una falta sobrevenida de la causa, pensando en lo que se ha llamado una continuadora influencia de la causa sobre el contrato. En el Derecho romano, en estos casos se daba la llamada *condictio causa data causa non secuta*, de manera que el contratante que había tenido a la vista para obligarse la prestación que otro había de hacerle, cuando ésta no se realizaba, podía aquél recuperar la suya<sup>167</sup>. En el Derecho moderno, estas hipótesis no están

---

para su validez. En realidad, el error sobre la causa no se trata de un vicio de ésta, pero sus efectos le alcanzan, incluso en ocasiones, de una manera esencial. El vicio no afecta a la causa en su valoración integral, sino solamente a su manifestación subjetiva incorporada al esquema negocial. De esta manera, la causa se ve afectada en cuanto elemento que cohesionaba los demás esenciales del contrato. A su juicio (1969:76), si el error es siempre una anomalía intelectual que vicia el consentimiento, es innegable que a la vez puede afectar a la causa. Lo que sucede es que en este caso no hablaremos de causa viciada de error, sino “de consentimiento viciado por error sobre la causa”.

<sup>166</sup> Oertmann (1921: 37). Sobre esta cuestión me remito a la explicación sobre la primera doctrina alemana acerca de la “Geschäftsgrundlage” realizada en otra parte de este trabajo. Incluso en la época en que Windscheid formuló su teoría sobre los presupuestos se discutía la posible conexión de esta definición con la causa. En este sentido, Fikentscher (1971: 108) entiende que la teoría sobre la pérdida de la Geschäftsgrundlage no presta demasiada atención al desarrollo histórico de la doctrina de la causa, en consecuencia, se originan numerosos problemas a la hora de diferenciarlos de la normativa sobre el error, sobre las normas sobre perturbación del crédito y sobre el enriquecimiento injusto. Por ello, se puede observar una dependencia entre los distintos instrumentos jurídicos para la corrección del contrato deseado (“gewollten” Vertrags) hacia el contrato justo (“gerechten” Vertrag).

<sup>167</sup> Sobre esta cuestión vid. Glück et alii, 1905: 533 y ss. Esta condictio presupone que: el actor haya efectuado una determinada prestación para obtener una contraprestación futura. La causa para la que se ha realizado tal prestación debe ser lícita. Es necesario que se haya determinado esa

relacionadas con la doctrina de la causa, sino con la figura de la resolución de la relación contractual. La exigencia de la causa se invoca también para enmendar el desequilibrio sobrevenido de las prestaciones o la devaluación o incremento extraordinarios e imprevisibles de la prestación en relación con lo pactado<sup>168</sup>. Si no se mantiene ese equilibrio fijado por las partes se podría producir un enriquecimiento injusto en favor de aquel que conserva la prestación recibida o la utilidad y el valor de su crédito, mientras la que él prometió o realizó ha perdido su valor, o se encuentra totalmente desproporcionada con la promesa o prestación de la otra parte.

La doctrina medieval, cuando sobrevénía un cambio esencial en las circunstancias no previsto en el contrato de tracto sucesivo, consideraba que el cumplimiento debía suspenderse por la tácita voluntad de las partes que habían celebrado el contrato pensando en la continuación inmutada del estado de cosas ("*rebus sic stantibus*"). Este pensamiento se encuentra también presente en la jurisprudencia del TS que ha autorizado en diversos casos de alteración excepcional e imprevisible de las circunstancias modificaciones del contrato ajenas a su texto con fundamento en la buena fe y en la presunta voluntad de las partes, en el «elemento de justicia implícito en la exigencia de causa y en la equivalencia de las prestaciones» (v. gr. STS 23-11-1962, "[E]s indudable que la base del negocio contenido en el contrato celebrado el 30 de junio de 1939, dadas las circunstancias que lo rodean y la finalidad perseguida en el mismo, sufrió una grave y excepcional alteración, en contra de lo que las partes podían presuponer, por la supervivencia de acontecimientos imprevisibles, que afectaron profundamente al elemento de justicia objetivo implícito en la exigencia de causa en los contratos y a la equivalencia de las prestaciones"). Se trata de una aplicación extraordinaria de la teoría de la causa en circunstancias excepcionales<sup>169</sup>.

---

finalidad. Además, que la contraprestación esperada no se haya cumplido. El ejercicio de esta conditio queda vedado en aquellos casos en los que la contraprestación ha devenido imposible.

<sup>168</sup> Lacruz, 1999: 428. En opinión de Carrasco Perera, a propósito de la STS 19 abril 1985 (1985: 2581 y ss.), el alcance resolutorio de la cláusula "*rebus sic stantibus*" no consigue explicar el supuesto en que se realiza una prestación en razón de un fin que se frustra o que no llega a realizarse. En este caso esta doctrina pertenece de lleno a la doctrina de la causa en el sentido del art. 1124 CC, teoría para la que la resolución de las obligaciones solamente representa un apéndice, si bien, importante.

<sup>169</sup> Cfr. en este sentido algunas sentencias recogidas en el anexo jurisprudencial sobre la cláusula "*rebus sic stantibus*": en contra se encuentra la STS 5 junio 1945, en la que el TS rechaza el

Incluso esta idea la tiene también presente la doctrina anglosajona al señalarse como uno de los fundamentos de la teoría de la “frustration” la “failure of the consideration” (pérdida de la causa)<sup>170</sup>.

Esta parece ser la tesis del profesor De Castro, para quien la función de la causa no acaba en el momento mismo de nacimiento del negocio jurídico. A su juicio, la propia ley considera extinguida la relación cuando la finalidad perseguida por las partes se ve frustrada, de ahí que se vincule la figura de la causa con lo dispuesto sobre resolución del contrato por incumplimiento (art. 1124 CC) y sobre la imposibilidad del cumplimiento (arts. 1182-1186 CC). El Código civil no admite ni rechaza la posibilidad de que el negocio haya de resolverse o cambiar de contenido cuando sobrevengan determinadas circunstancias que alteren el resultado pactado para el negocio. En concreto, la fundamentación de la cláusula la encuentra el autor en la llamada causa concreta,

---

motivo de casación por infracción de las normas sobre la causa “puesto que cualquiera que sea el concepto que de la causa se tenga, y aunque se identifique o conecte, según su más moderna concepción, con el móvil impulsivo y determinante de la declaración de voluntad que se incorpora al acto jurídico, la inexecución de un pacto por imposibilidad de cumplirlo, o, simplemente, por excesiva y anormal onerosidad de las prestaciones, no constituye según la traza de nuestro Código, un caso de desaparición de la causa que, por su sola virtud, vicie lo que inicialmente fue válido y sigue siéndolo, sino una incidencia del cumplimiento que, por eso, ni determina la nulidad radical del mismo ni, en muchas cosas, lleva consigo la rescisión del mismo”. En el mismo sentido que la STS 23 noviembre 1962 vid. STS 18 septiembre 1996 (RJ 1996, 1728): “En realidad, la teoría de la cláusula «rebus sic stantibus» es un expediente excepcional que se utiliza, no para justificar la resolución contractual, sino la simple modificación del contenido del contrato (revisión), lo que no quiere decir que la alteración sobrevenida de las condiciones básicas tenidas en cuenta por las partes al otorgar el contrato no pueda autorizar el remedio más radical de la resolución, pero ello sólo cabe admitirlo cuando esa alteración despoje al contrato de causa para alguna de las partes, pues como dice el Tribunal Supremo (S. 20 abril 1994 [RJ 1994, 3216]) ...”. STS 10 febrero 1997 (RJ 1997, 665): “El artículo 1258 CC establece que los contratos obligan no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que según su naturaleza sean conformes a la buena fe, al uso y a la Ley, siendo justa consecuencia de buena fe, en sentido objetivo, el restablecimiento de la base contractual con reciprocidad real y equitativa de las obligaciones para el mejor cumplimiento de una finalidad legal conforme a la causa motivadora del contrato, cuando median excepcionales circunstancias (Sentencia de 23 noviembre 1962 [RJ 1962, 4612])”. STS 23 junio 1997 (RJ 1997, 5201): “No es de recibo el argumento de que se ha producido imposibilidad sobrevenida, que impidiera a AIPSA acometer sus deberes obligacionales, a fin de disculpar y justificar su proceder, que atenta frontalmente al negocio concertado, ya que la referida imposibilidad opera cuando desaparece la causa del contrato (Sentencia de 20 abril 1994 [RJ 1994, 3216]), durante el transcurso de su vigencia, al ser de ejecución periódica, lo que aquí no sucede.” Entre la jurisprudencia menor destacan la SAP Tarragona 10 enero 1992 (AC 1992, 360), SAP Madrid 30 noviembre 1993 (AC 1993, 2595), SAP Murcia 4 octubre 1997 (Elder. 1997, 12903).

<sup>170</sup> Treitel, 1999: 808 y ss. Esta teoría se emplea para explicar por qué las partes se liberan. Si el cumplimiento de la obligación se hace imposible para una de las partes (por ejemplo, se destruye la cosa objeto del contrato), el comprador queda liberado de su obligación de pago porque no recibe la contraprestación en virtud de la que accedió a celebrar el contrato. Sin embargo, esta teoría fue rechazada por el tribunal en el caso “National Carriers Ltd. v. Panalpina Northern Ltd.” [1981] A.C. 675 y ss.

entendida como el “propósito práctico conocido y aceptado implícitamente por las partes, conforme a la naturaleza y circunstancias concretas de cada negocio”. En su opinión, este significado de la causa se manifiesta en las figuras de la «exceptio non adimpleti contractus» y de la facultad implícita de resolver el contrato en las obligaciones recíprocas (art. 1124)<sup>171</sup>.

Entendida así la causa el autor rechaza cualquier utilidad de la doctrina de la base del negocio en el Derecho español. “El uso de esta teoría en nuestro sistema encarna el peligro de que con él “se olvide o desconozca la peculiaridad del sistema español de la contratación y de sus notas características de causalista y de «espiritual»”<sup>172</sup>.

### 3.1. Las consecuencias jurídicas provocadas por la pérdida sobrevinida de la causa.

En cuanto a los efectos provocados por la falta de causa, en opinión de Clavería “si existiendo la causa y siendo lícita en el instante del perfeccionamiento, posteriormente la ley convierte en ilegal lo proyectado o ello deviene físicamente imposible, no podemos decir que nos hallamos en el campo de la nulidad ni de la invalidez (pues el contrato se había formado regularmente) sino, en todo caso, en el de la ineficacia en sentido estricto, canalizándose en nuestro Derecho la solución a través de la resolución”<sup>173</sup>.

Esta tesis presenta el inconveniente, como señala el profesor Montés al analizar el fundamento de la resolución ex art. 1124 CC, de que “implica un entendimiento de la causa como un requisito que ha de perdurar más allá de la celebración del contrato”. Este autor sostiene que el fundamento de la resolución se encuentra en un problema de interdependencia entre las obligaciones que nacen del contrato bilateral y con ello, en cierto sentido guarda relación con la causa,

---

<sup>171</sup> De Castro, 1967: 316 y ss. Cfr. en relación con este tema la STS 20 abril 1994 (RJ 1994, 3216) que se expondrá en el apartado siguiente.

<sup>172</sup> De Castro, 1967: 325. Sin embargo, en la doctrina alemana también existe este concepto de causa. Cfr. Bruns, 1978: 36. Según este autor, el sinalagma funcional comprende la dependencia entre prestación y contraprestación después del surgimiento de las obligaciones. El sinalagma funcional se ha venido relacionando con el principio de equivalencia. Equivalencia en este sentido significa que, en relación con la causa jurídica de la contraprestación cada deber de prestación tiene el mismo valor que la otra.

<sup>173</sup> Clavería, 1993: 565.



pero no con la causa del contrato, sino con “la causa de atribución patrimonial que del contrato deriva”<sup>174</sup>.

También en opinión de Clemente Meoro, no puede admitirse que la causa, en cuanto requisito del contrato como acto, sea fundamento de la resolución, “porque la resolución por incumplimiento incide sobre el contrato como relación, pero deja intacto el contrato como acto”<sup>175</sup>.

Luego son dos los inconvenientes que presenta la causa como instrumento jurídico para el tratamiento de la alteración de la economía del contrato:

Por un lado, la causa es un requisito que se exige en los contratos como elemento para su formación (art. 1261. 3º en relación con los arts. 1274 y ss. CC), de manera que habrá que valorar si ese requisito se cumple en el momento de la celebración del contrato y no con posterioridad<sup>176</sup>.

Por otro lado, en el caso de que la causa tuviese alguna influencia en la vida del contrato la consecuencia jurídica de su falta sobrevenida tendría que ser la nulidad y no la resolución<sup>177</sup>.

#### 4. Análisis de la jurisprudencia española.

---

<sup>174</sup> Montés, 1989: 1184 y ss. Sobre los distintos sentidos del término causa, vid. Díez-Picazo (1963: 3 y ss.). También Díez-Picazo (1996: 232 y ss.). En su opinión, la delimitación del concepto de causa sólo es posible partiendo de una diferenciación y considerando como cosas distintas: causa de la atribución, causa de la obligación y causa del negocio. Causa de la atribución es aquella situación jurídica que autoriza, de acuerdo con el ordenamiento jurídico, al atributivo para recibir el desplazamiento patrimonial. Causa de la obligación es la razón de por qué se debe, coincide, pues, con la fuente de la obligación. En cuanto a la causa del negocio, el problema central no es el de la causa determinante o eficiente del negocio, sino el de la razón que justifica la tutela por el ordenamiento jurídico. Se trata del problema del control social de la autonomía privada.

<sup>175</sup> Clemente Meoro, 1998: 61.

<sup>176</sup> En opinión de Fernández Hierro (1992: 32), la causa es algo anterior al contrato, mientras que la frustración es algo sobrevenido al contrato. La existencia de la causa es un requisito que debe darse en el momento de la conclusión del contrato “y que no puede estar sujeta a los avatares de su vida posterior. Los cambios de la situación que influyan en la vida de éste no podrán nunca hacer dudar de que hubo en su día causa, si realmente existió, por lo que el problema de la falta de base del negocio no debe ser nunca asimilado a la inexistencia de causa, siquiera esta materia se preste a dudas y confusiones. En definitiva, se trata de una problemática diferente y que debe abordarse de manera diferenciada: la causa como uno de los requisitos jurídicos que el negocio debe contener y la frustración del negocio o la falta de base del negocio a los cambios sobrevenidos con posterioridad a la conclusión del mismo”.

<sup>177</sup> Philippe, 1986: 120. Clemente Meoro, 1998: 60. Así como las críticas que hemos visto formula la doctrina italiana respecto a la consecuencia jurídica derivada de la causa concreta. Además, según Betti (1969: 218) la justificación de la excesiva onerosidad sobrevenida en la causa tiene su sentido en la idea de sinalagma propia de los contratos con prestaciones recíprocas, pero no sirve para los contratos con prestaciones a cargo de una sola de las partes.

### A) Introducción.

La jurisprudencia española sostiene una noción ecléctica de causa, junto a la función práctico-social correspondiente al tipo escogido, considera como causa el móvil lícito o ilícito, admitido por los dos contratantes si efectivamente ha sido determinante del consentimiento. Haremos referencia a algunas sentencias en el segundo sentido. Como veremos, se consideran motivos causalizados, la posibilidad de edificar sobre el inmueble adquirido (STS 30-12-1985, STS 11-7-1984, STS 19-1-1990); la finalidad de que la finca de las demandantes pueda tener acceso a la calle (STS 30-6-1948); la obtención de un determinado rendimiento económico en el contrato de arrendamiento (STS 20-4-1994); en la prohibición de disponer impuesta por el testador, garantizar una decorosa subsistencia a los herederos (SAP Málaga 5-2-1996); la existencia de licencia municipal en la compraventa de todas las acciones de una sociedad (STS 30-6-2000).

### B) El destino urbanístico del inmueble como motivo causalizado:

Por ejemplo, una sentencia en la que la posibilidad de edificar se considera un motivo causalizado es la STS 30 diciembre 1985 (RJ 1985, 6620). Las partes habían celebrado un contrato de compraventa en cuya virtud, una de ellas entregaba a la otra dos parcelas de terreno urbano, a cambio la otra debía satisfacer un precio de 4 millones de pesetas: 500.000 debían satisfacerse en el momento de la firma, 1.500.000 en el momento en que se obtengan las autorizaciones pertinentes para construir, 1.000.000 que se computará con el valor de uno de los apartamentos que se construirán junto con un local depósito para utensilios marítimos y el restante millón en el plazo de dos años desde que se obtengan los correspondientes permisos.

Además, para el caso de que se denegase el permiso de obras, el comprador podría optar por la resolución del contrato en un plazo de 30 días con la consiguiente devolución por el vendedor de las cantidades recibidas.

Con posterioridad a la conclusión del contrato surgieron dificultades para la obtención del permiso, con lo que las partes celebraron nuevos contratos aclaratorios del primero, novándolo en cuanto al plazo para el ejercicio del derecho del comprador. El vendedor alega que el ejercicio de este derecho se ha realizado extemporáneamente por parte del comprador e interpone demanda ante el JPI, que es desestimada. El demandante en primera instancia interpone recurso de apelación ante la AT que lo estima. El demandado en primera instancia interpone recurso de casación. El TS declara haber lugar al recurso de casación interpuesto y vuelve a la solución dada por el JPI, el comprador debe devolver al vendedor el dinero recibido y a cambio, éste debe devolver la finca litigiosa en el estado en que la recibió además de indemnizarle los daños y perjuicios ocasionados.

En el Fundamento de Derecho 3º entiende el TS que, aunque las partes otorguen al contrato celebrado el nombre de compraventa, en realidad no se trata de tal contrato, puesto que la finalidad de los contratantes no es el simple cambio de cosa por precio, sino más bien la construcción de unos apartamentos, hasta el punto que viene a configurarse como la verdadera causa del contrato. La definición de causa que hace el art. 1274 CC tiene un sentido objetivo, ajeno a la finalidad de los contratantes; no obstante, es compatible con la posibilidad de que los móviles o motivos particulares puedan llegar a tener trascendencia jurídica cuando se incorporan a la declaración de voluntad en forma de condición o de modo, viniendo a constituir parte de aquélla a manera de causa determinante e impulsiva, siempre que sean reconocidos por ambos contratantes y exteriorizados o al menos relevantes.

En opinión del TS, en su Fundamento de Derecho 4º, en este caso las partes habían elevado la finalidad particular perseguida a causa del contrato, en consecuencia, la validez y licitud del pacto dependía de que efectivamente se pudiese llevar a cabo la construcción, y no siendo así, el contrato no produce efectos por tener causa ilícita no cabiendo más remedio que la resolución.

A juicio de Clavería<sup>178</sup> es bastante desafortunada la expresión del TS según la que la causa del contrato celebrado es ilícita, lo habría sido si en el momento de la celebración del contrato ya hubiera estado prohibida la edificación por el

---

<sup>178</sup> Clavería Gosálvez, 1984: 3387 y ss.

Tribunal Contencioso-Administrativo (una vez firmes los recursos administrativos interpuestos). En su opinión, se trata de una ineficacia debida a la frustración del presupuesto del negocio, o de su base o fundamento, pero más ligada al consentimiento. En este sentido, sería posible la resolución del contrato.

Sin embargo, según Clemente Meoro<sup>179</sup>, en este caso realmente se debe apreciar un supuesto de imposibilidad sobrevenida, en virtud de la que cabe la resolución.

En el caso de la STS 11 julio 1984 (RJ 1984, 3939) es, al contrario, la no posibilidad de edificar lo que constituye el motivo causalizado de la compraventa. El supuesto litigioso de la sentencia es el siguiente: D. Juan O.G. había celebrado un contrato de compraventa de una finca con el Ayuntamiento de San Roque con fecha de 25 de octubre de 1974. Con anterioridad, en 1970, el vendedor había proyectado construir un edificio sobre la finca matriz de la que se segregó la que es objeto de compraventa. Este proyecto no se pudo llevar a cabo al no conceder el Ayuntamiento (ahora comprador) las oportunas autorizaciones alegando la defensa de los valores paisajísticos. En sesiones de 21 de octubre de 1971 y 10 de noviembre de 1972 se acordó comprar a don Juan O. el citado solar accediendo don Juan O. a la venta. La representación de don Juan O. G. formuló ante el JPI demanda contra el Ayuntamiento de San Roque sobre nulidad de contratos y otros extremos. El JPI dictó sentencia por la que estimó la excepción formulada por el Ayuntamiento de San Roque de prescripción de la acción de nulidad de contrato ejercitada por la parte actora, y en su consecuencia, sin entrar en el conocimiento del fondo del asunto, desestimó la demanda formulada por el actor. Apelada la sentencia por la representación del actor, la Audiencia dictó sentencia desestimando la demanda. La representación del demandado apelante interpuso recurso de casación por infracción de Ley. El TS declaró haber lugar al recurso interpuesto.

A juicio del TS se debe afirmar “que la compraventa objeto de controversia tuvo como motivo determinante, y que es la esencia de su otorgamiento, la no posibilidad de construcción en la zona en donde el solar en cuestión radicaba, como consecuencia de valores paisajísticos, y en su virtud que la causa de la

compraventa convenida en las condiciones pactadas, concretamente en el precio fijado, fue aquella circunstancia y a los expresados fines de no construcción en tal solar para mantener, y por ende no alterar, ese valor paisajístico, con la consecuencia de que el Ayuntamiento adquirente no los pudiese alterar y respetase dicha circunstancia de no posibilidad de edificar”. Entiende el TS que se ha infringido el art. 1124 CC, ya que la no posibilidad de edificar se trata de un motivo causalizado incorporado por las partes a la común declaración inspiradora del negocio “el Ayuntamiento de San Roque, que edificó en el indicado solar vendido, no respetando, en consecuencia, la prevista defensa de los valores paisajistas, crea una situación de incumplimiento por parte de aquella Corporación compradora que lleva a la solución resolutoria instada, al amparo del art. 1124 CC, por el vendedor demandante don Juan O. G., ahora recurrente, por vulneración de la causa impulsiva y determinante, condición motriz de la base que se asentaba con trascendencia causal de supeditación de la existencia del contrato a una finalidad especial, ofreciendo así al convenio de una causa adicional impulsiva y determinante de la relación jurídica establecida, al lado de la causa típica de compraventa”.

Esta sentencia es una manifestación de la doctrina jurisprudencial según la que se debe reconocer beligerancia a las circunstancias externas al acto contractual siempre que hayan sido conocidas por ambas partes y puedan considerarse incorporadas a la común intención inspiradora del contrato<sup>180</sup>. En el caso enjuiciado el recurrente vende la finca porque no va a poder edificar en ella, al haber declarado el Ayuntamiento de interés paisajístico ese solar. En consecuencia, de acuerdo con la sentencia analizada, no estamos ante un simple motivo, sino ante la verdadera causa del contrato.

En opinión de Rubio Torrano, en nuestro Derecho esta cuestión es confusa debido a la falta en nuestro Código civil de una regulación legal sobre la causa del contrato o los motivos determinantes del mismo. En el Derecho Romano se daba la *condictio causa data causa non secuta* cuando la causa que el contratante había tenido a la vista para obligarse no se seguía. En nuestro Derecho este supuesto va más ligado a la resolución de la relación contractual que a la cuestión

---

<sup>179</sup> Clemente Meoro, 1998: 67.

<sup>180</sup> Rubio Torrano, 1984: 1949.

de la causa de la obligación. Parte de la doctrina señala como un supuesto de falta sobrevenida de causa únicamente el de imposibilidad sobrevenida de alcanzar el fin del contrato, lo que se denomina con terminología ya clásica como frustración del fin del contrato<sup>181</sup>.

En el supuesto enjuiciado no existe una verdadera obligación modal, así como tampoco una verdadera obligación accesoria de la prestación principal. En consecuencia, ¿dónde hay que buscar el fundamento de la resolución del contrato?. Según el TS, hay que buscarlo en el incumplimiento de una obligación, si bien esta expresión le viene dada en el suplico de la demanda en el que se habla de resolución contractual por incumplimiento de la obligación que le incumbía al Ayuntamiento de San Roque. No obstante, sería discutible la existencia de un incumplimiento contractual en este caso. Más bien, en la línea de la sentencia anteriormente analizada de 30 de junio de 1948, esa resolución la fundamenta el TS en el fallo sobrevenido de los mecanismos causales del negocio, aunque también podía haber buscado apoyo en el principio de buena fe contractual del art. 1258 CC.

Según Clemente Meoro<sup>182</sup>, la decisión del TS no es demasiado acertada. A su juicio, la solución correcta hubiera sido decretar la anulación del contrato por vicio del consentimiento, por error e incluso por dolo, o por falsedad de la causa. Sin embargo, la resolución de la relación obligatoria no cabe en este supuesto porque las prestaciones de ambas partes ya han sido ejecutadas, además de que sin incumplimiento no es posible la resolución (de ahí que el tribunal hable del incumplimiento de una obligación negativa y modal).

La STS 19 enero 1990 (RJ 1990, 16) admite la resolución del contrato al no haberse podido realizar el fin contractual, que en este caso sería la edificación sobre el inmueble adquirido. Es destacable que el TS, a la hora de determinar ese fin contractual único, no se fija solamente en datos de tipo subjetivo, o declaraciones de las partes, sino también de tipo objetivo, como “la enorme diferencia entre el precio de adquisición de la finca, como rústica, por el actor, y el de su venta por éste a los esposos demandados”.

---

<sup>181</sup> Rubio Torrano, 1984: 1951.

<sup>182</sup> Clemente Meoro, 1998: 64.

Los antecedentes de hecho de la sentencia son los siguientes: Don Gerardo M. de D. formuló ante el JPI demanda contra don Antonio M. N. y su esposa doña Araceli L. G. en solicitud de que se condenara a los interpellados a satisfacerle diez millones de ptas. como parte impagada del precio estipulado en el contrato de compraventa y para el caso de incumplimiento, que se declarara resuelto el contrato con indemnización por daños y perjuicios. Ambas partes habían celebrado un contrato de compraventa de una finca que los compradores adquirieron para edificar sobre ella. El vendedor era consciente de esa voluntad puesto que les facilitó cédula de calificación urbanística que tenía el terreno en 1980 y cooperó con ellos a la obtención de las licencias necesarias para construir.

Los demandados se opusieron y formularon reconvencción interesando se declarara el contrato nulo, o subsidiariamente resuelto y en último término, que al haberse alterado esencialmente la base económica del negocio, el precio de la compraventa debía ser el de 2707487 ptas.; condenando en todo caso al actor reconvenido a indemnizarles por daños y perjuicios.

El JPI dictó sentencia que declaró resuelto el contrato y condenó al vendedor a la devolución de una parte de la cantidad ya percibida a cuenta del precio. Interpuestos sendos recursos de apelación por ambas partes, la AT revocó parcialmente la sentencia impugnada, declaró resuelto el contrato con devolución de la finca y la parte del precio percibida y entregada, y condenó al actor reconvenido a indemnizar a los demandados reconvinientes en 596515 ptas, más intereses legales desde la contestación a la demanda. El demandante interpuso recurso de casación. El TS declara no haber lugar al recurso.

A juicio del TS (Fundamento de Derecho 3º): “la Sala de apelación, como antes había hecho el órgano de primer grado, ponderando y atendiendo a los actos de los contratantes, anteriores, coetáneos y posteriores al contrato, conforme le autoriza el artículo 1282 CC, ha llegado a la conclusión de que la finca objeto de litis fue adquirida por los compradores y enajenada por el vendedor bajo el supuesto inexcusable, con categoría de motivo causalizado, de que la misma iba a poder ser destinada para edificar sobre su terreno (como así lo evidencian la profesión de constructor del esposo adquirente; la enorme diferencia entre el precio de adquisición de la finca, como rústica, por el actor, aquí recurrente, y el de su venta por éste a los esposos demandados, aquí recurridos; el valor actual,

muy inferior al pactado en el contrato litigioso, si sólo se atiende a la naturaleza rústica de la finca vendida; la afirmación hecha por el demandante-vendedor de que la calificación urbanística de dicha finca permitía edificar sobre su terreno; la colaboración posterior al contrato que el vendedor, aquí recurrente, ofreció y prestó a los compradores para tratar de obtener las necesarias licencias administrativas, que no pudieron ser conseguidas), cuyo criterio exegético de la Sala de apelación ha de ser mantenido en esta vía casacional, por no adolecer el mismo de ninguno de los ya señalados defectos que lo harían rechazable, siendo, por otra parte, plenamente ajustada a Derecho la resolución contractual acordada, así como las ya dichas consecuencias restitutorias e indemnizatorias, al no haber podido alcanzarse, por impedimentos urbanísticos y administrativos, el fin único (con categoría de motivo causalizado) para el que los compradores adquirieron la finca y para el que el vendedor la enajenó”.

En la STS 28 mayo 1996 (RJ 1996, 3806) el TS admite la resolución del contrato al no ser posible la realización del fin único o motivo causalizado (la edificación sobre el inmueble) para el que fue adquirida la finca. Sin embargo, en este caso existe un verdadero incumplimiento por parte del vendedor, ya que éste se comprometió expresamente a obtener la certificación que haría posible la edificación, otorgando al comprador la facultad de resolver en otro caso.

Los antecedentes de hecho necesarios para el estudio de la sentencia son los siguientes: Mediante documento privado de fecha 21 de agosto de 1981, la entidad mercantil «Inmobiliaria Formentor, SA» vendió a don Fouad Mikhael M. y don Joseph E. M. una parcela de terreno de 8.810 m<sup>2</sup> de superficie, procedente del predio Formentor, por el precio total 37.500.000 ptas., el 15 por 100 de cuyo precio lo pagaron los compradores a la vendedora en el acto de la firma de dicho contrato. En la cláusula 1.ª b) del mismo se estipuló lo siguiente: «b) El resto del precio, es decir, la cantidad de 31.875.000 ptas. se abonarán dentro de los sesenta días siguientes a la fecha de recepción por los compradores de la certificación del Ayuntamiento de Pollensa acreditativa de la aprobación inicial del Plan General de Ordenación, según el cual se permita la construcción de viviendas unifamiliares con servicios en parcelas de un mínimo de 4.000 m<sup>2</sup> en la zona de Formentor. Los promotores se comprometen a presentar dicha certificación antes



del día 15 de enero de 1982. En caso de incumplimiento de la condición mencionada, los compradores podrán optar entre rescindir el presente contrato, recuperando la cantidad recibida por los vendedores a cuenta del precio, o bien podrán prorrogar el contrato a su elección durante un mes a partir del transcurso de dicha fecha». Ante la certificación del Ayuntamiento de Pollensa de que la parcela objeto del contrato de compraventa está en un área forestal de paisaje protegido, «Marketing and Construction Company (International) Limited», «Arwa Limited», don Joseph M. y don Fouad M. M. formularon demanda contra «Inmobiliaria Formentor, SA». El JPI dictó sentencia desestimando la demanda. En grado de apelación, la AP dictó sentencia confirmando la del Juzgado. El TS estima el recurso de casación.

El TS se refiere al fin del contrato en el Fundamento Jurídico 5º de la sentencia: “que habiendo ellos adquirido la parcela litigiosa con la única finalidad de construir en ella dos viviendas unifamiliares y habiéndose la entidad vendedora obligado a obtener del Ayuntamiento de Pollensa la autorización correspondiente para dicha construcción, a cuya obtención se dejó supeditada la efectividad del contrato de compraventa, al no haber obtenido la referida autorización, la entidad vendedora ha incurrido en un incumplimiento del contrato, que ha determinado que quede frustrado el fin con el que los compradores lo celebraron”.

Uno de los típicos y característicos supuestos que, según reiterada y notoria doctrina de esta Sala, integran la facultad resolutoria de las obligaciones recíprocas o bilaterales es aquél en que el incumplimiento por uno de los contratantes de la obligación que le incumbe frustre el fin del contrato para la otra parte (que ha cumplido la que a ella le corresponde), lo que ocurre en el presente caso litigioso, en el que los compradores señores M. y M. compraron la litigiosa parcela de 8.810 metros cuadrados con la única y exclusiva finalidad (motivo causalizado) de construir en ella dos viviendas unifamiliares (una por cada 4.000 metros cuadrados de extensión superficial), para lo que la entidad vendedora se obligó expresamente, en el apartado b) de la cláusula primera del contrato (que ha sido transcrita literalmente en el apartado 1.º del fundamento jurídico primero de esta Resolución) a obtener del Ayuntamiento de Pollensa la autorización correspondiente, haciendo depender de ello la efectividad del contrato, cuya autorización no ha sido obtenida, con lo que la vendedora ha incurrido en un

patente incumplimiento de dicha obligación que, en cuanto frustrante del fin único para el que los compradores habían adquirido la parcela litigiosa, ha de determinar la resolución del contrato que, además fue pactada expresamente para dicho evento, que aquí se ha producido, lo que ha de comportar la estimación del presente motivo<sup>183</sup>.

### C) Otros motivos causalizados distintos de la edificación:

Una sentencia clásica, y por tanto, pese a su antigüedad, de imprescindible análisis es la STS de 30 de junio de 1948 (RJ 1948, 1115)<sup>184</sup>. Los antecedentes de hecho de esta sentencia son los siguientes: En 1919 las demandantes, doña Josefa y doña Alicia Más Martínez, eran dueñas de una finca denominada «Mansó Balleca», situada en el término de San Vicente de Sarriá y colindante a otra que era propiedad de los demandados. Con la finalidad de que la finca de las actoras pudiese tener fachada a la calle de la Industria, ambas partes celebraron en mayo de 1919 un contrato en cuya virtud el demandado se comprometía en un plazo de 15 años o incluso antes (si antes se abría la referida calle según estaba en proyecto) a vender con aquella finalidad (que la casa de las hermanas Más Martínez pudiese tener acceso a la nueva calle) a las demandantes una parcela de su propiedad. Las demandantes habían vendido la mencionada finca, no obstante, reclamaban el cumplimiento del contrato. La Audiencia estimó la demanda, pero el TS declaró haber lugar al recurso con anulación de la sentencia recurrida.

“La Sala sentenciadora, al interpretar el contrato cuya eficacia se discute, distingue entre el fin particular a que cada persona determinada se propone dedicar la cosa, cuya propiedad adquiere o compra, lo que llama fin del contrato, del fin próximo que todos los compradores o el comprador abstracto se propone en la celebración del convenio, que es, a juicio de dicha Sala, la causa eficiente del mismo, o sea, adquirir la cosa comprada, y, fundándose en tal distinción,

---

<sup>183</sup> En la jurisprudencia menor cfr. la SAP Las Palmas 23 junio 1999 (Elder. 1999, 23836) el Ayuntamiento de Pajara y “Urbanizadora C., S.A.” habían celebrado un contrato de compraventa de determinadas fincas sobre las que la compradora tenía la intención de edificar. Con la aprobación de la Ley de Declaración de Espacios Naturales de Canarias, dicha finalidad deviene imposible. La AP accede a la resolución del contrato por desaparición de su causa (Fundamento de Derecho 2º).

<sup>184</sup> Díez Picazo, 1979: 540.

entiende que las manifestaciones insertas en el documento que preceden a las palabras «pactan y convienen» son declaración o expresión de un mero o simple pensamiento alusivo a aquel fin remoto, que no afecta a los pactos consignados después como parte dispositiva del contrato, únicos que vinculan las voluntades de los contratantes. En el encabezamiento del repetido documento contractual se dice textualmente: «y a fin de que los terrenos que las señoras Más Martínez poseen de su finca «Mansó Balleca», con fachada a la calle de Ganduxer, puedan tener también fachada en la calle de la Industria el día que ésta se abra en aquel trozo, pactan y convienen ...», palabras que revelan un nexo indiscutible entre los pactos que a continuación siguen y la finalidad que tales pactos tienen, finalidad que no es meramente el propósito, o deseo, que cada parte contratante se proponga conseguir, mediante el contrato, según sus cálculos o preferencias personales que puedan lograr o no en virtud de circunstancias ajenas al acto contractual, sino que se expresa como fin del contrato mismo, sin que, por tanto, pueda separarse de él, en cuanto es revelación de la voluntad común de los contratantes determinante del alcance y el sentido de los pactos que precisamente se han establecido para cumplir esa manifestada finalidad, por lo que no puede éste calificarse de fin remoto en el sentido que da a tales palabras el Tribunal a quo.

A la vista de los términos del contrato, y ahondando en la voluntad de sus otorgantes, es indudable que lo que aquél protege es el interés de los dueños de los terrenos con fachada a la calle Ganduxer en adquirir parcelas que puedan tener en su día fachada a la calle de la Industria, pues establece una conexión entre ambas circunstancias unificadas en un mismo interesado propósito, que era el de que los terrenos que por la consabida compra se adquirieran, formaran, por agregación al que poseían, una unidad que ostentara fachadas a las dos calles mencionadas, pero declarado por la Audiencia como hecho probado que las demandantes han enajenado los terrenos de su propiedad que al tiempo de otorgar el repetido contrato tenían en su posesión, colindantes con los que se proponían adquirir mediante aquél, no es posible ya obtener el fin perseguido con el convenio concertado según la voluntad de las partes en el mismo manifestada; y lo que ahora con la interposición de la demanda se ha pretendido es otra cosa diferente, puesto que se trata de adquirir de los demandados una finca independiente que, aunque linde con la calle de la Industria, si se abriera, no podrá también tener

fachada a la de Ganduxer, que una y otra cosa es lo que se propusieron los contratantes, por lo que debe apreciarse que a causa de dicha enajenación ha dejado de existir la condición motriz de la voluntad contractual determinante del derecho de los actores a exigir el cumplimiento de lo pactado, por desaparición de la base en que se asentaba, que era la tenencia en poder de aquéllos de los terrenos que por agregación de los que se adquirieran formaran la unidad predial con las características pretendidas en cuanto a sus linderos, y, habiéndolo entendido de modo distinto la sala de instancia, ha incurrido en error, con infracción de los preceptos que se indican en el primer motivo del recurso, motivo, por tanto, que merece ser estimado”.

La sentencia hace referencia a lo que Larenz llamaría la base del negocio en sentido subjetivo, y el tribunal denomina como “motivos causalizados” o incorporados a la causa del contrato, ya que la naturaleza de esa finalidad que tiene alcance jurídico, no se trata del fin próximo que todos los compradores en abstracto se proponen con la celebración del contrato, cual es la de adquirir la cosa comprada, sino que se contempla en el contrato una finalidad específica (que la finca tuviese salida a la calle de la Industria). Pero también se puede entender la decisión del TS desde una perspectiva objetiva, el juzgador actúa movido por razones de justicia, ya que si se hubiera admitido el recurso se hubiese llegado a la injusta consecuencia de que los demandantes hubiesen obtenido de los demandados por un precio cada vez más desactualizado, por el transcurso ilimitado del tiempo, una finca independiente. Siendo esto totalmente ajeno a la intención contractual de las partes, que fue la de suministrar una mejor salida a unos terrenos inferiores colindantes. En opinión de Jordano Barea, esta finalidad ya no se iba a poder cumplir al haberse enajenado la finca en la fecha de interposición de la demanda. Sin embargo, a su juicio, no se puede apreciar en este caso la existencia de una presuposición. Esta figura de la presuposición, entendida como motivo particularmente relevante no elevado a la categoría de condición y que opera sobre uno de los contratantes, con previsión de determinados efectos sobre el contrato y al que subordina su propia declaración (la presuposición no forma parte del contenido del negocio, pero si era conocida por la otra parte provocaría la resolución del convenio cuando no se realizase lo previsto) no se da en el supuesto enjuiciado. Ello es debido a que en este caso

existe una finalidad común a ambas partes, que además está inserta en el contenido del contrato formando parte de la declaración de voluntad. Más bien se podría apreciar en este caso la existencia de una condición tácita que no llegó a formularse de modo expreso, pero que en sus elementos fundamentales fue llevada al contenido del negocio<sup>185</sup>.

La STS 20 abril 1994 (RJ 1994, 3216) es una sentencia interesante en la medida en que relaciona la institución de la causa con la imposibilidad sobrevenida de cumplimiento (en sentido económico) y la cláusula "rebus sic stantibus". Ello entronca con la tesis del profesor De Castro según la que la función de la causa no se agota en el momento de la celebración del contrato. Además de que el precepto que se considera infringido no es el art. 1274 CC, sino el art. 1124 CC referido a la resolución contractual.

Los hechos que dan origen a la sentencia son los siguientes: D.<sup>a</sup> María Luisa G. M. y D.<sup>a</sup> Emilia R. F. e hijos arrendaron en concepto de propietarios una finca a D. Manuel F. G. y D. José E. M., para su explotación como guijera. Se convino un canon o precio por metro cúbico de explotación de 25 ptas., estableciéndose un mínimo mensual de 20.000 m<sup>3</sup>, cuyo equivalente en pesetas era 500.000 ptas., abonable a los arrendadores dentro de los 7 primeros días del mes siguiente. Se pactó que «el expresado mínimo sólo podrá ser modificado transitoriamente, en el supuesto de que aparezcan vetas de barro con la importancia suficiente para impedir una normal explotación, en cuyo supuesto y durante el tiempo que ello ocurra, se reducirá dicho mínimo a 18.000 m<sup>3</sup>, con su equivalente en pesetas de 450.000 ptas. Los arrendadores formularon demanda contra los arrendatarios sobre reclamación de cantidad. A su vez, los demandados formularon reconvencción en solicitud de resolución de contrato de arrendamiento debido a la nula productividad de la finca desde May. 1988. Fundamentaban su absolución en la doctrina de la cláusula rebus sic stantibus. El JPI estima en parte la demanda, desestimando la reconvencción. La AP estimó parcialmente el recurso y fijó la cantidad debida en 5.610.000 ptas. Los demandados interpusieron recurso de casación. El TS declara haber lugar al recurso de casación y, con revocación de las sentencias de instancia, absuelve a los demandados parcialmente de las

---

<sup>185</sup> Jordano Barea, 1949: 754 y ss.

peticiones de la demanda. Asimismo, con estimación de la reconvencción, declara resuelto el contrato de arrendamiento existente entre las partes con la obligación de abono a los arrendadores de las rentas devengadas hasta el 24-5-1988.

En el motivo primero del recurso se alega infracción del art. 1124.2 CC. Según el TS (Fundamento de Derecho 2º) el motivo se estima “por haber desaparecido la causa negocial durante el transcurso de la vigencia del contrato de tracto sucesivo. Siendo la causa la finalidad común perseguida por los contratantes, cuando la misma no se mantiene durante el tiempo de duración de la relación contractual en virtud de acontecimientos imprevisibles para las partes en el momento de su perfección, no puede sostenerse jurídicamente el entramado de derechos y obligaciones que forman su contenido so pena de autorizar enriquecimientos a todas luces injustificados. No es que haya que moderar equitativamente el contrato, dejándolo subsistente, en virtud de la doctrina de la cláusula rebus sic stantibus, porque carece de sentido que si la prestación de una de las partes se ha hecho imposible, la otra tenga que cumplir la suya aun de forma más reducida. Tal doctrina sólo es aplicable en caso de notorio desequilibrio entre las prestaciones, no en caso de ausencia de una de ellas.

La imposibilidad de la prestación no sólo puede ser física o legal, sino económica, como cuando no produce ningún beneficio al que ha de recibirla, o cuando, como ocurre en el caso litigioso, es totalmente ruinosa para él recibirla. Existe entonces una frustración del fin del contrato, que impide jurídicamente su mantenimiento y faculta para resolverlo. En el caso litigioso, el arrendamiento tenía un fin concreto y específico señalado por los que lo pactaron: cesión de una finca con la finalidad de extraer guijo. La sentencia recurrida dice que la explotación era viable entonces, pero era inviable económicamente desde May. 1988, hasta el punto que, de seguir con ella, los arrendatarios perderían entre 85 y 290 ptas. por tonelada. Esta inviabilidad se debía, según el informe pericial, a las causas naturales que señalaba. No hay ninguna duda de que, en estas condiciones, es absurdo afirmar que el arrendador puede cumplir su obligación de que el arrendatario pudiera extraer guijo de la finca, porque de los términos del contrato se desprende, y así lo interpreta la Audiencia, que el mismo quiere este producto en tanto le produzca una ventaja económica, no para asegurarse simplemente el suministro de un material a cualquier precio. Y si ello es así, no puede obligársele

a que pague una renta, todo lo disminuida que se quiera, a cambio de nada. La inviabilidad de la prestación por desaparición de la falta de interés en la misma del arrendatario ha sido también imprevista de la forma en que se ha manifestado, que le obligaría a tales costes de transformación para conseguir el guijo que harían ruinoso su actividad. Las partes sólo previeron en la estipulación segunda de su contrato causas naturales que impidieran «transitoriamente» «una normal explotación», pero no una imposibilidad total y permanente (...). (E)s extravagante el recurso a la cláusula rebus sic stantibus, si hay una frustración total del fin del contrato”<sup>186</sup>.

En el caso de la SAP Málaga 5 febrero 1996 (AC 1996, 275) el tribunal entiende que ha desaparecido sobrevenidamente la causa de la prohibición de disponer. Esta causa había sido la de garantizar una decorosa subsistencia a los herederos, sin embargo, el cambio de circunstancias hace que esta finalidad se consiga mejor con la venta de los bienes sujetos a tal prohibición.

Los antecedentes de hecho de la sentencia son los siguientes: Don Enrique V. T. y doña Francisca V. T. interpusieron ante el JPI demanda frente a don Ramón, doña Josefa V. R., don Carlos y don Joaquín A. G. El JPI dictó sentencia desestimatoria de la demanda y estimó parcialmente las demandas reconventionales. D. Enrique y D<sup>a</sup>. Francisca V. T. interponen recurso de apelación solicitando la estimación de la demanda y la desestimación de la

---

<sup>186</sup> Contratar esta sentencia con la STS 28 mayo 2001 (Act. C. 2001, 942) en el que una de las partes había firmado una póliza de crédito cuyo importe estaba destinado a adquirir acciones del Banco sin coste para ellos, ya que los intereses se irían atendiendo con los dividendos de las acciones y el principal se amortizaría con el producto de la venta de las propias acciones. El Banco interpone demanda en reclamación de 12.381.575 ptas. Como saldo final de una póliza de crédito por 10.000.000 ptas. suscrita seis años antes. Los demandados se oponen a la demanda y solicitan la nulidad del contrato de compraventa de acciones. El JPI estima la demanda y desestima la reconvencción. La AP confirma la sentencia de instancia. El demandado interpone recurso de casación, entre otros motivos por infracción del art. 1275 CC, por inexistencia o por ilicitud de la causa, “porque la causa y la efectividad de la operación se desprenden inequívocamente de los propios hechos de la reconvencción formulada en su día por los hoy recurrentes, que firmaron una póliza de crédito y una orden de compra de acciones del Banco, (...), con el fin último de conseguir un lucro legítimo al cabo del tiempo sin tener que hacer desembolso material alguno. Que este fin no llegara a lograrse es algo que no puede teñir retroactivamente de ilicitud a la causa lucrativa de la operación ni hacerla desaparecer por frustración de la finalidad última perseguida, ya que no cabe confundir la causa del contrato como elemento esencial para su validez con el buen fin de la operación o consecución del lucro inicialmente proyectado, y menos todavía cuando éste dependía necesariamente de las fluctuaciones inherentes a los valores negociables en bolsa, siendo inimaginable que los hoy recurrentes hubieran solicitado la nulidad de los contratos de haber

reconvención. Los actores impugnaron que el Juez hubiese indagado en la causa de la donación, cuando ésta se encontraba en la mera liberalidad. La AP declara no haber lugar al recurso de apelación interpuesto. La cuestión principal del litigio radica en determinar si las prohibiciones de disponer impuestas por los causantes de los litigantes aún tienen operatividad.

En opinión de la AP (Fundamento de Derecho 4º): “Entienden los recurrentes que la prohibición de disponer no tenía otra causa que la mera liberalidad. Sin embargo, los causantes expresaron en los instrumentos documentales cuál era el motivo elevado a rango de causa, cual era «asegurar desde otrora para el futuro, en la medida a su alcance, una decorosa subsistencia a sus hijos». Transcurrido el tiempo, se ha demostrado que dicho loable interés no se ha conseguido, principalmente por las divergencias mutuas en la administración de los inmuebles. Por tanto, sin perjuicio del necesario respeto al principio «pacta sunt servanda», ello no obsta a que como declaran las sentencias antes mencionadas, las circunstancias puedan alterar el equilibrio de la comunidad de bienes, con circunstancias sobrevenidas («rebus sic stantibus»), haciendo necesario un replanteamiento de la «base» de la prohibición, en cuanto ya no cumpliría la finalidad para la que fue impuesta, y es esa interpretación teleológica la que debe primar, para que acatando la voluntad de donante y causante, se consiga alcanzar el cometido proyectado, y si esto no fuera posible por variación de las circunstancias, reequilibrar la situación jurídica resultante, ya que no cabe una interpretación rígida de la prohibición, so riesgo de caer en una comprensión desajustada de los parámetros que la actual realidad económica impone a las partes, pues la voluntad de sus padres y abuelos no fue la inalienabilidad a ultranza, sino tan sólo en cuanto ello supusiera un beneficio económico para todos, lo cual consta que no ocurre, por lo que sería inoperante mantener una unión basada en vínculos inexistentes, contrariando la paz jurídica y familiar, y en base a presupuestos erróneos, pues pese al elevado valor de los inmuebles, y envidiable ubicación, rinden magros beneficios para los comuneros, cuando con su venta podrían obtenerse suculentos ingresos”.



Asimismo, resulta de interés el Fundamento de Derecho 5º de la Sentencia: “No podemos hacer abstracción de la causa o interés que provocara la prohibición de disponer, pues la mayor parte de los civilistas, en base al art. 785 CC se han pronunciado y siguen pronunciando a favor de la exigencia de una causa razonable o interés legítimo que fundamente las cláusulas de inalienabilidad, pues si la prohibición de disponer no estuviese fundada en motivos protegibles, sería contraria al espíritu informador de nuestro Derecho, según el cual el dominio se presume libre, salvo que se acredite la limitación (art. 348 CC).

Por tanto, será válida la prohibición de disponer, en la que concurra justa causa para su constitución, pero sobrevenidamente devendrá en ineficaz cuando desaparezca la causa o interés legítimo que motivó su imposición, liberando al dominio de la traba impuesta, al desaparecer la base o fundamento que justificaba su inalienabilidad futura”<sup>187</sup>.

---

<sup>187</sup> En la jurisprudencia menor vid. STSJ Navarra 29 abril 1996 (RJ 1996, 2920). El tema principal de la sentencia es determinar si concurren los presupuestos para la aplicación al caso de la institución del enriquecimiento injusto. Sin embargo, *obiter dicta* el tribunal apunta al recurrente que el camino correcto hubiese sido la resolución del contrato, ya que el cambio de circunstancias hacía imposible la realización del motivo causalizado o el fin contractual perseguido con la cesión de crédito, cual era que el cesionario adquiriese el inmueble.

En cambio, no se estima la existencia de motivos incorporados a la causa en las siguientes sentencias: STS 15 abril 1988 (RJ 1988, 3171), en este caso se ceden determinados terrenos al Ayuntamiento, a cambio de que éste concediese al cedente determinadas licencias, lo que no llegó a suceder por impedirlo el plan. Entiende el TS (Fundamento de Derecho 2º) que: “en el supuesto discutido la expresión repetida en el instrumento público de «cesión gratuita», tanto en la parte dispositiva como en el otorgamiento, sólo puede hacer referencia a la mera liberalidad del bienhechor (art. 1274 CC), cuya aceptación se llevó a cabo por el Ayuntamiento (...) sin que del texto del acuerdo pueda deducirse cosa distinta a que el ofrecimiento del señor R. actuó de fuerza impulsiva o desencadenante para el estudio y aprobación del proyecto de ordenación urbana de la zona en la que se sitúa la finca “Can Maginas” de dicho señor, cosa que ciertamente le interesaba, pero sin que llegase a establecer obligación alguna para el donatario, ni condición de la que se hiciese depender el nacimiento o extinción de una relación jurídica”. A juicio de Clavería (1988: 297 y ss.), en esta sentencia es conveniente resaltar que la concesión de licencias municipales es una actividad reglada, no discrecional. En consecuencia, tal concesión no puede figurar como contraprestación de un contrato, por ello no es posible resolver por incumplimiento, así como tampoco revocar una donación por incumplimiento de tal carga. Quedaría asimismo excluida la resolución por frustración de los motivos incorporados a la causa. Lo más adecuado en este caso sería la aplicación del art. 1275 CC (se trataría de una causa ilícita, ya que es ilícito obligarse a conceder en el futuro unas licencias haya o no en el futuro cumplimiento de exigencias legales urbanísticas).

La STS 11 abril 1994 (RJ 1994, 2787) tiene su origen en el contrato de compraventa celebrado entre las partes que tenía por objeto un piso junto con su plaza de garaje. La vendedora pretende la resolución del contrato. En esta sentencia el TS confirma que es posible que los motivos de las partes se incorporen a la causa del contrato, pero lo rechaza para el caso enjuiciado porque estos móviles (la vendedora alega que vendió por motivos de salud) son propios de una sola de las partes y carecen de la suficiente relevancia.

Según se puede extraer de la STS 30 junio 2000 (RJ 2000, 6747), el Estado, propietario de “Industrias Tauro, S.A.” por expropiación de RUMASA, celebró un contrato con la empresa “Samsonite Corporation” en fecha 5 de febrero de 1985, en cuya virtud se transmitían a esta última todas las acciones de la empresa expropiada, estableciéndose en una de sus cláusulas que se transmitía la sociedad con todas sus facultades, licencias, permisos y autorizaciones (de índole gubernativa y de otro tipo) necesarios para poseer y explotar su patrimonio y para desarrollar sus actividades, tal y como lo viene estableciendo hasta ahora. No obstante, con posterioridad a la celebración del contrato se descubre que la empresa carece de licencia de apertura, que en el contrato se contempla como existente; si bien con anterioridad dicha licencia se había solicitado sin éxito. La parte actora demanda las reparaciones patrimoniales por tal incumplimiento, ya que para conseguir la mencionada licencia, es preciso realizar una serie de reparaciones, además de que las sanciones administrativas podían llegar a privar a la compradora de la posibilidad de ejercer y desarrollar la industria que adquirió. La sentencia en recurso estimó en forma parcial dicha solicitud. Esta sentencia es recurrida en casación por la parte vendedora por varios motivos. Entre otros, por infracción de los arts. 1101, 1124, 1484 y ss. CC, ya que no se trata de un defecto aparecido que ninguna de las partes podía conceder al tiempo de celebrarse la venta. La parte vendedora conocía su inexistencia, incluso trató de obtenerla sin resultado y sin embargo, en el contrato hace constar que la misma existe. En opinión del TS, la vendedora “aportó como efectivamente otorgada (la licencia municipal), incidiendo tal conducta contractual en la base y motivo causal del negocio y también resulta y se presenta situación amenazante notoria, acomodada a la ley, por la posibilidad de suspensión y clausura de las actividades industriales y demolición incluso por orden de la autoridad gubernativa competente. El incumplimiento opera en este caso por insatisfacción objetiva en la parte compradora, con trascendencia en la inhabilidad del objeto, en este caso jurídica”. Se alega también infracción de los arts. 7, 1258 y 1269 CC, motivo que también se desestima, ya que la buena fe en su sentido objetivo exige que el comportamiento contractual sea adecuado y debe actuar “para dar al contrato cumplida efectividad en orden a la realización del fin propuesto”. En este sentido, los vendedores han de ser veraces en la aportación que efectúan al contrato de las realidades tanto materiales como jurídico y administrativas que afectan a los

bienes que transmiten. Ello sin perjuicio de la desproporción entre el precio tan bajo de la operación (un millón de ptas.) y el importe muy superior de las obras que se reclaman, ya que el bajo precio se debe a que la empresa vendida se encontraba en una situación de ruina técnica, y la indemnización de los daños tiene su origen en el incumplimiento contractual del vendedor concurriendo mala fe por su parte.

En este caso, la existencia de licencia municipal se considera un elemento de relevancia suficiente como para integrar la causa del contrato. Sin embargo, según de Verda, que comenta la sentencia, la falta de información de este vicio le lleva a pensar que nos encontramos ante un supuesto de “dolo in contrahendo”, generador de responsabilidad precontractual, por lo que el comprador estará obligado a resarcir los daños y perjuicios al comprador de buena fe, según prevé expresamente el art. 1486 II CC<sup>188</sup>.

## 5. Conclusiones.

Desde mi punto de vista, si las partes no incluyen en el contrato una condición, una disposición modal o incorporan de alguna manera al contenido del contrato el propósito concreto perseguido, la causa tal y como está regulada en el Código Civil no sirve para resolver los problemas derivados del cambio sobrevenido de los presupuestos fácticos del contrato. Ello es debido a que la causa es un requisito que se exige por el Código Civil en el momento de la celebración del contrato y cuya falta determina la nulidad del mismo.

La llamada por la jurisprudencia pérdida sobrevenida de la causa es, en realidad, una incidencia que afecta al cumplimiento y que está relacionada con la resolución contractual y no con la nulidad. Si nos fijamos, muchas de las sentencias analizadas son sentencias de equidad, al margen de que en algunas de ellas existe un verdadero incumplimiento contractual capaz de provocar la resolución del contrato (por ejemplo, en el caso de la STS 30 diciembre 1985 se trata de un supuesto de imposibilidad sobrevenida, en el caso de la STS 11 julio

---

<sup>188</sup> De Verda, 2000: 1357 y ss. En su opinión, la acción de resarcimiento es autónoma respecto a la acción redhibitoria y sigue el régimen próximo de la responsabilidad civil extracontractual, sin que esté sujeta al breve plazo de caducidad del art. 1490 CC.

1984 se podría haber solicitado la anulación del contrato por error o por dolo, en la STS 28 mayo 1996 existe un verdadero incumplimiento contractual, en la STS 20 abril 1994 la pérdida sobrevenida de la causa se fundamenta en el art. 1124. 2 CC y se combina este argumento con la imposibilidad sobrevenida en sentido económico, etc).

### III. LA IMPOSIBILIDAD SOBREVENIDA .

#### 1. Introducción.

La imposibilidad sobrevenida de la prestación es otra de las instituciones jurídicas con las que se pretende resolver el problema de la alteración de la economía contractual. Sin embargo, determinar qué debemos entender por imposibilidad puede ser una tarea compleja y no exenta de consecuencias prácticas. Según el Diccionario de la Lengua española de la Real Academia, imposible es no solamente “no posible” sino también “sumamente difícil”. Sin embargo, en términos jurídicos la imposibilidad resulta difícil de delimitar (por ejemplo, si un empresario de camiones se compromete a transportar mercancías a un país vecino y se produce un cierre de fronteras, se discute si existe imposibilidad sobrevenida, ya que el transporte sigue siendo posible por avión y barco; también es discutido si debe quedar liberado el cantante de ópera que sufre la pérdida de un ser querido, ya que la prestación sigue siendo físicamente posible, etc.). A lo largo de esta exposición veremos que el concepto de imposibilidad sobrevenida es un concepto difícil de aprehender en muchos sistemas de Derecho continental<sup>189</sup>. Además, como se ha señalado, se ha utilizado para dar solución al

---

<sup>189</sup> Cuenca Boy, 1992:17 y ss. Esta dificultad también es propia del Derecho romano. El principio *impossibilia nulla obligatio* desconoce “la enorme complejidad de los casos de imposibilidad documentados en las fuentes, en que la nulidad o no de la obligación puede venir determinada por circunstancias muy diversas, no susceptibles de generalización y que rebasan, aunque se encuadren en ella, la distinción entre imposibilidad física y jurídica. De los textos se infiere que no existe en Derecho romano un precepto general que vincule de modo reiterado y uniforme unas consecuencias determinadas a la imposibilidad, así como la inexistencia de un nexo de unión entre determinadas situaciones de la realidad y consecuencias jurídicas ineludibles. La imposibilidad (*impossibilis*) a la que los juristas romanos se refieren es la imposibilidad objetiva o absoluta, una imposibilidad por completo independiente de las circunstancias personales de los individuos implicados en el caso concreto. De este modo, quedaría excluida la imposibilidad subjetiva o

problema de la alteración sobrevenida de la economía contractual, lo que ha contribuido a generar todavía más incertidumbre en torno al mismo, sobre todo a la hora de distinguir la excesiva onerosidad sobrevenida de la imposibilidad de carácter subjetivo.

## **2. Análisis de la cuestión en distintos sistemas de Derecho continental.**

### 2.1. Derecho alemán.

#### A) La regulación de la imposibilidad sobrevenida en el Derecho alemán.

##### Especial referencia a la incapacidad del deudor.

En el Derecho alemán, el § 275 BGB distingue entre imposibilidad (*Unmöglichkeit*) e incapacidad (*Unvermögen*). La imposibilidad objetiva hace que la prestación no pueda realizarse por nadie, en consecuencia, los obstáculos para el cumplimiento residen en la propia naturaleza de la prestación. Mientras que la incapacidad (o imposibilidad subjetiva) se da en todos aquellos casos en los que la prestación es realizable en sí misma, pero existe un impedimento para su cumplimiento que reside en la propia persona del deudor<sup>190</sup>. Según la doctrina, la figura jurídica de la incapacidad abarca tres grupos de supuestos diferentes: a) al deudor le faltan habilidades de carácter jurídico que son necesarias para el cumplimiento de la prestación (competencia, facultad de disposición); b) no tiene a su disposición los medios económicos que son exigibles para el cumplimiento de la prestación; c) por razones fácticas el deudor puede verse impedido para el cumplimiento de la prestación (el deudor no está en condiciones físicas para la realización de un trabajo)<sup>191</sup>.

En cuanto a las consecuencias, el BGB las ha equiparado en ambos casos: el deudor queda liberado cuando ninguna de las partes debe responder de tal

---

relativa, concepto que engloba la incapacidad personal del sujeto y la mera *difficultas* en que éste pueda encontrarse, pero que no es propiamente hablando, verdadera imposibilidad.

<sup>190</sup> Meincke, 1971: 25. En los casos de imposibilidad subjetiva la posibilidad de cumplimiento no queda excluida en todo caso. Solamente el deudor está incapacitado para el cumplimiento, los terceros podrían cumplirla.

<sup>191</sup> Meincke, 1971: 21.

imposibilidad. Solamente existe una regulación especial para los casos de obligaciones fungibles en el § 279 BGB.

El problema reside en que en los casos de imposibilidad subjetiva no está clara su diferencia con el incumplimiento, sobre todo en aquellos supuestos en los que no existe una imposibilidad en sentido lógico, según la ciencia de la naturaleza, pero existen dificultades en el cumplimiento, cuya superación es inexigible para el deudor [supuesto b) antes citado], es decir, desde un punto de vista económico se presenta prácticamente como imposible (“bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise praktisch unmöglich erschienen könnte”)<sup>192</sup>.

Que el § 275 II BGB haya equiparado los supuestos de imposibilidad sobrevenida a los de incapacidad del deudor para el cumplimiento de la prestación ha llevado a la doctrina a afirmar lo siguiente: el legislador quiere dejar claro que es el deudor y no cualquier persona quien se ha comprometido a efectuar la prestación. En consecuencia, si una prestación es todavía realizable o no, se debe determinar de acuerdo con las negociaciones de las partes, para lo que es necesario partir de un punto de vista eminentemente fáctico<sup>193</sup>.

En relación con la llamada imposibilidad económica se discute si puede equipararse en cuanto a sus efectos a la llamada imposibilidad de hecho. Las teorías acerca de la imposibilidad económica surgen después de la 1ª Guerra Mundial y según éstas se debe hablar de imposibilidad económica cuando existe una dificultad tal en el cumplimiento de la prestación que la misma solamente podría cumplirse con menoscabo de la persona del deudor o con gastos tales que exigir el cumplimiento supondría vulnerar las exigencias impuestas por la buena fe<sup>194</sup>. En consecuencia, dentro de la llamada imposibilidad económica se incluyen aquellos supuestos en los que la prestación es físicamente posible y sin embargo,

---

<sup>192</sup> Roth, 1968: 102.

<sup>193</sup> Esser, 1984: 303-304. Incluso en opinión del autor citado, no solamente la imposibilidad absoluta libera al deudor, sino también la dificultad en el cumplimiento, que no se puede vencer con el empleo de medios exigibles.

<sup>194</sup> Vid. en este sentido Lange (1958: 31). Según la jurisprudencia del RG de aquella época podrían incluirse dentro de la imposibilidad con carácter liberatorio todos aquellos casos de contratos ruinosos en los que el cumplimiento de la prestación resultase inexigible al deudor dadas las dificultades extremas de cumplimiento. Se trataría de una imposibilidad de carácter económico. De acuerdo con esta jurisprudencia no existen fronteras fijas entre la imposibilidad de carácter fáctico, jurídico o económico. En cuanto a las consecuencias jurídicas de tal imposibilidad como apunta Roth (1975: 181), la jurisprudencia era bastante flexible en el sentido de dar prioridad a la modificación del contrato sobre la resolución del mismo. Como fundamento de dichas decisiones

requiere exorbitantes esfuerzos por parte del deudor (porque sobrepasan los costes contractuales previstos). La cuestión que se trata de averiguar es si se puede exigir al deudor estos esfuerzos exorbitantes<sup>195</sup>.

En opinión de algunos autores<sup>196</sup>, el principal obstáculo que se opone a la equiparación de la imposibilidad a la llamada “imposibilidad económica” es que la primera libera al deudor *ipso iure* de su deber de prestación, independientemente de su voluntad; ahora bien, este efecto resulta poco apropiado para estos casos, porque es posible que el deudor, pese a los esfuerzos, esté dispuesto a cumplir su prestación. De ahí que se prefiera la aplicación del § 242 BGB en cuya virtud, se le concede al deudor una excepción de inexigibilidad. En consecuencia, en estos supuestos sería mejor hablar de una perturbación de la base del negocio<sup>197</sup>, ya que antes de la negación de la prestación sería conveniente adaptar el contrato a las relaciones reales, máxime cuando en la mayoría de las ocasiones el cambio de circunstancias provoca una ruptura del equilibrio de las prestaciones<sup>198</sup>. Esta cuestión será objeto de análisis en un apartado especial a continuación.

Una sentencia en la que el tribunal estima que existe imposibilidad en sentido económico es la sentencia LG Nurenberg 18 enero 1994 (Jura 1997, 81), cuyos antecedentes de hecho son los siguientes: Una tienda de muebles reclama a su cliente el pago de 3100 DM. Éste había comprado una cama tapizada de dimensiones relativamente grandes. El precio estipulado por la misma junto con la entrega y la instalación ascendía a 2400 DM. Según las averiguaciones del tribunal, éste llega a la conclusión de que la cama en su totalidad debía transportarse a la casa del comprador. Cuando se efectúa el transporte y la cama llega a casa del comprador resulta que la misma, debido a sus dimensiones, no

---

acuden a la cláusula “*rebus sic stantibus*”, a la doctrina de Windscheid sobre los presupuestos, así como al principio de buena fe.

<sup>195</sup> En opinión de Barth (1957: 3) No existe lesión del crédito en aquellos supuestos en los que la prestación ha devenido inexigible (“*Unzumutbar*”).

<sup>196</sup> Medicus, 1995: 176. Larenz, 1982: 295.

<sup>197</sup> Ésta no es sin embargo, la opinión unánime. De este modo, según Emmerich (MünchKomm “§ 275 BGB” 1979: 459) nada obsta a la aplicación de las normas sobre imposibilidad en los casos de endurecimiento de las condiciones para el cumplimiento. La aplicación de la doctrina de la “*Geschäftsgrundlage*” no supone ningún avance, sino que al contrario contribuye a una crear una mayor incertidumbre. Lo decisivo es averiguar de qué debe responder el deudor según el sentido del contrato, aplicándose las normas sobre la imposibilidad de la prestación.

<sup>198</sup> Larenz (1982: 297): “Una gran parte de los casos (..) puede, según esa doctrina (..) encontrar una solución. Se trata sobre todo, de casos de ruptura de la equivalencia de las prestaciones”.

podía atravesar las escaleras de la casa. El desarme del mueble había causado al vendedor unos costes adicionales de 700 DM. Después de exigírsele 3100 (2400+700) el comprador pretende renunciar al contrato. El vendedor interpone demanda ante el juzgado de primera instancia solicitando una modificación del contrato en base a la doctrina de la "Geschäftsgrundlage", pretensión que se estima. El tribunal de apelación, el LG, revoca la sentencia de instancia. Éste argumenta que el contrato celebrado por las partes es nulo en virtud del § 306 BGB (el equivalente en nuestro derecho sería el art. 1272 CC), según el que "el contrato en el que una de las partes se obliga a una prestación imposible es nulo".

La prestación a la que se comprometió el vendedor está integrada por una serie de prestaciones parciales como son: la transmisión de la propiedad sobre el bien, la entrega del mueble así como el transporte y la instalación. Para la aplicación de este precepto el tribunal debía comprobar si el cumplimiento de estas obligaciones era objetivamente imposible inicialmente debido a la propia naturaleza del bien.

La imposibilidad de una prestación se puede deber a distintas razones, se habla de imposibilidad física y jurídica, práctica y económica. En este caso, solamente sería aplicable la imposibilidad práctica y la económica.

Una prestación es imposible desde un punto de vista práctico cuando su cumplimiento lleva aparejado dificultades de tal tipo que cualquier persona razonable rechazaría su cumplimiento. El ejemplo típico sería la obligación de sacar del fondo del mar un anillo que en él se había hundido. En este caso, sin embargo, no se puede pensar que el desarme del mueble para su transporte sea excesivamente oneroso o irrazonable.

Queda no obstante, la opción de la imposibilidad económica. En este sentido, la prestación es imposible cuando el cumplimiento de la misma solamente es posible mediante un sacrificio desproporcionado de una de las partes. La cuestión está en determinar si el desarme del mueble supone para el que entrega un sacrificio desproporcionado. En este caso, el coste de esta actividad para el vendedor supone un aumento del 20 % del precio total estipulado. En opinión del tribunal ello es suficiente para la aplicación del § 306 BGB sobre la imposibilidad. En consecuencia, el contrato es nulo y ya no vincula a las partes a su cumplimiento.



En supuestos de hecho semejantes a éste los tribunales han optado no ya por la imposibilidad, sino por la aplicación de la doctrina de la pérdida de la base del negocio, no para conseguir la extinción de la obligatoriedad de la prestación y de la contraprestación (§§ 275 I, 323 I) o para conseguir la nulidad del contrato según el § 306, sino para la adaptación de la regla contractual a las nuevas circunstancias.

No obstante, este caso podría resolverse también sin tener que acudir a una teoría de contornos tan poco definidos como es la doctrina de la base del negocio. Tampoco parece adecuado en este caso acudir a la aplicación del § 306 BGB con la estricta consecuencia de la nulidad del negocio. La solución es desafortunada porque si a pesar del aumento de los costes, el vendedor estuviese dispuesto a cumplir su pretensión, siquiera fuese por amabilidad o por amistad con el comprador, el contrato sería irremediabilmente nulo según el § 306 BGB. Las consecuencias de la nulidad son excesivamente gravosas, así el negocio no podría confirmarse, y las partes tendrían derecho a exigir la nulidad en un plazo de 30 años, así como a restituirse las recíprocas prestaciones según las normas que regulan el enriquecimiento injusto. Por ello, el concepto de imposibilidad debe interpretarse de modo restrictivo.

En opinión de Pauli<sup>199</sup>, mediante una interpretación integradora del contrato se puede llegar a la siguiente solución: el riesgo de que el transporte de la mercancía se dificulte lo asume, en este caso, el vendedor porque se ha comprometido a la entrega del bien en el domicilio del comprador por un precio de 2100 DM. Por domicilio del vendedor se debe entender su propia casa y no la puerta de la calle. En consecuencia, es él quien debe asumir el riesgo de que la entrega se vea obstaculizada por el tamaño del mueble en relación con el de la escalera. En consecuencia, de acuerdo con esta interpretación, que está en coherencia con el § 433 (que regula las obligaciones de las partes en el contrato de compraventa) y § 157 BGB (que permite una interpretación integradora del contrato), el vendedor no podría exigir del comprador ese incremento en el precio.

---

<sup>199</sup> Cfr. el comentario que de esta sentencia realiza Pauli, 1997: 81 y ss.

### B) La imposibilidad sobrevenida en las obligaciones fungibles.

Respecto de las obligaciones fungibles el § 279 BGB<sup>200</sup>, según la doctrina mayoritaria, es una norma que establece un deber de garantía del deudor, de manera que éste soporta el riesgo de hacer acopio o de consecución de las cosas debidas (*genus nunquam perit*)<sup>201</sup>. Dentro de las obligaciones fungibles se encuentran las obligaciones dinerarias. En este caso, el deudor no se encuentra liberado por su incapacidad de pago, en otro caso se vendría abajo la totalidad del sistema de responsabilidad civil consagrado en el BGB cuando el deudor pudiese invocar su incapacidad no imputable para liberarse del cumplimiento. El sistema del Derecho de obligaciones presupone que cada uno de los intervinientes en el tráfico debe responder de su incapacidad de cumplir<sup>202</sup>. En este sentido, Medicus<sup>203</sup> se muestra partidario de la existencia de la regla “Geld muß man haben” (se debe tener dinero) en el sistema alemán a pesar de que no se haya formulado expresamente. Tratándose de deudas de dinero éstas no pueden extinguirse por imposibilidad (“Unvermögen”), de modo que no podría aplicarse el § 275 II BGB, ya que el deudor está obligado a conseguir dinero en efectivo así como a soportar el riesgo de que sea más difícil el pago, no solamente con respecto al cómo sino también respecto al cuándo.

Ahora bien, se admiten excepciones a esta regla en virtud de la doctrina de la “Geschäftsgrundlage” si la falta de medios económicos es debida a razones imprevisibles. No obstante, no podría aplicarse la mencionada doctrina en aquellos casos en los que se ha efectuado un reparto de riesgos en el contrato o cuando la ley atribuye el riesgo a una de las partes. Además, para la aplicación de la mencionada doctrina es preciso que las expectativas del deudor acerca de su capacidad para conseguir dinero en el futuro formen parte de la base del negocio, un indicio de ello sería la comunicación de tales expectativas a la otra parte. En concreto, se puede hablar de “Geschäftsgrundlage” en todos aquellos casos en los

---

<sup>200</sup> Según esta norma, en el caso de que el objeto de la prestación venga determinado por su pertenencia a un género, el deudor, en tanto el género exista, debe responder de su incapacidad en el cumplimiento de la prestación, aunque no exista culpa por su parte.

<sup>201</sup> Roth, 1968: 104.

<sup>202</sup> Roth (1968: 105): en los supuestos de falta de medios el ordenamiento jurídico se niega a aplicar el remedio de la incapacidad, luego carece de efectos jurídicos.

<sup>203</sup> Medicus, 1988: 497. Sobre este tema vid. Schmidt, 1999: 76 y ss. También Gärtner, 1988: 579 y Koller, 1979: 233.

que las expectativas de ingresos futuros han tenido consecuencias concretas para la fijación del contenido del negocio, por ejemplo, para la cuantía del interés. Otro requisito para la aplicación de la mencionada doctrina es que no se le pueda exigir a la parte perjudicada el cumplimiento puntual del contrato<sup>204</sup>.

En la doctrina alemana se discute si el § 275 II BGB (como hemos visto referido a la incapacidad sobrevenida) resulta aplicable a las obligaciones genéricas, pese a lo dispuesto en el § 279 BGB cuando la imposibilidad sea debida no a la falta de medios económicos, sino a otros motivos diferentes, como la enfermedad del deudor que le impide cumplir. El § 279 BGB no distingue si la incapacidad se debe a la falta de medios económicos o a otros motivos diferentes. Ahora bien, si atendemos a los antecedentes históricos, según alguna doctrina<sup>205</sup>, éstos demuestran que el § 279 BGB debería comprender solamente la incapacidad debida a la carencia de medios económicos. No obstante, de acuerdo con el tenor literal del precepto, parece desprenderse que el deudor debe responder, tratándose de obligaciones genéricas, ante cualquier incapacidad, ya se deba a la falta de medios económicos o a cualquier otra razón. Pese a este tenor literal, se ha defendido que para evitar que el concepto de “Unvermögen” carezca de una función relevante en el ámbito de las perturbaciones del crédito, el § 275 II BGB se debería aplicar ilimitadamente a las obligaciones genéricas en los supuestos de incapacidad debido a especiales razones de hecho<sup>206</sup>.

### C) Relaciones entre la inexigibilidad y la imposibilidad de la prestación.

---

<sup>204</sup> “(D)em Benachteiligten das Festhalten an dem unveränderten Vertrag *nicht zugemutet werden kann*” (Medicus, 1988: 505).

<sup>205</sup> Sobre esta cuestión cfr. Evans, 1977: 41y ss. De acuerdo con el primer proyecto de BGB, la incapacidad subjetiva (“Unvermögen”) debía tener la misma importancia tanto en el momento de la constitución del vínculo, como sobrevenida respecto a las obligaciones del deudor. Éste podía quedar liberado en los supuestos de imposibilidad objetiva sobrevenida de la prestación específica o genérica y en los de incapacidad subjetiva, siempre que no tuviese que responder de tal imposibilidad, más allá estaba obligado a responder de su incapacidad (§ 237 II). En opinión de la segunda comisión encargada de la redacción del BGB, la incapacidad del deudor de realizar la prestación que continúa siendo posible equivale a la imposibilidad (“Das Unvermögen des Schuldners zur Berwirkung der noch möglichen Leistung steht der Unmöglichkeit gleich”). Sin embargo, tratándose de obligaciones genéricas, el deudor debe responder de su incapacidad. Esta concepción es la que acaba plasmándose en los §§ 275 II, 279 BGB. La imposibilidad objetiva sobrevenida recibe el mismo tratamiento que la incapacidad subjetiva, salvo en los casos de deudas genéricas (“Gattungschuld”). Lo que pasa por alto la comisión es que la incapacidad subjetiva, tanto en la obligación genérica como en la específica, en línea de principio debería recibir el mismo tratamiento; ya que de otro modo, el deudor estaría obligado a responder de su incapacidad por encima de su culpa en el sentido del § 276 BGB.

<sup>206</sup> Meincke, 1971: 20.

### c.1. Concepto de inexigibilidad.

En el Derecho alemán es un concepto extendido el de inexigibilidad. En este sentido, cuando el cumplimiento de la prestación requiere esfuerzos desproporcionados se dice que la prestación deviene inexigible (“Unerschwingliche Leistung”)<sup>207</sup> de acuerdo con el § 242 BGB. Es decir, si la prestación del deudor exige esfuerzos desproporcionados que exceden el límite de sacrificio (“Opfergrenze”) éste podría quedar liberado, aunque la prestación continuase siendo físicamente posible<sup>208</sup>.

Para algunos autores existe una conexión fundamental entre imposibilidad e inexigibilidad. En su opinión, la relativización del principio “pacta sunt servanda” requiere de razones justificativas que partan de la regla general de la exigibilidad. Por lo tanto, las normas sobre la imposibilidad se convierten en el primer factor de relativización de aquel principio<sup>209</sup>. En consecuencia, la regla del § 275 II BGB puede interpretarse en el sentido de que no solamente la imposibilidad total libera al deudor, sino también todas aquellas dificultades en el cumplimiento que no pueden superarse sin emplear un esfuerzo inexigible<sup>210</sup>.

En esta misma línea, otros autores proponen un concepto amplio de imposibilidad, ya que la imposibilidad es un concepto jurídico que sobrepasa la imposibilidad en sentido físico. En consecuencia, la prestación es imposible en sentido jurídico no solamente cuando no puede realizarse teniendo en cuenta criterios lógicos, sino también cuando su realización no es exigible de acuerdo con la buena fe en la contratación<sup>211</sup>. Imposible es lo que en la práctica no puede tener lugar (“was praktisch, nach den Erfahrungssätzen nicht geschehen kann”),

---

<sup>207</sup> Ennecerus, Kipp, Wolf, 1954: 192-193.

<sup>208</sup> Esser (1984: 302): “Es geht nach allem um das Festlegen einer „Opfergrenze“, jenseits deren der Schuldner trotz „natürlicher“ Erbringbarkeit nicht mehr im Obligo ist”.

<sup>209</sup> Lembke (1991:152) En su opinión, la necesidad de permitir una excepción al principio *pacta sunt servanda* deriva del principio de inexigibilidad. Este principio, que se extrae del § 242 BGB, establece que el deudor no está obligado a efectuar la prestación cuando le es inexigible.

<sup>210</sup> Esser (1984: 304): No solamente la imposibilidad total es capaz de liberar al deudor, también lo es un endurecimiento de la prestación que no es posible superar con el empleo de medios exigibles. Asimismo Lange (1958: 46) defiende la inclusión de los casos más graves de la pérdida de la base del negocio dentro de la imposibilidad económica. De modo que en estos casos sería posible la liberación del deudor sin tener que acudir al remedio de la resolución en base al § 242 BGB.

mientras que inexigible es lo que en la práctica puede tener existencia, pero el deudor no necesita cumplir (“der Schuldner nicht zu leisten braucht”), ya que éste no está obligado, para la consecución de un determinado resultado, a un despliegue de fuerzas tal que vaya contra la buena fe. Para su liberación el deudor debe probar que en el caso concreto se dan los criterios para ello. En cuanto al fundamento legal de la inexigibilidad, reside en el principio de buena fe contenido en el § 242 BGB.

Para que la prestación sea inexigible se señalan tres presupuestos: en primer lugar, una desproporción entre prestación y contraprestación; en segundo lugar, que esta desproporción sea considerable; en tercer lugar, que pueda no imputarse a ninguna de las partes (“unverschuldet”)<sup>212</sup>.

### c.2. Consecuencias jurídicas que derivan de la inexigibilidad.

En cuanto a las consecuencias jurídicas que derivan de la inexigibilidad, en opinión de Nipperdey, a pesar de que la jurisprudencia ha entendido que la consecuencia inmediata es la liberación del deudor, sería más conveniente el mantenimiento del contrato en interés de ambas partes, sobre todo del acreedor. En estos casos la función del juez es encontrar un equilibrio entre las prestaciones para conseguir un resultado adecuado a las exigencias del tráfico (“verkehrsmäßig erträgliches Ergebnis”)<sup>213</sup>.

Otros autores, como Fikentscher, tratan la inexigibilidad al margen de la normativa sobre la imposibilidad de la prestación para colocarla como presupuesto de la doctrina de la “Geschäftsgrundlage”. En este sentido, la inexigibilidad es un presupuesto esencial en aquellos casos en los que el § 242 BGB determina no sólo la subsistencia de la prestación, sino también cómo debe cumplirse<sup>214</sup>. En consecuencia, no es posible crear una teoría acerca de la “Geschäftsgrundlage” sin hacer referencia a la inexigibilidad<sup>215</sup>.

---

<sup>211</sup> Nipperdey, 1921: 10.

<sup>212</sup> Nipperdey, 1921: 25.

<sup>213</sup> Nipperdey, 1921: 32.

<sup>214</sup> Fikentscher (1965: 103): la inexigibilidad es, por tanto, el presupuesto esencial para aquellos casos en los que el § 242 BGB determina no sólo el “cómo” sino también el “sí” de la prestación.

<sup>215</sup> En contra de este argumento vid. Ulmer (1974: 184), para quien la inexigibilidad de la prestación (“Unzumutbarkeit”) no es tanto un presupuesto de la institución de la

Estos autores no son partidarios de la formulación de doctrinas abstractas, sino que se debe atender al caso concreto, ya que no solamente están en juego los intereses del deudor, sino también del acreedor. En este sentido, un contrato en particular es injusto cuando vincula a las partes a prestaciones inexigibles. Se debe analizar si la circunstancia en cuya subsistencia el deudor confía tiene tanto peso en el contrato que la frustración de la misma es capaz de provocar la inexigibilidad de la prestación.

El concepto de confianza (“Vertrauen”) no debe entenderse exclusivamente en sentido psicológico, pero tampoco desde un punto de vista completamente objetivo, aunque permite ambas lecturas. Un deudor confía en el sentido del § 242 BGB en una circunstancia, cuando la tiene presente en sus representaciones mentales (“Absicht”), pero también cuando, pese a no asumirlas en sus representaciones, las tiene en cuenta de modo implícito en su comportamiento. Esta última confianza es solamente de tipo normativo, por tanto, su existencia se extrae de una comparación con otros deudores en la misma situación con ayuda de un juicio de normalidad, huyendo de una concepción de tipo subjetivo propio de la doctrina de Windscheid sobre los presupuestos.

En conclusión, el juicio acerca de la inexigibilidad de la prestación requiere un análisis de la economía negocial, de cuál es la situación de intereses que tiene reflejo en el contrato<sup>216</sup>. De este modo, el criterio de la inexigibilidad se convierte no sólo en un elemento de valoración de la influencia que un cambio de los presupuestos fácticos pueda tener sobre el negocio, sino también marca las consecuencias que de ello se derivan. Para ello, habrá de tenerse en cuenta el carácter de la prestación debida, pero también de las partes implicadas en la relación contractual<sup>217</sup>.

---

“Geschäftsgrundlage” sino más bien un elemento para la valoración de los intereses de las partes en orden a la determinación de las consecuencias jurídicas derivadas de la perturbación de la base del negocio. En este mismo sentido vid. Lange (1958: 36): la inexigibilidad representa el límite al cumplimiento de la prestación según exigencias de justicia. De este modo se aplica a la cuestión de la base del negocio un principio básico en cuanto al reparto de los riesgos contractuales.

<sup>216</sup> Fikentscher (1965: 107): Cuando la defraudación del obligado sobre una circunstancia contractual tiene tanta importancia que parece injusto el mantenimiento de la obligación, el *summum ius* del contrato (fundamentalmente la confianza en el mismo) se convierte en *summa iniuria*, de modo que se debe excepcionar el principio *pacta sunt servanda*. Al contrario, cuando el acreedor se haya visto defraudado de tal forma que parezca injusto liberar al deudor, se debe garantizar el cumplimiento de la prestación.

<sup>217</sup> Por ejemplo, en opinión de Lange (1958: 37) este criterio opera de modo diverso según que las partes implicadas sean comerciantes o bien personas privadas. El principio *pacta sunt servanda*

La inexigibilidad supone una excepción a la concepción del contrato propuesta por Ihering como el instrumento jurídico del que disponen las partes para la satisfacción de sus necesidades asegurándose recíprocamente frente a un posible cambio de aquellas circunstancias en las que depositaron su confianza<sup>218</sup>.

Estos autores que ponen en conexión la inexigibilidad con la doctrina de la "Geschäftsgrundlage" niegan cualquier conexión entre aquélla y las normas sobre imposibilidad sobrevenida, porque la imposibilidad se debe entender en sentido físico, además de que la inexigibilidad está relacionada con el contenido de la prestación (sirve de instrumento para delimitar el contenido de la prestación según el § 242 BGB<sup>219</sup>) y no con las perturbaciones del crédito (como es el caso de la imposibilidad sobrevenida de la prestación).

En cuanto a las consecuencias jurídicas derivadas de la aplicación del § 242 BGB, se debe proceder a la adaptación de la reglamentación contractual al cambio de circunstancias. Solamente en casos extremos se podría admitir la disolución del contrato, en virtud del principio *favor contractus*. Es el juez quien debe determinar qué es lo que se debe entender por inexigible, así como si la disolución del contrato debe operar *ex tunc* o *ex nunc*. El principio *favor contractus* recomienda la segunda posibilidad (*ex nunc*).

Existe también una cierta doctrina que, mediante una peculiar interpretación de los §§ 275-280 BGB, convierte en inútil el recurso a fórmulas como la imposibilidad en sentido económico, la inexigibilidad o la pérdida de la base del negocio. Según esta doctrina, para la liberación del deudor de su obligación según el § 275 BGB, lo más importante no es la imposibilidad sino que el deudor incumplidor no deba responder del incumplimiento<sup>220</sup>. En consecuencia, puede ser injusto liberar al deudor diligente en los casos en los que la prestación deviene imposible debido a circunstancias de las que él no debe responder y sin embargo,

---

cobra mayor importancia en los casos de comerciantes, ya que éstos trabajan con ganancias y pérdidas. En la compraventa mercantil cada una de las partes debe soportar el riesgo de un contrato desventajoso en una esfera más amplia que en otros negocios semejantes entre particulares. En este mismo sentido, en la doctrina española vid. Velasco (1948: 435). Según este autor, el deudor comerciante que por una situación de agobio económico se ve en la imposibilidad de cumplir sus obligaciones no puede pretender la resolución o modificación de sus obligaciones alegando una extraordinaria dificultad económica.

<sup>218</sup> Cfr. la obra de Ihering sobre el fin en el Derecho (1904: 204 y ss.).

<sup>219</sup> Fikentscher (1965: 116): La ineficacia de la obligación a causa de la inexigibilidad según el § 242 BGB representa solamente un límite al contenido de la prestación.

<sup>220</sup> Jakobs, 1969: 79 y ss.

no liberarlo en aquellos supuestos en los que la prestación no es imposible, pero surgen dificultades que la hacen más onerosa y de las que él tampoco debe responder. Frente a este argumento se ha respondido<sup>221</sup> que en una economía de mercado, el deudor asume el riesgo de cumplir con su prestación aun incluso en aquellos casos en los que la prestación resulte más onerosa a como se previó en el momento de contratar. Además, frente al razonamiento según el que al deudor no se le puede exigir más para cumplir su prestación que para evitar la responsabilidad derivada del incumplimiento, se produce una confusión entre dos conceptos diferentes como son la responsabilidad del deudor por el interés que tiene el acreedor en la prestación, que consiste en la reparación de los daños y perjuicios derivados del incumplimiento, y los límites de la obligación del deudor. La razón de la regulación del § 275 es que los redactores del BGB no quisieron que simplemente con el incumplimiento surgiera para el deudor una obligación de indemnización de daños y perjuicios: esta consecuencia debía excluirse si se daban otras circunstancias tales como la imposibilidad de la prestación<sup>222</sup>. El fin de la obligación de indemnizar según el § 280 BGB<sup>223</sup> es remitir al deudor al cumplimiento en tanto que este sea posible, es decir, el § 280 BGB tiene como objetivo excluir la pretensión de indemnización de daños y perjuicios (cumplimiento por el equivalente) en tanto que el cumplimiento (específico) siga siendo posible. Para los daños derivados del incumplimiento no se aplica el § 280,

---

<sup>221</sup> Lopau, 1974: 79.

<sup>222</sup> La normativa del BGB en materia de imposibilidad sobrevenida es fruto de la influencia de los trabajos de Friedrich Mommsen (especialmente *Die Unmöglichkeit der Leistung in ihrem Einfluß auf obligatorische Verhältnisse*, 1853), en los ponentes de la codificación civil alemana. Así, y por obra de la misma, se redujeron normativamente todos los supuestos de incumplimiento de las obligaciones a la imposibilidad de la prestación y la mora imputables al deudor, quedando al margen de la letra de la ley todos los otros daños que pueda causar la inobservancia por el deudor del deber de prestación, señaladamente el cumplimiento defectuoso. La falta de realismo de esta normativa se puso inmediatamente de relieve. De ahí que se extendiera la noción de “positive Vertragsverletzungen”, que comprende en Derecho alemán todas las llamadas violaciones positivas del contrato o del crédito y que, siendo imputables al deudor, dan lugar a indemnización por los daños causados. Debido a estas carencias del BGB, la Comisión para la reforma del Derecho de obligaciones en Alemania prevé la superación de esta situación mediante el desplazamiento de la noción de imposibilidad de la prestación (“Unmöglichkeit der Leistung”) por la de incumplimiento o violación de un deber (“Pflichtverletzung”). En este sentido, se pretende establecer una norma que permita imputar al deudor la responsabilidad por todos los daños que la falta de ejecución de la prestación cause al acreedor, pudiéndose exonerar de esta responsabilidad con la prueba de que el incumplimiento no le es imputable, al margen de cuál sea la posibilidad material de la prestación. Sobre la conveniencia de la reforma vid. el trabajo de Stürner, 1994: 2 y ss.

<sup>223</sup> Según el § 280 BGB si la prestación deviene imposible como consecuencia de una circunstancia de la que debe responder está obligado a la indemnización de los daños y perjuicios derivados del incumplimiento.



sino los §§ 283 y 326 BGB (este último, en el caso de contratos bilaterales) de acuerdo con los que el deudor está obligado a la indemnización de daños y perjuicios cuando ha manifestado su voluntad de incumplir.

D) La imposibilidad sobrevenida de la prestación en los contratos sinalagmáticos.

El problema que se deriva de la aplicación de las normas sobre imposibilidad sobrevenida a las alteraciones de la economía contractual es que sus consecuencias jurídicas están estrictamente reguladas por el legislador, con lo que no se permite la flexibilidad que el enjuiciamiento de estos casos requiere<sup>224</sup>. En cuanto a dichas consecuencias, en los contratos sinalagmáticos el § 323 BGB<sup>225</sup> atribuye el riesgo de la imposibilidad a una de las partes, en concreto al deudor de la prestación que ha devenido imposible, de manera que él queda liberado, pero pierde el derecho a la contraprestación esperada. Para evitar estas consecuencias tan estrictas algunos autores (es el caso de Fikentscher), como se ha analizado anteriormente, ponen en relación la inexigibilidad con la doctrina de la "Geschäftsgrundlage" y no con las normas sobre imposibilidad sobrevenida, ya que de este modo, se puede conseguir una mayor flexibilidad a la hora de determinar los efectos jurídicos (se distribuirá el riesgo en función de la economía negocial, sin que tenga que recaer necesariamente sobre el deudor).

Respecto de los contratos sinalagmáticos existe una cierta polémica en la doctrina alemana acerca de si se deben aplicar las normas sobre imposibilidad sobrevenida en los supuestos de frustración del fin del contrato. Es representativa de esta polémica las obras de Beuthien y Köhler<sup>226</sup>.

---

<sup>224</sup> Cfr. Koller, 1979: 2. Según este autor las normas sobre imposibilidad están sujetas a límites definidos, por ello son adecuadas a los fines de la justicia material. De ahí el surgimiento de conceptos tales como "Opfergrenze", "Geschäftsgrundlage", etc.

<sup>225</sup> Según esta norma, en un contrato bilateral, si la prestación de una de las partes deviene imposible por una circunstancia de la que ninguna de las partes debe responder, la otra parte pierde el derecho a la contraprestación.

<sup>226</sup> La primera obra en el tiempo es la de Beuthien, publicada en 1969 con el título "Consecución y frustración del fin" ("Zweckerreichung und Zweckstörung im Schuldverhältnis"), en 1971 Köhler publica su monografía dedicada al estudio de "La imposibilidad y la base del negocio en cuanto a

### d.1. La tesis de Beuthien.

Beuthien sostiene la tesis de que la inexigibilidad no pertenece al campo de los obstáculos de la prestación ("Leistungshindernissen"), sino que es un límite a la obligación surgido del principio que prohíbe el abuso del derecho. En consecuencia, el ámbito de aplicación de la doctrina de la "Geschäftsgrundlage" se limita, a su juicio, a aquellos supuestos de dificultades en el cumplimiento de la prestación imprevisibles que afectan al equilibrio de las prestaciones, pero que no obstan a la posibilidad de la prestación. La doctrina de la "Geschäftsgrundlage" se refiere a "cómo" afectan a la prestación las circunstancias concomitantes a la misma, mientras que el "si" (la posibilidad) de la prestación está en relación con la realización del fin que integra su contenido. La imposibilidad de la prestación es una perturbación elemental del contenido del negocio y no una perturbación de la base del negocio<sup>227</sup>.

A su juicio, es absurdo concebir la imposibilidad de la prestación en sentido lógico, según el que "debe suceder algo que sin embargo, no puede tener lugar" ("etwas geschehen soll, aber nicht geschehen kann"). Las prestaciones son siempre finales, de modo que tienden a la consecución de un determinado resultado. Si se produce una frustración de ese fin, la prestación deviene imposible. En consecuencia, las normas sobre imposibilidad se podrían aplicar tanto a los casos de frustración del fin del contrato (llamado "Zweckvereitelung"), como de realización del fin de modo distinto al cumplimiento de la prestación (llamado "Zweckerreichung")<sup>228</sup>.

---

las frustraciones del fin en las relaciones contractuales" ("Unmöglichkeit und Geschäftsgrundlage bei Zweckstörungen im Schuldverhältnis").

<sup>227</sup>Beuthien, 1969: 64.

<sup>228</sup> Beuthien, 1969: 195. El BGB parte del supuesto de que el principio *pacta sunt servanda* es aplicable solamente a aquellos contratos dotados de sentido. Tratándose de un contrato en el que el fin forma parte de su esencia, si este se cumple de otro modo, falta o falla, entonces deviene un contrato sin objeto, a pesar de que la prestación siga siendo todavía posible. Se deben diferenciar distintos momentos: 1. Falta desde el principio del fin contractual típico (Zweckverfehlung), por ejemplo, en el caso de que se contraten los servicios de un médico para asistir a un enfermo, éste fallece en el momento en que los familiares contactan con el médico para la operación del enfermo, pero sin que se haya perfeccionado todavía el contrato. 2. Realización de otro modo del fin contractual (Zweckerreichung vor Vertragsabschluss), por ejemplo, el enfermo sana en el momento en el que se celebra el contrato. 3. Pérdida sobrevenida del fin contractual (Zweckfortfall), v. gr., el enfermo muere después de la conclusión del contrato, pero antes de que se hubiese realizado la operación. 4. Realización posterior de otro modo del fin contractual (Zweckerreichung nach Vertragsabschluss), por ejemplo, el enfermo deviene sano después de la celebración del contrato, pero antes de su operación.

Beuthien critica la doctrina de la "Geschäftsgrundlage" según la concibe Larenz<sup>229</sup>, ya que no separa los supuestos de frustración inicial del fin de los de frustración sobrevenida, teniendo el acreedor en ambos casos, derecho a la indemnización de los daños ocasionados por la confianza. A diferencia de Larenz, Beuthien entiende que los §§ 306, 307 BGB<sup>230</sup> serían aplicables a los supuestos de frustración del fin que es neutral desde el punto de vista del reparto del riesgo, es decir, se aplicarían en aquellos supuestos en que por razones imprevisibles, ya se ha cumplido el fin de la prestación en el momento de la celebración del contrato, siempre que las dichas razones no se incluyan en la esfera de riesgo del deudor o del acreedor. En cuanto a las consecuencias, el deudor tendría derecho a la indemnización por los gastos que haya debido soportar en el cumplimiento de su prestación<sup>231</sup>.

En los supuestos de contratos bilaterales, cuando la imposibilidad es sobrevenida, se pone fin a las obligaciones de ambas partes, equiparándose la

---

Esta opinión es compartida por Hartkopf (1982: 201 y ss.), para quien, como en los casos de frustración del fin se pierde la posibilidad de conseguir el fin estipulado en el negocio, la prestación del deudor deviene imposible de ejecutar. Por ejemplo, se contrata a una cantante para un concierto, pero enferma con posterioridad. En consecuencia, no se pudo llevar a cabo la representación. En estos casos, es dudoso que no quepa aplicar las normas sobre imposibilidad de la prestación. También por Rothoefl (1970: 235) que distingue entre el ámbito de aplicación de las normas sobre perturbación del crédito y sobre el error en cuanto al tratamiento de estos problemas. Las normas sobre perturbación del crédito se aplican en todos aquellos casos en los que la existencia esperada de determinadas circunstancias se ha hecho formar parte del contrato, mediante una vinculación causal al contenido de las aún todavía incumplidas obligaciones de las partes contratantes. Mientras que las normas sobre el error se refieren a otras circunstancias, que la declaración de voluntad de las partes no ha vinculado causalmente al contenido del negocio, por ejemplo, se refieren a la situación de partida del negocio jurídico, o a sus consecuencias jurídicas.

<sup>229</sup> Larenz, 1957: 178-179. En opinión de este autor, en los supuestos de frustración sobrevenida del fin del contrato (especialmente en los contratos de arrendamiento de servicios y de obra) surge el problema de la indemnización de los gastos que ha sufrido el deudor en el cumplimiento del contrato. Larenz entiende que en estos casos se puede resolver o denunciar el contrato. Entonces la parte que resuelve o denuncia está obligada a remunerar a la otra parte los gastos que haya sufrido derivados del cumplimiento de la prestación a su cargo. Esta obligación de indemnizar surge del principio de reparto equitativo de los riesgos en el negocio, así como de los principios derivados de la realización de negocios ajenos (quien está legitimado y obligado a velar por el negocio de otro, puede exigir indemnización por los gastos ocasionados, por ejemplo, §§ 670, 675, 683, 713 BGB). No es justo que en los supuestos de frustración del fin del contrato el deudor quede en peor situación que en los casos en los que alguien realice gratuitamente negocios ajenos.

<sup>230</sup> Estas normas se refieren a la imposibilidad inicial de la prestación. El § 306 BGB establece la nulidad del contrato que contiene prestaciones imposibles. El § 307 BGB establece la obligación de indemnizar el interés contractual negativo por parte de aquél que conoce la imposibilidad de la prestación o debe conocerla.

<sup>231</sup> Beuthien, 1969: 226.

imposibilidad a los supuestos de frustración del fin del contrato<sup>232</sup>. Incluso en los casos de contratos de tracto sucesivo no sería necesaria la denuncia del mismo.

En opinión de Beuthien, la doctrina de la "Geschäftsgrundlage" no ha logrado resolver el problema de la contraprestación<sup>233</sup>. En estos casos, según el autor, en principio, se deben aplicar las normas sobre imposibilidad contenidas en los §§ 323 y ss. BGB que no diferencian entre distintos tipos de imposibilidad, abstracción hecha del deber de responder de la misma<sup>234</sup>. Ahora bien, en aquellos supuestos en que fuese posible de otro modo la realización del fin de la prestación (es decir, el fin de la prestación se consigue sin la intervención del deudor), los §§ 275 I y 323 I 1 BGB, aplicados de una manera rigurosa, serían injustos en cuanto al problema de la contraprestación, ya que estos preceptos atribuyen el riesgo al deudor. A su juicio, sería más conveniente aplicar el § 323 I 2 BGB<sup>235</sup> que presupone un éxito parcial de la prestación y se traduce en su equivalente económico. En consecuencia, analógicamente podría también ser aplicable cuando se ha cumplido el fin de la prestación sin la intervención del deudor.

Un apoyo a su tesis lo encuentra también en el § 645 I BGB que, a su juicio, está en coherencia con el § 324 I BGB<sup>236</sup>. El § 645 I BGB contempla la responsabilidad del comitente cuando la obra se destruye como consecuencia de una circunstancia de la que no debe responder el contratista. En este caso, este último puede exigir la parte de la contraprestación estipulada por el trabajo realizado, así como los gastos no comprendidos en la contraprestación. De la

---

<sup>232</sup> Beuthien (1969: 281): Si en el contrato bilateral se pone fin a las obligaciones de las partes como consecuencia de la imposibilidad de la prestación, se pone fin a la relación obligatoria del mismo modo que sucede en los supuestos de imposibilidad de consecución del fin.

<sup>233</sup> Beuthien, 1969: 106.

<sup>234</sup> Beuthien, 1969: 114. Cfr. respecto a esta cuestión Reinhard (1998: 32). Según este último autor, el § 323 BGB no ofrece una solución adecuada para aquellos casos en los que predomine claramente la responsabilidad de una parte. Normalmente en un contrato sinalagmático la prestación y la contraprestación se encuentran en una relación de equivalencia, pero las cargas que derivan de la imposibilidad se distribuyen de modo desigual, así mientras que el acreedor normalmente no sufrirá ningún daño patrimonial (sin considerar el lucro cesante), el deudor debería soportar la pérdida de la totalidad del valor. Si ninguna de las partes debe responder de la imposibilidad esta solución se considera ajustada, ahora bien, si el acreedor hubiese influido en la imposibilidad se vería injustamente privilegiado por el § 323 BGB.

<sup>235</sup> Esta norma regula el *commodum representationis*, de manera que si el deudor ha obtenido una indemnización por la cosa debida, el acreedor podrá exigir la entrega de dicha indemnización o la cesión de la pretensión tendente a la consecución de dicha indemnización, pero a cambio tendrá que efectuar la contraprestación, aunque ésta podrá reducirse en tanto en cuanto el valor de dicha indemnización sea inferior al valor de la prestación inicialmente estipulada.

<sup>236</sup> Según esta norma, si en el contrato bilateral la prestación deviene imposible como consecuencia de una circunstancia de la que la otra parte debe responder, conserva el derecho a la contraprestación. Beuthien, 1969: 129-131.

combinación de estas dos normas resulta que en los casos de realización del fin del contrato sin la intervención del deudor, éste solamente tendría derecho a la indemnización de los gastos ocasionados, pero no a una parte de la contraprestación estipulada (porque en el primer caso existe una verdadera responsabilidad contractual del acreedor, en el segundo caso se trata de dejar indemne al deudor). Sin embargo, en su opinión, en los casos en los que el deudor no ha comenzado a cumplir con su prestación, pierde todo derecho a la contraprestación.

#### d.2. La tesis de Köhler.

La tesis de Beuthien fue rebatida por Köhler. En opinión de este autor, en los contratos bilaterales no se puede hablar de un fin común o de un fin objetivo, sino más bien de fines independientes de ambas partes contratantes<sup>237</sup>. Cada parte persigue un fin inmediato y un fin más alejado. El fin primario (“Primärzweck”) estriba en obtener la prestación de la otra parte, mientras que el fin más amplio consiste en aplicar la prestación de un modo determinado.

En el caso de frustración del fin es necesario distinguir entre el fin inmediato o el mediato. En el primer caso, si el deudor no es capaz de cumplir nos encontramos ante un supuesto de imposibilidad del § 275 BGB. En el ámbito de la contraprestación (reparto de los riesgos contractuales) junto a las reglas generales (§§ 323 y ss. BGB) se deben aplicar las reglas especiales de cada tipo contractual. Por ejemplo, en el caso del contrato de arrendamiento, el § 552 BGB<sup>238</sup>, del contrato de obra, el 645 BGB<sup>239</sup>, del de arrendamiento de servicios, los §§ 552,

---

<sup>237</sup> Esta misma tesis es sostenida por Fikentscher (1965: 108 y ss.). En su opinión, en ningún contrato bilateral, salvo quizá en el contrato de sociedad, se puede defender la existencia de un fin común a las partes contratantes.

<sup>238</sup> De acuerdo con el § 552 BGB, el arrendatario no se libera de su obligación de pagar la contraprestación en aquellos casos en los que no ha podido ejercitar su derecho de uso por razones que residen en su persona. Sin embargo, el arrendador debe descontar del precio del arrendamiento los gastos que se ahorra, así como lo que pudiese obtener como consecuencia del empleo de cualquier otra forma de la cosa arrendada.

<sup>239</sup> Según el § 645 BGB, si antes de la aceptación la obra se pierde, empeora o deviene irrealizable, como consecuencia de un defecto causado por los materiales aportados por el comitente o de las órdenes dadas por el mismo para la realización de la obra, sin que haya concurrido una circunstancia de la que deba responder el contratista, éste puede solicitar indemnización de los gastos ocasionados como consecuencia del trabajo realizado, así como por los gastos no incluidos en el precio.

615<sup>240</sup>, 627 BGB<sup>241</sup>. Si el fin contractual se consigue de otros modos, deben darse idénticas soluciones (en contra de lo expuesto por Beuthien). Respecto al fin mediato se puede deducir del BGB que, en principio, es el acreedor el que soporta el riesgo de que sea imposible aplicar la prestación al fin previsto. No obstante, existen numerosos supuestos en los que la ley no aporta ninguna solución, en este caso, las lagunas legales no se pueden cubrir mediante la aplicación de las normas sobre imposibilidad de la prestación (§§ 275, 323 y ss BGB).

El intento de construcción de un deber de prestación vinculado a un fin para poder aplicar las normas sobre imposibilidad de la prestación, como hace Beuthien, es criticable, ya que ello tendría consecuencias desfavorables para la dogmática sobre la perturbación del crédito<sup>242</sup>. A su juicio, los problemas

---

<sup>240</sup> El § 615 BGB establece que si el arrendatario se encuentra en mora en cuanto a la aceptación del servicio, el arrendador puede exigir la contraprestación acordada, ahora bien, de aquella se debe reducir el importe de lo que se hubiera ahorrado como consecuencia de la no realización del servicio, o de lo que hubiese obtenido por la aplicación del servicio a una finalidad distinta, también en el caso de que no lo aplique a esa finalidad por su comportamiento doloso.

<sup>241</sup> Según el § 627 BGB, en el contrato de arrendamiento de servicios que no constituye una relación laboral en el sentido del § 662 BGB, es posible la denuncia del contrato sin atenderse al § 626 BGB, cuando el obligado a prestar el servicio deba realizar actividades más costosas respecto de lo inicialmente previsto, siempre que no se trate de una relación duradera para la que se haya pactado un precio fijo. Sin embargo, el obligado solamente puede denunciar de modo que el receptor del servicio pueda conseguir éste de otro modo, a no ser que exista una razón que justifique la denuncia. Si pese a ello denuncia, debe indemnizar al arrendatario por los daños causados.

<sup>242</sup> En opinión de Köhler (1971: 97), Flume y Beuthien quieren volcar la circunstancia especial que hace imposible la consecución del fin por el acreedor en el deber de prestación del deudor, Flume (1979: 499) mediante la inclusión de un elemento positivo, Beuthien de uno negativo. En los casos de la coronación, según Flume el fin adicional de la prestación se incluye dentro del deber de prestar del deudor ("In diesem Fall war der Umstand, daß der Krönungszug stattfinde, nicht nur Inhalt der Vorstellung der Vertragsschließenden als eines Moments neben dem Verträge. Der Vertrag selbst war vielmehr auf diesen Umstand ausgerichtet"), para Beuthien la prestación típica solamente puede ser liberatoria en aquellos casos en los que es apta para la consecución del fin. Ambos autores fundan sus tesis en el principio de la libertad contractual. Las partes tienen derecho en virtud de este principio para configurar el contenido del contrato apartándose del tipo legal, en opinión de Köhler, lo que no está tan claro es que este principio sea suficiente para comprender adecuadamente y de modo ajustado al sistema, el fenómeno de la frustración del fin amplio del acreedor. Por ello, a su juicio, se debe diferenciar el contenido de la prestación del valor de la prestación. El contenido es aquello a lo que el deudor se ha obligado, mientras que el valor se corresponde con la necesidad que tiene el acreedor de dicha prestación. Esa necesidad puede ser mayor o menor según las circunstancias. En consecuencia, no es relevante que una determinada prestación, que normalmente no tiene valor alguno, porque no se corresponde con ninguna necesidad, adquiera un valor superior mediante algún cambio repentino del medio (por ejemplo, el caso propuesto por Locher de la celebración de una feria en un determinado hotel, cuando después ésta no llega a celebrarse y se ha pagado un precio muy elevado por una habitación). En su opinión (1971: 98), resulta inadecuado extraer del mayor valor de la prestación los parámetros con los que se debe medir el contenido de la misma.

Frente a la construcción de Beuthien se pueden hacer otras críticas que afectan a la relación entre el cumplimiento (§ 362) y la imposibilidad casual (§ 275). Ambos son, y ahí reside su parecido, supuestos de liberación del deudor. La diferencia es importante en los contratos sinalagmáticos, ya que en los casos de imposibilidad normalmente decae el deber de realizar la contraprestación.

derivados de la frustración del fin deberían resolverse mediante la aplicación de la doctrina de la "Geschäftsgrundlage". Ahora bien, los principios elaborados por la jurisprudencia a la hora de aplicar la doctrina de la "Geschäftsgrundlage" en su opinión, no son satisfactorios, ya que no se han elaborado unos presupuestos de aplicación, no tiene una forma típica y se ha construido simplemente sobre el rasgo incierto de la inexigibilidad ("Unzumutbarkeit"). Por ello, a su juicio, parece más correcto seguir la tesis de Larenz sobre la distinción entre ruptura de la equivalencia y frustración del fin. No obstante, respecto a la segunda cuestión, los criterios fácticos acerca de la frustración del fin "Zweckvereitelung" (en el sentido de frustración del fin en sentido amplio) principalmente la existencia de un fin objetivo del contrato y la superveniencia de la pérdida de sentido del mismo, no son adecuados para resolver el principal problema normativo cuál es el de la distribución de los riesgos cuando no es posible la aplicación de la prestación al fin previsto.

De este modo, el autor reinterpreta la doctrina de la "Geschäftsgrundlage" en los supuestos de frustración del fin de tal modo que el afectado puede acogerse a tal doctrina cuando la otra parte se niegue radicalmente a cualquier cambio en el contenido de la prestación, considerándose su comportamiento contrario a la buena fe. En cuanto a las consecuencias jurídicas, en primer lugar se habría de proceder a la adaptación del contrato y si no fuera posible a la resolución del mismo, ahora bien, el que resuelve estaría obligado a indemnizar los gastos realizados en el cumplimiento de la prestación.

---

El contenido de la prestación es todo aquello que el deudor debe realizar para que se pueda exigir la contraprestación. Ahora bien, el reparto de los riesgos no es un indicio para determinar si por ejemplo, nos encontramos ante un arrendamiento de servicios o ante un contrato de obra. El reparto de riesgos puede modificarse por acuerdo de las partes, sin que el contrato pierda su estructura típica. En este sentido, un contrato de obra queda como tal, también cuando el arrendatario ha asumido el riesgo de no realización del fin de la prestación a su cargo, es decir, también cuando asume el riesgo de que surja una circunstancia que no es objeto de su deber de prestación. ("Ein Schluß von der gewollten oder gesetzlichen vorgesehenen Risikoverteilung auf den Inhalt der Leistung ist unzulässig, ja würde die Figur der Gefahrtragungsregelung ad absurdum führen"). No obstante, esta conclusión está en la base de las teorías de Flume y de Beuthien. De las tesis de estos autores se puede extraer que los conceptos de imposibilidad y de cumplimiento se hacen depender del problema de la contraprestación, lo que conduce a una relativización de estos conceptos.

En contra de la aplicación de las normas sobre imposibilidad a los supuestos en los que una de las partes no puede aplicar la prestación al fin previsto se encuentra también Barth (1957: 15 y ss.), para quien, lo correcto en este caso es acudir a la cláusula "rebus sic stantibus", o el tratamiento del problema desde el punto de vista de la interpretación.

Incluso el deudor puede invocar la mencionada doctrina cuando la voluntad del acreedor de mantener en vigor el contrato, a pesar de no poder alcanzar el fin previsto, puede considerarse como un ilícito “venire contra factum proprium”<sup>243</sup>. Lo mismo sucede en el caso de que el acreedor se encuentre en un caso de “Risikonutznießung” (es decir, en la medida en que espera conseguir una ganancia debe asumir también un determinado riesgo que está indisolublemente unido a dicha ganancia. En este caso, se debe reducir el valor de la contraprestación en razón del menor valor de la prestación (§§ 472, 323 I 2 BGB))<sup>244</sup>. Una aplicación de este último principio podría darse en el siguiente caso: el deudor de una prestación específica, considerando el fin al que piensa destinar la prestación el acreedor, exige una contraprestación elevada. Este principio lleva consigo que en los casos en que se produzca una desaparición de las circunstancias que hacen posible la ganancia, este mayor beneficio ya no esté justificado, de modo que el deudor debería soportar el riesgo de su pérdida (por ejemplo, en el contrato de arrendamiento de un refugio en la montaña se fija un precio muy elevado porque ese año se espera que nieve abundantemente, de modo que se podrán practicar deportes de invierno, si después no nieva, según la tesis de Köhler, el arrendatario no estaría obligado a pagar un precio tan elevado).

A juicio de Köhler, el problema de la frustración del fin en sentido amplio no es un problema del contenido de la prestación, sino un problema del reparto de riesgo<sup>245</sup>. Se trata de averiguar quién debe soportar el riesgo de la contraprestación. El punto de partida no puede ser el contenido de la prestación, pues el deber de prestar no es variable y además, no es necesariamente perjudicial para el destino de la contraprestación.

Además, Köhler advierte de los peligros de la concepción de Beuthien, ya que la cuestión de si existe imposibilidad o no, no se puede responder desde el punto de vista de su causación, sino que la respuesta a la imputación de la imposibilidad se debe resolver una vez ya se ha producido la misma. Por otro

---

<sup>243</sup> Köhler, 1971: 152.

<sup>244</sup> Köhler, 1971: 154.

<sup>245</sup> Köhler, 1971: 100-102. Si las partes han manifestado su voluntad de efectuar el reparto de riesgos de una determinada manera, incluyendo una condición o un derecho de resolución, no se plantea problema. La existencia en el contrato de un reparto de riesgos puede determinarse mediante la interpretación, ahora bien si realmente no existe tal reparto el juez no debe fingirlo, ya que la interpretación está sujeta a unos límites. En este mismo sentido Koller (1979: 244) opina



lado, la aplicación del concepto de “deber de prestación vinculado a un fin (“zweckgebundenen Lesitungspflicht”) contribuye a crear inseguridad en la distinción entre la imposibilidad sobrevenida y el incumplimiento del deudor<sup>246</sup>. Además, las normas sobre imposibilidad de la prestación no deben aplicarse en aquellos casos en los que el comportamiento del deudor no se ajusta al programa obligatorio, por ejemplo, porque ha incumplido una obligación accesoria o incluso una obligación principal<sup>247</sup>.

En conclusión, en opinión de Köhler, se debe rechazar la tesis de Beuthien, ya que la figura del fin vinculado a la prestación es demasiado vaga y confunde los límites entre la imposibilidad y las perturbaciones del crédito. Dar una mayor relevancia a la prestación específica conlleva la necesidad de una ampliación del término “deber de responder” en el sentido del § 324 I BGB. Además, su intención es la de construir una teoría general sobre la frustración del fin del contrato de un modo adecuado a los intereses en juego, sin embargo, no es posible una solución única para todos los conflictos<sup>248</sup>.

Esta cuestión del reparto de riesgos en los contratos sinalagmáticos la veremos con más detenimiento en otro apartado de este trabajo. Valga lo dicho para mostrar la confusión que existe en cuanto a la aplicación de las normas sobre imposibilidad sobrevenida a los supuestos de alteraciones de la economía contractual, sobre todo en los contratos sinalagmáticos, donde no siempre es justo atribuir el riesgo a una de las partes.

## 2.2. Derecho italiano.

### A) El régimen de la imposibilidad sobrevenida en el Derecho italiano.

---

que la interpretación integradora es posible sólo cuando existe en el contrato una regla susceptible de esta interpretación.

<sup>246</sup> Köhler, 1971: 104-105.

<sup>247</sup> Beuthien (1969: 187) pone el ejemplo de quien alquila una local de negocio en el que tiene instalada una tienda, bastante conocida, de modo que la realización de esta actividad comercial determina el valor del propio local comercial. Si el propietario arrienda dicho local, pero el arrendatario lo usa para un fin distinto, existe sin duda un incumplimiento (“positive Vertragsverletzung”). Si se sigue la tesis de Beuthien, se trata de una imposibilidad de la que debe responder el deudor (§ 324 I), puesto que la prestación del arrendador (entrega del bien) pierde su vinculación con el fin originario de la misma, ya que el arrendatario la aplica a un fin diferente, en consecuencia, es imposible como consecuencia de una causa de la que debe responder el acreedor.

<sup>248</sup> Köhler, 1971: 116.

En el Derecho italiano, para el análisis de la cuestión hay que tener en cuenta básicamente los arts. 1218 y 1256 CC it. El tenor del art. 1218 CC it es muy claro desde el punto de vista literal, el precepto dice que el deudor debe cumplir hasta el límite de la posibilidad física y jurídica de la prestación. La imposibilidad sobrevenida se incluye dentro de las causas de extinción de la obligación en el art. 1256 CC it, pero ésta es liberatoria para el deudor solamente en el caso de que se deba a una causa a él no imputable en relación con el art. 1218 CC it.

Respecto a los contratos sinalagmáticos, el art. 1463 CC it contempla la imposibilidad liberatoria como causa de resolución del contrato y, por lo tanto, el deudor liberado por la imposibilidad sobrevenida de la prestación por causa a él no imputable pierde el derecho a la contraprestación<sup>249</sup>.

#### a.1. La tesis de Osti.

El régimen de la imposibilidad sobrevenida en el Código civil italiano se debe en gran medida a las tesis de Osti. Este autor fue uno de los mayores detractores de la equiparación entre la imposibilidad objetiva y la subjetiva. En su opinión<sup>250</sup>, la imposibilidad objetiva es aquella constituida por un impedimento inherente al contenido de la prestación, es decir, por un obstáculo que se oponga a la exigibilidad de la prestación en sí misma considerada, abstracción hecha de todo elemento extrínseco a la misma y en particular, de impedimentos referidos a las condiciones personales del sujeto obligado. Por otro lado, la imposibilidad subjetiva es aquella que depende de las condiciones particulares del deudor, de un impedimento intrínseco en su persona o en la esfera de su economía individual, sin que venga referido necesariamente al contenido esencial de la prestación. Sin

---

<sup>249</sup> Cfr. Sacco, 1982: 530.

<sup>250</sup> Osti (1913: 217): “Noi diremo (..) *obiettiva* la imposibilità costituita da un impedimento inherente all'intrinseca entità di tale contenuto della prestazione, da un impedimento, cioè, che si opponga all'eseguimento della prestazione in sè e per sè considerata, astrazione fatta da ogni elemento estrinseco alla medesima e in specie, in quanto sian tali, dalli condizioni particolari del soggetto obbligato; *subiettiva*, all'incontro, quella che dipenda da queste condizioni particolare del debitore, da un impedimento insorto nella sua persona o nella sfera della sua economia individuale, senza essere necessariamente collegato al contenuto intrinseco della prestazione”.

embargo, Osti admite la relevancia de impedimentos personales del deudor siempre que las características personales de éste se contengan en la prestación, este es el caso de las prestaciones de carácter infungible, contraídas en función de las características y aptitudes de un deudor determinado.

En consecuencia, en su opinión, siempre que la prestación fuese posible en sentido objetivo y absoluto el deudor debería responder por el simple hecho del incumplimiento; mientras que si la prestación deviniese objetiva y absolutamente imposible el deudor no sería responsable, a no ser que pudiese imputársele aquella imposibilidad sobrevenida<sup>251</sup>. De este modo, la culpa se convierte no ya en el fundamento de la responsabilidad por incumplimiento, sino de la responsabilidad por imposibilidad sobrevenida (objetiva y absoluta) de la prestación. Ya que, en opinión del autor citado, al Derecho italiano le es del todo extraño el concepto de obligación como deber de mera diligencia.

La influencia que Osti tuvo sobre los redactores del Código Civil italiano de 1942 se refleja en que este texto legal, como se ha dicho, acoge la fórmula en virtud de la que el deudor se encuentra vinculado al contrato hasta el límite de la posibilidad (art. 1218 y 1256 CC it), con la única excepción de la superveniencia de eventos imprevisibles<sup>252</sup>. En este sentido, el art. 1218 CC it alberga un concepto muy rígido de imposibilidad.

#### a.2. La superación de la tesis de Osti.

Esta tesis de la imposibilidad objetiva y absoluta ha tratado de superarse, en opinión de Bianca por un lado, por una corriente que pretende dar importancia a la imposibilidad relativa, la otra a dar relevancia a la buena fe<sup>253</sup>.

Estos intentos de mitigar el rigor en la apreciación de la imposibilidad sobrevenida de carácter liberatorio no deja de tener importancia en el Derecho

---

<sup>251</sup> Osti, 1913: 344.

<sup>252</sup> Giovene, 1941: 98. La doctrina de Osti influyó de modo decisivo sobre los redactores del Código Civil italiano de 1942, el art. 1218 en relación con el art. 1256 ha querido poner en evidencia que debe tratarse de imposibilidad de la prestación en sí y por sí considerada, no originada en causas inherentes a la persona del deudor o a su economía que no estén conectadas objetivamente a la prestación debida, solamente se tendrán en cuenta aquellos impedimentos personales que incidan sobre la prestación considerada en sí y por sí, en su sustancia y en sus presupuestos objetivos.

italiano a pesar de la existencia del art. 1467 CC it, que faculta para resolver el contrato en los casos de excesiva onerosidad sobrevenida, ya que la misma se refiere a la prestación considerada objetivamente y no a la situación subjetiva en que se encuentra el deudor<sup>254</sup>. Además de que la excesiva onerosidad sobrevenida es una institución que queda al margen de la responsabilidad del deudor y se ocupa de un problema distinto cual es el mantenimiento del equilibrio económico de la relación contractual<sup>255</sup>. Barassi<sup>256</sup>, por su parte, propone una distinción entre impotencia, imposibilidad y excesiva onerosidad sobrevenida. En su opinión, la impotencia excede de los límites de la dificultad sin llegar a la imposibilidad. En este sentido, la impotencia es un concepto absoluto, se entiende como incapacidad del deudor, en las condiciones en las que se encuentra, de cumplir la prestación. Por el contrario, la excesiva onerosidad sobrevenida es un concepto relativo, el obstáculo imprevisible y extraordinario sobrevenido puede exigir para el cumplimiento de la prestación un esfuerzo desproporcionado a la importancia del fin perseguido por la prestación, sin que el deudor se haya visto privado de medios técnicos o financieros necesarios para el cumplimiento. El BGB ha regulado la impotencia, sin embargo, el Código Civil italiano solamente ha tenido en cuenta la excesiva onerosidad en el art. 1467.

Por un lado, un sector doctrinal propone un concepto de imposibilidad relativa que se caracteriza por la referencia al esfuerzo de cooperación relativo al tipo de obligación. En este sentido, debería comprobarse si el impedimento sobrevenido podría o no superarse con el empleo del esfuerzo exigido al deudor según el tipo de obligación de que se trate<sup>257</sup>.

---

<sup>253</sup> Cfr. Bianca, 1994: 12.

<sup>254</sup> Sacco, 1982: 541.

<sup>255</sup> Cfr. Bianca (1979: 144): La excesiva onerosidad sobrevenida es una institución que trata de hacer frente a la anómala desproporción entre el costo originario de la prestación que debe realizar el deudor y el costo sobrevenido. En los casos de excesiva onerosidad sobrevenida el costo excesivamente elevado de la prestación no es como tal un impedimento de la prestación, sino sobre todo es expresión de la intolerable anormalidad que llevaría consigo la satisfacción del interés crediticio.

<sup>256</sup> Barassi, 1946: 1040.

<sup>257</sup> El criterio de la imposibilidad absoluta encontraría aplicación en las obligaciones en las que el deudor debe impedir la pérdida o la sustracción del bien debido (por ejemplo, la obligación del depositario) en el resto de obligaciones encontraría aplicación el criterio de la culpa. Según Bianca (1994: 22), la responsabilidad contractual extremada hasta el límite de la imposibilidad objetiva y absoluta ha sido rechazada por el Código civil alemán. También tiene predicamento en el Derecho inglés donde se acude al expediente de la condición contractual implícita de modo sensible al esfuerzo exigido al deudor.

Por otro lado, la segunda opinión sostiene que la imposibilidad liberatoria debe ser objetiva y absoluta, pero admite que el deudor no deba considerarse responsable cuando el cumplimiento no pueda exigirse según la buena fe, es decir, en el caso de que el mismo requiera medios anormales que, según la buena fe, no debe desplegar. Este tema será objeto de estudio en el siguiente epígrafe, nos ocuparemos ahora del estudio de las teorías sobre la imposibilidad relativa.

Dentro de aquellas teorías, entiende Barassi que la imposibilidad de la prestación debe medirse en sentido objetivo, pero este criterio absoluto debe suavizarse en función del esfuerzo que deba exigirse al obligado (atendiendo a la relación contractual en concreto). De este modo, se pone en conexión el art. 1218 CC it y la regla de la diligencia de un buen padre de familia del art. 1176 CC it. En consecuencia, se pretende conectar la responsabilidad por incumplimiento con el concepto de culpa y negligencia. Esta interpretación supone limitar el ámbito de aplicación del art. 1218 CC it a una única hipótesis de incumplimiento, cual es la que se produce en los casos de imposibilidad sobrevenida de la prestación. Es decir, la norma regula solamente la posición del deudor frente a la imposibilidad sobrevenida de la prestación y limita su obligación de evitar los impedimentos que obstan al cumplimiento de la prestación al esfuerzo de un buen padre de familia. De ahí la importancia del art. 1176. En este orden de ideas la culpa constituye el fundamento de la responsabilidad por incumplimiento, ya sea que éste se manifieste en forma de imposibilidad por causa imputable al deudor, ya sea en otra forma de incumplimiento de una prestación posible<sup>258</sup>.

---

<sup>258</sup> Cfr. Barassi, 1946: 1042 y ss. Según este autor, se debe atribuir a los arts. 1176 y 1218 CC it una diversa zona de influencia. De este modo, en el primero de los preceptos el deber de una normal diligencia se refiere al modo en el que debe realizarse la prestación, mientras que el segundo marca el límite de la imposibilidad no imputable a una prestación no efectuada. Él entiende que la obligación conduce a un deber de energía, de esfuerzo en la realización de una conducta. En consecuencia, el deudor incumple si no despliega este nivel de energía (conforme a la diligencia del buen padre de familia). En el Código Civil actual el art. 1176 se limita a defender la figura del *bonus pater familias* subrayando su carácter deontológico y el art. 1218 justifica la extensión del caso fortuito a la persona y a la economía del deudor. En conclusión, el deber de diligencia coincide con la posibilidad de la prestación. Esta interpretación está de acuerdo con el Derecho romano, donde existía la norma según la que el deudor respondía solo de la inobservancia de la diligencia que le era requerida. En cierto sentido, el esfuerzo requerido al deudor para el cumplimiento de la prestación no podía superar el de la diligencia exigible, solamente en los casos de excepción se exigía al deudor la llamada “custodia técnica”, en estos casos el deudor solamente quedaba obligado hasta el límite del *damnum fatale* o de la *vis maior*. En estos supuestos las fuentes exigían al deudor una diligencia personal extrema (*exacta, exactissima diligentia, diligentia diligentissimi patris familias*). En cuanto a las prestaciones posibles, pero extremadamente difíciles el Derecho romano tendía a no excluir totalmente la responsabilidad del deudor. En estas situaciones de impotencia el Derecho romano autorizaba, como exigencia de la equidad, la

Por otro lado, en esta misma línea, Betti rechaza la distinción entre imposibilidad absoluta y relativa, en la medida en que la imposibilidad llamada absoluta es absurda, ya que “el reino del Derecho es esencialmente el reino de lo relativo”. De este modo, la imposibilidad debe entenderse como relativa en cuanto que siempre hace referencia al tipo de relación obligatoria de que se trata y al típico compromiso de cooperación que exige esa relación. Sin embargo, en lugar de esta distinción prefieren adoptar otra como la distinción entre la imposibilidad objetiva y la subjetiva, siendo ésta última admitida por el Código civil italiano en el art. 1218 en relación con el 1176<sup>259</sup>, aunque también podrían valorarse otros criterios diferentes de la culpa para la admisión de la imposibilidad subjetiva (por ejemplo, el deudor no puede prever el resultado dañoso, se encuentra fuera de su esfera de control, etc.)<sup>260</sup>.

En opinión de Cantillo, es absolutamente preferente la concepción subjetiva de la responsabilidad por incumplimiento, de modo que el hecho debe ser imputable al deudor cumpliéndose el requisito mínimo de la culpa, que se concreta con el parámetro de la diligencia del art. 1176 CC it. Ahora bien, la noción de culpa comprende no sólo la tradicional concepción de la misma (negligencia, impericia, imprudencia, etc.), sino también la inobservancia del deber

---

reducción de la responsabilidad del deudor incumplidor a la indemnización no ya del interés (el daño causado al acreedor), sino del equivalente pecuniario de la prestación debida (*aequissimum est concedi ei ex hac causa aestimationem officio iudicis praestare*).

<sup>259</sup> Betti, 1969: 125. El art. 1218 CC it tiene su antecedente en los arts. 1225 y 1226 CC it de 1865, que a su vez toman como referente los arts. 1147 y 1148 CC napoleónico. Estos artículos se basan en las consideraciones de Pothier acerca de la imposibilidad, según este autor mientras la prestación es objetivamente posible no deja de existir la obligación aunque no esté en las manos del deudor su cumplimiento, se tratará en estos casos de una imposibilidad puramente subjetiva, que se ha llamado también “impotencia” del deudor. El art. 1147 CC fr establece que el deudor será condenado al resarcimiento de daños siempre que no justifique que el incumplimiento de la prestación procede de una «causa extraña» que no le es imputable. También hablaba de «causa extraña» el anterior Código civil italiano, fórmula que es abandonada en el actual Código civil. Por tal causa había de entenderse la referida a la esfera de control propia del deudor y a su poder de previsión de los riesgos que ponen en peligro la prestación.

<sup>260</sup> Betti, 1969: 162. “No debe creerse, ciertamente, que este criterio tenga en sí mismo considerado una necesidad lógica y que excluya la posibilidad de otros criterios” De la comparación del art. 1218 con el § 275 BGB surge otro criterio cuál es que este último prevé la imposibilidad objetiva de la prestación como razón para exonerar de responsabilidad contractual, pero a él se añade que a esa imposibilidad objetiva se equipara la subjetiva (*Unvermögen*). La imposibilidad objetiva tiene siempre un carácter de relatividad, respecto al compromiso, respecto al esfuerzo de cooperación que debe el deudor al acreedor en el tipo de relación obligatoria de que se trate. En consecuencia, en su opinión, el deudor debe responder de la imposibilidad sobrevenida que sea consecuencia de hechos dependientes o próximos a su poder de control, en la medida en que forman parte de su economía individual. Si esos hechos dependen de su poder de control el deudor tiene la posibilidad de prevenir el resultado dañoso que los mismos suponen para el acreedor.

de realizar todo lo que sea exigible para el cumplimiento de la prestación según la relación contractual de que se trate. En este sentido, son irrelevantes los “incommodum promissionis” y la causa obstativa sobrevenida previsible o evitable con la diligencia requerida por la naturaleza de la obligación<sup>261</sup>.

En consecuencia, la causa no imputable debe entenderse en función del tipo de prestación de que se trate, en la obligación de medios viene a coincidir con la ausencia de culpa, entendiéndose exonerado de responsabilidad el deudor que haya observado las reglas técnicas y jurídicas exigidas para cumplir según el tipo de relación de que se trate. En la obligación de dar una cosa cierta y determinada la causa no imputable se identifica con el evento que ha hecho imposible el cumplimiento de la obligación siempre que no sea culpa del deudor. Lo mismo sucede respecto a la obligación de conseguir un resultado.

A ello nada obstan los pronunciamientos jurisprudenciales según los cuales el hecho material o jurídico impeditivo del cumplimiento debe ser absoluto y objetivo. A juicio de Cantillo, estas afirmaciones de la jurisprudencia están encaminadas a excluir la eficacia liberatoria de la imposibilidad relativa o la “difficultas praestandi” no pudiendo constituir imposibilidad la dificultad de cumplir que el deudor debe superar con el empleo de la diligencia debida. La imposibilidad debe configurarse de tal forma que la prestación sea imposible no sólo para el deudor en particular, sino para todo sujeto de forma que constituya un obstáculo que no pueda vencerse sino con el máximo esfuerzo exigible según el tipo de prestación de que se trate<sup>262</sup>.

En realidad, la imposibilidad se valora objetivamente en el sentido de que no tiene relevancia el impedimento que deriva de vicisitudes de tipo subjetivo, personal y patrimonial del deudor, es decir, la prestación debe ser imposible en sí misma considerada (“in sé e per sé”). Por ejemplo, si el deudor está obligado a entregar una suma de dinero, no puede invocar su liberación si se encuentra en una situación de insolvencia. El deudor de una cierta cantidad de cosa genérica no puede eximirse de responsabilidad alegando que el almacén donde se encontraba la mercancía se ha incendiado. Sin embargo, los acontecimientos que tienen su

---

<sup>261</sup> Cantillo, 1992: 1064.

<sup>262</sup> Cantillo, 1992: 1065. En este mismo sentido, Bigliuzzi (1996: 191): el carácter de la absolutividad, entendido como la existencia de un impedimento definitivo superable con las

origen en la persona del deudor pueden tener relevancia si se trata de prestaciones personales en sentido estricto, por ejemplo, la enfermedad del deudor le impide cumplir la prestación<sup>263</sup>.

Por otro lado, según señala Bianca<sup>264</sup> la concepción de la imposibilidad objetiva que excluye relevancia a causas inherentes a la persona del deudor o de su economía se trata de una definición errónea. La imposibilidad liberatoria puede también tener su origen en causas inherentes a la persona del deudor. En realidad, el carácter de la objetividad correctamente entendido no guarda relación con la naturaleza del impedimento, sino con el criterio de imputación al deudor. Un estudio de la jurisprudencia italiana le llevan a la conclusión de que pese a afirmar que la norma del art. 1218 CC it exige una imposibilidad objetiva en sentido naturalista, no originada en causas inherentes a la persona del deudor, aclara el concepto en el sentido de que el deudor queda liberado de responsabilidad si ha agotado todas las posibilidades de cumplir según la normal diligencia. En consecuencia, la fórmula de la imposibilidad como límite a la responsabilidad del deudor se extrae directa y objetivamente del principio de la culpa.

En la base de esta afirmación se encuentra, en su opinión, que tradicionalmente en la obligación de hacer o en la de dar cosa cierta o determinada, siempre se ha requerido un juicio de culpa. En consecuencia, la imposibilidad de la prestación no debe concebirse como aquel obstáculo que ninguna fuerza humana puede evitar o superar, sino como el impedimento

---

fuerzas humanas y por tanto, absolutamente inevitable, induce a negar relevancia a la simple "difficultas praestandi", a cualquier causa que haga simplemente más difícil el cumplimiento.

<sup>263</sup> Cfr. Trabucchi, 1991: 559; Cian, Trabucchi, 1992: 944 y ss. Asimismo, según Bigliuzzi (1996: 189-191): cuando el deudor incumpla como consecuencia de un acontecimiento capaz de hacer imposible la realización de la prestación, el deudor queda liberado sin que quede a su cargo responsabilidad alguna. Es el caso en el que alguien se compromete a la realización de una prestación de carácter infungible y no puede cumplir por haber perdido (a pesar del empleo de la diligencia que le era exigible) el uso de una mano como consecuencia del defectuoso funcionamiento de una máquina. El requisito de la objetividad debe entenderse de modo que debe tratarse de una imposibilidad originada en un impedimento extraño a la persona del deudor o de su economía, aunque no se excluyen impedimentos inherentes a la esfera personal o patrimonial del deudor siempre que afecten a la prestación en sí o a sus presupuestos objetivos. Respecto de las obligaciones genéricas, en opinión de Bianca (1979: 104), la existencia de bienes patrimoniales del deudor ofrece a éste los medios adecuados para cumplir la prestación y según el convencimiento común, la liquidación del patrimonio entra en el ámbito del esfuerzo requerido al deudor pecuniario. El autor hace referencia al Derecho alemán en el que el deudor de cosa genérica debe cumplir sin poder invocar a su favor la imposibilidad subjetiva sobrevenida. En la doctrina más antigua vid., entre otros Giovene, 1941: 97 y Pino, 1959: 36.

<sup>264</sup> Bianca, 1979: 99 y ss.



superior al esfuerzo diligente requerido al deudor. Por otro lado, la diligencia normal debe entenderse de modo estricto<sup>265</sup>.

De este modo, la sobrevenida ineptitud física o psíquica de la persona del deudor se coloca entre las causas de exención de la responsabilidad por incumplimiento. La enfermedad u otros impedimentos personales constituirían hipótesis de imposibilidad objetiva y absoluta en las obligaciones que tienen por objeto un hacer<sup>266</sup>.

### a.3. Verdadera acepción del término “imposibilidad objetiva”.

Detrás de toda esta polémica existe una confusión conceptual, como acertadamente ha señalado Visintini<sup>267</sup>. Cuando Osti hacía referencia al requisito de la objetividad de la imposibilidad quería poner de relieve su relación con la prestación, del mismo modo que la doctrina tradicional insistía en el carácter absoluto, efectivo y real de la imposibilidad, con el fin de aclarar que ciertos impedimentos de naturaleza subjetiva como la enfermedad, física o mental, podían dar lugar a la imposibilidad efectiva y por tanto, liberatoria solamente en función de la naturaleza infungible de determinadas prestaciones. Actualmente se prefiere utilizar el adjetivo “objetiva” para referirse a las hipótesis de imposibilidad derivada de eventos extraños a la figura del deudor y se utiliza la expresión imposibilidad “subjetiva” en relación a las hipótesis de imposibilidad derivada de causas relacionadas con la persona o con la esfera interna de influencia del deudor y de sus dependientes. No obstante, esta distinción está referida al tipo de impedimento que causa la imposibilidad, y por ende, al concepto de causa no imputable, con lo que se ocupa sólo indirectamente de la noción de imposibilidad. En consecuencia, se debe insistir en su carácter de absoluta a los fines de aclarar que debe tratarse de una imposibilidad efectiva de cumplir (que se valorará según la experiencia cotidiana), y no de una mera dificultad de cumplir<sup>268</sup>.

---

<sup>265</sup> Bianca, 1979: 103-104.

<sup>266</sup> Bianca, 1979: 119.

<sup>267</sup> Visintini, 1999: 157 y ss.

<sup>268</sup> En relación con esta cuestión cfr. Miccio, 1966: 224. Según este autor, en cuanto al concepto de imposibilidad absoluta se debe decir que las reglas que atienden a la construcción de lo posible en

En este sentido, la investigación encaminada a averiguar si determinados impedimentos, por ejemplo relativos a los medios desplegados por el deudor para cumplir o de las personas de las que se sirve el deudor para cumplir, dan lugar a una imposibilidad meramente subjetiva y no a una imposibilidad objetiva y liberatoria, es una investigación de carácter jurídico y no fáctico, ya que está referida a la noción de imputabilidad de la imposibilidad. Ello llevó al propio Osti a la confusión en el discurso relativo a la imposibilidad con el relativo al caso fortuito y a elaborar, por tanto, una distinción equívoca entre imposibilidad objetiva e imposibilidad subjetiva. En realidad, existen impedimentos de naturaleza subjetiva que dan lugar a imposibilidad objetiva liberatoria cuando por la naturaleza de la prestación y por su carácter infungible, tales impedimentos de naturaleza subjetiva impiden efectivamente cumplir al deudor<sup>269</sup>. Luego el carácter subjetivo u objetivo del impedimento van referidos a la causa no imputable y no a la imposibilidad. Por lo que respecta a esta última cuestión es un dato a tener en cuenta que el Código civil ha confirmado que el límite de la responsabilidad del deudor viene dado por la imposibilidad, sin distinción entre las diversas especies de obligación. Por ello, el Código civil exige claramente que el deudor garantice las condiciones de posibilidad de la prestación, con lo que se prescinde de eventuales y sobrevenidas dificultades de cumplir o de excesiva

---

sentido humano son reglas jurídicas. El problema que se trata de resolver con el Derecho es el del otro factor de la relación: la imputabilidad de la causa al deudor. En consecuencia, el Derecho lo que debe valorar es el comportamiento del deudor a la hora de afrontarse al obstáculo, el esfuerzo que ha desplegado a estos fines. Continúa afirmando el autor (226-227) que causa no imputable significa causa extraña a la persona del deudor y de ésta independiente. La figura del deudor abstracto que debe prever e impedir todo es una construcción escolástica totalmente anticuada e injusta. En casos de este tipo, no puede prescindirse de la edad, de las condiciones físicas y de la profesión de aquél que debe efectuar la prestación. En consecuencia, quien no cumple por motivos justificados debe probar haberse comportado en el cumplimiento de la prestación con la diligencia necesaria. No obstante, los dos presupuestos del incumplimiento justificado: la imputabilidad y la imposibilidad devienen prácticamente uno solo y se identifican en un juicio sobre la conducta desplegada por el deudor en la realización de la conducta objeto de la prestación sin tener en cuenta una ulterior distinción entre “conducta de la prestación” y “conducta de la realización del esfuerzo para mantenerla posible”.

<sup>269</sup> Visintini (1999: 169 y ss.): De hecho la jurisprudencia tipifica una serie de eventos dentro de la categoría de causa no imputable que inciden sobre la persona del deudor, determinando la imposibilidad de ejecución de ciertas obligaciones de carácter infungible. No obstante, son muy pocas las sentencias que han atribuido relevancia a la enfermedad del deudor con el fin de exonerar de responsabilidad al deudor. Por ejemplo, en el ámbito de las obligaciones profesionales un juez negó relevancia a estos fines, en cuanto al compromiso asumido de celebrar un concierto, una enfermedad que afectaba a las manos del concertista. En tema de contrato de obra, la corte suprema ha afirmado el principio de derecho según el que la incapacidad física sobrevenida del contratista podría ser considerada causa no imputable solamente en atención a una valoración rigurosa en orden a la insuperabilidad del impedimento en relación con la eventual presencia de sustitutos y la naturaleza de la prestación.

onerosidad sobrevenida de la prestación. De ello se deduce que queda un solo requisito de la imposibilidad en el sentido del art. 1218 CC it, cual es el de que la imposibilidad sea absoluta (no ya objetiva).

Como conclusión se podría decir que en el Derecho italiano, el deudor se considera incumplidor hasta el límite de la posibilidad de cumplir, ahora bien, la indagación en cuanto a la determinación de la imposibilidad y su diferenciación respecto a la dificultad excesiva en el cumplimiento puede dar lugar a resultados diversos según el tipo de prestación y la efectiva incidencia del impedimento sobre la prestación<sup>270</sup>.

Otro de los requisitos de la imposibilidad sobrevenida liberatoria, junto a su carácter objetivo y absoluto es el de la imprevisibilidad. En este sentido, si el futuro impedimento era previsto o específicamente previsible por parte del sujeto de la relación, la asunción del riesgo de la imposibilidad es un problema de interpretación de la voluntad negocial. Si, en cambio, solamente el deudor se encontraba en situación de prever el futuro obstáculo del cumplimiento, la asunción de una obligación destinada con certeza o con particular probabilidad a ser incumplida constituye una violación del deber de controlar la capacidad de cumplimiento, de modo que se trataría de un supuesto de culpa del deudor. A esta culpa debe imputarse la imposibilidad sobrevenida<sup>271</sup>.

---

<sup>270</sup> Visintini, 1999: 175. En este mismo sentido, vid. Gallo (1992: 158): los arts. 1467-69 CC it se deben poner en conexión con el art. 1218 CC it, ya que en la práctica no existe una línea de delimitación clara entre la verdadera y propia imposibilidad de cumplir y los supuestos de imposibilidad económica, se trata de una diferencia cualitativa o de grado. Históricamente no sólo en Italia, sino también en EEUU, la excesiva onerosidad sobrevenida ha comenzado a cobrar importancia como factor de resolución del acuerdo, como límite a la eficacia vinculante del contrato y como factor de exoneración de la responsabilidad contractual. Asimismo cfr. Bigliuzzi (1996: 193): también una grave dificultad puede conducir a la extinción del vínculo y por tanto, a la liberación del deudor siempre que una valoración de los intereses en juego a la luz de las circunstancias del caso concreto deba evidenciar, gracias a un juego inspirado en la buena fe objetiva (arts. 1175 y 1375 CC it), la inexigibilidad de la prestación devenida por causa no imputable. Este mecanismo guarda relación con las obligaciones que tienen por objeto una prestación de hacer de carácter infungible o la entrega (a cualquier título) de cosas específicas.

<sup>271</sup> Cfr. Bianca, 1979: 162. Por otro lado, según Bigliuzzi (1996: 190), es posible que el evento impositivo resulte ser cierto o extremadamente posible en el momento de la constitución de la obligación. Nos encontraríamos ante un supuesto de imposibilidad originaria con la consiguiente responsabilidad precontractual del deudor. Por otra parte, la simple probabilidad del evento impositivo podría constituir un índice del específico intento del deudor (deducible de la interpretación de la voluntad del contratante y de su comportamiento global) de asumir el riesgo de un posible evento fortuito o de hacer uso de una particular diligencia para evitar el posible incumplimiento (en tal caso, solamente la inobservancia de tal diligencia impediría la aplicación del art. 1256 CC it). Entiende Miccio (1966: 336-337) que la previsibilidad del art. 1218 CC it significa que no puede verse exonerado de responsabilidad el contratante que asume una obligación que ha devenido imposible como consecuencia de un acontecimiento sobrevenido

### B) Relación entre la imposibilidad y la inexigibilidad de la prestación.

Como hemos visto con anterioridad, dada la rigidez de las normas sobre imposibilidad en el Código civil italiano, la doctrina científica italiana, inspirada por la doctrina y la jurisprudencia alemanas propone el recurso a la buena fe contractual, como fuente de obligaciones recíprocas a cargo del deudor y del acreedor (art. 1175, 1375 CC it), para equiparar en cierto modo la imposibilidad *ex art. 1218* con una suerte de inexigibilidad de la prestación. En consecuencia, con arreglo al criterio de buena fe se podría excepcionar la pretensión de cumplimiento del acreedor cuando ésta consista en la ejecución de una prestación con medios excepcionales o con un despliegue de esfuerzos tal que no sean connaturales a la misma prestación y por ello, ínsito al contenido de la obligación asumida por el deudor<sup>272</sup>.

Según esta corriente doctrinal, de una correcta interpretación del art. 1218 CC it se deduce que el sistema de responsabilidad contractual gira en torno a un concepto de responsabilidad relativo y a una noción de diligencia “elástica”. Estas teorías, como se ha dicho, tienen en cuenta la jurisprudencia de los tribunales alemanes, llamada «jurisprudencia de intereses» (“*Interessenjurisprudenz*”), que atribuye al principio de buena fe del § 242 BGB el fundamento jurídico del llamado «límite de sacrificio» (“*Opfergrenze*”), según el que una racional apreciación de los intereses del acreedor y de la situación patrimonial del deudor sirven para determinar el límite de onerosidad que éste debe soportar, pero no superar<sup>273</sup>. En consecuencia, las circunstancias que quedan fuera de la esfera de

---

previsible en el momento de la celebración del contrato. La situación extraña que ha hecho imposible la prestación no debe entrar en las normales previsiones de los acontecimientos humanos y naturales. En cuanto al requisito de la previsibilidad cfr. asimismo Sacco (1982: 531): puesto que el Derecho italiano considera incumplidor a quien promete una prestación ignorando culpablemente la imposibilidad, sería incoherente que no considerase incumplidor a quien promete una prestación no previendo culpablemente la futura imposibilidad.

<sup>272</sup> Visintini, 1999: 159-160. “(I)l ricorso al principio della buona fede funziona da *ratio decidendi* per l’attenuazione degli effetti pratici che risultano a carico del debitore da una applicazione rigida dell’art. 1218 CC it”. Sin embargo, a juicio de Bianca (1979: 15), los casos puestos como ejemplo de prestación inexigible según la buena fe (como el de recuperación del anillo en el fondo del mar), se trata de casos en los que el esfuerzo del deudor resulta ser superior al esfuerzo diligente debido.

<sup>273</sup> Alpa, Bessone, Roppo, 1982: 366. Bessone (1975: 155) “Il merito della «giurisprudenza degli interessi» consiste appunto nell’aver indagato le conseguenze dell’esecuzione del contratto nel caso che vi siano circostanze che turbano l’adempimento. Più esattamente, la «giurisprudenza

riesgo asumido por el deudor hacen que la prestación sea excesivamente onerosa, por encima de aquel límite, el ejercicio del derecho por parte del acreedor sería abuso del derecho y la prestación devendría “inexigible”.

Como se ha expuesto anteriormente, según la orientación que sigue la doctrina dominante, de la combinación de los arts. 1218 CC it en relación con el 1256 CC it se puede deducir que el deudor es responsable por incumplimiento de la obligación por el hecho de no haber realizado el interés crediticio, a menos que pruebe la existencia de una causa objetiva de incumplimiento que no le resulte imputable. De este modo, según la doctrina de la inexigibilidad, no se le puede imputar al deudor el incumplimiento de una prestación que resulte excesivamente onerosa en la medida en que exija el empleo de unos medios por encima de sus posibilidades. En tal caso, la superveniencia de circunstancias que constituyan caso fortuito, es decir, evento inevitable, supone para el deudor un esfuerzo inexigible.

Ese límite de sacrificio viene dado por la economía del negocio en particular. En consecuencia, el control judicial de compatibilidad entre circunstancias y cumplimiento debe atender a las previsiones subjetivas de los contratantes y al valor de mercado de las prestaciones, entre otros criterios. Para esta finalidad de control de exigibilidad del cumplimiento, el juez debe servirse de instrumentos tales como la interpretación o la integración del contrato según la buena fe<sup>274</sup>.

### 2.3. Derecho francés

Antes de hacer un análisis de la cuestión en el Derecho español, valga como introducción una breve referencia al Derecho francés, ya que nuestro Código civil sigue el modelo de responsabilidad contractual del Code Civil.

---

degli interessi» muove dall’asserzione che se i §§ 275, 279, 280 e 232 BGB stabiliscono un rigoroso sistema di cause di estinzione dell’obbligazione, d’altro lato, i principii di equità e buona fede del § 242 non consentono ad una parte di esigere la prestazione, quand’anche questa sia possibile, tutte le volte che l’adempimento costringa l’altro contraente a sacrifici tali da pregiudicarne l’intera economia individuale (teoria dell’*Opfergrenze*)”. En este mismo sentido vid. D’Angelo (1992: 206-207).

<sup>274</sup> Alpa, Bessone, Roppo, 1982: 384.

El code Napoléon dictó normas que parcialmente eran coherentes con el principio consagrado por el iusnaturalismo de “ninguna responsabilidad sin culpa”. Con este principio parece coherente el art. 1137 CC fr : “la obligación de custodiar la cosa (...) implica también la de emplear la diligencia del buen padre de familia”<sup>275</sup>; esta norma parece fundamentar el incumplimiento en la negligencia y, por consiguiente, en la culpa. Sin embargo, otras normas como los arts. 1147, 1148, 1302 CC fr, expresan una orientación distinta, inspirada en una concepción objetiva, y no subjetiva, de la responsabilidad contractual. De acuerdo con el art. 1147 CC fr el deudor está obligado a la indemnización de daños “siempre que no pruebe que el incumplimiento proviene de una causa extraña que no pueda serle imputada”<sup>276</sup>; el art. 1148 CC fr excluye la responsabilidad del deudor si la inejecución de la prestación se debe a “fuerza mayor o caso fortuito”<sup>277</sup>; el art. 1302 CC fr, relativo a la pérdida de la cosa determinada, objeto de una obligación de dar, excluye la responsabilidad si la cosa se pierde “sin culpa del deudor” aunque “el deudor está obligado a probar el caso fortuito que alega”<sup>278</sup>, con lo que parece dar a entender que el deudor sólo puede liberarse ofreciendo la prueba del caso fortuito, no la de su ausencia de culpa.

Para conciliar la culpa como fundamento de la responsabilidad con el art. 1147 CC fr surgieron distintas teorías<sup>279</sup>. Por un lado, según algunos autores, el fundamento de la responsabilidad debería ser la culpa; ahora bien, el deudor no podría liberarse de responsabilidad probando su propia diligencia, o sea, la ausencia

---

<sup>275</sup> “L’obligation de veiller à la conservation de la chose, soit que la convention n’ait pour objet que l’utilité de l’une des parties, soit qu’elle ait pour objet leur utilité commune, soumet celui qui en est chargé à y apporter tous les soins d’un bon père de famille. Cette obligation est plus ou moins étendue relativement à certains contrats, dont les effets, à cet égard, sont expliqués sous les titres qui les concernent”.

<sup>276</sup> “Le débiteur est condamné, s’il y a lieu, au paiement de dommages et intérêts, soit à raison de l’inexécution de l’obligation, soit à raison du retard dans l’exécution, toutes les fois qu’il ne justifie pas que l’inexécution provient d’une cause étrangère qui ne peut lui être imputée, encore qu’il n’y ait aucune mauvaise foi de sa part”.

<sup>277</sup> “Il n’y a lieu à aucuns dommages et intérêts lorsque, par suite d’une force majeure ou d’un cas fortuit, le débiteur a été empêché de donner ou de faire ce à quoi il était obligé, ou a fait ce qui lui était interdit”.

<sup>278</sup> “Lorsque le corps certain et déterminé qui était l’objet de l’obligation, vient à périr, est mis hors du commerce, ou se perd de manière qu’on en ignore absolument l’existence, l’obligation est éteinte si la chose a péri ou a été perdue sans la faute du débiteur et avant qu’il fût en demeure. Lors même que le débiteur est en demeure, et s’il ne s’est pas chargé des cas fortuits, l’obligation est éteinte dans le cas où la chose fût également périée chez le créancier si elle lui eût été livrée. Le débiteur est tenu de prouver le cas fortuit qu’il allègue. De quelque manière que la chose volée ait péri ou ait été perdue, sa perte ne dispense pas celui qui l’a soustraite, de la restitution du prix”.

<sup>279</sup> Cfr. Galgano, 2000: 207-211. Sobre el fundamento de la responsabilidad en el Derecho francés Cfr. Viney, 1995: 80 y ss.; Esmein, 1931: 520 y ss.

de culpa. En consecuencia, el art. 1147 CC fr contiene una presunción de culpa, introduciendo una inversión de la carga de la prueba, siendo la culpa el fundamento de la responsabilidad contractual<sup>280</sup>. Asimismo se dijo que el deudor, para liberarse, en primer lugar, debía probar la “causa” que le había impedido cumplir y, en segundo lugar, demostrar que era una causa “extraña”, no imputable al deudor. Los conceptos de “causa extraña”, “caso fortuito”, “fuerza mayor”, fueron considerados equivalentes entre sí; sin que ello impidiese la calificación de la culpa como fundamento de la responsabilidad, en este sentido, con la prueba del caso fortuito, el deudor demostraba su propia ausencia de culpa<sup>281</sup>.

Por otro lado, según algunos autores, el Código civil francés prescinde del principio de la responsabilidad por culpa, consagrando una responsabilidad objetiva, de la que el deudor sólo puede liberarse con la prueba del caso fortuito, para lo que es irrelevante la prueba de la culpa, debiendo atenderse a la relación de causalidad entre su comportamiento y el incumplimiento<sup>282</sup>.

Asimismo, para coordinar los arts. 1137 y 1147 CC fr, se utilizaba la distinción entre obligaciones de medios y obligaciones de resultado<sup>283</sup>: en cuanto a las obligaciones de medios, el acreedor (que tiene la carga de probar el incumplimiento) debe probar la culpa del deudor, al ser la diligencia la modalidad de la prestación. Por otro lado, para las obligaciones de resultado rige, una presunción de culpa. En consecuencia, la antigua idea de la culpa como fundamento de la responsabilidad también resurge bajo otra perspectiva: la obligación de medios es considerada la regla, la de resultado la excepción.

Por otro lado, importantes tratadistas como Mazeaud et Tunc entienden que dentro del concepto de fuerza mayor se comprenden aquellas circunstancias que han impedido al deudor obtener el resultado prometido, pese a haber empleado la diligencia requerida, por lo tanto, sin haber incurrido en culpa. Con ello se rechaza

---

<sup>280</sup> Vid, entre otros Planiol, 1917: 197 y ss.

<sup>281</sup> De hecho (Cfr. Mazeaud et Tunc, 1963: 182) y cada vez más, los tribunales admiten la fuerza mayor, siempre que el deudor haya tropezado con un acontecimiento exterior, cuyo efecto no haya podido evitar mediante una diligencia superior a la que se imponía en el contrato. Resulta, pues, que esta es la solución que se impone si es verdad que la responsabilidad contractual se basa sobre la culpa del deudor.

<sup>282</sup> Cfr. Brun, 1931: 39. Según este autor, las causas de exoneración de responsabilidad son las previstas en los arts. 1147 y 1148 CC fr, que implica la prueba positiva de un hecho externo. El transportista, por ejemplo, si su responsabilidad es contractual, no podrá obtener su liberación probando que ha sido diligente.

la doctrina según la que tan sólo un acontecimiento irresistible e insuperable puede constituir un caso de fuerza mayor, ya que tomadas en un sentido absoluto conducen a negar la fuerza mayor<sup>284</sup>. En consecuencia, según estos autores, es absolutamente imposible dissociar los arts. 1137 y 1147 CC fr, ya que el contenido de la obligación y la fuerza mayor son dos nociones complementarias. Culpa y fuerza mayor son los dos extremos de la alternativa que se presenta en el supuesto de que el deudor no obtenga, en las obligaciones determinadas, el resultado deseado por las partes. Si no se consigue el resultado querido por las partes ello puede deberse a la culpa del deudor en el cumplimiento de sus obligaciones o también a una causa extraña que no puede serle imputada. La fuerza mayor aparece en el límite de la obligación. Con esta interpretación se logra conciliar los arts. 1137 y 1147 CC fr: la noción de causa ajena no imputable al deudor y prevista en el art. 1147 no es otra cosa que la fuerza mayor prevista en el art. 1148 CC fr, ya que esta última supone un hecho imprevisible, irresistible e insuperable. Por lo tanto, hay que determinar el contenido de la obligación contractual sin preocuparse de los caracteres tradicionales de la fuerza mayor. Ésta es una noción variable y relativa: el obstáculo que el deudor no tenía que franquear<sup>285</sup>.

En otro orden de ideas, en cuanto a las relaciones entre la excesiva onerosidad sobrevenida y la imposibilidad sobrevenida, en el Derecho francés, como hemos visto que sucede en el Derecho italiano e incluso en el Derecho alemán (donde se acude al principio de la inexigibilidad), se admite corrientemente que el deudor contractual no se libera por el hecho de que el incumplimiento de su obligación se haya hecho más difícil de lo que estaba previsto, sobre todo si se ha tornado más onerosa. Sin embargo, resulta difícil determinar con rigor el límite entre la imposibilidad y la simple dificultad. Del examen de la jurisprudencia resulta que los tribunales se muestran muy exigentes<sup>286</sup>.

Asimismo, respecto a la distinción entre la imposibilidad absoluta y la relativa, los autores y las sentencias requieren que la imposibilidad sea absoluta de

---

<sup>283</sup> Vid. Carbonnier, 1963: 283 y ss. Sobre la responsabilidad contractual cfr. más recientemente Carbonnier, 2000: 298-299.

<sup>284</sup> Mazeaud et Tunc, 1963: 171.

<sup>285</sup> Mazeaud et Tunc, 1962: 358. Sobre las relaciones entre la culpa y la fuerza mayor cfr. más recientemente Mazeaud, 1991: 453 y ss.

<sup>286</sup> Mazeaud et Tunc, 1963: 172.



manera que se rechazan los obstáculos particulares del deudor. De este modo, una falta de medios propios del deudor no ha de ser tomada en consideración para librarse de responsabilidad<sup>287</sup>. Sin embargo, tal afirmación no puede ser llevada a sus últimas consecuencias, ya que las cualidades que el deudor revele pueden tener gran influencia sobre el contenido de la obligación contractual.

### **3. Análisis de la cuestión en Código Civil español.**

#### **3.1. La imposibilidad sobrevenida de carácter liberatorio en el Código Civil español.**

##### **A) Concepto de imposibilidad sobrevenida de carácter liberatorio.**

Los problemas que surgen en torno a la aprehensión del concepto jurídico de imposibilidad son debidos a la existencia en la doctrina española de una confusión de planos: por un lado, la imposibilidad como causa de extinción de la obligación y de la pretensión de cumplimiento; por otro lado, la imposibilidad como hecho extintivo de la responsabilidad contractual<sup>288</sup>.

No es objetivo de este trabajo el análisis del sistema de responsabilidad contractual en el Derecho español, sino que lo que se pretende en estas páginas es una aproximación al concepto de imposibilidad sobrevenida de carácter

---

<sup>287</sup> Mazeaud et Tunc, 1963: 177. Ello conecta con la idea tradicionalmente defendida de que el deudor debe responder de su capacidad de cumplir, en este sentido vid. Pothier (1839: 422): “el deudor de una cantidad de dinero no se libra de su pago por el incendio de sus efectos (...) porque el dinero y los demás efectos que han perecido por el incendio no son la cosa debida, y siéndolo el dinero que es indeterminado no puede perecer”.

<sup>288</sup> Verdera Server (1995: 215): “En el ámbito de las consecuencias del incumplimiento del deudor, el alcance de la (im)posibilidad es objeto de valoraciones contrapuestas. Un autorizado sector doctrinal destaca que la imposibilidad constituye una noción fundamental en el análisis de la extinción de la obligación y de la pretensión de cumplimiento, pero que, en cambio, resulta un concepto inútil (e incluso perjudicial) en el examen del resarcimiento del daño y de la resolución del contrato. Otra importante doctrina, por el contrario, resalta la función central de la imposibilidad, ya que se identifica el hecho liberatorio de la obligación de indemnizar el daño con el hecho extintivo de la obligación originaria”. Cfr. Castilla Barea (2001: 222) para quien, la imposibilidad sobrevenida imputable al igual que el incumplimiento es un hecho generador de responsabilidad patrimonial. Por otro lado, la imposibilidad sobrevenida fortuita tiene una naturaleza jurídica distinta porque, a diferencia del incumplimiento y de la imposibilidad sobrevenida imputable, no es un hecho generador de responsabilidad patrimonial, “sino un modo de extinción de las obligaciones”.

liberatorio, como posible instrumento jurídico para resolver el problema del cambio de circunstancias respecto a las tenidas en cuenta por las partes en el momento de contratar.

Pero antes de ello, parece oportuno reflejar aquí un concepto genérico de imposibilidad sobrevenida de cumplir una prestación como el efecto de un suceso, de procedencia diversa, que “incide en el *iter* de una obligación válidamente constituida, con anterioridad al momento del cumplimiento o mientras éste se está desarrollando, de forma que impide su culminación, y con independencia de la calificación que pueda darse al comportamiento del deudor”<sup>289</sup>. En este momento, de valoración de la imposibilidad se debe prescindir de la causa que provoca dicha imposibilidad; ya que el proceso lógico es calificar la figura, en primer lugar, para con posterioridad, atribuirle una consecuencia.

Algún sector de la doctrina española, influida por la doctrina italiana objeto de análisis en el apartado anterior, ha tratado de importar a nuestro Derecho la idea de que la imposibilidad sobrevenida fortuita actúa como «límite de responsabilidad», de manera que o existe responsabilidad o existe imposibilidad sobrevenida liberatoria (segundo de los planos a los que antes he hecho referencia)<sup>290</sup>. La razón de esta conclusión a la que llegan estos autores se debe a

---

<sup>289</sup> Castilla Barea, 2001: 43.

<sup>290</sup> Castilla Barea, 2001: 208 y ss. Estos autores españoles a los que se refiere la autora son, entre otros Jordano Fraga (1987) y Cristóbal Montes (1989). De este modo, según Jordano Fraga (1987: 170), la imposibilidad sobrevenida de la prestación tiene efecto extintivo de la obligación y exoneratorio de la responsabilidad, mientras que la exactitud de cumplimiento pertenece al campo de los presupuestos de la responsabilidad. El límite de la responsabilidad contractual es la imposibilidad sobrevenida de la prestación originada por causa no imputable al deudor. En conclusión, el grado de esfuerzo se refiere sólo al impedimento, a la imposibilidad de la prestación como componente objetivo del hecho liberatorio. Pero no se refiere aquél a la actividad de cumplimiento que es objeto de la prestación, ni al esfuerzo debitorio tendente a evitar que se produzca la imposibilidad sobrevenida, que determina si es o no imputable y que se integra igualmente en lo debido por el deudor.

En contra vid. Pantaleón (1991: 1044 y ss.), para quien en nuestro Derecho responsabilidad contractual no engloba necesariamente todos los medios de tutela del acreedor ante una lesión del derecho de crédito por parte del deudor. Para Jordano, el incumplimiento es el supuesto de hecho de la responsabilidad contractual, siempre que la obligación no se haya extinguido por imposibilidad sobrevenida de la prestación, definitiva o transitoria, no imputable al deudor, ya que existe una conexión sistemática entre los arts. 1105 y 1182-1184 CC, quedando identificados el hecho liberatorio de la obligación de indemnizar el daño derivado del no cumplimiento con el hecho extintivo de la obligación dineraria. Frente a esto, Pantaleón entiende que no existe fundamento para defender que los arts. 1182 y 1184 CC agotan los supuestos en los que el deudor no responde del daño derivado de la falta de cumplimiento. Estos preceptos se limitan a indicar los casos en los que el deudor no ha de responder del daño provocado por la imposibilidad sobrevenida de la prestación. Además, el art. 1105 CC, a diferencia del art. 1218 CC it, no condiciona la exoneración del deudor a la imposibilidad de la prestación. En consecuencia, a su juicio, el deudor no responderá del daño causado por un incumplimiento que no le sea imputable,

aun cuando en el momento de tal incumplimiento la prestación siga siendo objetivamente posible. Si se condiciona la responsabilidad del deudor a la imposibilidad de la prestación, se deformará el concepto de imposibilidad “hasta hacerlo irreconocible; que es lo que sistemáticamente ha venido haciendo la jurisprudencia italiana en la aplicación del art. 1218 del *codice civile*”. No tiene ningún sentido la tesis de Jordano “hoy que autorizadas voces en la doctrina alemana han postulado la sustitución del régimen jurídico de la responsabilidad contractual en el BGB por uno como el acogido en las Convenciones de la Haya y de Viena sobre la compraventa internacional de mercaderías- muy semejante, por otra parte al del Código Civil español, en la interpretación que del mismo se desprende en estas páginas-, en buena medida, ante los graves problemas que, por haber hecho de la imposibilidad su concepto central, el régimen del BGB plantea”. En materia de responsabilidad contractual, la idea de imposibilidad, en cuanto a la extinción de la obligación y de la pretensión de cumplimiento, es un concepto inútil, ya que “su función se acaba reduciendo a demostrar algo tan obvio como que deberá responder por dolo el deudor que incumpla una obligación que pueda cumplir sin imposibilidad sobrevenida alguna”.

A estas críticas se une Díez-Picazo (1996: 569 y ss.) para quien el criterio de la imposibilidad de la prestación es insuficiente para definir todos los incumplimientos que quedan también fuera del marco de la mora, de ahí que en Alemania se hablase de lesiones contractuales positivas, refiriéndose con ello a situaciones intermedias entre imposibilidad sobrevenida total y absoluta de la prestación y los supuestos de mora. Por ello le resulta extraño que en España autores como Cristóbal Montes o Jordano Fraga hayan pretendido retornar al concepto pandectista de la imposibilidad sobrevenida como criterio definidor del incumplimiento de carácter definitivo. No obstante, Díez-Picazo (1996: 578) se muestra contrario a la línea subjetiva tradicional respecto a la responsabilidad del deudor, ya que no explica suficientemente el sistema del Código Civil, puesto que una cosa es que la responsabilidad del deudor pueda fundarse en la culpa y el dolo y otra diferente es que el deudor quede liberado de la obligación mediante la prueba de haber empleado la diligencia necesaria. “Si así fuera, la obligación tendría que quedar reducida (...) a un puro «deber de esfuerzo», lo que contradice palmariamente nuestro propio ordenamiento”. Además de que la concepción subjetivista obliga a sostener una noción de caso fortuito equivalente a “no culpa”. En su opinión, para que exista caso fortuito es preciso que se produzca un hecho impeditivo del cumplimiento de la prestación rompiendo la relación de causalidad entre el comportamiento del deudor y el daño. De modo que, por muy diligente que el deudor haya sido, si no se ha producido la imposibilidad o el impedimento de la prestación, no tiene por qué existir liberación. Próximo a estas ideas se encuentra Montés (2001: 147): “El caso fortuito, que en nuestro Derecho se confunde con la fuerza mayor, exonera al deudor en cuanto rompe la relación de causalidad entre las acciones u omisiones del deudor y los daños experimentados por el acreedor. Interviene un hecho impeditivo que no se haya bajo el control del deudor (vid. también art. 79 CV)”. En opinión de este autor, “sólo el deudor diligente podrá exonerarse, porque si el hecho ha podido ser previsto con la diligencia exigible o evitado con una actividad diligente, no habrá caso fortuito o fuerza mayor ni, consecuentemente, liberación o exoneración”.

Para comprender esta cuestión resulta ilustrativo el artículo de Tiling (1968: 258 y ss.) relativo a la propuesta de Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías. El autor compara el art. 74 de la propuesta de convención, que prácticamente coincide con el art. 25 actual (cuyo tenor es el siguiente: “El incumplimiento del contrato por una de las partes será esencial cuando cause a la otra parte un perjuicio tal que la prive sustancialmente de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato, salvo que la parte que ha incumplido no haya previsto tal resultado y que una persona razonable de la misma condición no lo hubiera previsto en igual situación”), con el sistema de responsabilidad contractual alemán. En opinión del autor (1968: 268) mientras que la Convención sigue el “principio de garantía” (“*Garantieprinzip*”), el BGB se rige por el “principio de la culpa” (“*Verschuldensprinzip*”). Es decir, de acuerdo con la Convención, el deudor debe probar y demostrar las razones liberatorias, mientras que según el BGB debe exculparse. La liberación en el caso de la Convención presupone que una persona razonable en las mismas circunstancias y con las mismas cualidades que las partes contratantes hubieran considerado como liberado al deudor. Según el BGB, el deudor se libera cuando ha empleado la diligencia normal en el tráfico. En la Convención se juzga el comportamiento del deudor frente a las perturbaciones del crédito desde el punto de vista de la conclusión del contrato, según el BGB el observador acompaña al deudor en el camino del cumplimiento. Ello demuestra que la Convención trata de liberar al deudor teniendo en cuenta el contrato. A juicio del autor (1968: 269), el parámetro objetivado de la negligencia tipificado en el BGB es impracticable. La

que la imposibilidad sobrevenida comparte con el incumplimiento la mayoría de sus elementos determinantes<sup>291</sup>. Pero sobre todo, esta equiparación es debida a la confusión entre el supuesto de hecho de una institución, cual es la imposibilidad sobrevenida inimputable y sus consecuencias jurídicas, es decir, la responsabilidad patrimonial no es el supuesto de hecho de ninguna institución, sino que es el efecto. En consecuencia, en nuestro Derecho, la responsabilidad puede derivarse del incumplimiento imputable, de la imposibilidad sobrevenida imputable, y de otras situaciones (pensemos en un cumplimiento defectuoso imputable). En otras palabras, la no imputabilidad se refiere al incumplimiento no a la causa que ha hecho imposible la prestación. Por otro lado, en cuanto a los criterios de imputación, éstos no deben limitarse al dolo o a la culpa-negligencia, es decir, la falta de cumplimiento puede ser imputable según la ley (atendiendo a las normas reguladoras de cada contrato en particular, que configuran la obligación como de medios o de resultado<sup>292</sup>), según las cláusulas del contrato del

---

solución de la Convención le parece menos hipócrita, más adecuada a las necesidades del tráfico internacional.

<sup>291</sup> Castilla Barea (2001: 218 y ss.). La autora propone una serie de diferencias entre el incumplimiento y la imposibilidad sobrevenida en sentido amplio. Sin embargo, en cuanto a “los elementos que integran el supuesto de hecho de una y otra institución, todos son coincidentes, salvo el de la pérdida o irrealizabilidad de la prestación, que (...) conforma casos de imposibilidad sobrevenida y no de incumplimiento en sentido estricto” difieren en otros aspectos, entre ellos, que el incumplimiento puede producirse en cualquier tipo de obligación, mientras que la imposibilidad sobrevenida solamente en aquellas en las que existe un lapso de tiempo entre la constitución y el período fijado para el cumplimiento; ambas instituciones difieren en el momento en que se estiman producidos y nacen para el acreedor los derechos específicos derivados de estas situaciones: para el incumplimiento será preciso que la obligación haya vencido y que sea exigible, mientras que la imposibilidad sobrevenida podrá producirse antes, durante o después del vencimiento de la obligación; se diferencian asimismo en cuanto a las acciones que puede ejercitar el acreedor en uno y otro caso, en los supuestos de incumplimiento, el acreedor podrá exigir el cumplimiento *in natura* de la prestación debida, en el caso de imposibilidad sobrevenida podrá exigir el cumplimiento por el equivalente- incluso en los casos en los que la prestación devenida imposible se inserte en un contrato bilateral. También difieren en cuanto a las consecuencias derivadas de la imputabilidad al deudor: el incumplimiento, cualquiera que sea su causa siempre determina la perpetuación de la obligación, pero la causa influye en la determinación de los daños y perjuicios- quedará exonerado según el art. 1105 CC- mientras que en la imposibilidad sobrevenida, no siempre existe perpetuación de la obligación, depende de la imputabilidad o no de la situación. En consecuencia, la imposibilidad sobrevenida y el incumplimiento tienen distinta naturaleza jurídica.

<sup>292</sup> Yzquierdo, 1992: 853. Según este autor, el “deudor que incumple aun habiéndose comportado correctamente, honestamente y por tanto, diligentemente, no responderá absolutamente de nada (ni siquiera del daño intrínseco o valor en que la prestación consistía) si su obligación era de medios o de actividad, pues en tal caso, no ya es que concurra un incumplimiento inimputable: es que ha cumplido con su obligación; y si su obligación era de resultado, entonces no le bastará haber «ajustado su conducta enteramente a los cánones o a los criterios éticos imperantes»: o demuestra mucho más que eso, aportando la prueba del caso fortuito (con lo que tampoco responderá, pero esta vez no por haber cumplimiento, sino por darse un incumplimiento inimputable), o tendrá que responder de mucho más que el daño intrínseco: exactamente, de las consecuencias previstas en el párrafo primero de ese rebelde y casi inmanejable art. 1107”. Cfr. en la jurisprudencia la SAP Barcelona 8 junio 1999 (Elder. 1999, 23200) la entidad mercantil “B. S.A” celebra un contrato con

que nace la obligación o de acuerdo con los usos del tráfico que concretan el alcance de la obligación exigible al deudor<sup>293</sup>.

### B) Requisitos de la imposibilidad sobrevenida liberatoria.

Por tanto, en la calificación de la imposibilidad liberatoria existen dos elementos, uno de orden fáctico, la pérdida o la irrealizabilidad de la prestación, y otro de orden jurídico, la no imputabilidad al deudor del evento sobrevenido que imposibilita el cumplimiento<sup>294</sup>. En este sentido, la imputabilidad es la posibilidad

---

la "Compañía general de Aguas de España" por la que la primera se compromete a una actividad en función de posibilitar la presencia empresarial de la demandada en el sector de la depuración y abastecimiento de agua y tratamiento de residuos en el mercado del Caribe y América Latina. La "Compañía general de Aguas de España" pretende la resolución del contrato, ya que la finalidad del contrato era la implantación de la demandada en la zona (Cuba), al no ser posible aquella implantación a partir de 1995, pues una decisión gubernamental en Cuba prohibía la realización de la actividad de alcantarillado por parte de la empresa privada, habiéndose de realizar por instituciones públicas cubanas. Además la resolución sería posible por la desaparición de la "base del contrato" (dicha base del contrato sería la consecución de objetivos propuestos o posibilidad razonable de obtenerlos), alterándose el mutuo equilibrio de las prestaciones. En opinión de la AP (Fundamento de Derecho 4º), "tratándose de una obligación de medios el acreedor insatisfecho debe probar la existencia de la obligación, y que la prestación no ha sido realizada, es decir que el deudor no ha actuado con la diligencia ex artículo 1.104 CC, si consta que "no ha puesto los medios", (no ha observado la diligencia exigible), queda determinado el incumplimiento; la segunda cuestión es la referida a la asunción de riesgos, en caso de imposibilidad sobrevenida de la prestación (artículos 1105, 1182, 1184 CC); de ser obligación de resultado la imposibilidad sobrevenida por causa no imputable, exonera al deudor (los preceptos citados, en relación con el 1.101 CC); pero tratándose de obligaciones de medios, si bien en principio el deudor puede liberarse probando que ha prestado la diligencia debida, hay otros supuestos en que existe "imposibilidad sobrevenida" (artículo 1.184 CC), en que se extingue la obligación".

<sup>293</sup> Vid. sobre este tema Pantaleón, 1993: 1739. Entiende el autor citado que en el Código Civil francés y sus seguidores, como es el Derecho español, refleja una concepción de la responsabilidad contractual de modo que ésta no debe entenderse de modo absoluto, ya que es preciso que el incumplimiento sea imputable al deudor, por otro lado, en cuanto a los criterios de imputación no tienen por qué limitarse al dolo o a la culpa negligencia.

<sup>294</sup> Castilla Barea (2001: 55 y ss.). También para Jordano Fraga (1987: 150 y ss.) son dos los elementos de ese hecho liberatorio-extintivo: por un lado, un elemento objetivo, la imposibilidad sobrevenida de la prestación, por otro lado, un elemento subjetivo, la no imputabilidad de ésta al deudor. En opinión del autor, el problema que plantea el elemento objetivo es el del rigor más o menos amplio con que debe ser configurado. Se trata de establecer cuáles son los impedimentos para prestar que son relevantes a efectos liberatorios.

Por ejemplo, en la jurisprudencia se pueden encontrar ejemplos de imposibilidad sobrevenida imputable al deudor en las siguientes sentencias: En la STS 15 diciembre 1987 (RJ 1987, 9434) la obligación de devolución de la finca objeto de arrendamiento deviene imposible como consecuencia de la expropiación forzosa imputable al deudor. En la STS 29 octubre 1996 (RJ 1996, 7484) las partes habían celebrado un contrato de traspaso de negocio, en este caso la no apreciación de imposibilidad sobrevenida se debe a que el obstáculo en el cumplimiento (desahucio del local) viene determinado por el incumplimiento imputable del arrendatario (por impago de rentas). Tampoco se considera un supuesto de imposibilidad sobrevenida el de la SAP Barcelona 3 julio 1992 (Act. C. 1992, 919) En este caso las partes litigantes habían celebrado un contrato de arrendamiento de dos espacios para el aparcamiento de automóviles. La arrendataria destina dichas plazas al negocio de garaje. Con posterioridad, el Ayuntamiento prohíbe dicho uso al no darse en

de atribuir las consecuencias de un acontecimiento a un determinado sujeto, sin que sea necesario que esa posibilidad de atribución coincida en todo caso con la existencia de un comportamiento reprochable por su parte<sup>295</sup>.

Ello nos aporta la clave para apreciar las diferencias existentes entre la imposibilidad sobrevenida de la prestación y el caso fortuito del art. 1105 CC: el art. 1105 CC se refiere a la exoneración del deber de indemnizar los daños y perjuicios, pero no al deber de cumplimiento por parte del deudor, es decir, su efecto liberatorio se dirige a eliminar la posibilidad de que el acreedor reclame al deudor una eventual indemnización por los daños y perjuicios que le haya ocasionado el acontecimiento fortuito. A ello se podrá añadir una suspensión de la exigibilidad de la obligación, sin que ello signifique que el deudor se haya librado para siempre de su deber de cumplimiento<sup>296</sup>. En este sentido, el art. 1105 CC es

---

el local las medidas de seguridad pertinentes. Según la sentencia, no se dan en este caso los requisitos de la imposibilidad sobrevenida liberatoria porque la prohibición del Ayuntamiento fue debida a la negativa del arrendador a realizar las obras precisas para que el local pudiese seguir siendo usado como garaje. Con ello, la imposibilidad debe ponerse en relación de causalidad no con la decisión administrativa, sino con la omisión voluntaria de la arrendadora. Por otro lado, es criticable el fallo jurisprudencial en la SAP Málaga 7 junio 1994 (AC 1994, 1071). En este caso se habían contratado los servicios de un arquitecto para la realización de un proyecto de construcción de determinadas viviendas. El arquitecto comenzó a realizar el proyecto, pero no pudo concluirlo al ser nombrado técnico de Ayuntamiento, cargo que le generaba incompatibilidad. El arquitecto reclama el pago de los servicios realizados hasta el momento en que devino imposible continuar cumpliendo, el arrendatario considera que existe incumplimiento contractual. La AP condena a la entidad arrendataria al pago de 300000 pts. Desde mi punto de vista, es el arquitecto el que debe responder de tal imposibilidad (voluntariamente acepta un cargo que genera incompatibilidad con el cumplimiento).

<sup>295</sup> Díez-Picazo (1996: 591-592) propone los siguientes ejemplos: Respecto a las huelgas de los trabajadores, en un sistema de responsabilidad subjetiva o por culpa se habrá de analizar en qué medida la huelga fue o no un hecho imputable al deudor, así como examinar el nivel de esfuerzo según criterios de diligencia, que para el deudor suponía la superación de la huelga. En opinión del autor, en estos casos habrá que ver en qué medida la huelga constituye una disfunción de la empresa del deudor, y por tanto, se encuentra dentro de la esfera de control y planificación del deudor. De este modo, solamente se podrán tener en consideración como casos fortuitos las huelgas inesperadas o las que quedan fuera de control del deudor, ya que sería ilegítimo transferir a los acreedores, que han contratado con el empresario, los daños que a este le ocasiona la deuda. En cuanto a los fenómenos o eventos naturales tales como grandes temporales, inundaciones, terremotos o eventos similares, la producción de tales eventos es normalmente extraña a la esfera de control del deudor, no obstante, la consideración de caso fortuito no debe producirse de manera automática y necesaria. Debe tenerse en cuenta la capacidad de previsión, dentro de los márgenes estadísticos o de la frecuencia de tales hechos. Habrá de tenerse en cuenta en qué medida tales fenómenos naturales son normales y previsibles en el lugar en el que la prestación tenga que ejecutarse.

<sup>296</sup> Cfr. Castilla Barea (2000: 58). En el mismo sentido Carrasco Perera (1989: 650 y ss.). Para este autor en el art. 1105 nada se dice acerca de "si la obligación se ha extinguido, sobre si al mismo tiempo que exonerado de daños el caso fortuito ha liberado al deudor del vínculo contractual que le obligaba con carácter previo". Puede ser que la obligación no se extinga, pero que el deudor no esté obligado a indemnizar daños y perjuicios. El autor pone una serie de ejemplos: el avión o el barco con los que se debe cumplir la prestación de transporte no puede partir por circunstancias inimputables a la empresa. En este caso no se debe responder por intereses moratorios, pero la

una parte del supuesto de hecho que da lugar a la extinción de la obligación, es decir, para que se produzca este resultado es preciso que tenga lugar un acontecimiento imprevisible e inevitable, no motivado por la conducta del deudor y que haga imposible la obligación según los arts. 1182-1184 CC.

Por tanto, a pesar de la exoneración de responsabilidad contenida en el art. 1105 CC, puede que no se produzca imposibilidad sobrevenida liberatoria aun cuando haya concurrido uno de aquellos eventos a que se refiere aquel precepto, dada la presencia de otros elementos en la relación obligatoria, como serían un pacto de asunción de la responsabilidad por caso fortuito, o una previsión legal en tal sentido. Consecuentemente, como se ha señalado, el acontecimiento fortuito debe ser tratado como un eventual elemento del supuesto de hecho de la imposibilidad sobrevenida, sin que exista una identificación total entre ambas figuras.

### C) Caracteres del acontecimiento fortuito.

Los caracteres del acontecimiento fortuito contempladas en el art. 1105 CC son la imprevisibilidad y la inevitabilidad. La imprevisibilidad se ha definido como “la cualidad que ostenta un acontecimiento para sorprendernos cuando tenemos en cuenta lo que normalmente ocurre y las consecuencias que ordinariamente acarrearán los sucesos habituales, de modo que la observación de la realidad no nos permita anticipar que ese suceso ocurrirá o que acarreará unas consecuencias de tal magnitud”<sup>297</sup>. Por otro lado, la inevitabilidad “hace referencia a la incapacidad para impedir o bien que el acontecimiento en sí mismo se produzca, o bien que se materialicen sus consecuencias dañosas”<sup>298</sup>.

Ninguna de estas dos notas deben exigirse con un rigor absoluto y tampoco de modo abstracto, sino en relación con el caso concreto, con las circunstancias de

---

empresa no ve extinguida su obligación, sino que ni siquiera se suspende, ya que deberá correr el riesgo de poner otra nave a disposición de los viajeros. Incluso en el caso de que el deudor esté en dificultades de prestar, su obligación no se ha extinguido, porque no se da el supuesto de los arts. 1182-1184 CC, en este caso quizá podría resolverse el contrato en virtud de la cláusula "rebus sic stantibus". Lo que no se duda es que si la dificultad excede de la medida de lo que debe prestarse, según la diligencia exigible, no hay lugar a indemnización.

<sup>297</sup> Castilla Barea, 2001:63. Sobre esta cuestión vid. asimismo Carrasco Perera, 1989: 659; Badosa, 1993: 43.

<sup>298</sup> Castilla Barea, 2001:64. En este mismo sentido cfr. Carrasco Perera, 1989: 662.

la obligación y con los medios exigibles al deudor (en relación con el art. 1104 CC). No puede exigirse de modo absoluto y abstracto porque en principio, teóricamente, cualquier cosa puede ser previsible por la mente humana, e incluso algunas de ellas podrían ser evitables con el empleo de sofisticados métodos. Ahora bien, no todos los deudores se encuentran en una situación tal de emplear medios desmesurados en relación con el contenido de su obligación, es decir, no es siempre exigible una «prestación exorbitante»<sup>299</sup>.

En este sentido, también cobra importancia el carácter de la obligación, de este modo, respecto de las obligaciones genéricas al ser aplicable la máxima *genus nunquam perit*, las dificultades del deudor para el cumplimiento de este tipo de obligaciones no pueden ser tenidas en cuenta como causa liberación de la obligación contraída. En opinión de Díez-Picazo, en estos casos se podría aplicar la doctrina de la “cláusula rebus sic stantibus” o de la desaparición de la base del negocio, pero no existe liberación del deudor<sup>300</sup>. En realidad, la imposibilidad sobrevenida cobra mayor importancia en los casos de prestaciones de carácter infungible, al ser ésta por naturaleza, insustituible. Según hemos visto, esta afirmación es común en todos los sistemas de Derecho continental.

Asimismo, respeto a los criterios de previsibilidad e inevitabilidad se habrá de tener en cuenta cómo las partes han configurado la prestación (por ejemplo, si un empresario de camiones se compromete a transportar mercancías a un país vecino y se produce un cierre de fronteras, el transporte sigue siendo posible por avión y barco, sin embargo, debe pensarse que la prestación ha devenido imposible en atención a cómo fue configurada, ya que se trataba de una prestación de transporte por carretera). De esta manera, la posibilidad de previsión debe valorarse de acuerdo con los criterios de la diligencia exigible o prestable (puede

---

<sup>299</sup> Por ejemplo, en la compraventa internacional de mercaderías, al tratarse de un contrato entre profesionales, los requisitos de la previsibilidad y de la evitabilidad se valoran de modo muy estricto. Respecto del requisito de la previsibilidad, el art. 79 CV exige que no sea razonable esperar que el deudor tuviese en cuenta el impedimento en el momento de la celebración del contrato. No se sigue un criterio subjetivo de previsibilidad, sino un criterio objetivo. Por tanto, si el impedimento es previsible para una persona razonable de la misma condición de la parte que lo invoca, no queda exonerada de responsabilidad. Incluso si el impedimento es previsible no queda exonerado de responsabilidad aunque se halle al margen de la esfera de control de la parte afectada (Vázquez, 2000: 293). En cuanto a la evitabilidad, la norma del art. 79 CV refleja la regla según la que la parte que se encuentra en la obligación de actuar debe hacer todo lo que se encuentre en su poder para llevar a cabo su obligación y no debe esperar acontecimientos que podrían justificar con posterioridad su incumplimiento (Cfr. el comentario de este precepto en <http://www.jura.uni-freiburg.de/ipr1/cisg/>).



ser que la diligencia exigible en el caso concreto sea la del hombre medio o la diligencia de un buen profesional o de un profesional experto, por ejemplo, si se trata de una empresa dedicada a la construcción, en ocasiones tendrá la posibilidad de prever un cambio de la normativa urbanística que limite o impida la edificación). Serán imprevisibles aquellos acontecimientos que no han podido preverse utilizando la diligencia a que el deudor estuviera obligado. Lo mismo se predica respecto de la inevitabilidad. Debe tratarse de eventos que rompan la relación de causalidad que existe entre las acciones y omisiones del deudor y los daños experimentados por el acreedor<sup>301</sup>.

### 3.2. La imposibilidad sobrevenida en las obligaciones de hacer.

Otra de las dificultades en torno al concepto jurídico de imposibilidad en el Derecho español es que se ha configurado por parte de la doctrina mediante la generalización del supuesto específico de la pérdida de la cosa debida. Esto provoca graves problemas en cuanto a la aplicación de la idea de imposibilidad sobrevenida a las obligaciones de hacer<sup>302</sup>. Ello se explica por el hecho de que la

---

<sup>300</sup> Díez-Picazo, 1996: 585.

<sup>301</sup> Por ejemplo, los fenómenos meteorológicos en cuanto incontrolables por el hombre y no siempre previsibles, puede que no den lugar a imposibilidad sobrevenida liberatoria. Así en la SAP Valencia 10 febrero 1993 (AC 1993, 706), «Fruxeresa SL» había celebrado un contrato de compraventa de naranja con D. Jesús R.M. en el que las partes fijaron que la recolección se efectuaría inmediatamente. La vendedora alega que las lluvias imposibilitaron el cumplimiento del contrato en los términos pactados. El JPI dicta sentencia estimando la existencia de imposibilidad sobrevenida de carácter liberatorio. La AP desestima el recurso de apelación interpuesto. En opinión de la AP, la naranja no es apta para el comercio como consecuencia de la larga permanencia en el árbol viéndose afectadas por las lluvias. De este modo, si la entidad hubiese cumplido con el pacto que asumió de recogida inmediata, el fruto no se hubiese visto afectado por las lluvias. Es cierto que, las lluvias fueron abundantes durante el período en el que se debió recolectar la naranja, pero también es verdad que, debido a las características favorables del terreno, a los pocos días los campos ya debían tener fácil acceso. Además, como mantiene la parte apelante, en el informe pericial se indica que la naranja, en general, sufrió graves daños debido a las lluvias, pero también se explica que dichos males fueron la consecuencia del largo período de precipitaciones comprendidas durante los meses de noviembre, diciembre y enero, conclusión lógica puesto que a mayor tiempo de permanencia de la fruta en el árbol, expuesta a los diversos agentes meteorológicos, lluvias fuertes, vientos, frío, etc., mayores serán las probabilidades de que ésta se deteriore.

<sup>302</sup> Díez-Picazo, 1996: 650 y ss. y Castilla Barea, 2001: 42. Restringir el concepto de imposibilidad al de destrucción tiene el inconveniente de que en las obligaciones de hacer, como la prestación no tiene una realidad física, no puede destruirse. En este mismo sentido, cfr. Orduña Moreno (2001: 208-209) siguiendo en este punto a Montés, la doctrina ha caracterizado el supuesto de la imposibilidad sobrevenida desde unos parámetros más bien estrictos, ya que se tomó como punto de referencia el régimen dispuesto para la pérdida de la cosa debida (arts. 1156 y 1182 CC). Para que operase el efecto liberatorio del deber de prestación era necesario que la imposibilidad se

construcción tradicional de los vínculos obligatorios las *obligationes dare* tuvieron siempre una clara preeminencia, debido a que en la economía de la época tal tipo de obligaciones constituía la tipología de mayor importancia. De este modo, se extrae una formulación genérica de un caso particular. Prueba de ello es que el propio Código Civil español, tras el planteamiento singularizado del art. 1182, se ve en la necesidad de contemplar la regulación contenida en el art. 1184 para las obligaciones de hacer y lo hace con carácter de generalidad (habla de imposibilidad física o legal de la prestación) al contrario de lo que sucede en el art. 1182 CC<sup>303</sup>.

En consecuencia, según esta generalización, la imposibilidad debe ser una imposibilidad absoluta y objetiva, de manera que significa un obstáculo de prestación para cualquier tipo de personas y en cualquier tipo de circunstancias<sup>304</sup>. Por tanto, la doctrina se vio obligada a distinguir entre imposibilidad objetiva e imposibilidad subjetiva. Esto, a su vez, entronca con otra cuestión cual es la de la relación entre la imposibilidad sobrevenida de carácter liberatorio y la extraordinaria onerosidad en el cumplimiento de la prestación.

### 3.3. Los impedimentos urbanísticos como supuestos de imposibilidad sobrevenida en la jurisprudencia española.

#### A) Introducción.

Dada la gran cantidad de sentencias que tratan el problema me parece oportuno destinar un epígrafe de este trabajo al análisis de la jurisprudencia en relación con los efectos que un cambio de la normativa urbanística despliega sobre el contrato. En todos los casos en los que se plantea un problema de imposibilidad de edificación por impedimento urbanístico y administrativo, de lo

---

configurase de modo absoluto y objetivo, determinante tanto de la imposible ejecución de la prestación como de su respectiva aplicación, con independencia de la conducta y circunstancias del deudor. Esta “relegación del básico punto de la imposibilidad sobrevenida de la prestación al anodino campo de la pérdida de la cosa debida” resulta insostenible según Cristóbal Montes (1989: 11). El autor echa en falta unas normas como las de los arts. 1218 y 1256 CC it.

<sup>303</sup> Cristóbal Montes, 1989: 23-25.

<sup>304</sup> Castilla Barea, 2001: 187. Tradicionalmente se ha dicho que para que la imposibilidad sobrevenida fortuita produzca efecto liberatorio es preciso que sea absoluta y objetiva.

que se trata es de resolver sobre quién se debe hacer recaer las consecuencias derivadas de la imposibilidad de destinar el inmueble objeto del contrato a la edificación cuando no se puede apreciar la culpa o negligencia por parte del vendedor (ni del comprador) y siempre bajo esta premisa pues en otro caso habría incumplimiento.

Convendría distinguir entre dos hipótesis diferentes, por un lado, la compraventa de una parcela con existencia física que se entrega, pero que existen problemas para su edificabilidad, por otro lado, la compraventa de un local a construir por el propio vendedor. En este último supuesto, la adecuación a la normativa urbanística, que permite su propia existencia, corre por cuenta y riesgo del constructor-vendedor salvo existencia de condición, caso fortuito o fuerza mayor con prueba a cargo del que incurre en la no realización de la prestación.

Como se tendrá ocasión de comprobar, no siempre el *factum principis* debe considerarse como un supuesto de fuerza mayor liberatoria. Así, no lo será cuando la diligencia exigible según el contrato obligue a prever y a superar el impedimento. Incluso a veces si el impedimento es previsible no existe liberación cuando el deudor sea un profesional, a pesar de que éste sea insuperable.

#### B) Supuestos de pretendida imposibilidad sobrevenida de carácter liberatorio:

En la STS 13 marzo 1987 (RJ 1987, 1480) las partes habían celebrado un contrato de permuta de solar por obra futura. El constructor no pudo incumplir su obligación de entrega de las viviendas pactadas que se habían de construir en dos de los bloques proyectados, ya que la construcción no pudo ni siquiera comenzarse como consecuencia de disposiciones administrativas de carácter urbanístico que, afectantes a la zona, limitaban la edificabilidad. Ni las sentencias de instancia ni el TS declaran que el deudor deba responder por el retraso en el cumplimiento, ya que la falta parcial de cumplimiento en el momento previsto en el contrato para su total realización es debida a imposibilidad inimputable al deudor no cumplidor. La existencia de normas urbanísticas supone una imposibilidad legal de cumplimiento total, en virtud del art. 1184 CC. No obstante, podría hacerse un juicio de diligencia en torno al deudor, puesto que a

éste sí que le es exigible una actividad encaminada a preservar la posibilidad del cumplimiento que se sustancie en una resistencia a dicho acto, recurriéndolo en vía administrativa o judicial. En este caso, este juicio no se hace porque de todos modos, los obstáculos administrativos han desaparecido, ya que el plan urbanístico fue declarado nulo por los tribunales, con lo que finalmente no subsisten las normas administrativas que prohíben la construcción de los dos nuevos bloques<sup>305</sup>.

Asimismo referida a un contrato de permuta de solar por obra futura es la STS 24 febrero 1993 (RJ 1993, 1249). En este caso, pese a que se prevé expresamente en el contrato el riesgo de un posible cambio de la situación urbanística de las fincas, se admite la resolución con el razonamiento de que la imposibilidad sobrevenida no es imputable a las partes. Realmente lo que sucede en este caso es que existe un incumplimiento imputable a ambas partes que da lugar a la resolución del contrato.

El supuesto litigioso que resuelve la sentencia es el siguiente una entidad constructora y unos particulares celebran un contrato de cesión de solar por obra futura en cuya estipulación 2ª *in fine* se contiene la siguiente cláusula: «Si por cualquier circunstancia se construyese, más o menos, el 10% a percibir tanto en pisos como en sótano-aparcamiento será proporcional a lo construido efectivamente, y no a la cifra de m<sup>2</sup>, prevista antes expresada (2702 m<sup>2</sup> en planta de pisos y 578 en sótano-aparcamiento)». Con posterioridad, debido a la modificación del plan de ordenación urbana, sólo es posible la construcción de cuatro plantas, incluida la baja (cuando en el momento de la celebración del contrato las alturas permitidas eran 10). Tanto el JPI como la AP estiman la pretensión de la constructora de que el volumen edificado a entregar no puede ser el mismo, pues no es igual pactar un porcentaje fijo sobre diez plantas que sobre cuatro.

En opinión del TS (Fundamento de Derecho 5º): siendo cierto que “si las recíprocas prestaciones contractuales se hubieran cumplido de inmediato no se hubieran visto afectadas por la imposibilidad sobrevenida, (...) la demora no es únicamente imputable a incumplimientos de la actora -ya se ha dicho que los

---

<sup>305</sup> Cfr. al respecto Jordano Fraga, 1987: 4423 y ss.

retrasos producidos tuvieron su causa también en la situación jurídica de la finca, que sólo podía ser corregida por los demandados- y, por tanto, la resolución del contrato fue bien declarada, sin que haya lugar a indemnización de los eventuales perjuicios que pudo sufrir cada una de las partes. En resumen, lo acontecido es que la imposibilidad sobrevenida de la prestación, por la modificación de la normativa urbanística -en principio, no imputable a ninguna de las partes-, en la medida que pudiera atribuirse a la demora habida en la consumación del contrato de 3-8-1974 sería consecuencia de incumplimientos de ambas partes, y, en consecuencia, no es pertinente el abono de indemnización alguna, salvo lo antedicho sobre reposición a la situación originaria y abono de determinados gastos”<sup>306</sup>.

Por otro lado, resultan, a mi juicio, criticables una serie de sentencias referidas a la misma situación fáctica en las que los tribunales declaran la existencia de imposibilidad sobrevenida liberatoria. Se trata de las sentencias STS

---

<sup>306</sup> También referidas a contratos de permuta de solar por obra futura en las que se declara resuelto el contrato por imposibilidad sobrevenida, al no obtenerse la licencia pertinente para la construcción, son las SAP Jaén 27 septiembre 1996 (AC 1996, 1831) y SAP Cantabria 12 julio 1999 (Elder. 1999, 32164).

En el caso de la primera sentencia en el contrato celebrado se fijaban una serie de condiciones y pactos entre los que se encontraba la resolución del contrato si el señor F., cesionario, no lograba adquirir el resto de los derechos hereditarios sobre la herencia, como era su intención, en el plazo de tres meses, prorrogables potestativamente por las cedentes si se acreditase que el retraso no era imputable al cesionario; fijándose también un plazo de 36 meses a partir del momento en que se adquieran estos derechos, para el cumplimiento de la obligación de entrega del piso. El cesionario no cumple lo estipulado en el contrato alegando imposibilidad sobrevenida al no haberse concedido la licencia municipal pedida. En opinión de la AP, el cesionario debe quedar liberado de su obligación en virtud del art. 1184 CC al no existir culpa o negligencia en éste. Además de que no cabe la indemnización de daños y perjuicios al no existir culpa o negligencia (art. 1101 CC).

En el caso de la segunda sentencia también se incluía una cláusula en el contrato en cuya virtud, si en el plazo de 5 años y medio no se hubiese realizado la contraprestación, se hará entrega a los hermanos de la cantidad de 100 millones de ptas. en concepto de indemnización por los daños y perjuicios. Además se hará entrega a los mencionados hermanos de los metros construidos y aparcamientos en el estado en el que se encuentren en el momento en que se requiera a la indicada sociedad. El 2 de noviembre de 1993 se decreta la nulidad de las normas subsidiarias del planeamiento municipal de Arnuero que hubieran posibilitado la edificación prevista. En opinión de la AP (Fundamento de Derecho 4º), “la entrega de determinada parte del complejo inmobiliario ha devenido jurídicamente imposible (...). Es una sentencia del TSJ de Cantabria la que anula las normas subsidiarias del planeamiento municipal, sin que tenga nada que ver la conducta de la demandada (ninguna falta de diligencia cabe advertir en ella). En consecuencia, las partes vienen obligadas a restituirse lo que hubiesen obtenido del contrato. La sociedad demandada debe restituir a los hermanos demandantes las fincas o la parte que de las mismas conserve, indemnizándoles por el valor de las porciones transmitidas a terceros protegidos. Una vez deshecho el entramado de derechos y deberes, deviene ineficaz la cláusula penal calificada como condición especial de contrato de permuta”.

7 febrero 1994 (RJ 1994, 917), STS 23 febrero 1994 (RJ 1995, 683), SAP Burgos 9 septiembre 1998 (AC 1998, 8800).

En el caso de la STS 7 febrero 1994 (RJ 1994, 917) «Transmet, SA» vende a don José María P. P. los módulos 11 y 13 de la nave industrial que dicha entidad iba a construir. En el indicado contrato se contenía una cláusula, la séptima, que establecía lo siguiente: «En caso de que no se pudieran llevar a cabo las escrituras por culpa de los vendedores, siempre y cuando sea justificado, éstos devolverán el dinero con los intereses correspondientes». El Ayuntamiento denegó la licencia de obras en los términos solicitados por contrariar el proyecto el Plan General de Ordenación Urbana de Burgos, que impide la división de la nave en parcelas para su venta inferiores a 500 m de superficie. En el caso enjuiciado los dos módulos que se venden al señor P. no exceden, entre los dos, de 429 m. Como consecuencia, «Transmet, SA», entra en negociaciones con el comprador, que no dieron resultado, razón por la cual el 16 de mayo de 1989 requiere fehacientemente, a través de Notario, al comprador a los efectos de resolución del contrato por imposibilidad sobrevenida, a la vez que consignaba la cantidad recibida a cuenta del precio y los intereses legales correspondientes, solución no aceptada por el comprador. Como consecuencia de ello, «Transmet, SA» vende a «Casple, SA» los mencionados módulos.

Con posterioridad, el Ayuntamiento de Burgos resolvió modificar el Plan General de Ordenación Urbana de Burgos respecto del mínimo de 500 m, dada la situación de fuerte demanda y presión social para la obtención de naves industriales de menor tamaño que el máximo permitido para parcelaciones de 500 m.

En opinión del TS (Fundamento de Derecho 3º), “nos hallamos en presencia del «cumplimiento imposible» de un contrato de compraventa por causas no imputables a ninguno de los en él intervinientes como vendedor y comprador, lo que origina la posibilidad de «Transmet, SA» de interesar la resolución del mismo al no ser el causante de su incumplir por aplicación del art. 1184 CC, ya que cuando en el mismo se hable de «imposibilidad legal», la doctrina viene entendiendo que dentro de este último término pueden comprenderse no sólo las disposiciones estatales (Leyes, Decretos, Reglamentos, etc.), sino también las de otro origen y, por tanto, las Ordenanzas Municipales”.

Seguendo a Rebolledo Varela, que comenta esta sentencia<sup>307</sup>, hay que tener en cuenta que en el caso enjuiciado no nos encontramos ante un supuesto imprevisible, ya que no se produce un cambio de la normativa urbanística, sino que existe contravención de las normas que impiden la construcción y la entrega efectiva del objeto vendido, y dicha contravención debería tener efectos en el ámbito de la responsabilidad. Efectivamente, en este caso un mínimo de diligencia por parte de la entidad promotora le hubiese permitido conocer que, de acuerdo con el Plan General de Ordenación Urbana de Burgos, la construcción proyectada y el objeto vendido vulneraba dicha normativa urbanística, por lo que si la vendedora concertó la venta sin haber obtenido previamente la licencia a ella únicamente es imputable y ha de correr con el consiguiente riesgo de no obtenerla.

Por todo ello, en este caso, la no posibilidad de la construcción y entrega por denegación no se puede calificar de caso fortuito o fuerza mayor, derivado de problemas administrativos de carácter urbanístico, sino de un verdadero incumplimiento contractual imputable a la vendedora, ya que ésta se comprometió a la realización de una prestación que no estaba en condiciones de ejecutar, al carecer de la oportuna licencia de obras. Ello permitiría al comprador ejercitar la acción resolutoria prevista en el artículo 1124 CC.

Aunque es cierto que también el comprador incurre en negligencia, ya que al tener acceso a la información urbanística, puede conocer igual que el vendedor la existencia de la irregularidad; no parece adecuado que deba asumir el riesgo junto con el vendedor. Normalmente el comprador será un particular que contrata con una inmobiliaria o constructor, por tanto, merecedor de protección frente al profesional que alega ignorancia de lo que en su oficio es de conocimiento imprescindible.

La cuestión litigiosa es semejante en el caso de la STS 23 febrero 1994 (RJ 1995, 683). Asimismo el TS (Fundamento de Derecho 2º) entiende que: “no es posible imputar a «Transmet, SA» una actuación culposa excluyente de su liberación obligacional, sino que la dificultad presentada por la denegación fue de tal entidad que resulta suficiente para determinar una imposibilidad determinante de la aplicación del artículo 1184 CC. Ello a pesar de que las circunstancias

---

<sup>307</sup> Rebolledo Varela, 1994: 505 y ss.

concurrentes revelen la eventualidad de una futura posibilidad de que la vendedora diese cumplimiento a sus obligaciones contractuales. Esto no obsta a la certeza de la imposibilidad existente en el momento en que se instó la resolución, imposibilidad que, como se ha dicho, no es imputable a negligencia de aquélla, a quien no es procedente imponer un retraso indefinido en el cumplimiento de su prestación sin certeza alguna sobre que pudiera llevarse a efecto alguna vez, ya que, de lo contrario, quedaría roto el equilibrio contractual con evidente perjuicio para la vendedora. Además, un cierto grado de previsibilidad de que podían sobrevenir circunstancias que hicieran imposible la prestación no debe excluir la operatividad de lo dispuesto en el artículo 1184 CC, sino que lo esencial es que realmente se produzca la imposibilidad objetivamente sin culpa del deudor y que no haya incurrido éste en morosidad, como acontece en este caso, por lo que ha de perecer el motivo”.

Una sentencia más criticable referida a la misma situación fáctica es la SAP Burgos 9 septiembre 1998 (AC 1998, 8800). Según la AP, el contrato celebrado debe reputarse un supuesto de contrato inexistente, por faltar uno de los elementos constitutivos o esenciales, cual es el objeto del contrato, al ser imposible la prestación de entrega de la nave industrial A3 (1), por ser su superficie de 303,51 m<sup>2</sup>, inferior a la exigida por el Plan General de Ordenación Urbana de Burgos vigente a la fecha del contrato.

Esta sentencia no me parece acertada, ya que tratándose de hechos existentes en el momento de la celebración del contrato, éstos no son imprevisibles. Además, como sucede en este caso, si la imposibilidad es inicial y una de las partes tiene conocimiento de tal imposibilidad y no informa a la otra, o incluso si tiene posibilidad de conocer y no lo hace, está obligada a indemnizar en virtud de la responsabilidad por “culpa in contrahendo”.

### C) La imposibilidad de edificar imputable a una de las partes del contrato:

En el caso de la STS 23 octubre 1990 (RJ 1990, 8038) una entidad dedicada a la construcción adquiere del Ayuntamiento de Barcelona un solar que ocupaba



parte de un sobrante de vía pública, otorgándosele posteriormente licencia para la edificación. Dicha entidad adquierente efectúa la venta de los terrenos a «Promociones Bermar, S. A.,». La licencia de edificación fue suspendida definitivamente por el Ayuntamiento por no adecuarse las obras que se venían ejecutando al Plan General metropolitano aprobado con posterioridad a la adquisición. La mencionada empresa ejercita ante el JPI demanda de resolución de contrato junto a la solicitud de indemnización de los daños y perjuicios. El JPI estima parcialmente la demanda. Dicha sentencia se recurrió por ambas partes, recayendo sentencia parcialmente estimatoria del de la parte actora y desestimando el de la demandada. El TS declara haber lugar al recurso de casación interpuesto por el demandado Ayuntamiento de Barcelona, contra la sentencia de la AT, que es revocada en parte, reduciendo la cuantía de su condena económica en la suma de 14.468.254 ptas.

En opinión del TS (Fundamento de Derecho 2º), “sin dudar que la actitud posterior del demandado es debida a la imposición de un mandato público que le fija el nuevo Plan general Metropolitano de 19-7-1976 y que por eso le condiciona todo su posterior comportamiento en orden a anular todas las actuaciones precedentes referidas a la cesión de la parcela y concesión primitiva de la licencia de construcción, y en las que, se repite, inexistente voluntad irregular merecedora de reproche legal alguno (...) se otorga a la causante de la actora, una licencia de construcción (...) respecto a un solar que ocupaba parte de un sobrante de vía pública, y, por tanto, permitiéndole la construcción sobre el mismo, el cual, incluso, después en 10-11-1975 se le adjudica por el precio de 680.000 ptas., cantidad que se abona al Ayuntamiento en 3-2-1976, y, por ello, esta Corporación en 27-2-1976, autoriza a la entidad causante de la actora (...) la reanudación de las obras. (E)n consecuencia con lo anterior, por la entidad privada se inicia la ejecución de la obra cuya licencia le ampara al efecto, y, es más, acatando lo dispuesto en 27-2-1976 por el Ayuntamiento demandado, ejecución que, como se acredita, le supuso unos gastos concretos de 20.500.000 ptas.; de consiguiente, es evidente que carece de relieve alguno a los efectos del conflicto las alegaciones de los arts. del C.c. que se citan sobre extinción de las obligaciones por imposibilidad sobrevenida, o no culpa, o caso fortuito o fuerza mayor, o falta de mora en lo concerniente a la conducta del Ayuntamiento que, se repite, valen sólo para

justificar su proceder posterior de denegación definitiva de licencia y no otorgamiento de escritura de cesión por imposición del nuevo Plan, pero no sirven para exonerarle de su conducta previa”.

En cuanto a la cuantía de la indemnización (Fundamento de Derecho 3º) “al «resultar imposible» el cumplimiento de lo pactado (en lo concerniente al otorgamiento de la escritura pública de cesión y adjudicación del terreno por la observancia de lo ordenado en el nuevo Plan y con ello, evidentemente, impedir la continuación de la obra ya ejecutada, que viene a suponer la frustración del designio del contrato u obtención del fin económico perseguido por la demandante, que es uno de los efectos que deben subsumirse en la órbita del art. 1258 «in fine») y sin precisar recurrir a los expedientes de desaparición de la base del negocio o alteración básica de las circunstancias de partida, habrá de atraerse como fundamento de aquel resarcimiento, la 4.ª causa de ese art. 1101 o «contravención de cualquier modo de tenor de la obligación», en el bien entendido que si ello explica la atribución de la correspondiente responsabilidad económica a la indemnización por los gastos cuantificados por la obra ya adjudicada, no obstante, no es posible proyectar esa condena en las probables expectativas económicas que se habrían de producir si se hubiera culminado la obra -en concreto la partida referenciada por la sentencia recurrida de «pérdida de edificabilidad» por ptas. 14.468.254- ya que al referirse a un concepto de futuro menoscabo cuando la edificación estuviese realmente terminada, no cabe imputar la causa de ese menoscabo al Ayuntamiento demandado, ya que, se repite, entonces, su comportamiento se ajustó al acatamiento de cuanto le impuso otro Ente público superior, por lo que, en ese sentido, habrá de admitirse, en lo atinente, el motivo declarado la correspondiente reducción de la cuantía determinada en la recurrida, y sin que ello suponga que se disocie la entidad del daño -«damnum emergens»- de la del perjuicio -«lucrum cesans»- que conjuntamente procede por imperativo del art. 1106, sino que, por la singularidad de la conducta del deudor relatada, que no puede permitir esa futura continuación de la obra, en cuya fase acontecería el evento del agiotaje por la mayor o menor edificabilidad, tampoco es responsable de sus consecuencias -juego analógico del art. 1107-1.º C.c.- todo lo cual conduce a la estimación en parte del recurso, sin que proceda abono de los intereses establecidos en el art. 921 «in fine» de la

L.E.C. en razón a particular conducta ya valorada de la demanda en torno al cumplimiento de lo pactado”.

Desde mi punto de vista, en este caso el tribunal acaba distribuyendo el riesgo entre ambas partes contratantes, por un lado el comprador adquiere un solar que ocupaba parte de un sobrante de la vía pública (con lo que asume cierto riesgo dada la ubicación del solar), por otro lado, el Ayuntamiento vendedor no debe responder del todo del cambio de circunstancias, puesto que la denegación de la licencia definitiva de obras le viene dada por orden de una instancia superior. Al margen de que si en este caso se apreciase imposibilidad sobrevenida de la prestación del deudor, éste quedaría exonerado de responsabilidad. Ello no le parece adecuado al TS y por eso acude al art. 1101 causa 4ª, haciendo referencia a la frustración del fin del contrato en relación con el art. 1258 CC. De este modo, el Ayuntamiento debe indemnizar, si bien el *quantum* de la indemnización se valora de acuerdo con el art. 1107-1º CC, considerándose al Ayuntamiento deudor de buena fe.

En el caso de la la STS 19 junio 1996 (RJ 1996, 5102) existe un incumplimiento contractual por parte del cesionario. El retraso en el cumplimiento de sus obligaciones por parte de la constructora, que no solicita en plazo la licencia de obras, determina la imposibilidad de llevar a cabo la edificación, dado que el Ayuntamiento decide suspender la expedición de licencias.

Dª. Amparo M.Z. y la entidad mercantil «Amijer» habían celebrado un contrato de permuta de solar por obra futura en el que se estipuló que para la ejecución de todo el edificio, la entidad cesionaria disponía de 8 años a partir de la aprobación del Plan, con la posibilidad de una prórroga de 3 años más si en el plazo de 6 años estaba construido el 50% del volumen edificable. Se establecía una cláusula resolutoria en el sentido de que, si en dichos plazos no se ejecutaba la totalidad de la construcción, la cedente devendría dueña de todo el suelo y la obra existente sobre los terrenos de las parcelas. El Plan Parcial fue aprobado y su publicación oficial tuvo lugar con fecha de 17 noviembre 1979. Con fecha 13 febrero y 3 agosto 1981 se formalizan las escrituras de venta de dos parcelas a favor de la entidad «Amijer S.A.». Hasta el año 1985 las obras realizadas no superaban el 50% del volumen total establecido para evitar la operatividad de la

cláusula resolutoria prevista en el contrato. Con fecha 5 diciembre de 1985 tiene lugar el requerimiento del art. 1504 CC, dándose por resuelto el contrato básico al alegarse incumplimiento por parte del demandado. El JPI dicta sentencia estimando parcialmente la demanda. La AP estima parcialmente el recurso de apelación. El TS revoca la sentencia de la AP confirmando la del JPI. En opinión del TS (Fundamento de Derecho 3º): “el problema básico de esta litis, consistente en la resolución contractual postulada en la demanda y contradicha en la contestación-reconvención; problema que reducido a sus líneas fundamentales, se ha de concretar en la posible existencia de un incumplimiento contractual por parte del demandado, que frustre las expectativas del contrato, y la también posible concurrencia de otros incumplimientos por parte de la actora (...). El plazo para ejercitar la acción resolutoria (...) empezaba a correr a partir del día 17 de noviembre de 1985, para el caso de que en esta fecha no estuviera construido el 50% del volumen total edificable. Esta circunstancia evidentemente se produjo (...). Resta por analizar si ese claro incumplimiento fue debido a circunstancias extrañas, o también a la conducta obstruccionista e incumplidora de la parte demandante. Se han alegado de contrario dos tipos de razones: 1.ª) El Ayuntamiento de Puig acordó revisar el Plan Urbanístico General y suspendió la expedición de licencias, hecho ocurrido en el mes de enero de 1985; causa que carece de relevancia en el caso presente, pues consta documentalmente que en esa fecha no estaba pendiente ninguna petición de licencia solicitada por «Amijer, SA», ni en los 10 meses que restaban para la finalización del plazo era presumible que se pudiera realizar el volumen de obra que faltaba para llegar al 50% exigido; y 2.ª) La entidad demandada requirió notarialmente a la señora M. con fechas 9 de marzo de 1984 y 13 de septiembre de 1985 para que ésta procediera a escriturar a su nombre la totalidad de las parcelas que aún figuraban sin transmitir, y que tales requerimientos no fueron debidamente atendidos.(...) [L]a no titulación de los terrenos no fue en todo caso determinante de la paralización de las obras, pues algunas de las edificaciones se construyen sin haberse efectuado la pretendida cesión (parcelas P y Q). Todo ello conduce a coincidir con el Juzgado cuando afirma y declara probado, que se trata de un incumplimiento contractual achacable a la sociedad demandada, que frustra las expectativas normales de la contratación, y que procedan por tanto las consecuencias resolutorias previstas en el contrato”.

El supuesto litigioso en la STS 24 diciembre 1999 (RJ 1999, 9364), al igual que la anterior sentencia, toma como punto de referencia el contrato celebrado con fecha 13 de octubre de 1989 de permuta de solar por obra futura. En virtud de dicho contrato, los adquirentes se comprometían, en contraprestación, a entregar determinada parcela, de entre las de un conjunto en que se integraba aquel terreno, debidamente urbanizada y construida con vivienda unifamiliar. El incumplimiento de dicho contrato por parte de los adquirentes obligaría a éstos al pago, en concepto de indemnización, de la cantidad de sesenta millones de pesetas expresamente pactada con ese exclusivo fin, independientemente de lo pactado como pena por cada mes de retraso en el cumplimiento.

El TS desestima el recurso de casación. Según el TS (Fundamento de Derecho 2º): “La fuerza mayor como causa justificativa del incumplimiento en los contratos, ha de entenderse constituida por un acontecimiento surgido «a posteriori» de la convención haciendo inútil todo esfuerzo diligente puesto en la consecución de lo contratado. (...) Parece que el compromiso partía de la operación urbanizadora y constructora que se llevaría a cabo en terrenos del urbanizador y constructor o promotor. El necesario Plan Parcial de Urbanización fue aprobado por el correspondiente ayuntamiento, pero aquel compromiso -que ha llevado ya consigo la efectiva cesión de unos terrenos de cultivo, libres de arrendamiento que sobre ellos gravitaba- se asume sin mayor comprobación de posibilidades, como se pone de manifiesto en el escrito de recurso, porque el Proyecto de Urbanización y consiguiente obtención de licencia para su realización se presentan e interesan sin contar con el agua necesaria y red de alcantarillado, lo que determina que la petición de licencia no encuentra la respuesta deseada de concesión, impidiendo toda realización. Tal acaecer no puede estimarse constitutivo de fuerza mayor impeditiva del cumplimiento del contrato, como se invoca, porque la situación carencial era perfectamente previsible antes del contrato mediante una simple consulta o comprobación del tema y esa omisión -como conducta más benévolamente calificable dentro de las posibles- que no ha impedido, a quien la observa, contratar en los términos en que lo hace, le es imputable al mismo, no es ajena en la producción de la situación actual y debe tenerse como integrante en la realidad del incumplimiento y era suficiente para

hacer desistir del contrato y de la transformación de aquellos terrenos rústicos - hoy inservibles para el cultivo-, procurando no llevar adelante lo que tenía que haberse previsto como frustrante absoluto del contrato, por irreversible en la situación con ese hacer creado. Lo posible de fácil comprobación y la evitación de las consecuencias no deseadas, dependientes de la misma voluntad, no pueden constituir el justificante del incumplimiento contractual por causa de fuerza mayor y el motivo de casación, así articulado, ha de ser desestimado”.

En este caso la decisión del TS es totalmente acertada: por un lado, existe una asunción expresa del riesgo por parte del cesionario, al incluirse en el contrato el deber de indemnizar en la cantidad de 60 millones, sin que se incluya excepción alguna a ese deber de indemnizar (por ejemplo, podría haberse excluido para el caso de existencia de impedimentos urbanísticos, ya que ésta no es una circunstancia imprevisible, máxime siendo la cesionaria una entidad constructora). Por otro lado, los efectos que sobre el contrato tiene el cambio de circunstancias (no concesión de licencia) son imputables a la cesionaria, ya que los terrenos a edificar no contaban con el agua necesaria y red de alcantarillado. No se obtiene licencia porque el proyecto no reúne los requisitos necesarios.

En el caso de la STS 19 abril 2000 (RJ 2000, 3185), D. Isabel S. V., D. Fernando R. T. R., don Fernando S. V., D. Gloria L. F. y don Carlos S. V. promovieron demanda contra Algesa, SA sobre cumplimiento de contrato. Las partes habían celebrado un contrato de permuta de solar por obra futura. Los cedentes tenían derecho de elección conforme a los planos del local. Después de la elección se construyó una escalera que dividía e inhabilitaba el local. Los cedentes interpusieron demanda ante el JPI, que fue estimada, condenando a la demandada a que indemnizase a la actora en una cantidad equivalente al valor actual del local comercial litigioso en las condiciones en que fue en su día elegido. La AP dicta sentencia confirmando la de instancia. El TS declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto.

En opinión del TS (Fundamento de Derecho 3º) “por la parte actora se solicitó el cumplimiento del contrato, calificado de permuta por el Tribunal de instancia, y tal pretensión se apoyaba en el art. 1124 CC y ante la imposibilidad de cumplimiento, aplicó el párrafo segundo de dicho precepto, por constituir la

escalera un elemento estructural no susceptible de destrucción. El citado precepto sustantivo permite escoger entre el cumplimiento del contrato o la resolución con el resarcimiento de daños y perjuicios en ambos casos, autorizando asimismo solicitar la resolución aun después de haber optado por el cumplimiento cuando éste resultare imposible. (...) En cualquier caso, la alternativa cumplimiento-resolución, debe entenderse, no obstante la petición de cumplimiento, la otra en los supuestos de imposibilidad de aquél y por ello hay que concluir que la sentencia «a quo» no ha cambiado la naturaleza de lo pedido, porque si la doctrina de esta Sala ha negado la aplicación del precepto en los casos de conocimiento previo de las limitaciones de edificabilidad de lo vendido -sentencia de 18 de marzo de 1994 (RJ 1994, 2557)- debe afirmarse por el contrario, como en este caso en que se han silenciado por la entidad demandada a la actora las imposiciones urbanísticas y normas del Ayuntamiento.

Debe también desestimarse la infracción de los arts. 1096, 1098 y 1101 CC (Fundamento de Derecho 7º): “Efectivamente, la recurrente incumplió el contrato, tanto en el objeto como en el tiempo, habiéndose producido la elección en 1991 en base a unos planos de local y si luego el Ayuntamiento obligó a modificar, tales extremos ni fueron informados, ni participado a los demandantes, que no tuvieron parte ninguna en ello y siquiera fueron notificados de la tramitación de las licencias”.

Se entiende en este caso que es la cesionaria la que debe asumir el riesgo porque son los que tienen acceso a la información y sin embargo, la ocultan a los cedentes. La sentencia afirma que en los casos de imposibilidad sobrevenida es posible la resolución de acuerdo con el art. 1124 CC, y en el caso de que esta imposibilidad sea debida a limitaciones en la edificabilidad de lo vendido, solamente si dichas limitaciones se desconocen, lo que no sucede en el caso enjuiciado. En este caso, en mi opinión, esa falta de información determina un incumplimiento contractual, por lo que la resolución es debida a incumplimiento y no a imposibilidad sobrevenida.

La no obtención de los permisos urbanísticos oportunos se considera un incumplimiento contractual en la STS 10 mayo 2000 (RJ 2000, 3107). Las entidades mercantiles «Carboneras, Empresa Auxiliar de la Construcción, SL» y

«Colina Mar, SA» habían celebrado un contrato de compraventa de vivienda en construcción. El JPI dicta sentencia declarando resueltos los contratos privados celebrados. La AP confirma la sentencia de instancia. Se interpuso recurso de casación, entre otros motivos por infracción del art. 1124 CC. El TS declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto. En opinión del TS (Fundamento de Derecho 2º): “El párrafo primero del artículo 1124 del Código Civil regula lo que doctrinalmente se denomina como condición resolutoria tácita que supone una facultad para la parte que ha cumplido frente a la incumplidora en todo contrato sinalagmático. Y esta facultad resolutoria es la que pretende destruir la parte recurrente, por mor de determinar que si no ha cumplido con lo que le correspondía, ha sido por causas ajenas a su voluntad, en concreto la no obtención de los permisos administrativos procedentes para poder realizar la edificación a la que se había comprometido. Sin embargo, en la sentencia de primera instancia cuyos fundamentos han sido aceptados y asumidos, en la sentencia ahora recurrida, establece un claro y definitivo incumplimiento que destruye la tesis casacional de la parte recurrente. Y es el momento de traer ahora a colación la doctrina jurisprudencial de esta Sala que establece que el problema del cumplimiento o incumplimiento del contrato es una «questio facti» y que la determinación de quien dejó de cumplir lo estipulado corresponde determinarla al juzgador de instancia. Pero es más, esta Sala tiene dicho para la presente cuestión que no se requiere una actitud dolosa del incumplidor, sino que es suficiente que se frustre el fin del contrato para la contraparte y que haya un incumplimiento inequívoco. Pues una dogmática matizadora, social y jurídicamente lógica ha de impedir frustrar los legítimos derechos de los constantes cumplidores”.

En la sentencia no se pueden apreciar los hechos que determinan que la conducta de la constructora sea determinante de incumplimiento. Lo cierto es que el TS estima ajustado imputar a aquélla la no obtención de los permisos administrativos pertinentes. En consecuencia, la resolución no es por imposibilidad sobrevenida, sino por incumplimiento contractual.

En el caso de la STS 22 diciembre 2000 (LaLey, 2001, 1216), la Comunidad de Propietarios interpuso demanda ante el JPI contra la entidad “Construcciones Gimont S.A.”. La sociedad constructora demandada había incluido en su



proyecto la construcción de una piscina, ofertada contractualmente con la venta de las viviendas. Resultó que la construcción de la piscina no era posible porque el terreno donde se iba a construir era de dominio público. La AP desestimó el recurso de apelación. El TS declara no haber lugar al recurso. (Fundamento de Derecho 2º): “El segundo motivo que denuncia la infracción del art. 1184 del CC tampoco puede prosperar, pues el hecho de que la parcela en que iba a ser construida la piscina fuera de dominio público y, por tal razón evidente no pudiera ser construida, no excusa del deber de indemnizar por cumplimiento imposible ya que en ninguna culpa o dolo incurrieron los adquirentes y sí, en cambio, la recurrente que, al menos, debió cerciorarse de la posibilidad de lo que prometía, promesa que influyó, sin duda, en el aumento del precio de las viviendas que ofertaba y en su facilidad de venta”.

Efectivamente en este caso existe un incumplimiento contractual por parte de la constructora, que debió asegurarse antes de ofertar en su proyecto la construcción de una piscina, de que ello era posible.

D) Supuestos en los que las circunstancias que impiden la edificación se dan ya en el momento de la celebración del contrato:

En el caso de la STS 29 mayo 1998 (RJ 1998, 4072) las partes habían celebrado un contrato de compraventa de determinadas fincas urbanas destinadas a la futura edificación. Con posterioridad a la celebración del contrato quedan fuera de urbanización determinadas parcelas objeto de contrato, pasando a ser zona forestal. En el contrato de compraventa la parte compradora manifiesta conocer la situación urbanística de las fincas vendidas y acepta el coeficiente de conservación y mantenimiento que se fijará en su día en el Reglamento General de la Urbanización. En opinión de la AP: “el vendedor del que traen causa los hoy demandados debió de proceder a la elaboración del Plan Parcial del sector y obtener la aprobación del mismo antes de proceder a la parcelación y venta tal como previene la Ley del Suelo, y prever, como no previó, pudiendo hacerlo que la actuación administrativa posterior calificara alguna de tales parcelas como no urbanas y, por tanto, no edificables, como así sucedió, lo que pone de manifiesto

que aquél omitió la diligencia que le era exigible conforme al art. 1104 CC que presupone la culpabilidad en la responsabilidad contractual”.

No obstante, según el TS (Fundamento Jurídico 2º): “el tenor literal de la escritura de compraventa de 27 mayo 1982 no contiene mención alguna al posible cambio en la calificación urbanística de las parcelas vendidas, calificación que dicen los compradores conocer, ni para hacer tal cambio presupuesto de la compraventa ni para configurarlo como una condición suspensiva o resolutoria del contrato, «cláusula de tal importancia en la vida en un negocio jurídico que debe contenerse expresa y claramente en el texto de ésta o inferirse de manera concluyente si es implícita» (Sentencia de 29 julio 1996 [RJ 1996, 6408]); en el caso, resulta indiscutido que al momento de otorgarse la referida escritura pública, el contrato de compraventa estaba, no sólo perfeccionado (art. 1450 CC) sino que las partes habían ejecutado sus correspectivas obligaciones de entrega de la cosa vendida por el vendedor y de pago del precio por los compradores y manifestando éstos que conocían la situación urbanística de la fincas vendidas (situación urbanística resultante del Plan de Actuación Urbanística aprobado provisionalmente por el Ayuntamiento en 18 de julio de 1980 y de forma definitiva en 13 de mayo de 1982 -varios días antes del otorgamiento de aquella escritura- y según el cual el suelo tenía la calificación de urbanizable programado), no puede imputarse al vendedor negligencia alguna en el cumplimiento de sus obligaciones contractuales, sean las expresamente asumidas o aquellas a que vendría sujeto por aplicación del art. 1258 CC, ya que no puede imponerse al vendedor de una finca el deber de prever que en un futuro, más o menos lejano, y una vez consumado el contrato, pueda cambiar su calificación urbanística por una decisión administrativa basada en criterios de oportunidad y discrecionalidad”.

Además (Fundamento de Derecho 4º), “la consecuencia jurídica de ese posterior cambio de la calificación jurídica de las parcelas no sería en ningún caso, la de esa sustitución del objeto de la compraventa como se pide en la demanda y se acuerda en la sentencia recurrida sino que tales consecuencias serían las restitutorias e indemnizatorias propias de la resolución contractual, como reiteradamente tiene declarado esta Sala, así la Sentencia de 24 febrero 1993 (RJ 1993, 1249 ), con cita de la de 19 enero 1990 (RJ 1990, 16), que a su vez, se

remite a otras anteriores, dice que «se ajusta a la doctrina jurisprudencial expresiva de que se produce causa de resolución contractual cuando por impedimentos urbanísticos y administrativos, el fin único (con categoría de motivo causalizado) para el que los compradores adquirieron la finca y para el que el vendedor la enajenó, no puede ser cumplido», y la Sentencia de 11 octubre 1995 (RJ 1997, 6360) señala que «el art. 1460 regula el supuesto de pérdida de la cosa producida al tiempo de perfeccionarse la compraventa ("si al tiempo de celebrarse la venta ...", dice el precepto) y no el caso de pérdida sobrevenida de su objeto sobrevenida posteriormente, como sería el caso que nos ocupa, cuyo régimen, en la que ahora interesa, sería el establecido en el art. 1184 CC, ello sin perjuicio de apreciarse la evidente culpa imputable a la vendedora»; resolución contractual no planteada en este litigio”.

Entiende el TS que en este caso es el comprador el que debe soportar el riesgo del cambio de la normativa urbanística, ya que tuvo la posibilidad de prever (manifiesta que conoce la situación urbanística del inmueble) y sin embargo, no incluye una cláusula en el contrato para prevenirse de tal riesgo. Hay que tener en cuenta que el otorgamiento de escritura pública tiene lugar el 27 de mayo de 1982, momento en el que ya se encontraba aprobado el Plan de Actuación urbanística (aprobado definitivamente el 13 de mayo de 1982). Además, no se trata de un contrato pendiente de ejecución, sino que las partes ya habían cumplido sus recíprocas prestaciones. Por lo tanto, una vez consumado el contrato es un riesgo que debe asumir el comprador no poder destinar el bien adquirido al fin previsto.

En la STS 3 octubre 2000 (Act. C. 2001, 93) las partes litigantes habían celebrado un contrato de compraventa que tenía por objeto una parcela sobre la que el comprador tenía previsto edificar. El JPI desestimó la demanda de resolución del contrato de compraventa. La AP, con revocación de la sentencia de instancia, estima la resolución. El TS declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto.

Denuncian los recurrentes, como primer motivo casacional, la infracción del art. 1461 CC, en relación con los arts. 76 y 178 de la Ley del Suelo, al entender que efectivamente se cumplió la obligación de entrega de la cosa vendida [una parcela edificable de 1.054 m<sup>2</sup>] frente a la posición que mantiene el órgano a quo,

conforme a la cual la parcela que se entregó a los compradores no era edificable. (Sobre este motivo resuelve el TS en el Fundamento de Derecho 1º) “La discrepancia surge al estimar la sentencia recurrida que de tales 1.054 m<sup>2</sup>, 534 tienen naturaleza rústica. Tampoco considera claras las razones por las cuales el Ayuntamiento de Almuñécar otorgó a los vendedores una licencia de obras para construir en dicha parcela una vivienda unifamiliar con arreglo a determinado proyecto técnico que aquéllos presentaron. Estas contradicciones en los hechos probados de la sentencia parten de la confusión entre parcela edificable y parcela totalmente edificable. No cabe admitir que sean sólo parcelas edificables las que cabe construir en toda su superficie, sin que sean también edificables, aunque en el volumen que permitan las ordenanzas, las parcelas que exigen una extensión mínima sobre la que se construye una determinada porción dentro de la misma. La referida confusión viene alentada, también, por el hecho de haber adquirido el mismo ya y en la misma escritura otra parcela rústica (no litigiosa) que como tal se vendió a los mismos compradores. La referencia a las razones o motivaciones que pudieron llevar al Ayuntamiento de Almuñécar, a explicitar, en otra ocasión, que la parcela no era edificable, no empece el hecho cierto y demostrado que al tiempo de la venta el Ayuntamiento había otorgado la correspondiente licencia de obras para construir una vivienda unifamiliar en la citada parcela, vendida como edificable”. (El motivo se estima).

En opinión del TS (Fundamento de Derecho 2º): “resulta acreditado suficientemente que cuando se efectúa el primer contrato, es decir, el privado de compraventa, el comprador Sr. M., se informó previamente en el Ayuntamiento de Almuñécar sobre las ordenanzas aplicables a la Urbanización donde compra las dos parcelas y resulta plausible que también se informara, lógicamente, sobre la licencia de obras que sobre esos terrenos se había concedido, ya que tenía conocimiento de su concesión, como se desprende del contrato privado en el que se menciona expresamente y que la recibiría, además, sin hacer desembolso alguno, de modo que en aquella fecha efectivamente recibió una parcela que era edificable”.

En este caso el TS estima oportuno atribuir al comprador el riesgo de la menor edificabilidad de la parcela, puesto que se ha informado previamente a la celebración del contrato de la situación urbanística de la finca. En consecuencia, a

mi juicio, en la medida en que es posible prever (parece ser que efectivamente conoce, aunque no está claro en la sentencia), pudo haber incluido una cláusula en el contrato para prevenirse de tal riesgo.

E) La aplicación de la cláusula "rebus sic stantibus" a los supuestos de alteración de la normativa urbanística:

Existen asimismo una serie de sentencias en las que se discute la aplicación de la cláusula "rebus sic stantibus" a los problemas derivados del cambio de la normativa urbanística: sentencias referidas a contratos de compraventa de inmuebles para construir, de viviendas en construcción o contratos de permuta de solar por obra futura en los que, en el intervalo que tiene lugar entre la celebración del contrato y su cumplimiento, tiene lugar un cambio de la normativa urbanística que determina un incremento o una disminución del volumen de edificación, con la consiguiente ruptura del equilibrio de las prestaciones. Por otro lado, algunas sentencias de compraventa de vivienda en construcción resuelven el problema de que las autoridades administrativas no otorguen a la vivienda la calificación de vivienda de protección oficial<sup>308</sup>. Básicamente la denegación de la aplicación de la cláusula "rebus sic stantibus" a estos supuestos se debe a que no se cumple con el requisito de la imprevisibilidad (Para un estudio más en profundidad de este problema me remito a la sección correspondiente de este trabajo).

---

<sup>308</sup> En el caso de la STS 21 octubre 1988 (RJ 1988, 7595) se deniega la aplicación de la cláusula "rebus sic stantibus" porque ya existe distribución expresa de los riesgos en el contrato. La constructora lo que pretende es que se redacte un nuevo contrato. En la STS 31 diciembre 1992 (RJ 1992, 10664) existe previsión expresa en el contrato en cuanto al cambio de la normativa urbanística, ya que se hace constar explícitamente las consecuencias de una disminución de la edificabilidad. En la STS 24 junio 1993 (RJ 1993, 5382) se contiene una cláusula de resolución en el contrato con abono de intereses para el caso de que la edificación no sea posible. En la STS 14 diciembre 1993 (RJ 1993, 9881) la prestación es posiblemente más onerosa, lo que sucede es que la vendedora no va a obtener el lucro esperado con el contrato (el objeto del contrato son la planta 1ª y 2ª, se pensaba que se podrían construir 2 alturas más y ello no es posible). En la STS 4 julio 1996 (RJ 1996, 5881) no se obtiene la calificación de vivienda de protección oficial, de esta circunstancia debe responder el vendedor. En la STS 14 octubre 1999 (RJ 1999, 7323) se trata de un contrato de opción, aunque el TS no entra en el asunto porque ya había caducado la opción. En la STS de 15 noviembre 2000 (Act. C. 2001, 423) el cambio de la normativa urbanística se produce cuando ya está en mora el comprador. En la SAP Segovia 12 marzo 1997 (Elder. 1997, 2858) el vendedor tuvo en su mano la posibilidad de evitar el riesgo mediante la modificación del proyecto.

#### **4. Relación entre la imposibilidad sobrevenida de carácter liberatorio y la excesiva onerosidad en el cumplimiento de la prestación.**

En la doctrina española se pueden encontrar opiniones muy diversas al respecto porque nuestro Código Civil no contempla expresamente la imposibilidad subjetiva como causa de liberación del deudor. En Alemania, como se ha analizado, la polémica se centra sobre todo en si se puede incluir en el concepto jurídico de imposibilidad también la imposibilidad económica o es más adecuado el tratamiento de esta imposibilidad dentro de la doctrina de la “Geschäftsgrundlage”.

Si se analizan bien las distintas posiciones doctrinales, detrás de esa discusión acerca del concepto de imposibilidad se esconde el problema de la excesiva dificultad en el cumplimiento y hasta qué punto resulta exigible al deudor el cumplimiento exacto del contrato, aun cuando las circunstancias existentes en el momento del cumplimiento no sean las mismas que las del momento de la celebración del contrato. De este modo, se trata de averiguar si en nuestro Derecho se concibe la viabilidad de la imposibilidad de carácter subjetivo, entendida como aquella imposibilidad a la que se le concede efectos liberatorios con origen en causas inherentes a la persona del deudor o a su economía que no estén conectadas objetivamente a la prestación debida. De ser así, la distinción entre la posibilidad y la imposibilidad depende del nivel de esfuerzo exigible al deudor de acuerdo con el tipo de obligación y con la función típica de la relación. En consecuencia, no se trata de una posibilidad o imposibilidad en sentido técnico, sino en sentido jurídico-económico.

Según Lenel<sup>309</sup>, para un jurista romano, la solución de semejantes problemas era más fácil que para el moderno, ya que gozaba de plena libertad para decidir sencillamente con arreglo a los dictados de la *bona fides*, sin tener que preguntarse qué dificultades de ejecución eran las que, según la buena fe, debían liberar al deudor de sus obligaciones. Por el contrario, el jurista moderno se encuentra ante un Código con normas definidas, y los Códigos modernos no aluden al problema; solamente regulan el supuesto de que el cumplimiento de la obligación se haga imposible, pero no, aquel en que el cumplimiento agobie al deudor de un modo

«exorbitante». En el caso español, el jurista se debe ceñir a lo dispuesto en los arts. 1182 y 1184 CC, sin que exista unanimidad en torno a la solución de este problema.

#### A) La equiparación entre la imposibilidad y la excesiva onerosidad sobrevenida.

Algún sector de la doctrina española se muestra partidario de la equiparación entre la imposibilidad y la excesiva onerosidad sobrevenida, de modo que la concepción que de lo imposible se tiene en el lenguaje extrajurídico se aplique también en el jurídico, en consecuencia, con la palabra imposible también podemos referirnos a algo que es sumamente difícil, cuando cumplirlo resulta muy gravoso o extraordinariamente oneroso el llegar a realizarlo<sup>310</sup>,

---

<sup>309</sup> Lenel, 1923: 195.

<sup>310</sup> González Porras, 1991: 293. En este mismo sentido se pronuncia Lacruz (1987: 309) para quien sería posible una aproximación entre la imposibilidad de prestar (lo que el Código Civil llama pérdida de la cosa debida) y la dificultad extraordinaria o excesiva onerosidad de la prestación. Ésta obliga al deudor a aplicar un esfuerzo desmedido, lejos de la diligencia de un buen padre de familia según exige el art. 1104 CC en el cumplimiento de las obligaciones, o de la indemnización de daños y perjuicios «previsibles al tiempo de constituirse el deudor» de que responde el deudor de buena fe (art. 1107-1º). Partidarios de esta equiparación también son Pérez González y Alguer (1933: 242), quienes entienden, atendiendo a los arts. 1182, 1122 regla 2ª ap. 2 y 1184 CC, que “la imposibilidad subsiguiente que no sea imputable al deudor le libera sea objetiva o subjetiva (El obligado a pintar un cuadro que pierde el brazo derecho está dentro del art. 1184). (...) La doctrina desarrollada en el texto en cuanto a la dificultad extraordinaria como circunstancia equiparable a la imposibilidad liberatoria, tropieza para adaptarla al derecho español con el sentido literal de los arts. 1182 y 1184 de nuestro CC, pues aquél, respecto a la obligación de dar cosa determinada, condiciona la liberación a la pérdida o destrucción de la cosa (que se define en el ap. 2 de la regla 2ª del art. 1122) y el 1184, en cuanto a las obligaciones de hacer, requiere que la prestación resulte legal o físicamente imposible, supuestos que distan bastante del de dificultad extraordinaria. No obstante, creemos que el principio de buena fe, reconocido en nuestro Derecho y que inspira la doctrina del texto, puede y debe ser base suficiente para que los artículos antes citados no se interpreten en su rigor literal llevándonos a un extremo incompatible con un prudente espíritu de justicia”. Cfr. asimismo el trabajo de los autores sobre el derecho de resolución por alteración de las circunstancias (1933: 115-127).

Terraza Martorell (1951: 160) también admite una equiparación entre la excesiva onerosidad sobrevenida y la imposibilidad sobrevenida, aunque con carácter transitorio. “Mientras no se legisle en relación con el problema a que se contrae la teoría de la cláusula “rebus sic stantibus”, se entiende que en vista de la situación anormal por la cual atraviesa la economía moderna, y el estado de incertidumbre que lleva aparejada la reconstrucción del mundo de la posguerra, los jueces en nuestra patria deben dar cabida a la teoría de la cláusula dentro del ámbito del art. 1105 Código civil o sea ampliando el concepto del caso fortuito. En el derecho vigente la obligación debe ser ejecutada exactamente en todos los casos, el deudor que no ejecuta debe resarcir los daños y perjuicios causados a no ser que la causa del incumplimiento sea la fuerza mayor absoluta y objetiva. Esta fuerza mayor que denota una imposibilidad objetiva es en el fondo la base de las modernas tentativas para exhumar la vieja máxima rebus sic stantibus”. En el mismo sentido que Terraza Martorell, anteriormente Díaz Cruz (1946: 531) había pretendido “acomodar la cláusula

aunque en los arts. 1182 a 1186 CC no se trate del problema. Según esta doctrina, la imposibilidad de cumplir la obligación no es absoluta, de manera que cuando su cumplimiento requiera sacrificios extraordinarios y desproporcionados como consecuencia de circunstancias sobrevenidas, el deudor quedaría liberado del mismo modo que en los supuestos de caso fortuito o de fuerza mayor. Ahora bien, para que las circunstancias imprevisibles que hacen excesivamente gravoso el cumplimiento tengan entidad suficiente como para liberar al deudor es preciso que el deudor no se encuentre en mora. Además, en cuanto a los efectos, el deudor que se encuentra en esas circunstancias extraordinarias no puede abstenerse de cumplir sin más, sino que puede proponer demanda judicial de resolución (si se trata de un contrato bilateral) o de revisión o de ajuste judicial si la obligación es con cargo a una sola de las partes.

De esta tesis parece hacerse eco la SAP Lleida 19 marzo 1998 (AC 1998, 576) que equipara la excesiva onerosidad sobrevenida a la imposibilidad, pero en cuanto a los efectos reconoce que pueden ser modificativos del contrato. Las partes litigantes habían celebrado un contrato en virtud del cual el demandado se comprometía a retirar de la finca del actor las tierras que existían por encima de la capa de piedra, incluida ésta así como los acopios de material que eran utilizados en la bóbila y a escarificar el material apto para tal bóbila y que existe debajo de la capa de piedra y si no lo efectuaba, el propietario podría encargar a un tercero que lo ejecutase a cargo del obligado. La parte demandada dejó de retirar la piedra y escarificar, ya que cuando llevaba cumpliendo parte de lo acordado se le presentaron grandes dificultades debido a que el subsuelo, antes de llegar a la capa de arcilla, era una roca de piedra de gran dimensión que era imposible romperla con la maquinaria que tenía, por lo que concertó una empresa iniciando los

---

"rebus sic stantibus" dentro de lo preceptuado en el art. 1105 CC (...) para que la misma pueda ser aplicada por los Tribunales, sin necesidad de esperar una legislación que la introduzca en nuestro Derecho positivo". A su juicio, (1951: 552) "(p)ara lograr esto ni siquiera hay que forzar la letra del referido precepto, puesto que el cambio de las circunstancias ambientales, por lo general, no es previsible al momento de concertarse el pacto o contrato, ni puede evitarse".

Esta cuestión se presenta también en el ámbito de la ejecución forzosa, de modo que existe una línea jurisprudencial cada vez más consolidada que ha planteado la necesidad de distinguir si también la dificultad o la excesiva onerosidad sobrevenida del deudor de la condena en forma específica, permiten la sustitución de ésta por el resarcimiento de los daños y perjuicios o cualquier forma de cumplimiento por el equivalente, más allá del concepto de imposibilidad. Cfr. entre otras, la STS 14 diciembre 1998 (RJ 1998, 9434) comentada por González Carrasco (1999: 675 y ss.) y también la STS 2 julio 1998 (RJ 1998, 5123). Ambas sentencias admiten que si la ejecución es extremadamente audaz y laboriosa de cumplir, aparte de costosa, debe ser sustituida o atemperada por una justa y equitativa indemnización pecuniaria.



trabajos, pero debido a la losa de piedra que tenía que arrancar desistió de la operación. En opinión de la AP (Fundamento de Derecho 2º): “El art. 1184 del CC dice que quedará liberado el deudor de las obligaciones de hacer cuando la prestación devenga legal o físicamente imposible. Intimamente ligada a esta cuestión es si a la imposibilidad legal o física se puede equiparar la dificultad extraordinaria, ya que los arts. 1182 a 1186 del CC no tratan ese problema. La doctrina admite tal equiparación partiendo de la base de que la equiparación se haga, no simplemente más difícil, sino de una dificultad extraordinaria y desproporcionada a las prestaciones de ambas partes” (A continuación cita una serie de sentencias referidas a la cláusula "rebus sic stantibus" como fundamento al argumento de que la jurisprudencia del Tribunal Supremo es favorable a la equiparación entre imposibilidad y dificultad extraordinaria, al menos en aquellos casos en que de no hacerlo así se originaría una situación injusta).

Fundamento de Derecho 3º “Teniendo en cuenta las pruebas aludidas y concretamente la pericial se llega a la conclusión que se dan las circunstancias de una dificultad extraordinaria asimilable a la imposibilidad que exige el indicado artículo del Código Civil, ya que no se puede decir que el demandado no intentase el cumplimiento del contrato, pues prueba de ello es que contrató a dos empresas para hacerlo a pesar de la dificultad, y se gastó cerca de tres millones y medio más otra factura que le reclama la actora, lo que ascendería a cinco millones. La parte contraria pretende, en contra de esta tesis, justificar que la empresa tenía técnicos que podían haberle asesorado sobre el terreno, y que se hizo un plano por un topógrafo por encargo de ella, pero un plano topográfico no es para examinar el subsuelo, sino la superficie, ya que éste se efectúa a través de estudios geológicos. Admitida, pues, la dificultad extraordinaria, procede ver sus efectos. La Sentencia de 16 octubre 1989, ya citada, respecto a los efectos que produce el contrato dice que se han negado las rescisiones, resolutorias o extintivas, otorgándole solamente modificatorias, encaminado a compensar el desequilibrio de las prestaciones. Como el demandado ha tenido que satisfacer cantidades elevadas debido a unas condiciones que no estaban especificadas en el convenio y el actor conocía las dificultades y onerosidad de su cumplimiento, estimamos que aparece debidamente compensado con lo satisfecho hasta el momento en que dejó de sacar

la arcilla”<sup>311</sup>.

### B) Imposibilidad objetiva y subjetiva.

Volviendo a la doctrina, otros autores consideran que la imposibilidad puede ser objetiva o subjetiva. La segunda, que no tiene limitarse a las obligaciones de hacer, se medirá en abstracto y en concreto. En abstracto con el módulo del art. 1104 del CC y en concreto, en función del obligado, de sus circunstancias personales, temporales o sociales<sup>312</sup>.

Sin embargo, otro sector doctrinal rechaza la equiparación de efectos entre la imposibilidad objetiva y la subjetiva, ya que la imposibilidad contemplada en el art. 1184 CC debe entenderse en el primer sentido, es decir, debe referirse al propio objeto de la prestación. De modo que el hecho de que la imposibilidad se

---

<sup>311</sup> La excesiva dificultad en el cumplimiento encuentra su fundamento en el art. 1184 en relación con el art. 1105 en la STS 20 mayo 1997 (RJ 1997, 3890). El motivo segundo de casación acusa la infracción de los arts. 1105 y 1184 CC, junto con la jurisprudencia aplicable, en cuanto desarrollan el concepto de alteración extraordinaria e imprevista de las circunstancias que puedan dar lugar a la imposibilidad legal y física de las prestaciones, así como a la irresponsabilidad del deudor en aquellos sucesos que no hubiesen podido preverse o que, previstos, fueran inevitables. Entiende el TS (Fundamento de Derecho 4º) que el art. 1184 CC establece la liberación del deudor en las obligaciones de hacer cuando la prestación resultase legal o físicamente imposible, lo que, de acuerdo con la interpretación jurisprudencial, supone una alteración de las circunstancias completamente extraordinaria y racionalmente imprevisible que permita objetivamente hacer viable la revisión de los contratos para adaptarlos a tales circunstancias excepcionales, teniendo en cuenta que para que exista irresponsabilidad es preciso que el motivo de no poder cumplir el contrato sea imprevisible e irresistible. Sin embargo, en este caso el recurso se desestima porque la mayor dificultad en el cumplimiento es imputable a la parte vendedora que debió hacer todo lo posible para obtener la calificación de vivienda de protección oficial. En este sentido, es la entidad constructora la que debe soportar la mayor onerosidad en el cumplimiento de la prestación.

<sup>312</sup> Escarda y de la Hoz, 1996: 707. En este mismo sentido vid. Cristóbal Montes (1989:34) quien no ve inconveniente en considerar como de imposibilidad sobrevenida “todos acontecimientos que desde el ángulo moral, convencional y de los usos sociales tornan improcedente e inadmisibles el que se pueda reclamar al deudor la ejecución de la prestación que adeuda”. En opinión de Cristóbal Montes (1989: 32), la concepción de Osti sobre la imposibilidad liberatoria supone “tener una visión excesivamente restringida de aquélla y no considerar que la prestación, en cuanto objeto de la relación obligatoria, sea cual sea la entidad material que presente, es de manera fundamental la conducta o comportamiento que debe observar el deudor para dar cumplida satisfacción al legítimo interés del acreedor, y que, por tanto, tan imposibilidad es la que supone el no poder realizar dicha conducta por hechos ajenos a la circunstancia personal del obligado como la que se debe a eventos estrictamente referibles a la persona del mismo (enfermedad irrecuperable del deudor, por ejemplo)”. Ahora bien, para que exista una verdadera imposibilidad liberatorio-extintiva no bastará con una mayor dificultad, onerosidad, inconveniencia o desagrado que para el deudor suponga la realización de la prestación en la forma que fue convenida, sino que indefectiblemente hará falta que le sea imposible ejecutarla en los términos pactados porque no esté en sus manos superar los inconvenientes que se opongan a ello, se dan circunstancias que objetivamente impiden el cumplimiento de lo prometido. Toda imposibilidad es, por definición una imposibilidad objetiva.

refiera a la prestación “excluye del tema a las causa localizadas en la diligencia en el cumplimiento, es decir, a la «imposibilidad subjetiva»<sup>313</sup>”. De este modo, el carácter absoluto de la imposibilidad física supone que la conducta lo es con independencia de quien sea su autor y, por tanto, excluye el caso de la imposibilidad subjetiva del deudor.

C) La necesidad de excepcionar el principio “pacta sunt servanda” en determinadas hipótesis. Consideraciones críticas.

Entre estas dos corrientes doctrinales, existen algunos autores que señalan la necesidad de excepcionar el principio “pacta sunt servanda” en determinados supuestos<sup>314</sup>.

Por regla general, la obligación del deudor no ha de alterarse por el hecho de que el cumplimiento le resulte más gravoso de lo que era presumible cuando quedó obligado, ya que el derecho del acreedor no puede estar pendiente de que el deudor tenga mayores o menores dificultades para cumplir la prestación<sup>315</sup>.

---

<sup>313</sup> Badosa Coll, 1993, 255. En este mismo sentido vid. Badenes (1946:108) según el que, la imposibilidad relativa (la que hace más difícil para el deudor el cumplimiento de la obligación debida) nunca puede dar lugar a la liberación de responsabilidades por caso fortuito. Borrell Soler (1954: 87) “El deseo de introducir un elemento de equidad en la economía nacional que mitigue los efectos de la alteración de los precios de las cosas, ha motivado tentativas siquiera para orientar y precisar el criterio aplicado al problema que nos ocupa, dando fórmulas aplicables a los casos fortuitos de imposibilidad relativa que no se ajustan a las normas estrictas del derecho antiguo”.

<sup>314</sup> Por ejemplo, se encontraría en esta posición Puig Brutau (1998: 364-365). También Castán (1988: 408) para quien se podría excepcionar el principio *pacta sunt servanda* en aquellos casos en que, por alteración extraordinaria e imprevista de las circunstancias, la prestación se hace exageradamente gravosa en comparación con la de la otra parte.

Pantaleón (1991:1049): “Para que proceda la pretensión de cumplimiento es irrelevante que el incumplimiento cause o no daño al acreedor, y que pueda o no ser objetivamente imputado al deudor. El supuesto de hecho de la pretensión de cumplimiento consiste en que la prestación siga siendo todavía posible. Sin embargo, admite el autor que, de modo excepcional, “el deudor podrá oponerse con éxito a esa pretensión cuando, conforme a la buena fe (art. 7.1 CC), el cumplimiento en las condiciones pactadas no le sea exigible, por concurrir los requisitos de la «excesiva onerosidad de la prestación»; o cuando el ejercicio de la pretensión de cumplimiento deba considerarse abusivo (art. 7.2 CC), porque el coste del cumplimiento resulte absolutamente desproporcionado con la utilidad que correspondería al acreedor, en comparación con los otros posibles remedios”.

Battle (1944-45: 395): Frente al fundamento del principio *pacta sunt servanda*, no sirve a la seguridad jurídica permitir la ejecución de obligaciones que entrañan ruina para los deudores, favoreciendo las quiebras y pérdidas de crédito, destruyendo las unidades que componen la organización económica. “Desde que la estabilidad de los contratos resulta nociva para el desarrollo económico, por arruinar a los factores de su realización, el principio exige correctivos”.

<sup>315</sup> Jordano Fraga, 1987: 159. En su opinión, la configuración rigurosa de la imposibilidad tiene su origen en la protección del crédito, de manera que la liberación del deudor no sea una tarea fácil.

Incluso puede darse el caso, como suele ser frecuente en obligaciones nacidas de la contratación mercantil<sup>316</sup>, que los interesados hayan obrado con la finalidad de quedar a cubierto del riesgo de una futura alteración de la prestación, en cuyo caso, se habrá de estar a lo que digan las partes. Ahora bien, si el desequilibrio fuese tan notable que la dificultad colocase al deudor al borde de la imposibilidad, el Derecho no debería quedar indiferente ante la nueva situación económica sobrevenida<sup>317</sup>. Por supuesto que el problema consiste en determinar cuándo ha de cesar la regla general y ha de comenzar la excepción. De este modo, sería conveniente analizar en cada caso si la envergadura de las circunstancias es tal que pueda justificar la excepción a la regla general.

Sin embargo, esta tesis señala la conveniencia de distinguir entre excesiva onerosidad sobrevenida de la prestación e imposibilidad. Para algunos autores, entre ellas existe una diferencia de grado, pero no es posible dar reglas de carácter general, sino que la distinción entre ambas figuras depende del caso concreto<sup>318</sup>. No obstante, para otros autores entre la excesiva onerosidad y la imposibilidad sobrevenida no se debe apreciar simplemente una diferencia de intensidad, sino una auténtica disimilitud de “*substantia iuris*”<sup>319</sup>.

---

<sup>316</sup> Cfr. Velasco (1948: 434-437) sobre la aplicación de la doctrina de la cláusula “*rebus sic stantibus*” a los contratos mercantiles. En su opinión, (1948: 434) “los contratos mercantiles tienen un fin especulativo que aumenta considerablemente la idea de riesgo con las posibles falsas apreciaciones de la coyuntura económica”. Ello supone una limitación de la teoría de la cláusula en el ámbito de la contratación mercantil. Por otro lado, señala el autor (1948: 435) “si la diferencia entre la imposibilidad de la prestación (fuerza mayor) y la extraordinaria onerosidad de cumplirla radica en que en el primer caso la prestación “no puede ser cumplida”, y en el segundo caso “puede serlo”, en el orden mercantil- de contenido preferentemente económico- el deudor comerciante que por una situación de agobio económico se ve en la imposibilidad de cumplir sus compromisos, no puede pretender la resolución o modificación de sus obligaciones alegando una extraordinaria dificultad económica, tanto si esta es consecuencia de una marcha desgraciada de sus negocios como si la dificultad procede de acontecimientos extraordinarios y excepcionales aun de carácter general”.

<sup>317</sup> Según Castán (1988: 626), todas las fórmulas que tienden a humanizar la contratación, adaptando las normas jurídicas a las exigencias impuestas por la equidad pueden ser incorporadas sin dificultad grave al nuestro ordenamiento jurídico. En este mismo sentido cfr. Hernández Gil (1983: 194): “No hay que confundir con la imposibilidad de la prestación, y singularmente con la relativa, la llamada *dificultad de la prestación*. La dificultad en sí no hace jurídica ni materialmente posible la prestación, aunque entrañe molestias o sacrificios para el deudor superiores a los normalmente previstos. Ahora bien, si el grado de la dificultad es tan intenso que engendra una grave onerosidad con sensible desequilibrio para la equivalencia ínsita en el seno de la relación obligacional, consideraciones éticas a las que no es extraño el Derecho, pueden convertir la dificultad en imposibilidad”.

<sup>318</sup> Esta es la opinión de Jordano Fraga (1987: 159). Según este autor, la imposibilidad sobrevenida de la prestación aparece como un plus respecto de la mera dificultad de prestar, pero algo más que la excesiva onerosidad de la prestación.

<sup>319</sup> Castilla Barea (2001:191). En opinión de la autora, “lo verdaderamente importante es que el deudor se encuentre en una situación de auténtica imposibilidad de cumplimiento, y no de mera

En cuanto a las consecuencias que se derivarían de la excesiva onerosidad sobrevenida de la prestación, se ha defendido tanto la resolución como la modificación del contrato<sup>320</sup>. Parece tener más adeptos la tesis de la revisabilidad, ya que de este modo podría reducirse al equivalente de la primitiva onerosidad de

---

dificultad, ocasionada por un acontecimiento a él no imputable y que no pueda superar”. En consecuencia, se debe distinguir la imposibilidad sobrevenida y otras figuras afines que persiguen la resolución o la revisión o modificación de la obligación por alteración esencial de las circunstancias en que ésta se constituyó. En su opinión (2001: 228), con estas figuras jurídicas se trata de dar relevancia a una serie de acontecimientos que provocan alteraciones en el objeto, en la causa, motivos, fines, voluntades, originando “una multitud de conceptos que, sin llegar a constituir casos de imposibilidad sobrevenida estrictamente, se asemejan en algo a ella, o se obtienen mediante una suavización del rigor con que se suele requerir que la imposibilidad sea absoluta y objetiva para que produzca su peculiar efecto liberatorio”. La diferencia entre estas doctrinas y la imposibilidad sobrevenida es que en ésta es requisito esencial que la prestación ya no pueda realizarse, mientras que en los casos enjuiciados por aquellas doctrinas, la prestación continúa siendo realizable, pero su cumplimiento es susceptible de producir algún resultado que según el ordenamiento jurídico debería rechazarse, en base a criterios de justicia y de equidad.

Esta tesis es asimismo sostenida por Soto Nieto 1965: 87. Para este autor, aunque sea grave, “la dificultad no entraña la desaparición de ninguno de los elementos esenciales de la obligación, sino que simplemente coloca al deudor en la alternativa de incumplir o de realizar un “esfuerzo”, desde luego excedente del que objetiva, y aun subjetivamente, es preciso incorporar a la conducta correspondiente a una voluntad de cumplimiento”. En estos casos, habrá desequilibrio de las prestaciones. Vid. en esta misma línea, Escarda y de la Hoz (1996: 715), así como Cristóbal Montes (1989: 40). Según este último autor, entre la excesiva onerosidad y la imposibilidad sobrevenida no se debe apreciar simplemente una diferencia de intensidad, sino una auténtica disimilitud de *substantia iuris* “que en la primera no provoca otra consecuencia que la de permitir al deudor que soporta la agravación de la conducta debida solicitar la resolución del contrato (algo que podrá evitar, empero el acreedor «ofreciendo modificar equitativamente las condiciones del contrato», art. 1467 del *Codice*), mientras que en la segunda determina la irremisible extinción del vínculo obligatorio. La consecuencia no es, pues, que la excesiva onerosidad sea el punto de partida para la aplicación de la imposibilidad sobrevenida, sino que en uno y otro supuesto nos movemos en diferentes esferas jurídicas”, con justificación diferente en uno y otro caso.

En cuanto a la jurisprudencia, entre otras cfr. STS 5-5-1986 (RJ 1986, 2339): “es cierto como se argumenta en el motivo y así lo proclamó la sentencia de esta Sala de 8-7-1906 que no se debe confundir dificultad con imposibilidad, también lo es que (...) la distinción entre imposibilidad y dificultad no resulta fácil, debiéndose estar a los casos y circunstancias,” STS 6-10-1994 (RJ 1994, 7458): “El motivo es de rechazar porque, sobre todo, parte de una imaginaria imposibilidad física de la recurrente para efectuar las reparaciones, deducida de hechos no probados que deberían ser constitutivos de la llamada dificultad extraordinaria para el deudor en el cumplimiento de la prestación; pero el Tribunal de instancia, y ahora esta Sala de casación, han de cuidar, y así lo hacen, de no apreciar esta dificultad conforme al criterio subjetivo del deudor, pues en este caso se daría lugar a una notable inseguridad jurídica. En consecuencia, el motivo decae por no darse los presupuestos fácticos del precepto legal invocado como infringido”, STS 20-5-1997 (RJ 1997, 3890). “la mayor o menor dificultad de cumplimiento de una obligación nunca puede equivaler a la imposibilidad que establece la norma legal que se denuncia como infringida (art. 1184 CC)”.

<sup>320</sup> Frente a aquellos que defienden la resolución como la mejor de las soluciones, en base a que revisar un contrato equivale a contratar y esto exige la voluntad coincidente de ambas partes, Castán (1988: 618) se muestra favorable a la revisión “que puede ofrecer resultados de mayor equidad o conveniencia”. Por el contrario, Díez-Picazo (1996: 686) entiende que “la resolución por excesiva onerosidad o por desaparición de la base del negocio debe considerarse como la regla general cuando la relación obligatoria es sinalagmática. Existe entonces una facultad que se atribuye a la parte perjudicada por el evento sobrevenido. Esta parte es la que puede optar entre cumplir el contrato en sus propios términos o demandar la resolución. El reajuste o la revisión judicial del contrato, que lo reconduzca a la equidad, puede ser excepcionalmente aplicado en las relaciones obligatorias simples o con obligaciones a carga de una sola de las partes”.

la prestación, y solamente si ello no fuese posible, se extinguiría, equiparándose a la imposible<sup>321</sup>.

Desde mi punto de vista, esta discusión acerca de la admisibilidad de la imposibilidad subjetiva parte de una premisa errónea, ya que de acuerdo con la tesis de Visintini anteriormente expuesta, en cuanto a la distinción entre la imposibilidad absoluta y relativa, realmente existen impedimentos de naturaleza subjetiva que dan lugar a imposibilidad objetiva liberatoria cuando por la naturaleza de la prestación y por su carácter infungible, tales obstáculos de naturaleza subjetiva impiden efectivamente cumplir al deudor (por ejemplo, el cantante de ópera sufre una enfermedad que le impide llevar a cabo la actuación para la que ha sido contratado). Por lo tanto, el carácter subjetivo u objetivo del impedimento van referidos a la causa no imputable y no a la imposibilidad. En consecuencia, cuando se exige que la imposibilidad sea absoluta y objetiva, lo que se pretende es excluir como posible causa de liberación del deudor eventuales y sobrevenidas dificultades de cumplir o de excesiva onerosidad sobrevenida de la prestación. Es decir, la imposibilidad sobrevenida liberatoria tiene su origen en un impedimento que no puede vencerse sino con el máximo esfuerzo exigible según el tipo de prestación de que se trate.

#### D) Distinción entre imposibilidad sobrevenida y excesiva onerosidad sobrevenida en la “lex mercatoria”.

Esta cuestión de la relación entre la imposibilidad sobrevenida y la excesiva dificultad en el cumplimiento también fue objeto de debate entre los redactores del art. 79 del Convenio de Viena sobre la Compraventa Internacional de Mercaderías. Este precepto regula la exoneración de responsabilidad del deudor,

---

<sup>321</sup> Esta es la opinión de Albaladejo (1989: 319) quien como fundamento jurídico de esta teoría se sirve del principio de buena fe (art. 7.1 CC, 1258, Ley 17 de la Compilación Navarra), “con ese argumento unido al buen sentido y a que el Código Civil, al hablar sólo de “imposibilidad” en el art. 1184 (y lo mismo la Compilación Navarra, en la Ley 493, 1º) no ha sido para excluir el caso presente (que sin duda ni siquiera se tuvo a la vista), se puede mantener perfectamente que en el espíritu del término legal “imposibilidad” cabe la *dificultad extraordinaria*”. Como apoyo de esta tesis también se encuentra la jurisprudencia en materia de revisión de contratos por alteración de las circunstancias, esta doctrina jurisprudencial no es sino una aplicación a las obligaciones recíprocas del principio que inspira la equiparación de la dificultad extraordinaria a la imposibilidad.

en el párrafo 1º de la norma se establece que “una parte no será responsable de la falta de cumplimiento de cualquiera de sus obligaciones si prueba que esa falta de cumplimiento se debe a un impedimento ajeno a su voluntad y si no cabía razonablemente esperar que tuviese en cuenta el impedimento en el momento de la celebración del contrato, que lo evitase o superase o que evitase o superase sus consecuencias”.

Del precepto se puede extraer que el deudor queda sujeto a responsabilidad contractual siempre que el incumplimiento sea debido a obstáculos que tienen su origen en el ámbito que, de acuerdo con el contrato, queda bajo el dominio (de la voluntad, esfera de influencia, ámbito de control) del deudor.

En la doctrina se ha afirmado que esa regla de exoneración de responsabilidad del deudor también incluye circunstancias de carácter subjetivo que conforman el impedimento, ya que el juicio sobre la posibilidad de controlar el riesgo de que se trate remite a la previsión de la persona razonable, es decir, a lo que cabría razonablemente esperar que el deudor tuviese en cuenta en el momento de la celebración del contrato. Los criterios de previsibilidad y evitabilidad se valoran no en abstracto, sino según el contenido del contrato, es decir, se entiende que es contrato el que delimita en cada caso qué riesgos caen bajo la responsabilidad de una parte y cuáles no. En esta labor de interpretación se debe tener en cuenta la voluntad contractual media, la asunción de riesgos que razonablemente habría de esperar de las partes según una valoración de las circunstancias del contrato<sup>322</sup>.

De acuerdo con lo anteriormente expuesto, los impedimentos por antonomasia tienen carácter objetivo (de carácter natural, social, de naturaleza

---

<sup>322</sup> Cfr. Salvador Coderch, 1998: 638. Vázquez, 2000: 290. El deudor solamente se exonera de responsabilidad cuando el impedimento es ajeno a la voluntad de la parte incumplidora (Cfr. Sentencia del BGH 24.03.1999, VIII ZR 121/98: La demandante había comprado una cera especial para evitar las posibilidades de infección de sarmientos, el vendedor a su vez había adquirido la mercancía de un tercero, la misma presentaba defectos importantes. El vendedor pretende exonerarse de responsabilidad en base al art. 79 CV. En opinión del tribunal, las posibilidades de liberación del art. 79 no pueden conducir a un cambio en el reparto de los riesgos. De acuerdo con la Convención, la razón para la responsabilidad del vendedor reside en que se ha comprometido a entregar al comprador mercancías con las calidades estipuladas en el contrato. Para que el impedimento que impide el cumplimiento de la prestación sea capaz de exonerar al deudor según el art. 79 es preciso que sea tal que, de acuerdo con el contenido del contrato, no pueda evitar o superar. En este sentido, en cuanto a la responsabilidad del vendedor es indiferente que él mismo fabrique las mercancías o que las adquiera de un tercero. En tanto en cuanto el vendedor de bienes fungibles responde de que su proveedor le entregue puntualmente las mercancías también responde de que su proveedor se las entregue sin defectos.

fáctica, o jurídica). El deudor también ha de responder por las circunstancias objetivas de su propia organización, por fallos de cualquier índole. Frente al impedimento objetivo se encuentran las circunstancias personales, siempre que deriven de la naturaleza de la prestación, y en este sentido, sean reconocibles por el acreedor.

No obstante, se entiende que la insuficiencia patrimonial subjetiva no es causa de exoneración. “El art. 79. I no permite modificar la obligación del deudor para adecuarla a las nuevas circunstancias en tanto en cuanto no extingue la obligación originaria sino que, en su caso, sólo permite al deudor exonerarse de la obligación de indemnizar al acreedor de los daños y perjuicios derivados del incumplimiento”<sup>323</sup>. El deudor asume el riesgo económico propio de toda actividad empresarial, aunque habría de excepcionarse el caso de que tuviese lugar una intervención coactiva de los poderes públicos (guerra, bloqueo, expropiación) y ésta es imprevisible<sup>324</sup>.

En opinión de Lando<sup>325</sup>, si bien la CISG no contiene una previsión especial sobre “hardship”, el art. 79 se sitúa en un punto intermedio entre la muy estricta regla francesa de la “force majeure” y la más beneficiosa regla alemana de la “Wegfall der Geschäftsgrundlage”.

En cuanto a la exoneración del deudor en los Principios de Derecho Europeo de Contratos, ésta viene regulada en el art. 8:108. En la letra a) del precepto se afirma que una parte se ve liberada del cumplimiento si prueba que es debido a un impedimento que está fuera de su esfera de control y que no podía razonablemente

---

<sup>323</sup> Cfr. Salvador Coderch, 1998: 642-643.

<sup>324</sup> Vid. Vázquez, 2000: 290. Parece haber acuerdo en la doctrina y en la jurisprudencia que la noción de impedimento comprende tanto la imposibilidad como la excesiva onerosidad sobrevenida, siempre que a esta última se dé una interpretación restrictiva (se da esta situación cuando el cumplimiento del contrato sobrepasa el riesgo empresarial razonable). Sin embargo, no sirve a efectos de la liberación del deudor las dificultades financieras por las que atraviese. Sobre esta cuestión cfr. Sentencia del Tribunal Civile di Monza de 29-03-1993 <http://www.jura.uni-freiburg.de/ipr1/cisg/>. El tribunal considera que la acción de resolución por imposibilidad sobrevenida se encuentra excluida del art. 79 del Convenio. Por ello, acaba aplicando el art. 1467 CC it al supuesto enjuiciado porque en el período que transcurre entre el momento de la celebración del contrato y de la entrega de la mercancía el precio se había incrementado de modo notable e imprevisible, de modo que se producía un desequilibrio entre las prestaciones que justifica, a juicio del tribunal, la rectificación del precio, que la otra parte no había querido tomar en consideración. No obstante, la aplicación del art. 1467 CC it tiene lugar no por la vía de integración del tratado, sino por haberse perfeccionado el contrato antes de la entrada en vigor de la Convención en el país de la nacionalidad de uno de los contratantes.

<sup>325</sup> Lando, 2000: 19.



haber previsto en el momento de la celebración del contrato o haber impedido o superado sus consecuencias.

Como veremos en otra parte de este trabajo, los Principios contienen una previsión para la revisión del contrato si circunstancias sobrevenidas hacen que el contrato sea más oneroso (art. 6:111). En consecuencia, el art. 8:108 solamente se aplica en aquellos casos en los que el impedimento obstaculiza el cumplimiento. Este precepto no es de naturaleza imperativa, de modo que las partes pueden modificar la distribución del riesgo de la imposibilidad de cumplimiento, en general, o en relación con un impedimento en particular, incluso los usos comerciales podrían tener este efecto.

El art. 8:108 podría aplicarse incluso en el caso de deudas monetarias. Aunque la insolvencia no se considera normalmente un impedimento en el sentido del precepto, en cuanto que no está fuera del control de una de las partes, sí que se podría considerar tal una prohibición gubernamental de transferir una determinada cantidad de dinero.

Respecto del requisito de la previsibilidad, si se hubiese previsto el impedimento en el momento de la celebración del contrato, se podría decir que la parte afectada asumió el riesgo o que era culpa suya no haberlo previsto. Ello mismo se aplica respecto al deber de prever en el art. 6:111. En todo caso, debe tratarse de una previsibilidad razonable, es decir, una persona normal, colocada en el mismo lugar que el deudor hubiera podido preverlo. Este juicio de razonabilidad debe tenerse también presente en cuanto al requisito de la superabilidad del impedimento. Si un acontecimiento podía haberse evitado o superado sus consecuencias, depende de las circunstancias<sup>326</sup>.

Por otro lado, en los Principios UNIDROIT en el párrafo 1º del art. 7.1.7 se estipula “el incumplimiento de una parte es excusable si prueba que se debió a un impedimento ajeno a su control y que no cabía esperar razonablemente al momento de celebrarse el contrato, o haber evitado o superado tal impedimento o sus consecuencias”. En opinión de Morán<sup>327</sup>, esta norma contiene unas ideas bien asentadas en nuestro Derecho, “la inimputabilidad de la falta de cumplimiento

---

<sup>326</sup> Vid. Lando et Beale, 2001: 381.

<sup>327</sup> Morán, 1998: 334.

originada por hechos fortuitos o que siendo previsibles no pudieron evitarse (art. 1105 CC)”.

## 5. Conclusiones.

En conclusión, después de analizar la institución de la imposibilidad sobrevenida liberatoria en distintos sistemas jurídicos, podemos afirmar que dicha institución no sirve en todo caso para resolver los problemas derivados del cambio sobrevenido de las circunstancias que provoca un desequilibrio entre las prestaciones. La razón de ello es que la imposibilidad debe valorarse de modo estricto, ya que no es de recibo que la pretensión de cumplimiento se extinga siempre y automáticamente por la excesiva onerosidad sobrevenida<sup>328</sup>.

Es cierto que la imposibilidad sobrevenida y la institución de la cláusula "rebus sic stantibus" guardan cierta semejanza, ya que el caso fortuito, entendido como acontecimiento sobrevenido e imprevisible es un elemento del supuesto de hecho para la aplicación de tal doctrina. Por otro lado, las alteraciones relevantes de la economía contractual requieren la superveniencia de circunstancias imprevisibles y no imputables al deudor. No obstante, la diferencia entre ambas figuras reside en que la prestación no se ha hecho imposible en el segundo caso.

Desde mi punto de vista, las normas contenidas en los arts. 1182-1184 CC no son normas aptas para resolver los problemas derivados de alteraciones en la economía contractual. Entre ambas instituciones existe una diferencia cualitativa: las normas sobre la imposibilidad sobrevenida tienden a individualizar los supuestos de exoneración del deudor, mientras que en el caso de alteraciones en la economía del contrato se trata de distribuir riesgos entre las partes contratantes dentro de la relación sinalagmática. Esto guarda relación con la regulación del reparto de los riesgos en los distintos tipos contractuales (cuestión de la que nos ocuparemos con posterioridad).

---

<sup>328</sup> En este sentido comparto la opinión de Pantaleón (1993: 1729), para quien no es razonable que la pretensión de cumplimiento se extinga siempre e *ipso facto* por la imp relativa, la inexigibilidad o la excesiva onerosidad sobrevenida. En estos casos sería más conveniente que el deudor pudiese oponer, en su caso, la excepción de modificación o de resolución del contrato por desaparición de la base del negocio.

En los contratos sinalagmáticos, en nuestro Derecho existe una laguna legal en cuanto a las consecuencias de la imposibilidad sobrevenida fortuita, laguna ésta que se ha colmado con la figura de la resolución, ya que los principios de los que deriva la resolución no permiten distinguir entre inejecución culpable e inejecución fortuita<sup>329</sup>.

En sentencias relativamente recientes del TS (24 febrero de 1993 (RJ 1993, 1249) o 7 de febrero de 1994 (RJ 1994, 917), cuyo supuesto de hecho consistía en una modificación de la normativa urbanística que impedía la realización de la prestación convenida, se entiende que el art. 1124 CC también resulta aplicable a los supuestos de imposibilidad sobrevenida fortuita de la prestación<sup>330</sup>. En este sentido, no es lícito, en materia de obligaciones recíprocas, que un contratante quede liberado por imposibilidad sobrevenida de la prestación y a la vez, exigir el pago del precio estipulado por la prestación no efectuada<sup>331</sup>.

---

<sup>329</sup> Parece ser que el art. 1452 CC, que establece la regla “*periculum est emptoris*”, se trata de una norma de derecho excepcional, que no es susceptible de aplicarse analógicamente. No es esta la opinión de Alonso Pérez, (1972: 140), a su juicio, no “puede decirse, para ser exactos, que el *periculum emptoris* sea la gran excepción al ejercicio de la acción resolutoria ex art. 1124. Distintos principios rigen la doctrina de uno y de otro”. En contra, vid. López López (1993: 896), según quien, “pese a la posible deriva histórica diversa del tema de los riesgos con respecto a la resolución por incumplimiento y a la pertenencia de ambos a categorías dogmáticas separadas, el art. 1124 y el 1452 se configurarían en relación de regla y excepción”.

<sup>330</sup> Respecto esta cuestión, una sentencia más antigua es la recogida por Díez-Picazo en sus *Estudios sobre la jurisprudencia civil*, es la STS de 25 de noviembre de 1945 (Díez-Picazo, 1979: 536). En este caso las partes habían celebrado un contrato de arrendamiento cuyo objeto era un frontón destinado al juego de la pelota vasca que los arrendadores debían construir primero, antes del 20 de agosto de 1936 o en fecha posterior si la construcción se retrasaba por causas ajenas a la voluntad de las partes. Terminada la guerra, el actor exige el cumplimiento del contrato, puesto que los arrendadores, por hallarse el arrendatario en paradero desconocido, habían cedido la explotación a una empresa y después se dedicaron ellos mismos a la explotación del negocio. En opinión del TS, a ambas partes contratantes resulta aplicable el art. 1105 CC por el suceso imprevisto e inevitable para ellos de la guerra civil. De gran interés resulta la aplicación que el TS hace del art. 1124 CC. Este precepto entra en juego sin que haya una cita expresa del mismo como infringido en el recurso de casación. De acuerdo con la sentencia, es incumplimiento en el sentido de dicho precepto, toda inejecución de una obligación contractual, aunque sea debida a un suceso imprevisto e inevitable, y en consecuencia, a un supuesto de fuerza mayor. “La resolución es posible aun cuando el «impedimento de prestación» sea sólo temporal o pasajero, con tal de que no sea de antemano conocida la duración de dicho impedimento de prestación y que no resulte razonable someter a la otra parte contractual a la incierta espera de que el impedimento desaparezca. La segunda consecuencia de esta sentencia, en el marco del art. 1124, es la posibilidad de un ejercicio unilateral de la acción resolutoria, que puede resultar incluso por medios tácitos o implícitos; en el caso del pleito, la sentencia considera como acto resolutorio el comienzo de la explotación directa del negocio de pelota vasca en el Frontón de Tormes”.

<sup>331</sup> En opinión de Jordano Fraga (1987: 4423 y ss.), si se admitiese la resolución por falta de la base del negocio, por devenir excesivamente onerosa la prestación del deudor en el contrato de permuta de solar por obra futura, habría de abonar el valor, en metálico o en viviendas, de la parte proporcional del suelo cedido que no fue satisfecho con las adjudicaciones de las viviendas construidas.

Sin embargo, desde mi punto de vista, la resolución del contrato no siempre es la mejor de las soluciones, ya que significa poner enteramente el riesgo a cargo del deudor. Es cierto que quedará exonerado de su deber de cumplimiento, pero no recibirá la cosa prometida por el acreedor, incluso es posible que haya realizado gastos tendentes al cumplimiento. Esto es un argumento más para negar la aplicación de las normas sobre imposibilidad sobrevenida en todos los supuestos de alteraciones en la economía contractual.



## CAPÍTULO II

### INSTITUCIONES ESPECÍFICAS TENDENTES A RESTABLECER EL EQUILIBRIO DE LA ECONOMÍA DEL CONTRATO.

#### 1. La “Geschäftsgrundlage” en el Derecho alemán.

##### 1.1. Primera doctrina alemana sobre la trascendencia de los presupuestos fácticos del negocio.

El término presuposición que, como se ha visto, se repite muchas veces en la doctrina jurídica se debe a la doctrina alemana, y en particular, a Windscheid. El problema que pretende resolver la doctrina de los presupuestos de Windscheid es más bien antiguo, puesto que ya había sido tratado fundamentalmente por la doctrina de la cláusula “rebus sic stantibus” y que, resumido, se podría formular en el “principio de la relevancia de la verdadera y más profunda voluntad de las partes”. Es decir, se trata de dar respuesta a la cuestión de si el principio “pacta sunt servanda” puede hacerse valer bajo cualquier circunstancia, sin excepción alguna, o si por el contrario, pueden tenerse en cuenta determinadas representaciones de una o de ambas partes decisivas para la conclusión del negocio, pero que no han sido elevadas a la categoría de condición<sup>1</sup>.

La elaboración de la teoría de la cláusula “rebus sic stantibus” fue debida a la doctrina medieval influida por la filosofía tomista y la canonística. Con ella se pretendía resolver si era posible debilitar el efecto vinculante del contrato en caso de un cambio de las circunstancias *personarum et negotiorum*; en el fondo de esta

---

<sup>1</sup> Cfr. Windscheid, 1892: 161 y ss. Sobre esta cuestión se pronuncia Imbruck, 1932: 4 y Mesenbach, 1938: 1. En opinión de este último autor se trata de resolver con esta doctrina cuáles son los efectos del negocio cuando una de las partes o ambas basan su declaración en una circunstancia pasada, presente o futura sin hacer depender expresamente la validez, así como el mantenimiento del negocio de tal circunstancia. Por otro lado, según Wacup (1928: 1 y ss.), tanto la doctrina de los presupuestos del negocio jurídico-contractual, de la cláusula rebus sic stantibus y de la “Geschäftsgrundlage” tratan de aclarar la cuestión de si y en qué medida, el deudor está obligado al cumplimiento de la prestación cuando las circunstancias bajo las cuáles el mismo debe cumplir son distintas a aquéllas que se daban en el momento de la conclusión del contrato.

doctrina se podía encontrar la idea formulada por Aristóteles y recogida por la doctrina tomista de una justicia sustancial, inmanente al contrato, representada por un nexo de equivalencia entre las prestaciones, cuya desaparición facultaba para la extinción de los efectos del contrato. También defensores de la mencionada cláusula fueron los autores de la escuela culta holandesa y alemana que influyeron notablemente en las codificaciones del siglo XVIII<sup>2</sup>. En estas codificaciones se hace

---

<sup>2</sup> Sobre la evolución histórica de la cláusula “rebus sic stantibus”, entre las obras más recientes Cfr. Abas, 1993: 7 y ss. Los canonistas desarrollaron una cláusula para el supuesto de que tuviese lugar un cambio de circunstancias con respecto al momento de la celebración del contrato. Destaca sobre todo Bartolus para quien toda negociación lleva implícita una cláusula en cuya virtud, cuando alguien de cualquier modo compromete su derecho, ello solamente puede suceder mediante la reserva rebus sic stantibus, es decir, siempre que el estado de cosas permanezca inalterado. El pensamiento de tal cláusula fue posteriormente ampliado por Jason de Mayno. Para este autor la mencionada cláusula afecta no sólo a los contratos, sino también a los testamentos y a las determinaciones legales. Su pensamiento influyó decisivamente sobre la doctrina de los siglos XVII y XVIII. En 1784 aparece la primera propuesta de lo que fuera con posterioridad el Derecho Prusiano. En esta propuesta se prevé una aplicación de esta cláusula. Más tarde, en determinados parágrafos del Landrecht del año 1794 de los países prusianos se contempla la posibilidad de resolver el contrato en los supuestos en los que se produzca un cambio de circunstancias: § 377 “Ausser dem Fall einer wirklichen Unmöglichkeit kann wegen geänderten Umstände die Erfüllung eines Vertrages in der Regel nicht verweigert werden” (según este precepto, salvo en los casos en los que devenga una verdadera imposibilidad, no se puede rechazar el cumplimiento del contrato, como regla general), § 378 “Wird jedoch durch eine solche unvorhergesehene Veränderung die Erreichung des ausdrücklich erklärten oder aus der Natur des Geschäfts sich ergebenden Endzwecks beider Teile unmöglich gemacht, so kann jeder derselben von dem noch nicht erfüllten Verträge wieder abgehen” (esta norma se presenta como una excepción a la anterior para los casos en los que, como consecuencia de una circunstancia imprevisible no se pueda alcanzar el fin según la naturaleza del negocio, o según las declaraciones expresas de las partes al respecto), § 379 “Ein Teil kann alsdann von dem anderen nur insofern Entschädigung fordern, als die Veränderung der Umstände durch dessen freie Handlung bewirkt worden” (este precepto contempla la posibilidad de exigir la indemnización de daños y perjuicios cuando el cambio de circunstancias haya sido debido a su libre actuación), § 380 “Wird durch die Veränderung der Umstände nur der ausdrücklich erklärte oder sich von selbst verstehende Zweck des eines Teils ganz vereitelt, so kann derselbe zwar von dem Verträge zurücktreten” (si el cambio de circunstancias viene a frustrar el fin de una de las partes, ésta puede resolver el contrato), § 381 “Er muss aber, wenn die Veränderung in seiner Person sich ereignet hat, den andern vollständig entschädigen” (cuando el cambio de circunstancias haya desplegado efectos sobre su persona, debe indemnizar enteramente a la contraparte), § 382 “Ist die Veränderung in der Person des andern erfolgt, so kann in der Regel keiner von beiden Teilen entschädigung fordern” (si el cambio de circunstancias ha desplegado efectos sobre la contraparte de la que pretende la resolución, ninguno puede pedir indemnización de daños), § 383 “Doch muss der Zurücktretende diese Entschädigung leisten, wenn er selbst den andern in diese geänderten Umstände gesetzt hat” (el que resuelve debe indemnizar a la contraparte cuando él mismo ha provocado el cambio de las circunstancias), § 384 “Dagegen kann der Zurücktretende Schadloshaltung verlangen, wenn der andere die in seiner Person sich zugetragene Veränderung durch seine eigene freie Handlung veranlasst hat” (por el contrario, el que resuelve puede exigir indemnización de daños y perjuicios cuando la contraparte ha provocado mediante su libre actuación el cambio de circunstancias que afectan a su persona). No obstante, esta doctrina tuvo muchos detractores, por ejemplo en el Derecho del reino de Sajonia de 1863 se establece expresamente que no se puede desistir unilateralmente del contrato cuando se ha producido un cambio de las circunstancias o cuando existe un desequilibrio de las prestaciones, a no ser que exista una ley que expresamente lo permita. Sobre la evolución histórica también resulta interesante el trabajo de Weiss, 1927: 11 y ss.

primar el aspecto llamado objetivo de la mencionada cláusula que se traduce en el control acerca de la funcionalidad objetiva de la relación jurídica. Se subordina la operatividad del remedio a la circunstancia de que el cambio de la cosa debida en la obligación no se deba a culpa o a un hecho del deudor, así como a la imprevisibilidad de la circunstancia sobrevenida. Con posterioridad, las codificaciones del entorno germanista adoptarían una posición diferente frente a la mencionada cláusula. De este modo, si bien la mencionada cláusula tuvo acogida en las codificaciones del siglo XVIII fue totalmente abandonada por la Pandectística, a pesar de la contribución de Windscheid con una reformulación del problema mediante su teoría de los presupuestos<sup>3</sup>.

#### **a. Tesis de Windscheid.**

La tesis de Windscheid, cuyo origen es de 1850, tampoco tuvo demasiado éxito entre sus contemporáneos. Frente a las críticas surgidas en torno a su doctrina, responde el autor con su célebre frase: “estoy firmemente convencido de que los presupuestos tácitos de la declaración de voluntad siempre se harán valer, aun cuando se pretenda no tenerlos en cuenta. Expulsados por la puerta vuelven a entrar por la ventana<sup>4</sup>”. Parece que no le falta razón al autor alemán, ya que de su teoría se han tomado numerosos elementos por aquéllos que han tratado de dar cierta relevancia al

---

<sup>3</sup> La tesis de Windscheid guarda relación con la polémica surgida en el siglo XIX entre los partidarios de la teoría de la voluntad (“Willentheorie”) y la teoría de la declaración (“Erklärungstheorie”). Según la teoría de la voluntad es necesario tener en cuenta la verdadera voluntad del declarante; de este modo, no debería tener efectos jurídicos la declaración de voluntad que no coincide con la verdadera voluntad. Por el contrario, según la teoría de la declaración, la declaración de voluntad debe tener efectos jurídicos aunque no coincida con la verdadera voluntad del declarante. Con ello se pretende proteger los intereses del receptor de tal declaración de voluntad. Los redactores del BGB no se decidieron expresamente por una o por otra teoría. Las únicas reglas sobre la eficacia de la declaración de voluntad (§§ 116 y ss.) son fruto de un compromiso entre ambas teorías. No obstante, tanto la doctrina como la jurisprudencia posteriores se inclinan por la teoría de la declaración. Como fundamento de esta inclinación se encuentra por un lado, la autorresponsabilidad del declarante, en el sentido de que ésta es libre para decidir los medios para su declaración. Por otro lado, la contraparte es digna de protección, ya que éste normalmente sólo puede conocer el sentido objetivo de la declaración de voluntad. Según la doctrina alemana mayoritaria, razones de seguridad jurídica aconsejan no tener en cuenta la voluntad no declarada.

<sup>4</sup>Windscheid, 1892: 197. Son palabras del autor: “Es ist meine feste Überzeugung, daß die stillschweigend erklärte Voraussetzung, was man auch gegen sie einwenden mag, sich immer wieder geltend machen wird. Zur Türe hinaus geworfen, kommt sie zum Fenster wieder herein”.



cambio de las circunstancias fácticas respecto a las tenidas en cuenta por las partes en el momento de la celebración del contrato<sup>5</sup>.

Windscheid sitúa los presupuestos (“Voraussetzung”) entre los límites de la declaración de voluntad, junto a la condición y el término. El presupuesto constituye una limitación a la declaración de voluntad que, sin embargo, no ha alcanzado el suficiente grado de desarrollo como para alcanzar el *status* de condición<sup>6</sup>. El presupuesto es, como la condición suspensiva, una declaración de voluntad; en ambos casos la declaración de voluntad solamente surte efectos bajo determinadas circunstancias. En el caso de la condición el declarante es consciente de la incertidumbre acerca de una determinada circunstancia, de la que se hace depender la condición, y en consecuencia, hace que los efectos jurídicos de su declaración de voluntad queden supeditados a la subsistencia de tales circunstancias, llegando a un acuerdo con su contraparte (quiero solamente si ...). Mientras que tratándose de un presupuesto, el declarante parte de la certeza de la circunstancia presupuesta, y en consecuencia, no pacta condición alguna (quiero, no hubiera querido si no ...). Si con posterioridad se descubre que tal circunstancia no se daba o desaparece de modo sobrevenido, la declaración de voluntad no se corresponde con el verdadero querer del contratante, ya que éste ha hecho público mediante tal presupuesto que no habría querido las consecuencias jurídicas de su declaración de voluntad, de no haber partido de la certidumbre acerca de las circunstancias presupuestas<sup>7</sup>.

Sin embargo, la condición y el presupuesto afectan de manera distinta a la eficacia del negocio jurídico. El cumplimiento de la condición hace que el negocio despliegue efectos (en el Derecho alemán, la condición tiene efectos suspensivos), mientras que la pérdida del presupuesto hace que el contrato devenga ineficaz. En este segundo caso, el contratante puede defenderse de la pretensión de cumplimiento de su contraparte mediante el ejercicio de una excepción (“Einrede”) o si ya ha

---

<sup>5</sup> Simshäuser, 1972: 20. Cfr. Mesenbach, 1938: 5. Según este último autor, la importancia de Windscheid es fundamental en el tratamiento de este tema, ya que es el primer autor que trató de formular una doctrina general respecto a la importancia de las circunstancias sobre las que se construye la voluntad negocial.

<sup>6</sup> Windscheid, 1892: 195. El presupuesto es una limitación a la declaración de voluntad, como la condición, el autor de la misma no dice “quiero si”, pero afirma “quiero, pero no hubiera querido, si no”.

realizado la prestación a su cargo, podría recuperar lo entregado mediante el ejercicio de la *condictio*, no porque el negocio haya devenido nulo, sino por el hecho de la falta de su presupuesto.

El presupuesto puede ser expreso o tácito; éste último debe estar presente en las representaciones de ambas partes contratantes, bastando en este sentido que dichas representaciones sean propias de una de las partes, pero reconocibles por la contraparte. No es necesario que la otra parte tenga un conocimiento efectivo del mismo, sino que basta con que en el momento de la emisión de la declaración de voluntad fuera reconocible por éste, según se desprende de su contenido o de las circunstancias que la acompañan, no se requiere un efectivo conocimiento<sup>8</sup>.

Esas circunstancias a las que los presupuestos se refieren pueden ser pasadas, presentes o futuras. En todo caso, se trata de circunstancias que son necesarias para la consecución del fin principal (“ersten Zweck”) que se persigue con la declaración de voluntad. Es decir, este propósito está tan vinculado a la declaración de voluntad que sin aquél ésta carece de sentido. Dicho propósito es reconocible para la contraparte de acuerdo con las circunstancias que acompañan a la declaración de voluntad, de modo que es posible hacer valer frente a ella el presupuesto de su consecución, es decir, la contraparte podría verse afectada de no conseguirse aquella finalidad. Ahora bien, dentro de los presupuestos podrían, en su opinión, incluirse otras circunstancias siempre que para la contraparte sea reconocible que el declarante sin la presencia de las mismas no hubiera querido obligarse. Windscheid considera irrelevante que con ello se ponga en peligro la seguridad del tráfico<sup>9</sup>.

En conclusión, el presupuesto es un motivo elevado a la categoría de parte del contrato, que se diferencia del simple motivo o motivo irrelevante en que aquél ha sido comunicado a la contraparte o es al menos reconocible por ella.

La doctrina de Windscheid representa un tratamiento de la cláusula “rebus sic stantibus” en su formulación más general. Ambas fórmulas parten de la consideración de que sería injusto obligar a una de las partes al mantenimiento de su promesa

---

<sup>7</sup> Windscheid, 1892: 166 y 195.

<sup>8</sup> Windscheid, 1892: 174.

<sup>9</sup> Cfr. Kaps, 1927: 8.

cuando se hubiese producido un cambio sustancial de las circunstancias más importantes. La solución propuesta es diferente en cada caso: según la doctrina de la cláusula “rebus sic stantibus” existe una condición tácita en el negocio, mientras que según Windscheid existe una limitación a la declaración de voluntad que no es una condición. De acuerdo con la doctrina de los presupuestos, esas circunstancias han influido en la declaración de voluntad, mientras que en el caso de la cláusula “rebus sic stantibus” las partes no han pensado ni siquiera en las mismas, se trata de una pura ficción. Ambas fórmulas presentan, sin embargo, un problema común cual es el de que atribuyen el riesgo contractual enteramente a la contraparte del perjudicado concediéndole a éste la posibilidad de verse liberado de su obligación. Ello a pesar de que Windscheid exige al menos que tales presupuestos sean reconocibles. No obstante, no tiene en cuenta que en la mayoría de los casos tanto los presupuestos de carácter expreso como de carácter tácito pueden considerarse irrelevantes para la contraparte<sup>10</sup>. La afirmación de la teoría de Windscheid supondría que se haría recaer sobre una de las partes el riesgo de que su contraparte haya pensado erróneamente acerca de la existencia de determinadas circunstancias o el desarrollo de determinados acontecimientos. Con ello se podría llegar al injusto resultado de que el deudor siempre pudiera escudarse en un presupuesto de carácter tácito reconocible por la contraparte. El problema de la tesis de Windscheid reside en que las fronteras entre los conceptos de motivo, voluntad y declaración de voluntad se encuentran borrosas.

#### **b. Tesis de Lenel.**

Frente a la concepción de Windscheid entiende Lenel que lo que aquél llama presupuestos no son sino simples motivos, con lo que dar relevancia a los mismos pondría enormemente en peligro la seguridad del tráfico. En efecto, la doctrina de Windscheid podría llegar a conducir a que cada una de las partes contratantes, que se viese decepcionada en cuanto a los móviles que le llevaron a celebrar el contrato, podría impugnarlo, lo que supondría el fin de la seguridad del tráfico. En su opinión,

---

<sup>10</sup> Bierschenk, 1933: 15.

quien emite una declaración de voluntad, como dice Windscheid, limitada por un presupuesto, desconoce el hecho presupuesto, ya que si le es conocido declarará la existencia de tal presupuesto, “quien declara expresamente la existencia de un presupuesto no lo oculta y quien lo oculta no declara<sup>11</sup>”. El que emite una declaración de voluntad debe dejar clara constancia de que es su intención que la misma despliegue efectos siempre que sea correcta su opinión acerca de determinadas circunstancias que le son desconocidas, ello se materializa en la introducción de un derecho de resolución, en una condición o de cualquier medio que le facilite el ordenamiento jurídico. Si no lo hace así parece justo atribuirle las consecuencias derivadas de su comportamiento negligente<sup>12</sup>.

La teoría de Windscheid en cuya virtud el motivo cambia su naturaleza cuando es reconocible como una limitación de la voluntad (“das Motiv ändert seine Natur, wenn es als Willensbeschränkung erkennbar wird”) es lo mismo que decir que el motivo cambia su naturaleza cuando es reconocido como tal motivo (“das Motiv ändert seine Natur, wenn es als Motiv erkennbar wird”). Frente a ello entiende Lenel que una verdadera limitación de una declaración de voluntad solamente puede producir efectos contractuales en la medida en que la contraparte la ha aceptado sometiéndose a la misma. Si la rechaza no se perfecciona contrato alguno, y si la acepta no se puede hablar de un presupuesto, sino de una verdadera condición. No existe algo intermedio entre el motivo y la condición como pretende Windscheid<sup>13</sup>.

---

<sup>11</sup> Lenel, 1892:53. La frase literal de Lenel es la siguiente: “wer eine Voraussetzung ausdrücklich erklärt, der hegt sie nicht, und wer sie hegt, der erklärt sie nicht”. La coincidencia de fechas entre los trabajos de Windscheid y de Lenel se debe precisamente a la “batalla doctrinal” que protagonizaron ambos autores coincidiendo con la redacción del primer proyecto de BGB. Este proyecto fue presentado por la comisión nombrada al efecto (entre cuyos miembros se encontraba Windscheid) en 1887. Este primer proyecto de BGB, que estaba inspirado en el Derecho común, fue duramente criticado hasta que en 1890 se nombró una segunda comisión bajo la dirección de Gottlieb Planck. De este modo, el segundo proyecto de BGB fue presentado en 1895, separándose del Derecho común e intentando dar solución jurídica a las cuestiones sociales y económicas suscitadas en aquel momento. Finalmente, después de incorporar algunas modificaciones sugeridas por la “Justizausschuß” (Comisión de Justicia) surgió el tercer proyecto de BGB. Básicamente, con algunas modificaciones en materias como el matrimonio y el testamento, éste fue el texto definitivamente aprobado por el Parlamento alemán el 18 de agosto de 1896. Como sabemos, su entrada en vigor fue el 1 de enero de 1900.

<sup>12</sup> Lenel, 1892: 96.

<sup>13</sup> En este mismo sentido Kaps, 1927: 15.

No obstante, según Lenel este error no es exclusivo de Windscheid sino que se aprecia también en las teorías dominantes en el Derecho común, así como en la llamada «teoría de la voluntad» (“Willenstheorie”) y la confusión presente en la misma acerca de la causa de un negocio, incluyendo junto a lo obtenido como consecuencia de un contrato (causa del desplazamiento patrimonial) el fin de las partes que forma parte del contenido del negocio. De este modo, Windscheid con su teoría trata de resucitar la doctrina de la causa romana<sup>14</sup>. Frente a ello refuta Lenel que la aplicación de las normas sobre enriquecimiento injusto no se hace depender de la reconocibilidad de la causa para la contraparte, sino que la *condictio indebiti*, por ejemplo, puede ejercitarse aun en el caso de que el que paga por error efectúe una transferencia sin que la misma venga acompañada de manifestación alguna por parte del presunto acreedor<sup>15</sup>.

Lenel trata de demostrar que la doctrina de los presupuestos tiene un fundamento insostenible<sup>16</sup>. Cada disposición patrimonial tiene un fin, que debe poder conseguirse mediante el mismo. La consecución de este fin no es posible sin una determinada configuración de la relación jurídica<sup>17</sup>. Estos fines deben entenderse en

---

<sup>14</sup> Esta opinión es compartida por un autor más reciente como Simshäuser (1972: 21 y ss.). Para éste, la doctrina de los presupuestos de Windscheid fue principalmente una doctrina acerca de la *condictio* y su origen hay que buscarlo en el Derecho del enriquecimiento injusto. La monografía de Windscheid sobre los presupuestos es un trabajo concebido con base en la *condictio* de las prestaciones. El autor ve como incorrectas las doctrinas anteriores, la de Donellus, en cuya virtud, se debe cumplir la prestación, teniendo en cuenta una condición tácita, Glück, para quien la *condictio* procede de un cuasi-contrato, o de Savigny, para quien un error en los motivos del que ha de efectuar la prestación faculta para el ejercicio de la *condictio*. Windscheid vio la justificación de la *condictio* en una limitación de la voluntad del contratante a la que dio el nombre de presupuesto (“Voraussetzung”). Quien adquiere algo en virtud de una declaración de voluntad, cuando fallan los presupuestos de la misma, retiene sin causa lo que le legitima a la contraparte para el ejercicio de la *condictio*. Las críticas a la teoría de Windscheid formuladas principalmente por Lenel con fundamento en la doctrina general del negocio jurídico hacen que cuando Oertmann en 1921 crea su teoría de la base del negocio, tomando como referente la obra de Windscheid, se centre sobre todo en la cuestión acerca de cuáles debían ser las circunstancias cuyo cambio determinase la subsistencia o no de la prestación, prestando escasa atención al aspecto de la restitución de las prestaciones según la *condictio*. Por ello se ha sostenido que la doctrina de Windscheid sobre los presupuestos se trataba más bien de una doctrina del negocio jurídico en punto a la transmisión de la propiedad.

<sup>15</sup> Según palabras de Lenel (1892: 50): “Allein daß die causa etwas ganz anders sein müsse als Windscheids Voraussetzung, lasse sich daraus erkennen, daß das Rückforderungsrecht wegen ermangelnder causa gar nicht von dem Erkennbargewesensein der causa für den Gegner abhängt. Eine *condictio indebiti* sei z.B. ganz gewiß auch dann begründet, wenn der irrtümlich Zahlende das Geld einfach durch Fortanweisung ohne Begleitwort dem vermeintlichen Gläubiger zugeschickt habe”.

<sup>16</sup> Lenel (1892: 61): “Zweck meiner bisherigen Ausführungen war der Nachweis, daß die Lehre von der Voraussetzung auf einem unhaltbaren Fundamente ruht”.

<sup>17</sup> Lenel, 1892: 70 y ss.

sentido económico. En su opinión, se puede hablar de fin en sentido económico cuando el equivalente por cuya causa se realiza la prestación se puede reconocer como tal en el tráfico económico. Esos fines en sentido económico son los siguientes: *solvendi, credendi, do ut des*, .. se trata de fines perfectamente determinados, cuya consecución o no tiene unas consecuencias previstas por el ordenamiento jurídico.

En consecuencia, el autor combate la teoría de Windscheid desde el punto de vista de su propia concepción acerca de la causa romana. Por ejemplo, en el contrato de transacción, Windscheid propone la impugnación del contrato, ya que los presupuestos bajo los que se ha celebrado el contrato resultan ser falsos. Por el contrario, para Lenel<sup>18</sup> basta con la categoría de falta del fin del negocio, entendiendo por tal no algo extraño al contenido del contrato, sino un fin que existe en su contenido, cuya falta convierte en nulos todos los contratos causales. De este modo, como el contenido de la transacción no es si no un medio de consecución del fin del contrato de transacción, cuando el fin falla el contrato no sólo es impugnabile, sino nulo. Esa es la razón por la que lo entregado en virtud de tal transacción puede recuperarse mediante la *condictio indebiti*.

Un argumento más a su favor es que en el contrato de compraventa si la cosa vendida adolece de un vicio oculto en las fuentes romanas no se puede encontrar que la solución sea el ejercicio de la *condictio*, sino la resolución del contrato o la reducción del precio. En el contrato de compraventa la *actio redhibitoria* satisface del modo más amplio exigencias de justicia, que se pretenden cubrir mediante la impugnación del contrato en virtud de vicios tales como el *error in substantia, in persona*<sup>19</sup>.

Lenel reformula la teoría de Windscheid en el siguiente sentido: “lo determinante no es lo que se ha propuesto, sino solamente lo que se está legitimado para presuponer frente a la contraparte de acuerdo con las exigencias impuestas por la buena fe”<sup>20</sup>.

---

<sup>18</sup> Lenel, 1892: 80 y ss.

<sup>19</sup> Lenel (1892:103): “Klagen auf Lösung des Vertrags oder Preisminderung finden statt, nicht aber conditiones sine causa”.

<sup>20</sup> Lenel, 1892: 105.

Estas críticas tuvieron una gran repercusión en el momento. Ello provocó un rechazo del primer proyecto de BGB redactado bajo la influencia de Windscheid. En este proyecto se incluía un § 742, dentro de las normas sobre el enriquecimiento injusto, según el que la pérdida de los presupuestos era también un supuesto de enriquecimiento injusto. Esa norma desapareció en el texto definitivo.

A pesar de ello no se logró poner fin a la polémica, sino que comienzan a surgir teorías que tratan de delimitar grupos de presupuestos a los que se les puede otorgar relevancia. Surgen también doctrinas que tratan de conciliar posiciones encontradas.

### **c. Tesis de Krückmann.**

Es el caso de la doctrina de Krückmann, para quien tanto la teoría de Windscheid como la de Lenel tratan desde diferentes puntos de vista el mismo problema, cual es el de que cada contrato mantenga su sentido práctico<sup>21</sup>. Windscheid por su parte, enfoca el problema desde el punto de vista de la voluntad, no de la exigibilidad o inexigibilidad, mientras que en opinión de Lenel es necesario acudir al principio de buena fe para resolver este problema. La buena fe tiene desde su punto de vista una doble función: por un lado, se debe interpretar de acuerdo con la buena fe qué es lo que se ha presupuesto; por otro lado, según la buena fe se debe resolver si lo que ha sido presupuesto se puede hacer valer frente a la contraparte.

Krückmann, respecto a estos problemas, distingue entre la reserva actual y la reserva virtual: la primera es aquella que la parte ha presupuesto efectivamente, mientras que la segunda es siempre parte de la declaración de voluntad y tiene como consecuencia que la declaración de voluntad no se hubiera emitido si el declarante hubiese apreciado correctamente la realidad. Esta reserva virtual es la cláusula “rebus sic stantibus” que es inmanente a los contratos bilaterales en virtud de su lógica

---

<sup>21</sup> Krückmann, 1929: 7.

interna en cuanto que contrato tendente al intercambio de una prestación a cambio de una contraprestación por un valor equivalente<sup>22</sup>.

La contraparte tiene un derecho de denuncia siempre que la fijación unilateral del fin presente en la reserva virtual deba entenderse frustrado según las exigencias derivadas de la buena fe. Además el declarante dispone del remedio de la *exceptio* y de la resolución o denuncia del contrato para el caso de que la vinculación al mismo no le resulte exigible.

En consecuencia, es decisivo para el autor el concepto de inexigibilidad<sup>23</sup>. Krückmann encuentra la solución al problema en la carencia original de sentido, finalidad u objeto del negocio, así como en su pérdida con carácter sobrevenido, lo que determina la inexigibilidad de la prestación en la medida en que se ha producido una frustración del interés de las partes.

Este concepto explica por ejemplo, por qué el vendedor o el arrendador no deben soportar el riesgo de frustración del fin del negocio, en el sentido de que el comprador o el arrendador no puedan aplicar la cosa vendida al fin pretendido. Ello es debido, en su opinión, a que se trata de acontecimientos que se encuentran más próximos a su esfera de riesgo. De este modo, el comprador debe argüir importantes razones para hacer recaer tal riesgo sobre su contraparte y el modo de conseguirlo sería mediante la introducción de una condición.

Cuando se produce una frustración del fin contractual se debe analizar si dicha frustración tiene su origen en acontecimientos que debe soportar la parte que está más próxima a los mismos o hay que ver si se quiere atribuir el riesgo sobre la contraparte. En este sentido, juega un papel fundamental la inexigibilidad (“Nichtzumutbarkeit”): no es exigible el mantenimiento del contrato en el que el fin perseguido no responde a exigencias de justicia. La inexigibilidad (“Nichtzumutbarkeit”) realiza un doble control. Por un lado, un control material cuando el fin de la declaración (“Erklärungszweck”) no se corresponde con el fin contractual (“nicht vertragsmäßig ist”). La inexigibilidad se debe probar en cada caso concreto. Por otro lado, la

---

<sup>22</sup> Frente a ello entiende Oertmann (1921: 46) que no basta en simple cambio de circunstancias en sentido objetivo, sino más bien el fracaso de aquellos acontecimientos que las partes consideraron esenciales.



inexigibilidad cumple un fin técnico: el contratante se libera del contrato solamente mediante una declaración de inexigibilidad.

El principal problema que presentan fórmulas tales como frustración del fin, fin del negocio, contenido del negocio, base del negocio, etc., es que no ofrecen fórmulas útiles con las que poder operar en la práctica. Este no es, sin embargo, en opinión de Krückmann, el caso de la inexigibilidad (“Nichtzumutbarkeit”)<sup>24</sup>.

En cuanto al remedio previsto por el ordenamiento jurídico para los casos de pérdida del fin del negocio es, según Krückmann, la *condictio causa data causa non secuta* que se contiene en el § 812 I 2 BGB<sup>25</sup>. La *condictio* es la expresión del principio de igualdad del derecho civil, ya que nadie puede ser obligado a permitir un desplazamiento patrimonial en contra de su voluntad<sup>26</sup>. No obstante, en su opinión, este remedio más radical no sería defendible en aquellos supuestos en los que es posible adaptar el contrato a las circunstancias concretas.

Lo que caracteriza en mayor medida las conclusiones de Krückmann es la tendencia a lograr lo que él denomina un «equilibrio de intereses», es decir, a hacer que prevalezcan también equitativamente, según las circunstancias, los intereses de la otra parte. Este equilibrio de las prestaciones podrá recuperarse, a juicio de Krückmann, reconociendo a la parte lesionada un derecho a la indemnización por los daños sufridos por la confianza en la efectividad inalterable del contrato (interés contractual negativo), por los desembolsos hechos para recuperar su prestación, por los perjuicios que le ocasione haber rechazado otras ofertas, pero no por las ganancias perdidas. En este sentido, como hemos visto anteriormente, al deudor sobre el que pesa una prestación agobiante se le podría privar de la facultad de resolver el contrato siempre que el acreedor se prestase a elevar proporcionalmente la contraprestación convenida.

---

<sup>23</sup> Krückmann, 1929: 36.

<sup>24</sup> Krückmann, 1929: 69.

<sup>25</sup> Según el § 812: I.1 Quien obtiene de otro una prestación sin justa causa, está obligado a restituir lo obtenido. 2. Dicha obligación de restituir también se da en aquellos casos en los que la causa desaparece sobrevenidamente o cuando no se consigue el fin de la prestación según el contenido del negocio.

<sup>26</sup> En palabras de Krückmann (1929: 82): “Die Kondiktion ist Ausdruck für die allgemeine Gleichheit vor dem bürgerlichen Recht, da niemand sich eine juristische Vermögensverschiebung gegen seinen Willen gefallen zu lassen braucht”.

#### d. Tesis de Oertmann.

La doctrina de Windscheid sobre los presupuestos fue retomada por Oertmann<sup>27</sup> llegando este autor a resultados diferentes. Oertmann reacciona frente a las críticas que se habían formulado a la teoría de Windscheid. En su opinión, a este último autor nunca se le hubiese ocurrido dar relevancia a los simples motivos. Frente a Lenel, entiende Oertmann que no toda falsa representación puede fundamentar el ejercicio de la *condictio*, sino solamente la frustración del fin del negocio.

Los presupuestos, tal y como fueron concebidos por Windscheid, representan un acuerdo complementario o una limitación autoimpuesta de la voluntad, como la condición o la limitación temporal de la voluntad, pero podría haberse emitido también sin ella. No es un *essentiale negotii*, sino más bien *accidentale*.

El autor habla de una causa común a ambas partes en el contrato bilateral, que no forma parte de la esfera interna de cada uno de los contratantes, sino que constituye la razón de ser de la totalidad del negocio<sup>28</sup>.

Para que la base del negocio (“Geschäftsgrundlage”) sea relevante es necesario que tenga un carácter objetivo, es decir, no son suficientes aquellos motivos que llevaron a las partes a contratar. En este aspecto se diferencia la “Geschäftsgrundlage” de los simples motivos, pero también de los presupuestos tal y como fueron concebidos por Windscheid. El motivo es algo psicológico que queda a disposición de una sola de las partes, se puede hablar de motivo de una declaración de voluntad, pero no de al menos dos declaraciones de voluntad que concurren para la perfección del contrato. La “Geschäftsgrundlage” no se refiere simplemente a una de las declaraciones de voluntad que integran el contrato, sino más bien al negocio en su totalidad.

---

<sup>27</sup> Con la publicación de su obra en 1921 titulada “Geschäftsgrundlage” el autor crea un nuevo concepto jurídico. Sobre el impacto de la doctrina de Oertmann en la literatura y en la jurisprudencia de la época versan los trabajos de Seidler (1928), Kronenberger (1936) y Seybold (1934).

<sup>28</sup> Oertmann, 1921: 25.

En cuanto a la terminología, hemos visto que el autor adopta el concepto de base del negocio (“Geschäftsgrundlage”) abandonando el término de presupuesto (“Voraussetzung”). El presupuesto, tal y como fue concebido por Windscheid, es la base de la declaración de una sola de las partes, no de la totalidad del contrato bilateral.

El concepto de presupuesto se refiere a un proceso psicológico que desarrolla una de las partes contratantes y que constituye una limitación a la declaración de voluntad de una de aquéllas. Por el contrario, la base del negocio no forma parte del contenido de la declaración de voluntad, y por ende, del negocio, sino que consiste en representaciones de ambas partes y constituye el fundamento del negocio en su totalidad. En este sentido, no es necesario que la “Geschäftsgrundlage” se haya convertido en parte del negocio porque de ser así, el ámbito de aplicación de esta teoría sería más bien restringido<sup>29</sup>. Además en este caso las partes habrían incluido una verdadera condición en su negocio.

La “Geschäftsgrundlage” no es una causa en sentido tradicional. Además, la causa no es cualquier fin psicológico de las partes, sino solamente la causa del desplazamiento patrimonial<sup>30</sup>. El autor se ve obligado a efectuar esta distinción precisamente por las críticas que sufrió la doctrina de Windscheid en punto a la posibilidad de ejercitar la *condictio* cuando faltan los presupuestos de la declaración de voluntad. De este modo, Oertmann parte de la afirmación de que la justificación jurídica para los diferentes tipos de *condictio* tanto en el Derecho romano como en el BGB es únicamente la falta de causa del desplazamiento patrimonial. El negocio jurídico que justifica el desplazamiento patrimonial puede tener una *causa*, por ejemplo, la causa del contrato de compraventa sería quizá el cumplimiento de la

---

<sup>29</sup> En contra vid. Rhode, 1925: 292. Este autor, pese a reconocer que su postura está próxima a la de Oertmann, reconoce solamente los presupuestos comunes a ambas partes en la medida en que han pasado a formar parte del contenido del contrato. De este modo, se debe comprobar si los presupuestos son de carácter expreso, o si los presupuestos comunes a ambas partes constituyen la base de las negociaciones entre las mismas, de manera que pueden considerarse contenido del contrato. En la mayoría de los casos cuestionados se trata de que las partes presuponen estar en lo cierto acerca de una determinada circunstancia, y fundamentan sobre la misma su voluntad negocial. Al contrario de Oertmann, en su opinión, estas circunstancias pueden no tener ninguna importancia si solamente han sido tenidas en cuenta por una de las partes y son desconocidas para la contraparte. En consecuencia, la solución a los problemas de cambio de los presupuestos fácticos se debe buscar en la corrección del contrato mediante la interpretación de su contenido.

obligaciones que surgen de la conclusión del contrato; cuando una de ellas no existe o desaparece sobrevenidamente no se puede ejercitar la *condictio*, sino la resolución del contrato.

Según Oertmann, por base del negocio se debe entender aquellas representaciones comunes a ambas partes o propias de una de ellas, pero conocidas por la otra y a la que no formula ninguna objeción, que se refieren a la existencia o la superveniencia de determinadas circunstancias que constituyen el fundamento de la voluntad negocial<sup>31</sup>.

Con esta definición el autor pretende hacer frente a las críticas que se habían formulado a la doctrina de Windscheid. Ya que el presupuesto propio de una de las partes, reconocible por la otra y sin embargo, no reconocido, no tiene ninguna importancia según la doctrina de Oertmann<sup>32</sup>.

En otro orden de ideas, por lo que respecta a las diferencias entre la “Geschäftsgrundlage” y otras figuras afines, como es el caso de la condición (“Bedingung”), en opinión del autor, la discusión entre Windscheid y Lenel sobre este tema no tiene demasiado sentido, ya que la condición es verdaderamente una parte del negocio. Además, la circunstancia a la que se refiere la condición es de dudosa existencia, mientras que en el caso de la “Geschäftsgrundlage” la voluntad negocial de las partes se ha formado en consideración a una determinada circunstancia de cuya existencia no se duda.

Entiende Oertmann que en todos los supuestos que se califican como de imposibilidad jurídica (“juristischen Unmöglichkeit”) donde no se puede exigir razonablemente la prestación del deudor ni la aceptación del acreedor, se debe ofrecer a las partes una posibilidad de desvincularse del contrato. Ahora bien, el tratamiento

---

<sup>30</sup> Oertmann, 1921: 23 y ss.

<sup>31</sup> Oertmann (1921: 37) “Geschäftsgrundlage ist die beim Geschäftsschluss zutage tretende und vom etwaigen Gegner in ihrer Bedeutsamkeit erkannte und nicht beanstandete Vorstellung eines Beteiligten oder die gemeinsame Vorstellung der mehreren Beteiligten vom Sein oder vom Eintritt gewisser Umstände, auf deren Grundlage der Geschäftswille sich aufbaut”.

<sup>32</sup> Oertmann, 1921: 38.

jurídico más correcto de este problema no es ni la imposibilidad ni la inexigibilidad (“Zumutbarkeit”), sino la pérdida de la base negocial<sup>33</sup>.

En cuanto al § 779 BGB<sup>34</sup>, precepto que regula la transacción que toma como referencia una situación fáctica inexistente, el autor no lo considera una manifestación de la teoría de la base del negocio, sino más bien lo que significa esta norma es que realmente no existe el supuesto de hecho del contrato<sup>35</sup>. La base del negocio (“Geschäftsgrundlage”) no es necesario que forme parte del contenido del negocio; sin embargo, para la transacción el § 779 BGB exige que la realidad que las partes toman como existente de acuerdo con el contenido del contrato no sea tal y como la han previsto. Con ello, la ley parece apartarse de la tesis defendida por Oertmann de la relevancia de la simple base del negocio que no forma parte del contenido del mismo.

El autor rechaza también que en el caso del § 459 II BGB (que regula la responsabilidad del vendedor por los defectos que afecten a la cosa vendida) nos encontremos ante un supuesto de pérdida de la base del negocio, ya que la garantía de que la cosa vendida esté dotada de una determinada cualidad más que de una simple base del negocio, se trata de una parte del contrato de compraventa o bien forma parte de un contrato accesorio al principal. No obstante, existen casos intermedios en los que el comprador no ha garantizado que la cosa tiene determinadas propiedades, pero ha indicado que las tiene. En este caso, siempre que el contrato se base realmente en la existencia de tal cualidad, parece justo conceder al comprador la posibilidad de elegir entre el cumplimiento del contrato o su resolución, no obstante, no se podría exigir una reducción del precio (“Minderung”) porque se trata de una consecuencia legal cuyo ámbito de aplicación no podría ser objeto de ampliación<sup>36</sup>.

En todos los supuestos de pérdida de la base del negocio el desarrollo de los acontecimientos lleva consigo que la ejecución del contrato ya no satisfaga los

---

<sup>33</sup> Oertmann, 1921:60.

<sup>34</sup> De acuerdo con esta norma: “Aquel contrato en el que las partes tratan de poner fin a una contienda o a una situación de inseguridad sobre una relación jurídica, realizando a tal efecto cesiones mutuas es inválido siempre que la situación de hecho tenida en cuenta por las partes como contenido de tal contrato no coincida con la realidad. Además es preciso que, si se hubiese tenido un conocimiento cierto, esta situación de incertidumbre o de contienda no hubiese tenido lugar”.

<sup>35</sup> Oertmann, 1921:66 y ss.

intereses de la parte afectada<sup>37</sup>. En consecuencia, la misma puede pedir la liberación de sus obligaciones contractuales<sup>38</sup>. Para ello puede valerse de la resolución con lo que la invalidez del negocio tendría efectos retroactivos, o puede denunciar el contrato, con lo que la invalidez desplegará efectos en el futuro. La primera de las posibilidades es propia de aquellos supuestos en los que la base del negocio no ha llegado a existir, mientras que la segunda se aplicaría en aquellos casos en los que la base del negocio existente desaparece sobrevenidamente.

Sin embargo, la acción de enriquecimiento injusto queda descartada para los supuestos de pérdida de la base del negocio. La *condictio* no se refiere al contrato como tal, sino a las prestaciones y a determinados desplazamientos patrimoniales.

En cuanto al fundamento legal de la doctrina de la “Geschäftsgrundlage” podría encontrarse en el § 157 o el § 242 BGB. Entre ambos existe una diferencia sustancial en opinión del autor, el § 157 BGB se refiere al “mundo del ser” (“Welt des Seins”), mientras que el § 242 BGB se refiere al “mundo de lo que debería ser” (“Welt des Sollens”). Los partidarios del § 157 BGB quedan limitados a los efectos derivados de la voluntad (“Willenswirkung”). El autor se inclina por el § 242 BGB porque la base del negocio no forma parte del contenido del negocio. Mientras que las declaraciones de voluntad pertenecen al contenido del contrato, la base del negocio es diferente a los presupuestos de Windscheid. En opinión de Oertmann, su doctrina se encuentra a medio camino entre el subjetivismo y el objetivismo en el tratamiento del problema<sup>39</sup>.

---

<sup>36</sup> Oertmann, 1921:73 y ss.

<sup>37</sup> Oertmann, 1921:154.

<sup>38</sup> Oertmann, 1921:124 y ss.

<sup>39</sup> Oertmann, 1921:140 y ss. Según Imbruck (1923: 95), entre la doctrina de Windscheid y la de Oertmann se podrían señalar entre otras las siguientes diferencias: mientras que el presupuesto debe ser reconocible, la base del negocio ha de ser reconocida, desde el punto de vista de la contraparte. En segundo lugar, el presupuesto representa un momento subjetivo en la construcción de la voluntad, mientras que la base del negocio es un elemento objetivo del mismo negocio. En tercer lugar, el presupuesto puede ser unilateral, mientras que la base del negocio debe ser común a ambas partes. En cuarto lugar, el presupuesto tiene su fundamento jurídico en las normas sobre el enriquecimiento injusto, mientras que la base del negocio en el § 242 BGB. Por último, la falta del presupuesto determina la ineficacia de la declaración de voluntad y en consecuencia faculta para el ejercicio de la *exceptio doli* o de la *condictio*, mientras que la pérdida de la base del negocio anula el mismo, y otorga a los legitimados un derecho de resolución o de denuncia del negocio o de modificación de su contenido. No obstante, hay quien ha dicho que la doctrina de Oertmann sobre la “Geschäftsgrundlage” no es más que un subterfugio de la doctrina de Windscheid sobre los presupuestos. Cfr. en este sentido, Kleinherne, 1923: 101 y ss. Para este autor las diferencias entre ambas construcciones, la de Oertmann y la de Windscheid no son tan grandes, ambas parten de los

Sin embargo, la aplicación de la mencionada doctrina está sujeta a unos límites<sup>40</sup>. En primer lugar, es posible que una de las partes libremente en el contrato haya asumido el riesgo de una variación futura de los precios: en este caso no podría hacer recaer sobre la contraparte las consecuencias derivadas de la frustración de sus fines especulativos. Es decir, allí donde existe una expresa asunción de riesgos no es posible la aplicación de la doctrina de la base del negocio. Tampoco es posible la aplicación de la misma en aquellos casos en los que el cambio de circunstancias es debido a un comportamiento que se puede imputar a una de las partes.

Como hemos visto hasta aquí, la doctrina de Oertmann no está tampoco exenta de ambigüedades. Así, se ha afirmado que la base del negocio se trata de un concepto que solamente puede hacerse valer como una construcción dogmática, ya que debido a su vaguedad, su aplicación en la práctica resulta difícil<sup>41</sup>. Efectivamente, tal y como la concibe Oertmann, la base del negocio supone valorar jurídicamente determinadas circunstancias que han sido tenidas en cuenta por las partes en sus representaciones, sin que sea necesario manifestación alguna al respecto.

#### **e. Tesis de Locher.**

Posterior a la teoría de Oertmann es la de Locher, quien concibe el problema de la “Geschäftsgrundlage” como una cuestión de delimitación de los efectos de la declaración de voluntad. Entiende Locher que la Guerra Mundial y las revoluciones han traído a la actualidad la doctrina de Windscheid sobre los presupuestos, a pesar de su rechazo por la comisión redactora del BGB entre cuyos máximos detractores se encontraba Lenel, como hemos visto anteriormente. Oertmann es el encargado de reinterpretar con su teoría sobre la “Geschäftsgrundlage” aquella doctrina de Windscheid sobre los presupuestos. El problema es el mismo: principalmente resolver la influencia del *status rerum* sobre la subsistencia de las relaciones jurídicas.

---

mismos principios y llegan a resultados próximos. Lo mismo sucede a juicio de Eisenstaedt (1923: 4), para quien ambas doctrinas se construyen en atención a la misma problemática, aunque hayan adoptado fórmulas de solución aparentemente distintas.

<sup>40</sup> Oertmann, 1921:174 y ss.

<sup>41</sup> Bierschenk, 1933: 29.

El objetivo de su teoría es allanar el camino para facilitar lo mejor posible el conocimiento de los intereses más relevantes en el caso concreto y al mismo tiempo, sopesar estos intereses de acuerdo con los parámetros de valoración establecidos por el ordenamiento jurídico. En opinión del autor, la teoría de Oertmann supone un avance; sin embargo, sigue un camino equivocado, ya que las representaciones de las partes acerca del significado de una circunstancia, en la mayoría de los casos no son un criterio decisivo para determinar si tal circunstancia se incluye o no dentro de la base del negocio<sup>42</sup>.

Por lo que respecta al ejercicio de la *condictio*, en opinión del autor la historia del § 812 BGB se encuentra vinculada a la del concepto de presupuesto según la teoría de Windscheid<sup>43</sup>. Hemos visto que el § 742 (referido al concepto de “Voraussetzung”) del primer proyecto de BGB fue rechazado por los detractores de la teoría de Windscheid, principalmente por Lenel. No obstante, según Locher, en los supuestos de inalcanzabilidad del fin se podría aplicar el § 812 I 2 BGB. Ello porque simplemente el éxito del negocio jurídico causal como tal (consistente en el traspaso eficaz de la propiedad) no encaja en el tenor de la norma “el fin previsto con la pretensión” (“mit der Leistung bezweckter Erfolg”) en el sentido de la *condictio ob causam datorum*, porque entonces existiría una concurrencia de normas con la *vindicatio*.

El autor se plantea una serie de cuestiones tales como si las normas sobre el enriquecimiento injusto ofrecen criterios para diferenciar fines relevantes de los que no lo son, y si en consecuencia, ofrecen medios adecuados para el tratamiento del problema de la base del negocio. También se pregunta si ese criterio de diferenciación reside en que las partes han establecido un fin según se desprende del contenido del negocio o incluso si han hecho formar parte del contenido del negocio el mencionado fin. La respuesta a esta última pregunta se puede hallar mediante una labor interpretativa<sup>44</sup>. Respecto a la primera de las cuestiones, el problema de la frustración del fin no está relacionado con las normas que regulan el enriquecimiento injusto, sino, más bien, el problema de la base del negocio es un problema de fijación

---

<sup>42</sup> Locher, 1923: 2 y ss.

<sup>43</sup> Locher, 1923:50.



de los límites de la eficacia de la voluntad negocial. La solución contiene un elemento de tipo psicológico. Ahora bien, más adecuado que el de las consideraciones comunes a ambas partes (concepción de Oertmann) es el de los elementos de tipo económico que han sido tenidos en cuenta por las partes a la hora de concluir el negocio.

El objetivo de la interpretación es determinar si existe un acuerdo de las partes acerca del fin del negocio. En los contratos típicos, el fin del negocio está más o menos claro pues las partes persiguen la finalidad típica del negocio. Ahora bien es posible que se persiga un fin diferente, como sucede en los llamados casos de la coronación (“Coronation cases”). En estos, resulta difícil decidir si nos encontramos ante simples motivos de las partes, por tanto, irrelevantes, o bien, si se trata de un fin que efectivamente ha pasado a formar parte del contenido del negocio. En este sentido, uno de los fines de la interpretación consistirá en decidir si ese fin especial se ha hecho formar parte del contenido del negocio. Esto tendrá lugar cuando la contraparte haya tenido conocimiento del mismo y no haya formulado ninguna objeción. Pero todavía más importante es la elección del verdadero criterio de interpretación. El § 812 I 2 BGB habla del fin de la prestación según el contenido del negocio jurídico. De este modo, el motivo de una de las partes no se convierte en contenido del negocio simplemente porque se comunique a la otra. Tampoco cuando una de las partes reconozca expresamente frente a la otra que no hubiese concluido aquel negocio de conocer que no podría obtener ese fin, ya que cada una de las partes debe soportar según las exigencias del tráfico jurídico que se frustré el fin que va más allá del fin típico según el contenido del negocio jurídico<sup>45</sup>.

La solución está en emplear un criterio objetivo de interpretación del contrato; en consecuencia, quien obtiene un beneficio a cambio de hacer posible que la otra parte obtenga una determinada finalidad (“Erfolg”) asume el riesgo de que la misma sea posible. Ello no es sino una señal inequívoca de que el mencionado fin pertenece al contenido del negocio, en la medida en que existe un equilibrio entre las prestaciones (entre el mayor valor de la prestación y la mayor utilidad que obtenga la otra). El equilibrio económico entre las prestaciones, que es lo que exige el principio

---

<sup>44</sup> Locher, 1923:61.

<sup>45</sup> Locher, 1923:64 y ss.

del sinalagma, no significa en modo alguno que deba existir una equivalencia objetiva entre las mismas, ello sólo sucede en los casos más excepcionales. Sino más bien dicho principio exige el equilibrio entre las prestaciones tal y como ha sido fijado por la voluntad de las partes en el negocio<sup>46</sup>.

Por lo tanto, en opinión de Locher, las circunstancias que constituyen la base del negocio son aquellas que son imprescindibles para la consecución del fin negocial, de tal forma que están relacionadas causalmente con aquél en el sentido de que la consecución del mismo depende de su existencia, permanencia o de su entrada en vigor. Se encuentran en una relación de *conditio sine qua non* con el fin del negocio. Si esa circunstancia no existe desde un principio, es decir, si el negocio se presenta como un instrumento inadecuado para la consecución del fin o si deviene con posterioridad inadecuado no es decisivo para el concepto de “Geschäftsgrundlage”.

La doctrina de Locher no resulta tampoco pacífica. En primer lugar, no carece de un cierto componente psicológico desde el momento en que el fin particular de una de las partes puede convertirse en fin del negocio. Al autor se le ha reprochado que la fijación de un fin negocial podría conseguirse más bien introduciendo una condición o un derecho de resolución o de denuncia<sup>47</sup>. Sin embargo, el mayor problema que presenta la doctrina de Locher es que admite para los negocios causales la fijación de un fin en el sentido del § 812 I 2 BGB, justificando su teoría en los principios básicos de los negocios abstractos. En la medida en que el § 812 BGB solamente sirve para los negocios abstractos no se puede pensar en el ejercicio de la *condictio* contemplada por aquel precepto para los negocios causales.

### 1.2. La distinción entre las teorías objetivas y las subjetivas: la tesis de Larenz.

Para resumir lo hasta aquí expuesto, las teorías examinadas se pueden clasificar en dos grupos, por un lado, doctrinas de tipo subjetivo. El pionero fue Oertmann, que

---

<sup>46</sup> Locher, 1923:70.

<sup>47</sup> Bierscienk, 1933: 37.

como hemos visto, pretende hacer suyas las ideas de Windscheid sobre los presupuestos, con algunos cambios. Por otro lado, doctrinas de tipo objetivo, como es la de Krückmann, según quien no existe ninguna objeción en el sistema legal de lesión del crédito para aceptar la liberación del deudor no solamente en el caso de imposibilidad de la prestación, sino también cuando la misma se hace excesivamente onerosa, aunque el verdadero fundador de las teorías objetivas se considera Locher. Como se ha analizado, según este autor, es determinante para la apreciación de la doctrina de la pérdida de la base negocial, la frustración del fin que las partes pretendían conseguir mediante la celebración del contrato.

En la doctrina posterior, la separación entre las teorías subjetivas y las objetivas se debe fundamentalmente a Larenz, que distingue dentro de la "Geschäftsgrundlage" entre elementos subjetivos y objetivos<sup>48</sup>.

---

<sup>48</sup> Cfr. Larenz, 1952: 361: La doctrina de la "Geschäftsgrundlage" tiene su origen en dos raíces distintas. Por un lado, en la teoría de Windscheid sobre los presupuestos y por otro lado, de la antigua doctrina de la cláusula "rebus sic stantibus". Esas dos doctrinas agrupan dos conjuntos de casos diferentes. Esta misma opinión se puede encontrar en su monografía sobre la "Base del negocio y el cumplimiento del contrato", obra de la que existen tres ediciones (la primera de 1953, la segunda de 1957 y la tercera de 1965), yo he manejado la segunda edición de 1957 (la primera edición está traducida al castellano por Fernández Rodríguez, C., con el título de *Base del negocio y cumplimiento de los contratos*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1956). Lange (1958: 622 y ss.), realiza una reseña de la segunda edición de la obra de Larenz sobre la base del negocio. En su opinión, esta segunda edición ha sido mejorada con respecto a la primera edición de 1953. En su primera edición el autor distingue estrictamente entre la base del negocio en sentido subjetivo y en sentido objetivo también en cuanto a las consecuencias jurídicas fijando para la primera la nulidad en el sentido del § 779 BGB. En su segunda edición el autor sigue distinguiendo entre ambas figuras, pero las equipara en sus efectos prefiriendo frente a la resolución del contrato, la adaptación de su contenido. Los problemas derivados de la pérdida de la "Geschäftsgrundlage" los comprende el autor dentro del ámbito de la interpretación correctiva del contrato. De este modo, el principio "pacta sunt servanda" es un principio que goza de preferencia. En consecuencia, la pérdida de la "Geschäftsgrundlage" solamente puede tomarse en consideración cuando el mantenimiento del contrato pudiera llevar consigo para ambas partes o para una de ellas una rigurosidad excesiva. La interpretación correctiva del contrato es, según Larenz, el último paso de la interpretación integradora en el sentido del § 157 BGB, esta posibilidad se desprende del § 242 BGB. La resolución del contrato no solamente sería procedente en los casos de gravamen inesperado en sentido económico, sino también en los casos de inexigibilidad personal. A la obra de Larenz también se refiere Esser, 1958: 113 y ss. Según este autor, en la primera edición de su obra, Larenz trata de combatir el "estado salvaje" en el que se encontraba la jurisprudencia en cuanto a la aplicación desmedida del § 242 BGB. El principal logro del trabajo de Larenz consiste en analizar esa jurisprudencia y en demostrar donde la aplicación de esa nueva doctrina resulta ajustada y donde se trata simplemente de encontrar una solución ecuaníme. Los esfuerzos de Larenz se centran en analizar los presupuestos para la concreción del término inexigibilidad ("Unzumutbarkeit"). En lo que afecta a las consecuencias jurídicas, la adaptación del contrato no se realiza simplemente mediante una interpretación correctora del contrato, ya que esto no es debido a la ficción propia de la cláusula "rebus sic stantibus", sino que se debe realizar una interpretación integradora del contrato. En cuanto a la "Geschäftsgrundlage" en sentido subjetivo, Larenz trata de encontrar criterios de tipo objetivo que permitan diferenciar la "Geschäftsgrundlage" de

Dentro del concepto de la base del negocio en sentido subjetivo se incluyen aquellas representaciones comunes a ambas partes, que coinciden en el momento de conclusión del contrato y que fueron determinantes para su celebración. Mientras que la base del negocio en sentido objetivo comprende aquellas circunstancias que deben darse para que el contrato se presente como una regulación dotada de sentido. Manifestaciones importantes de la base del negocio objetiva son la “ruptura de la equivalencia de las prestaciones” (“Äquivalenzstörung”) y la “frustración del fin el negocio” (“Zweckvereitelung”). Según Larenz\*, el apoyo legal para la aplicación de esta doctrina se halla en los §§ 242 y 157 BGB.

En su opinión, no se deben tomar en consideración aquellas modificaciones de las circunstancias que son determinantes para el contrato:

a) cuando las mismas han podido preverse o cuando según el carácter del negocio, ese cambio de circunstancias forma parte del riesgo contractual (por ejemplo, se trata de un negocio especulativo).

b) cuando este cambio de circunstancias es imputable a la persona que sufre el perjuicio.

c) cuando ha desplegado sus efectos sobre el contrato porque una de las partes se encontraba en mora.

En principio, solamente puede hablarse de pérdida de la base negocial respecto de aquellos contratos que no han sido totalmente ejecutados. No obstante, se puede tener en cuenta, a pesar del completo cumplimiento de las prestaciones:

a) cuando la base del negocio desde un principio no existió.

b) cuando el fin del contrato debería producirse en el futuro y sin embargo, no llega a producirse.

En cuanto a las consecuencias jurídicas, la resolución del contrato opera en aquellos casos en los que su ejecución carece de sentido, en particular ello sucede en

---

los simples motivos, aunque a falta de criterios normativos Larenz acaba también cayendo en ese psicologismo que quiere evitar. En su opinión, es precisamente ese psicologismo el que impide un control eficaz de las sentencias. Para evitarlo solamente puede tener éxito el criterio de los intereses típicos o los especiales intereses implicados en el negocio jurídico, también cómo debe repartirse el riesgo en el contrato. Asimismo, esta cuestión la resuelve Larenz con una fórmula bastante genérica.

los casos de frustración del fin. Por otro lado, si se mantiene el contrato en interés de ambas partes se debe proceder a su revisión. En este caso, se debe valorar la particular relación contractual y no la total situación económica de ambas partes. La adaptación del contrato debe realizarse de modo que cada parte asuma una porción del riesgo. En los casos de contratos de tracto sucesivo, el cambio en la regulación de intereses desplegaría efectos en el futuro.

En los supuestos de frustración del fin, la parte que promueve la resolución del contrato debe satisfacer a la otra el interés contractual negativo o al menos los gastos que haya podido sufrir como consecuencia del cumplimiento del contrato. No obstante, si la consecución del fin ha devenido imposible para ambas partes, cada una de ellas puede resolver el contrato, siendo la indemnización de daños y perjuicios de carácter excepcional, solamente para aquellos casos en los que una parte ha provocado mediante su libre comportamiento el cambio de circunstancias (ya que en este caso está obligado a responder de dicho cambio de circunstancias).

El autor ve en las normas del contrato de compraventa que regulan la responsabilidad del vendedor por vicios ocultos una regulación especial para los supuestos de inalcanzabilidad del fin del contrato en sentido objetivo. Incluso, según Larenz, en los casos en los que la posibilidad de alcanzar el fin del contrato se viese seriamente perjudicada, la contraparte podría hacer uso de la “exceptio non adimpleti contractus” para no realizar la prestación que le corresponde (§ 320 BGB). Asimismo podría acudir al § 321 BGB negándose a cumplir hasta que la otra parte garantizase el cumplimiento de la prestación a su cargo.

En lo que respecta al fin del contrato, Larenz distingue entre el fin inmediato y el fin mediato: por un lado, en un contrato bilateral el fin inmediato de cada parte contratante es la obtención de la contraprestación, este fin es común a ambas partes, por otro lado, en un contrato de compraventa el fin mediato sería el destino que el comprador quiere dar a la cosa comprada. Este fin mediato de una parte no afecta a la otra a no ser que de cualquier modo esta última lo haya hecho propio. Por ejemplo, este fin es conocido como determinante de su prestación o se ha tenido en cuenta para fijar el valor de la contraprestación. En este sentido, no es necesario que el mencionado fin se haga constar expresamente como tal en el contrato, sino que basta

con que se pueda deducir de su contenido. Cuando ese concepto más amplio de fin no se ha hecho constar expresamente, no se puede decir que en caso de no realización del mismo el contrato hubiese quedado sin sentido, puesto que al comprador siempre le queda la posibilidad de hacer uso de la cosa de otra forma.

### 1.3. Perfiles actuales de la doctrina de la "Geschäftsgrundlage".

En la literatura posterior a Larenz se pueden encontrar diversas ideas sobre el tema. Sin embargo, lo cierto es que la doctrina de la "Geschäftsgrundlage" es hoy en día una auténtica institución jurídica en Alemania, con sus propios perfiles y su propio desarrollo doctrinal, aunque con fundamento jurídico en el § 242 BGB<sup>49</sup>.

Dicha doctrina resulta aplicable a situaciones diversas. En general, los supuestos de desaparición de la base del negocio responden a la pregunta de qué efectos debe tener sobre un contrato un cambio imprevisible de la situación fáctica o jurídica con respecto a la existente en el momento de la conclusión del contrato<sup>50</sup>.

Algunos autores llegan a la conclusión de que la jurisprudencia hace una aplicación de la institución de la "Geschäftsgrundlage" con el único objetivo de mantener la justicia material del caso concreto frente al principio "pacta sunt servanda". De este modo, la jurisprudencia a la hora de determinar si se dan los requisitos de la pérdida de la base negocial realiza un juicio de razonabilidad<sup>51</sup>.

---

<sup>49</sup> Cfr. Bercovitz, 1988: 22: "La base del negocio es hoy en día un término consagrado tanto en la doctrina como en la jurisprudencia alemanas. Es cierto que el contenido conceptual de dicha figura no es uniforme entre los autores y que todavía hay sentencias que la utilizan como pantalla para aplicar la equidad sin control de ningún tipo".

<sup>50</sup> Emmerich, 1997, 309 y ss.

<sup>51</sup> Hubmann, 1956: 89 y ss., sobre los métodos seguidos por la jurisprudencia de intereses. La «Tübinger Schule» (escuela de Turingia) se ha ocupado de liberalizar el concepto de jurisprudencia, prestando atención a las fuerzas dominantes de la vida jurídica. De este modo, demostraron que las normas jurídicas, también aquellas que no hablan de intereses o que no están dirigidas a dirimir un conflicto de intereses, son justificaciones del principio de ponderación de intereses. Las críticas a esta tesis están encaminadas a demostrar que la misma no permite reconocer según que método debe tener lugar dicha ponderación de intereses, para decidir si en el caso concreto se ha adoptado la solución correcta. La valoración de intereses desde una perspectiva teleológico-normativa «die teleologisch-normative Interessenabwägung» trata de aislar, frente a las teorías anteriores, los factores concretos de valoración según su peso específico, y según la influencia que tienen a la hora de decidir un supuesto en concreto. Entre nuestra doctrina cfr., Vallet, 1999: 547 y ss. Según este autor, la jurisprudencia de

Dentro de este grupo, algunos autores muestran recelo respecto de la aplicación de esta institución<sup>52</sup>, sin embargo, otros consideran ventajoso que no se fijen unos presupuestos tasados para la aplicación de la doctrina de la "Geschäftsgrundlage". Al contrario, basta para la aplicación de tal doctrina conceptos generales como "buena fe", "razonabilidad", "consideración de las circunstancias del caso" ("redlich denkend", "verständlich", "Berücksichtigung der richtigen Geschäftsgrundlage und aller Umstände des Einzelfalles", "vernünftiger Parteiwille"). Puesto que con el instituto de la "Geschäftsgrundlage" se trata de sanar un contrato que estaba enfermo en su nacimiento o que deviene enfermo con posterioridad, estos mismos criterios se deben tener en cuenta al determinar las consecuencias jurídicas. Sobre todo, se debe valorar el principio de la proporcionalidad, así como el reparto de riesgos efectuado por las partes en el contrato<sup>53</sup>.

---

intereses ("Wertungsjurisprudenz") se orientó hacia el logro de una decisión judicial del caso concreto. Esta corriente doctrinal parte de premisas fundamentales como los principios supraleales.

<sup>52</sup> Lehmann (1952: 12 y ss.) sostiene que debería delimitarse el ámbito de aplicación del § 242 BGB para que este precepto no se convierta en una norma que faculte al juez para modificar el contrato en todo caso, sin tener en cuenta las particularidades del supuesto enjuiciado. Si se acepta sin limitaciones la doctrina de la "Geschäftsgrundlage" se produce un debilitamiento injustificado del principio de vinculación del contrato. En su opinión, es interesante que el Código civil italiano mejora la situación del acreedor a la vez que endurece la del deudor en determinados ámbitos. Pero también el Código civil italiano reconoce la fundamentación jurídica de la cláusula "rebus sic stantibus" en los arts. 1467-1469 CC, el art. 1469 rechaza la aplicación de la cláusula en aquellos contratos en los que, según su naturaleza o la voluntad de las partes, tienen un carácter aleatorio. Si se quiere mantener una economía libre de mercado no se puede emplear indiscriminadamente la "muleta" de la "Geschäftsgrundlage". También es partidario de la aplicación cautelosa de la doctrina de la "Geschäftsgrundlage" Schmidt-Rimpler (1955: 5).

<sup>53</sup> Esta es la tesis de Haarmann, 1979: 88 y ss. En contra se encuentra Littbarski (1981: 8 y ss.) que realiza una recensión de la obra de Haarmann. En opinión del último autor citado, Haarmann no consigue convencer de que no se debe formular objeción alguna frente a la aplicación de la doctrina de la "Geschäftsgrundlage". Ello depende, según el autor, del concepto de buena fe que se mantenga. Si se defiende, como hace Haarmann, que la buena fe es un principio informador de todo el ordenamiento jurídico, se debe llegar necesariamente a la conclusión de que cualquier manifestación de este principio debe estar presente en todo tipo de relaciones de derecho privado. Por el contrario, Littbarski, es escéptico en cuanto a la existencia de un Derecho justo ("Billigkeitsrecht") construido sobre la base del § 242 BGB que deba abarcar todas las relaciones de Derecho privado. En contra de Littbarski y a favor de Haarmann se encuentra Müller (1981: 338), para este autor no resulta convincente la teoría de Littbarski en su rechazo a la doctrina de la "Geschäftsgrundlage" con fundamento en el principio "pacta sunt servanda", ya que como Köhler sostiene la doctrina de la "Geschäftsgrundlage" supone una reafirmación de tal principio. Además, no se puede negar que a pesar del BGB se ha impuesto la figura de la doctrina de la "Geschäftsgrundlage". Ello debe verse como un indicador de que dicha doctrina es necesaria, en particular en aquellos supuestos en los que existe un desequilibrio entre prestación y contraprestación, de manera que pese al tenor literal del contrato, se debe hacer prevalecer un mínimo de justicia contractual. No existe una sistematización en cuanto a los presupuestos para la aplicación de la figura, tampoco en cuanto a sus consecuencias, pero ello no se debería imputar a dicha doctrina, ya

Otros autores sostienen que en la mayoría de los casos de pérdida de la "Geschäftsgrundlage" de lo que se trata es de encontrar una solución para las lagunas que se presentan en el contrato. Entonces lo lógico sería recurrir a las normas sobre la interpretación contractual, porque la misma puede conducir a una corrección del contrato. Y cuando no se ha determinado otra cosa por parte de la voluntad negocial, entonces se debería acudir a las normas sobre el reparto de riesgos previstas en cada tipo contractual<sup>54</sup>.

Por otro lado, la jurisprudencia alemana ha adoptado el concepto de "Geschäftsgrundlage" según la definición de Oertmann como representaciones comunes a ambas partes o propias de una de ellas, pero conocidas por la otra y a la que no formula ninguna objeción, que se refieren a la existencia o la superveniencia de determinadas circunstancias que constituyen el fundamento de la voluntad negocial<sup>55</sup>.

---

que está más bien orientada a la justicia del caso concreto, y una sistematización exagerada sería contraproducente.

<sup>54</sup> Esta es la posición de Flume, 1979: 495 y ss. Para este autor, la doctrina de la "Geschäftsgrundlage", solamente sería de aplicación en casos excepcionales (catástrofes naturales o sociales). También en opinión de Ulmer (1974: 179 y ss.), la doctrina de la "Geschäftsgrundlage" resulta ser un medio para colmar lagunas contractuales. Su ámbito de actuación se presenta en todos aquellos casos en los que el contrato, las normas sobre tipos contractuales o las negociaciones excepcionales de las partes no ofrecen una norma para solucionar el conflicto de intereses que surge de la perturbación. La determinación de una laguna en el reparto de riesgos abre la posibilidad de una adaptación del contrato a las nuevas circunstancias. Tal y como él interpreta la doctrina de la "Geschäftsgrundlage" como medio para colmar lagunas contractuales, ello supone que no se produce vulneración alguna del principio "pacta sunt servanda". Por otro lado, según el autor (Ulmer, 1974: 201), el § 242 BGB es un precepto de gran importancia para decidir cómo se debe adaptar el contrato. El tema de la relación entre la "Geschäftsgrundlage" y la interpretación integradora se verá en otro lugar de este trabajo. En contra de la aplicación de la doctrina de la "Geschäftsgrundlage" también se encuentra Baur (1987: 138), según quien solamente en casos excepcionales se debe admitir la intervención del juez en el contrato de larga duración adaptando su contenido a las nuevas circunstancias. Esas situaciones excepcionales se dan cuando se produce una modificación grave e imprevisible de la relación, ya que si se trata de una situación previsible las partes deben prevenirse mediante la introducción de cláusulas contractuales.

<sup>55</sup> Por ejemplo, Zeitmann (1952, 270 y ss.) cita una sentencia del BGH de 15.6.1951 (NJW 1952, 836) en la que el tribunal hace referencia al concepto de "Geschäftsgrundlage" tal y como fue entendida por Oertmann: "die bei Abschluss des Geschäftes zutage getretene, auch dem Geschäftsgegner erkennbare Vorstellung des einen Vertragsteiles oder die gemeinsamen Vorstellungen beider Vertragsteile über das Vorhandensein oder den künftigen Eintritt oder den Fortbestand gewisser Umstände, auf denen der Geschäftswille sich aufbaut". Respecto a esta cuestión me remito a la exposición de algunas sentencias alemanas realizada en este trabajo.



En conclusión, y a pesar de la polémica, como se ha señalado anteriormente la doctrina de la "Geschäftsgrundlage" es una institución consolidada en el Derecho alemán pese a carecer, como tal, de regulación legal<sup>56</sup>.

#### 1.4. Requisitos para la aplicación de la doctrina de la "Geschäftsgrundlage".

Según la doctrina actual en Alemania los presupuestos para la aplicación de la doctrina de la "Geschäftsgrundlage" son los siguientes<sup>57</sup>:

Es necesario que se produzca un cambio de alguna una circunstancia que forma parte del contenido del negocio. Además, es preciso que no exista previsión expresa en el contrato acerca de la distribución de los riesgos y que no sea posible su determinación mediante la interpretación integradora del contrato o mediante la aplicación de las normas contractuales típicas. También se considera presupuesto para la aplicación de tal doctrina una perturbación del equilibrio de las prestaciones de entidad suficiente, siempre que la mayor onerosidad en el cumplimiento se considere inexigible. La prueba de la inexigibilidad lleva al juez a una valoración de los intereses implicados en cada contrato en particular.

La imprevisibilidad juega también un papel muy importante en la doctrina de la "Geschäftsgrundlage". Incluso algunos autores lo han considerado como un elemento del supuesto de hecho del criterio de la inexigibilidad ("Unzumutbarkeitskriterium"). Este requisito se cumple en todos aquellos casos en los que una persona razonable, dentro del ámbito negocial de que se trate, mediante el empleo de medios exigibles, no hubiera podido prever la posibilidad del desequilibrio contractual.

Asimismo, es preciso que el cambio de circunstancias no sea imputable a ninguna de las partes. Tampoco se aplica la doctrina de la "Geschäftsgrundlage" cuando una de las partes se encuentra en mora.

---

<sup>56</sup> En opinión de Jung (1995: 76), la doctrina moderna sobre la "Geschäftsgrundlage" es una mezcla de las soluciones de carácter psicológico y de carácter normativo, cuyo fundamento normativo se encuentra en el § 242 BGB.

<sup>57</sup> Cfr. Jung, 1995: 80 y ss.

Veremos a continuación como tales criterios son tenidos en cuenta por la jurisprudencia alemana a la hora de resolver los litigios relacionados con la pérdida de la base del negocio:

**a. Es necesario que se produzca un cambio de alguna una circunstancia que forma parte del contenido del negocio.**

Se entiende que se da esta circunstancia en el caso de la sentencia BGH de 23 marzo 1966<sup>58</sup> (JZ 1966, 409). Los cónyuges demandantes habían celebrado en mayo de 1960 un contrato con el demandado en cuya virtud adquirirían de éste casitas de madera ya construidas por un precio de 14000 DM. El demandado debía instalar dichas casitas en un determinado inmueble. En las negociaciones contractuales los demandantes habían expresado que querían construir su vivienda al aire libre y en un sitio bonito. En septiembre las autoridades administrativas denegaron la licencia para la construcción de tales viviendas. Los demandantes pensaron que con ello habían decaído sus obligaciones en cuanto a la aceptación de tales viviendas y podían exigir la restitución del dinero que habían entregado anticipadamente. Basaron su demanda en los §§ 323, 459 y ss, 346 BGB, ya que las viviendas construidas por los demandados no eran susceptibles de uso al no conceder las autoridades la pertinente autorización, así como en la pérdida de la "Geschäftsgrundlage". En opinión del demandado, esta obligación continuaba subsistente, además de que los demandantes lo único que tenían que hacer para vencer tales dificultades era encontrar el inmueble apropiado.

El LG llegó a la conclusión de que no existía un defecto de la casa en el sentido de los §§ 459 y ss. BGB, así como tampoco se podía aplicar el § 323 BGB, pues el demandado no había asumido la obligación de conseguir la construcción de las casitas en el inmueble apropiado. En consecuencia, los demandantes estaban obligados al pago del precio y a la aceptación de las casitas.

---

<sup>58</sup> Stötter, 1967: 147 y ss. También Dießelhorst, 1980: 153 y ss.

El OLG, instancia superior, entiende que se ha producido la pérdida de la "Geschäftsgrundlage" y los demandantes no están obligados al cumplimiento del contrato, ya que de haber tenido conocimiento preciso de la situación no hubiesen optado por su celebración.

El BGH valora las falsas representaciones de las partes en el momento de la conclusión del contrato no como un error común en los motivos, sino como expectativa errónea. En consecuencia, no se debe producir la liberación del deudor, sino la adaptación del contrato a las nuevas circunstancias. Según el BGH, se trata de un supuesto de representaciones comunes a ambas partes y en consecuencia, las partes deben compartir el riesgo derivado de la frustración de sus expectativas. La parte demandante asume el riesgo de que las autoridades no concedan autorización para la instalación de las casitas sobre el inmueble arrendado. El vendedor, por su parte, debe responder de que efectivamente las casitas van a poder instalarse (en el inmueble que sustituya al anterior)<sup>59</sup>.

También se estima una alteración de circunstancias que forman parte de la base del negocio en la sentencia OLG Oldenburg 23 julio 1991 (NJW 1992, 1461). Dichas circunstancias vienen representadas por las ayudas económicas concedidas por las partes a la hija y al yerno para construir la vivienda familiar, que se entienden realizadas bajo el presupuesto tácito de la subsistencia del matrimonio. Si con posterioridad los cónyuges se separan, los padres tienen derecho a recuperar del yerno la parte de ganancia obtenida por él según la doctrina de la "Geschäftsgrundlage". En este caso, el demandado estuvo casado con la hija de los demandantes desde 1977 hasta 1989. El matrimonio pensó construir una casa familiar y a tal fin compraron un inmueble. Los padres de la esposa transfirieron a la cuenta del matrimonio una cantidad de 60850 DM para ayudarles económicamente en la construcción de la vivienda familiar. A comienzos de febrero de 1988 los cónyuges se separaron. El LG desestimó la pretensión de restitución ejercitada por los padres. El OLG estimó el recurso interpuesto por los demandantes. En consecuencia, el demandado debía

---

<sup>59</sup> Stötter, 1967: 149. Este caso es, en opinión del comentarista, un ejemplo más de la inseguridad que rodea a la jurisprudencia a la hora de decidir si en un caso en concreto se puede hablar de pérdida de la base del negocio. Además hay que tener en cuenta otro factor de inseguridad cuál es el de determinar las consecuencias derivadas de la pérdida de la base del negocio.

restituir la cantidad de 30425 DM porque la vigencia del matrimonio constituía la base del negocio de la transmisión de dinero realizada por los padres.

Asimismo, el caso sometido a decisión de la OLG Karlsruhe y resuelto por sentencia de 15 mayo 1992 (NJW 1992, 3176) era el siguiente: Los demandados, una asociación musical, de deportes y festejos de una determinada localidad debía organizar los preparativos de la fiesta de carnaval. Para ello contrataron a un grupo de 5 músicos, que deberían encargarse de la actuación musical. Los honorarios de los músicos se calcularían en función de un tanto por cien del precio de entrada. No obstante, como consecuencia del estallido de la guerra del Golfo, las autoridades no autorizaron la cesión del local donde deberían llevarse a cabo las actuaciones. En consecuencia, los músicos demandan el pago de sus salarios porque parten de la idea de que la realización de las actuaciones, a pesar de la guerra del Golfo, todavía sigue siendo posible. Los demandados, no obstante, alegan no ser culpables de que las normas de orden público no hayan hecho posible la celebración de la fiesta.

En primera instancia se reconoce el derecho de los demandantes a obtener 12528 DM. El OLG acepta la apelación y sentencia que no procede la indemnización de daños con fundamento en la doctrina de la "Geschäftsgrundlage" porque la disponibilidad del local fue base del negocio para ambas partes contratantes. El riesgo afecta, pues, a ambas. Los demandados tenían tanto interés como los demandantes en que se llevase a cabo la actuación. Por tanto, es contrario a la buena fe obligar a los demandados a indemnizar<sup>60</sup>.

---

<sup>60</sup> Se estima asimismo la pérdida sobrevenida de la "Geschäftsgrundlage" en el caso de la BGH 25.10.1989 (NJW 1990, 314). Las partes habían celebrado un contrato de "leasing" que tenía por objeto una máquina que el arrendatario iba a emplear en su clínica dentista y que debía elegir de entre las que se encontraban en los almacenes de la sociedad X (vendedor). Después de la entrega del aparato se produjo la aceptación por el arrendatario, pero al mismo tiempo le comunicó al arrendador que la cosa adolecía de defectos que impedían su utilidad. Finalmente, el arrendatario resolvió el contrato de compraventa debido a los vicios que presentaba la cosa. A partir de entonces el arrendatario dejó de satisfacer los plazos fijados en el "leasing", en consecuencia, el arrendador financiero reclamó el pago de los no satisfechos hasta entonces así como los futuros, junto a los intereses de demora. El arrendatario alegó que se había producido una pérdida de la base del negocio al tener lugar la resolución de la compraventa. En este caso entiende el BGH que procede la aplicación de la mencionada doctrina, con lo que el arrendatario tiene derecho a que se le reintegren los plazos que ha satisfecho al arrendador según las normas del enriquecimiento injusto, sin que esa cantidad se deba

**b. Es preciso que no exista previsión expresa en el contrato acerca de la distribución de los riesgos y que no sea posible su determinación mediante la interpretación integradora del contrato o mediante la aplicación de las normas contractuales típicas.**

No se cumple con este requisito en la sentencia BGH 8 febrero 1978 (JZ 1978, 235) cuyos antecedentes de hecho son los siguientes: la ciudad demandante había celebrado con la empresa demandada un contrato de suministro de petróleo para calefacción, pactándose un precio fijo para el período comprendido entre el 1 de enero y el 31 diciembre 1973. Como consecuencia de la crisis del petróleo, a principios de diciembre de 1973 el precio del barril se incrementa en más de 600 DM.

En julio de 1973 el demandado exige a la demandante una adaptación del precio a las nuevas circunstancias, ya que su empresa se encontraba en una situación económica difícil. Ante la negativa del demandante de modificar el precio, en septiembre de 1973 la empresa suministradora comunicó al demandante su decisión de denunciar el contrato. En consecuencia, la ciudad ejercita demanda de indemnización de daños y perjuicios frente a la empresa suministradora. La demanda es estimada en todas las instancias.

El problema central del litigio es la aplicación de doctrina de la "Geschäftsgrundlage" que había sido invocada por el demandado para liberarse de responsabilidad.

La jurisprudencia ha venido desarrollando una serie de criterios que excluirían la aplicación de la doctrina de la "Geschäftsgrundlage" a pesar del cambio de circunstancias<sup>61</sup>. Por ejemplo, queda excluida la aplicación de la doctrina de la "Geschäftsgrundlage" cuando una de las partes ha asumido expresamente en el contrato el riesgo de la realidad. Esta asunción del riesgo está implícita en los contratos especulativos, así como en contratos de determinada naturaleza, por ejemplo, en el caso de la compraventa de cosa fungible, en ella el vendedor asume el

---

minorar como consecuencia del aprovechamiento que haya podido obtener el arrendatario del uso de la cosa, pues ya en el momento de la entrega declaró que no le era útil.

<sup>61</sup> Cfr. comentario realizado de la sentencia por Braun, 1979: 696.

riesgo de la obtención de la misma, a no ser que se haya asegurado expresamente frente a tal riesgo incluyendo una condición. También la jurisprudencia viene entendiendo que existe una asunción implícita del riesgo en el caso de prestaciones dinerarias y no solamente en el caso de que se haya estipulado un precio fijo. No obstante, respecto de las deudas dinerarias se contemplan excepciones para el supuesto de contratos de larga duración en los casos de inflación.

Por otro lado, tampoco sería posible invocar dicha doctrina en aquellos supuestos en los que el contrato ya ha sido ejecutado. Asimismo no podría invocar la aplicación de la doctrina de la "Geschäftsgrundlage" aquella de las partes que se encuentra en mora en el momento en el que se produce el cambio de las circunstancias.

En el caso de la sentencia comentada el BGH rechaza la aplicación de la doctrina de la "Geschäftsgrundlage". En primer lugar, por el acuerdo adoptado por las partes acerca del precio. La alteración de los precios no es una circunstancia imprevisible, por lo que el suministrador debería haber incluido una cláusula contractual para prevenirse de tal riesgo (previsibilidad). El otro aspecto analizado por la sentencia es que según el BGH el demandado debe responder de las pérdidas porque en vistas a la crisis debería haber incrementado sus reservas de petróleo (imputabilidad). Además, en cuanto vendedor de cosa fungible está obligado a desplegar un esfuerzo mayor en el cumplimiento.

Respecto de esta cuestión resulta interesante la sentencia BGH 29 noviembre 1996 (JZ, 1998, 143). En este caso, el 19.12.1980 concluyen las partes (dos hermanos) con sus padres un contrato documentado en escritura pública en cuya virtud, la hermana renuncia a su parte de la herencia a cambio de obtener un crédito para financiar la construcción de una vivienda. El valor de la renuncia al contrato era de 19000 DM.

Después de la muerte de los padres (24.2.1988), el hermano se convierte en heredero del negocio familiar (granja). En diciembre de 1994 éste enajena la mencionada granja. La demandante desea obtener información sobre las ganancias

obtenidas como consecuencia de la explotación de la granja. Piensa que el rechazo de la herencia no excluye posteriores pretensiones de mejora. La instancia anterior (OLG) admite la pretensión.

En opinión de la literatura y la jurisprudencia es indiscutido que un contrato de renuncia a la herencia excluye posteriores reclamaciones por parte del renunciante. El BGH no niega que el contrato celebrado por la parte demandante (la hermana) lleva aparejadas grandes dificultades para ella, pero no existe ninguna razón para la impugnación del contrato. Cuando la voluntad negocial ha sido emitida sin error y éste reside simplemente en consecuencias aparejadas a la conclusión del contrato no conocidas por éste, ello no da lugar a la impugnación del contrato por error según el § 119 BGB.

Lo normal en este supuesto es que la demandante asuma el riesgo de que el patrimonio del causante se incremente hasta el momento de apertura de la herencia. Queda excluida, pues, la impugnación por error como consecuencia de este riesgo. Si la demandante no ha sido suficientemente informada por el notario (§ 17 BeurKG) sobre las consecuencias jurídicas derivadas de su contrato de renuncia a la herencia es una cuestión diferente, y si éste fuese el caso podría exigir indemnización de daños y perjuicios causados por el notario (cuestión no debatida en el presente litigio).

En opinión del BGH, existe una cuestión jurídica que debería tenerse en cuenta que hasta ahora ha sido pasada por alto y es la posible adaptación del contenido del contrato a causa de la pérdida de la base del negocio. Detrás del contrato abstracto dispositivo del rechazo de la herencia existe un contrato causal de mejora (este contrato sería la causa del negocio dispositivo abstracto).

Obstáculos para la aplicación de esta teoría es que el riesgo de que la herencia aumente de valor deba asumirlo el renunciante. Otra dificultad a tener en cuenta es que las partes no puedan alcanzar el fin contractual, sin que se haya hecho formar parte del contrato dicha finalidad.

La demandante alegó que había renunciado a la herencia simplemente debido al deseo de sus padres de mantener el negocio familiar bajo la explotación de su hermano y de sus descendientes. Si esa era la base del negocio

("Geschäftsgrundlage") entonces se debe entender que ha desaparecido cuando después de 10 años el hermano ha enajenado la granja.

En este caso entiende el tribunal que la protección de uno de los herederos en perjuicio del otro tenía su sentido en el mantenimiento de la explotación familiar en manos del hermano. En consecuencia, estima la aplicación de la doctrina de la "Geschäftsgrundlage" que debe tener como consecuencia en el caso enjuiciado la participación de la demandante en las ganancias del hermano.

Esta sentencia ha sido objeto de comentario y como veremos, el profesor que la comenta llega a una conclusión distinta al BGH<sup>62</sup>. El riesgo de un contrato de mejora reside en que el renunciante desconoce cómo va a desarrollarse el patrimonio hasta la muerte del causante, es él quien debe soportar ese riesgo. En consecuencia, un error acerca de la situación inicial no puede legitimar a las partes a impugnar el contrato por error o bien, a apelar al error sobre la base del negocio, debido a su falta o a su cambio. Se trata simplemente de un error en los motivos. En consecuencia, el que en virtud de un contrato de mejora rechaza cualquier pretensión futura sobre la herencia no puede después exigir una participación en las ganancias ni del causante ni del adquirente del patrimonio rechazado.

Sin embargo, el BGH no ha excluido la posibilidad de adaptar el contrato a causa de la falta de la base negocial cuando simplemente se ha expresado que el rechazo a la herencia tuvo lugar para satisfacer el deseo de los padres de mantener el negocio en manos del hijo varón. En opinión del comentarista, solamente es posible la aplicación de la doctrina de la "Geschäftsgrundlage" cuando no existen otros mecanismos para resolver el litigio, por ejemplo la interpretación del contrato o la impugnación por error. No cabe duda de que en el presente caso se presenta una laguna. El fin de las partes es otorgar la explotación familiar al hijo, pero no existe previsión alguna acerca de qué es lo que debe pasar cuando éste venda el negocio para obtener su valor de mercado. En su opinión, sería más correcto realizar una interpretación de la voluntad de las partes: se trataría de determinar qué es lo que

---

<sup>62</sup> Kuchinke, 1988: 143 y ss.



hubiesen éstas regulado para el caso de que se hubiese previsto que el negocio fuese enajenado por el heredero.

En opinión del autor, en este caso la "Geschäftsgrundlage" subjetiva sería que el hermano se convirtiese en heredero, como el fin del negocio ha llegado a producirse, en nada cambia nada su posterior enajenación.

No obstante, se produce un cambio en el fin mediato (o fin en sentido amplio: determinada aplicación de la prestación), como es que el negocio quede en manos de la familia. Cuando se produce una frustración de este fin en sentido amplio, en opinión del autor, no se puede hablar de falta de la base negocial. El fin mediato o las simples expectativas no se pueden incluir dentro de la base negocial porque para que fuesen relevantes deberían haberse convertido en contenido del negocio bajo la forma de una condición de carácter suspensivo. De este modo quedaría garantizada la seguridad jurídica.

A diferencia de la sentencia BGH 23 marzo 1996 (referida a la compraventa de casitas de madera para instalarlas en un determinado inmueble), en la sentencia OLG Rostock 23 febrero 1995 (NJW 1995, 1104), se entiende que si se adquiere un inmueble en las afueras para construir casas de verano de acuerdo con el Plan urbanístico, no tiene lugar la aplicación de la doctrina de la "Geschäftsgrundlage" cuando con posterioridad resulta que esa finalidad no es posible debido a la nueva situación urbanística del inmueble. La situación litigiosa es la siguiente: los demandados habían comprado del demandante a finales de 1990 un inmueble en la zona del Mar del Norte donde pensaban construir viviendas para pasar las vacaciones. Los compradores eran conscientes de que aun no se había promulgado el plan de ordenación urbana de la zona. En 1994 se promulgó dicho plan prohibiendo la construcción sobre el inmueble adquirido por los demandantes. En consecuencia, los compradores interpusieron demanda solicitando la restitución del precio.

Dicha demanda es desestimada en primera instancia, interpuesto recurso de apelación, el OLG declara no haber lugar al mismo. En opinión del tribunal, la edificabilidad no es una característica del objeto del contrato en el sentido del § 459

BGB. Para que el vendedor garantice una determinada cualidad del inmueble es necesario una declaración expresa o tácita de aquél, incluida en el contrato, en la que se especifiquen cuáles son las consecuencias en el caso de que el objeto vendido carezca de esa cualidad. Si el vendedor simplemente declara que el terreno es edificable, ello no constituye garantía alguna. Además los compradores eran conscientes de que el inmueble no era edificable en el momento de la celebración del contrato. En todo caso, esa declaración del vendedor iría referida a la edificabilidad futura.

Resulta interesante el razonamiento de la sentencia en cuanto a cómo se debe repartir el riesgo de determinados acontecimientos entre las partes: en opinión del tribunal, no puede invocarse la aplicación de la doctrina de la "Geschäftsgrundlage" aquella de las partes que está obligada a soportar el riesgo. El reparto de los riesgos se puede efectuar según criterios extraídos de los distintos tipos contractuales del BGB, pero también pueden ser útiles los acuerdos expuestos o tácitos de las partes en el contrato en particular. En este caso, tratándose de un contrato de compraventa, de la regulación típica del BGB se deduce que es el comprador el que debe soportar el riesgo de no poder emplear el objeto comprado al fin previsto. Si el objeto del contrato es un inmueble sobre el que se pretende construir, puesto que el contrato incluye un elemento de inseguridad, las posibles perturbaciones de la base negocial son previsibles, en consecuencia, es una carga del posible afectado prevenirse de tal riesgo incluyendo una cláusula en el contrato.

En el caso enjuiciado no se podría aplicar la doctrina de la "Geschäftsgrundlage" porque los compradores asumen el riesgo de la edificabilidad futura. Para prevenirse de tal riesgo podrían haber incluido una cláusula resolutoria. Tampoco existe responsabilidad del vendedor por "culpa in contrahendo", esta responsabilidad solamente sería posible en el caso de que el vendedor hubiese dado informaciones falsas a los compradores acerca de la edificabilidad del inmueble. Lo que no se produce en este caso<sup>63</sup>.

---

<sup>63</sup> No se estima la aplicación de la doctrina de la "Geschäftsgrundlage" en la sentencia BGH 27 septiembre 1991 (NJW 1992, 182): las partes litigantes habían celebrado en fecha 16-7-1987 un contrato de compraventa que tenía por objeto un inmueble. En una de las cláusulas del contrato se fijaba que el fin del contrato era la permuta del inmueble con otro del señor K., ya que de este modo se

La sentencia BGH 26 septiembre 1997 (NJW 1998, 589) resuelve la situación litigiosa surgida como consecuencia del contrato de compraventa celebrado entre una autoridad pública y una empresa en cuya virtud la primera adquiría de la segunda unos terrenos para construir un "parking" al servicio de la empresa del vendedor. Transcurridos dos años y medio desde la compra se produjo un cierre de la empresa vendedora. En consecuencia, el comprador ejercita demanda solicitando la resolución de la compraventa. El LG estima la demanda. El OLG desestima el recurso, lo mismo que el BGH.

En opinión del BGH, el comprador soporta el riesgo de que se frustre el fin del contrato de compraventa, ya que según el tribunal no existe lugar para la aplicación de la doctrina de la "Geschäftsgrundlage" cuando el que la invoca es quien debe soportar el riesgo, como sucede en el caso enjuiciado. A ello nada obsta (como alega la recurrente) que la adquisición se hiciera para un fin público y que hubiera podido alcanzarlo igualmente mediante expropiación.

**c. Debe existir una ruptura del equilibrio de las prestaciones de entidad suficiente, siempre que la mayor onerosidad en el cumplimiento se considere inexigible. La prueba de la inexigibilidad lleva al juez a una valoración de los intereses implicados en cada contrato en particular.**

Se entiende que no se ha producido una ruptura de la equivalencia entre las prestaciones en la sentencia BGH 31 mayo 1990 (NJW 1991, 1478). Una discográfica

---

conseguiría una mejor protección frente a las aguas pluviales, así como frente a la inmisión de nitrato en el manantial de agua del inmueble. Con posterioridad a la celebración del contrato se frustró el fin para el que los adquirentes pensaban destinar el inmueble porque las autoridades administrativas no concedieron el permiso pertinente. Tanto el LG como el OLG desestimaron la pretensión del demandante del pago del precio, ya que se había producido una pérdida de la base del negocio al no poder aplicar el comprador el inmueble al fin previsto. El BGH estima el recurso de casación interpuesto. En su opinión, la simple circunstancia de que se fije en el contrato el fin al que pensaba dedicar el bien el comprador no significa que el vendedor deba asumir el riesgo de la irrealizabilidad de dicho fin, puesto que en el contrato no se contenía previsión expresa para el caso de que dicho fin no pudiera cumplirse. De las circunstancias tampoco se desprende que el vendedor se dejase atribuir tal riesgo. La frustración del fin no era imprevisible en el momento de la celebración del contrato, en consecuencia, los adquirentes deberían haber incluido en el contrato un remedio para prevenirse de tal riesgo.

pretende comprar los derechos para la representación de una ópera del compositor fallecido en 1949, R. Strauss. Sin embargo, duda de si el demandado, representante de la "Bayerischen Staatsoper" en Munich, tiene legitimación para la representación de la misma (la razón de esa discusión es la elevada suma que ésta exige para comprar los derechos). El demandado aporta como prueba un contrato celebrado entre la autoridad competente en aquella época y el propio compositor celebrado en fecha 18./29. 1. 1906. En él se contiene un porcentaje del 6% de lo obtenido en cada representación. Con ese porcentaje se ha estado contando hasta entonces.

El demandante ejercita demanda con la pretensión de que se declare que el demandado no está legitimado para la representación de la ópera (el contrato de 1906 no le legitima para ello), subsidiariamente que se declare que el demandado está legitimado para la representación de la obra solamente si satisface una cantidad adecuada según las normas sobre cesión de derechos de autor, así como demás gastos necesarios para la representación de la obra (gastos de escenario, cantantes, etc). El LG desestima la demanda, el OLG la acepta. El BGH declara haber lugar a la revisión solicitada por el demandado. El argumento del tribunal *a quo* es que desde 1906 hasta la fecha se ha producido un cambio importante de la situación económica, lo que provoca una ruptura de la equivalencia de las prestaciones que legitima al demandante a denunciar el contrato. El sistema de financiación para la representación de la ópera ha cambiado con respecto a aquella época, antes los ingresos se obtenían principalmente de la compra de tickets, ahora lo obtenido en taquilla no es la principal fuente de financiación (por ejemplo, se obtienen subvenciones). El tribunal de instancia reconoce que en los contratos de larga duración que no contienen cláusulas de adaptación, sólo de modo excepcional es posible una modificación de la remuneración acordada, en concreto en aquellos casos en los que el equilibrio de las prestaciones se ve de tal forma perturbado que se supere el riesgo normal vinculado a tal contrato, frustrándose los intereses de la parte perjudicada. En opinión del BGH, el remedio de la doctrina de la "Geschäftsgrundlage" solamente podría aceptarse en el caso en que el contrato tuviese para la parte perjudicada consecuencias irreconciliables con la equidad. En concreto, en el caso enjuiciado se debe ver si la remuneración que resulta del contrato y la que es normal en los tiempos presentes

facultaría para la modificación del contrato de acuerdo con lo anteriormente expuesto. Es un dato a tener en cuenta que el contrato de 1906 contenía una limitación temporal, se debía aplicar durante la vigencia del reinado de Babiera, sin embargo, el contrato había seguido rigiendo las relaciones entre las partes hasta 1974, sin que se formulara ninguna objeción, lo que indica que al menos tácitamente el demandado asumía las condiciones del contrato. En consecuencia, no procede su revisión y tampoco el remedio más grave de la resolución del contrato. Reitera el BGH que en los contratos de larga duración la aplicación de la doctrina de la "Geschäftsgrundlage" tiene como consecuencia preferente la adaptación antes que la resolución del contrato. Además de que no existe en este caso una ruptura de la relación de equivalencia que faculte para la aplicación de tal doctrina.

Por el contrario tal ruptura sí que tiene lugar en el caso de la sentencia LG Berlin 27 agosto 1993 (NJW 1994, 807) se puede resumir del modo siguiente: los demandados habían adquirido acciones de la sociedad demandante, cuyo precio se había fijado en atención a la decisión adoptada anteriormente por la sociedad de llevar a cabo un incremento del capital social. Como dicho incremento de capital no llegó a producirse debido a que devino ineficaz por defectos formales, los demandados alegaron que no estaban obligados a pagar el precio de compra. La demanda fue estimada parcialmente. En opinión del tribunal, se debe proceder a una adaptación del contrato de acuerdo con la doctrina de la "Geschäftsgrundlage" que tiene su fundamento legal en el § 242 BGB, para restablecer el equilibrio patrimonial. Esa relación de equivalencia se había construido teniendo en cuenta el incremento del capital social, como ello ya no es posible, se debe reducir el precio de la acción a 50 DM, ya que a ese precio habían adquirido los demandantes las acciones del único accionista de la sociedad. En consecuencia, el precio se debe reducir de 184 DM a 50 DM, como consecuencia de la pérdida de la "Geschäftsgrundlage".

d. El cambio de circunstancias debe ser imprevisible: este requisito se cumple en todos aquellos casos en los que una persona razonable, dentro del ámbito negocial

de que se trate, mediante el empleo de medios exigibles, hubiera podido prever la posibilidad del desequilibrio contractual.

En el caso de la sentencia BGH de 11 marzo 1982 (JuS 1984, 758) las partes litigantes habían celebrado en 1975 un contrato en virtud del que la parte demandante se comprometía a instalar una máquina en un matadero del demandado que se estaba construyendo en Irán. La máquina fue entregada en 1977, no obstante, no se pudo instalar debido a la difícil situación política del país en aquellos momentos. En el precio global fijado se incluía el precio del montaje. El demandado (una entidad crediticia) paga la parte relativa al transporte y entrega de la máquina, pero no el precio del montaje. Las instancias anteriores desestiman la pretensión del demandante. El BGH declara haber lugar al recurso interpuesto.

Al contrario de las anteriores instancias judiciales, el BGH entiende que el demandante se ha liberado de su obligación según el § 275 I BGB (que establece la liberación del deudor en el caso de imposibilidad sobrevenida de la prestación), ya que la prohibición de las autoridades de proseguir la construcción de la granja constituye un supuesto de imposibilidad jurídica equivalente a la imposibilidad física.

En cuanto a la pretensión del demandante de que la entidad crediticia le satisfaga el importe completo de la obra, se barajan por el BGH como posibles remedios los contenidos en los §§ 323 y siguientes (que se refieren a la imposibilidad sobrevenida en los contratos sinalagmáticos), junto a los §§ 644, 645 BGB (preceptos relativos al contrato de obra), en tanto que se den los presupuestos para ello.

En principio, es el contratista el que asume el riesgo de acuerdo con el § 644 I BGB (hasta la aceptación de la obra), de modo que debe responder no solamente en los casos de una pérdida sobrevenida de la obra, sino también cuando ésta deviene impracticable. Por otro lado, el § 645 I BGB contempla la posibilidad del contratista de obtener la indemnización correspondiente a una parte proporcional del precio y de la ganancia esperada cuando la pérdida de la obra se deba a razones de las que el comitente deba responder (defectos de calidad de los materiales aportados por el comitente, indicaciones incorrectas dadas por éste). La solución que adopta el BGH

es la siguiente: puesto que el demandado (en cuanto entidad crediticia a la que el mandante iraní había encargado el pago- crédito documentario) posee una mayor experiencia como empresa que desarrolla su actividad en el ámbito internacional, sería aceptable que la imposibilidad recayese dentro de su esfera de riesgo, aplicándose el § 324 BGB (según éste, en un contrato bilateral, cuando la prestación que corresponde efectuar deviene imposible debido a una circunstancia de la que la otra parte debe responder, sigue teniendo derecho a obtener la contraprestación). En consecuencia, el demandante tendría derecho a obtener la prestación que le corresponde (pago de la totalidad del precio estipulado).

La aplicación del § 645 I BGB se rechaza en este caso porque la impracticabilidad del montaje no era debida ni a la persona del demandado ni a una razón que estuviese en su mano, sino simplemente fue provocada por las circunstancias políticas de Irán. En consecuencia, en opinión del tribunal, se debe determinar quién de los dos, el demandante o el demandado, debe soportar el riesgo de que se produzca una frustración del contrato de obra estipulado. En este sentido, se basa el BGH en la gran experiencia del demandado en el tráfico internacional, especialmente en Irán, así como que éste se encontraba en una relación directa con el mandante iraní y que por tanto, debía contar con el peligro de que se viese impedida la realización de la prestación. Además, el tribunal alega que mediante el crédito documentario el demandado se encontraba en cierto modo protegido, ya que había recibido la totalidad del valor de la prestación ya ejecutada por el demandante.

Kronke, que comenta la sentencia, sugiere la aplicación de la doctrina de la "Geschäftsgrundlage" al supuesto litigioso. En su opinión, esta solución hubiera sido mucho más clarificadora, porque no hubiera sido necesario ajustarse a los estrechos márgenes de las reglas sobre la lesión del crédito y dada la mayor flexibilidad de esta doctrina, se hubiera podido encontrar una solución más justa<sup>64</sup>. En su opinión, se debe entender por "Geschäftsgrundlage" aquellas circunstancias presupuestas por al menos una de las partes contractuales, que para ella son de tal relevancia que de haber conocido la verdadera situación no hubiese celebrado el contrato, o no con ese contenido. Estas circunstancias deben haber sido conocidas por la otra parte o al

menos deben ser cognoscibles. Este elemento de la cognoscibilidad se deduce mediante la interpretación de cómo han realizado las partes el reparto de riesgos en el contrato. Por ejemplo, el precio fijado puede ser significativo en ese sentido.

En el caso enjuiciado, el cambio de la situación política de Irán afecta a la base del negocio, pudiendo interpretarse como un caso típico de falta de equivalencia de las prestaciones (pérdida de ganancia) o de frustración del fin del negocio (la correcta realización de la prestación por parte del contratista ya no lleva aparejada ninguna ventaja económica para el comitente como consecuencia del cambio de circunstancias). Ahora bien, si el cambio de circunstancias hubiera sido previsible, no hubiese tenido ningún efecto sobre el contrato, puesto que las partes podrían haber tomado medidas para protegerse de tales dificultades. Cuando los cambios políticos pudieron preverse por las partes- como ha apreciado el BGH en el caso del demandado- podrían haberse tomado medidas protectoras (por ejemplo, contratando un seguro).

Sin embargo, existe una corriente doctrinal contraria a la doctrina de la "Geschäftsgrundlage" entendiéndola innecesaria, porque se puede llegar a una solución analizando el reparto de riesgos en el contrato, y subsidiariamente acudiendo a las normas sobre imposibilidad en el BGB, así como la regulación de los contratos típicos. Dentro de esta corriente se encuentra la sentencia comentada que se sirve de una serie de criterios para el reparto de los riesgos extraídos de las normas sobre el contrato de obra, así como del § 324 BGB: por un lado, es un factor determinante el de la previsibilidad del cambio de circunstancias, por otro lado, la proximidad de las partes a la fuente de peligro. La finalidad es encontrar quién sea el que mejor deba soportar el riesgo para cargarle con las consecuencias derivadas del mismo. En este caso se entiende que es el demandado, ya que se encontraba en relación con el mandante iraní y aprovechó esta relación para asegurarse el valor completo de su prestación.

---

<sup>64</sup> Kronke, 1984: 758 y ss.



También relacionada con la situación política de Irán es la sentencia BGH de 8 febrero 1984 (JuS 1986, 272). En este caso el demandante era una empresa cervecera alemana, el demandado una empresa de importación de cerveza iraní. En 1977 el demandante compró una determinada partida de cerveza por un precio global de 184320 DM. Del reparto resultó que un 40 % de la mercancía estaba deteriorada (ello constituía una parte del precio de 73728 DM). Las partes celebraron el siguiente negocio de fijación<sup>65</sup>: el demandado debería pagar al demandante de inmediato 20000 DM así como otra cuantía similar en un momento posterior. Además el demandado debería fijar un precio especial para el demandante hasta el 31.5.1980. Ese precio especial lo valora el tribunal en una ventaja para el demandante de 54000 DM. En total las ventajas para el demandante se valoraban en 94000 DM, mientras que para el demandado sus ganancias se obtendrían de la cerveza que vendiese en el futuro. El demandado pagó 20000 DM, mientras que los posteriores negocios entre las partes se vieron impedidos como consecuencia de la revolución en Irán y de la prohibición de consumo de alcohol resultante de ésta.

El demandante exige de B una cantidad de 53728 DM (40% de la cantidad satisfecha, menos los 20000 DM obtenidos). El LG estima la demanda. El OLG condena al pago de 37000 DM y rechaza en lo restante la demanda. El BGH declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto.

El BGH rechaza la aplicación del § 779 BGB al presente caso porque en su opinión, este precepto se refiere al estado de cosas existente en el momento de conclusión del contrato y no a los acontecimientos futuros. Añade que el negocio de fijación celebrado entre las partes debe valorarse de acuerdo con el § 242 BGB. El tribunal aplica a este caso la doctrina de la "Geschäftsgrundlage" tal y como fue descrita por Oertmann (como representación común a ambas partes o solamente de

---

<sup>65</sup> "Vergleich": en el Derecho alemán es un contrato bilateral en cuya virtud las partes pretenden evitar una futura contienda así como una posible situación de incertidumbre. En la práctica es frecuente que ocurra lo siguiente: el que ha causado un daño a otro paga los daños ya producidos, mientras que el dañado declara encontrarse satisfecho, incluso también para los daños futuros que todavía no han llegado a producirse. El § 779 BGB regula el posible error de las partes acerca de la situación existente en el momento de celebrar el contrato. En este caso, el contrato es nulo y no se precisa su impugnación. Este precepto recoge una proyección de la doctrina de la "Geschäftsgrundlage": cuando el supuesto de hecho tenido en cuenta por las partes no se corresponde con la realidad o cuando la

una de ellas reconocible por la otra y a la que ésta no formula objeción, y sobre la que se construye la voluntad negocial). El tribunal entiende por "Geschäftsgrundlage" en el presente caso la esperanza común a ambas partes de que van a ser posibles en el futuro nuevas negociaciones entre ellas. Aunque es riesgo del comprador que no pueda aplicar la cosa al fin previsto por ella en el momento de contratar, el BGH entiende que esta máxima no es aplicable al presente caso porque no se trata de un contrato de compraventa, sino de un negocio en cuya virtud el demandado quiere indemnizar al demandante por los daños que se le han ocasionado como consecuencia del deterioro de las mercancías.

En cuanto a las consecuencias jurídicas, los daños que se han ocasionado como consecuencia de este cambio de circunstancias deben soportarse por igual, es decir, el demandado debe pagar al demandante la mitad de la cuantía estipulada en el negocio de fijación ("Vergleich"), 10000 DM así como 27000 DM, la mitad de la cantidad que iba a ahorrarse debido al trato de favor en el precio estipulado. Por el contrario, los 20000 DM que ya han sido pagados no se deben restituir, porque el "Vergleich" refleja la misma situación que debería ser compensada. El demandante tiene unas pérdidas valoradas en 37000 DM, pero se ha ahorrado gastos y riesgos. El demandado se ha ahorrado 37000 DM, pero ha perdido su negocio.

En opinión de Wieling<sup>66</sup>, que comenta esta sentencia, el supuesto enjuiciado se incluye en las llamadas catástrofes sociales como ámbito de aplicación de la doctrina de la "Geschäftsgrundlage". Sin embargo, en este caso debería excluirse la aplicación de tal doctrina porque existe previsión expresa en el BGB, se trata del § 779 BGB, ya que ambas estaban en un error acerca del supuesto fáctico que en realidad no se dio, este error residía en la posibilidad de futuras negociaciones entre ellas. No obstante, el BGH no aplica el § 779 BGB porque de acuerdo con este precepto, el supuesto de hecho al que se refieren las partes debe ser actual y no futuro. Sin embargo, el § 779 BGB habla de supuesto fáctico, pero no expresa si este debe ser contemporáneo a la celebración del contrato o futuro. Probablemente el tribunal trataba de evitar la rigurosidad que conllevaría la aplicación del § 779 BGB, la ineficacia del contrato. La

---

situación litigiosa o de incertidumbre no hubiese tenido lugar si se hubiese valorado correctamente el supuesto de hecho existente en el momento de contratar.

doctrina de la "Geschäftsgrundlage" permite al tribunal una mayor flexibilidad en la determinación de las consecuencias jurídicas (hemos visto que el tribunal adopta una solución salomónica en cuanto al reparto de las pérdidas).

Por otro lado nada se dice acerca de la imprevisibilidad de la situación. Parece como si el tribunal tuviese la impresión de que en el presente caso hay algo que no está en orden y en consecuencia, decide repartir las pérdidas por igual entre ambas partes. En cuanto a esa partición que efectúa, la fundamenta en que el demandante se ha ahorrado gastos y en que el demandado ha perdido oportunidades de ganancia.

Desde la perspectiva del análisis económico del Derecho, Brockmeyer<sup>67</sup> propone que en este caso el importador iraní podría considerarse como un "superior risk bearer" en la medida en que podía valorar mejor la situación económica, social y cultural del Irán mejor que la empresa cervecera alemana.

No se considera imprevisible el cambio de circunstancias en la BGH 11 marzo 1993 (NJW 1993, 880): el tribunal de instancia había constatado que el demandante tenía derecho la entrega de la serie sobre la vida de Hemingway en su versión de ocho horas, al ser ésta la versión original. Lo que se discute es que las partes fijaron sus recíprocos derechos y deberes de acuerdo con una serie que duraba seis horas. Sin embargo, las partes no acordaron en el contrato cuántas partes debería tener la serie ni cuántas horas debe durar. En opinión de la demandada, una serie de ocho horas supone unos costes de producción mayores, por lo que se debe proceder a una adaptación del contrato a la nueva base del negocio. En opinión del BGH, esta adaptación no procede. El rechazo de la aplicación de la doctrina se debe a dos factores, por un lado no se produce un desequilibrio exorbitante entre las prestaciones, que coloque a la parte perjudicada en una situación insoportable. Por otro lado, no se da el requisito de la imprevisibilidad. El desequilibrio de las prestaciones en este caso surge por la decisión única del demandado, no influida por el demandante, de producir una serie de ocho horas en vez de seis. Si hubiera querido prevenirse frente a dicho riesgo debería haber incluido una cláusula en el contrato.

---

<sup>66</sup> Wieling, 1986: 272 y ss.

**e. El cambio de circunstancias no debe ser imputable a ninguna de las partes.**

En el caso de la sentencia de la KG Berlin de 21 enero 1997 (NJW 1998, 663) las partes litigantes habían celebrado un contrato de compraventa de un inmueble sobre el que se pretendía construir. El LG Berlín dicta sentencia ordenando la restitución del precio de compra al adquirente a cambio de que éste le retransmitiese el inmueble (el adquirente ya había transmitido el inmueble por un valor de 550 000 DM). El fundamento jurídico de la resolución recaía en que se había producido pérdida de la base del negocio por cuanto que había sido determinante para la celebración del contrato la seguridad ofrecida por el vendedor acerca de la aptitud del inmueble para ser edificado, cuando dicha aptitud no era tal. El KG Berlin admite asimismo la aplicación de la doctrina de la *Geschäftsgrundlage*, pero con un fundamento distinto que el LG. En opinión del KG Berlin, es cierto que el comprador asume el riesgo de no poder emplear la cosa comprada al fin que tenía previsto, ello aunque el vendedor tuviese conocimiento de este fin, a no ser que las partes hayan previsto otra cosa expresamente en el contrato. En este sentido, el simple hecho de que el precio acordado se acerque al precio del solar para construir no implica que el vendedor garantice la edificabilidad del inmueble. Sin embargo, en este caso en concreto el demandado-vendedor ha invertido el reparto de los riesgos, ya que informó de modo falso a las autoridades acerca del destino del inmueble, lo que provocó que finalmente no se pudiera construir sobre él. De este modo, su conducta vulnera la buena fe cuando para neutralizar la aplicación al caso de la doctrina de la "*Geschäftsgrundlage*" apela al reparto de riesgos por él provocado. El BGH no estimó la revisión de la mencionada sentencia.

Luego en este caso, el criterio decisivo es el de la imputación del cambio de circunstancias a la parte que pretende escapar del riesgo (en este caso es al revés, la parte a la que se le puede imputar el cambio de circunstancias no es la que invoca la

---

<sup>67</sup> Brockmeyer, 1993: 149 y ss.

aplicación de la doctrina de la "Geschäftsgrundlage", sino la que se defiende de su aplicación).

### 1.5. Consecuencias jurídicas derivadas de la aplicación de la doctrina de la "Geschäftsgrundlage".

En cuanto a las consecuencias jurídicas, hay que distinguir entre la adaptación del contrato a las nuevas circunstancias y la resolución del mismo. La primera solución es posible en los supuestos de ruptura del equilibrio de las prestaciones, pero no en los casos de frustración del fin del contrato. En éstos sería mejor proceder a resolver el contrato. La adaptación del contrato debe producirse acercándose a la regla contractual original según un criterio de carácter objetivo. Para ello es preciso llevar a cabo una interpretación integradora del contrato<sup>68</sup>.

La importancia de la institución de la "Geschäftsgrundlage" en Alemania es tal que la Comisión de reforma del Derecho de obligaciones ha incorporado en la propuesta de reforma un párrafo destinado a la regulación de tal institución desarrollada por la doctrina y por la jurisprudencia. Se trata del § 306 I según el que: si las circunstancias que forman parte de la base del negocio cambian considerablemente después de la celebración del contrato, de manera que las partes,

---

<sup>68</sup> Schmidt-Rimpler, 1955: 30. En su opinión, como en la mayoría de los casos de la pérdida de la "Geschäftsgrundlage" se trata de un supuesto de laguna contractual, en este sentido, es posible pensar en una corrección del contrato. Si ello no fuese posible, la solución sería la resolución del contrato antes que la impugnación por error, esta solución está en coherencia con las normas del contrato de compraventa que concede un derecho de resolución en los casos de vicios del objeto vendido. En cuanto a las consecuencias jurídicas, Chiotellis (1981: 178) entiende que son distintas en los casos en que la inexigibilidad se presente como especialmente grave o no. En el primer caso debe procederse a la resolución del contrato, en el otro a su adaptación a las nuevas circunstancias. En opinión de Fikentscher (1971: 107), en los casos en que se produzca un cambio en la base del negocio que haga inexigible el cumplimiento se debe llevar a cabo una adaptación ("Anpassung"). La diferencia de la tesis de este autor con la de otras teorías anteriores es que éstas tenían en cuenta para la adaptación el § 242 BGB relativo a la buena fe, mientras que el autor propone una solución en la redistribución de los riesgos. Sobre las consecuencias jurídicas, cfr. asimismo Häsemeyer, 1980: 83.

En la jurisprudencia analizada, se procede a la modificación del contrato, entre otras, en las siguientes sentencias BGH de 23 marzo 1966 (JZ 1966, 409), BGH de 8 febrero 1984 (JuS 1986, 272), BGH 29 noviembre 1996 (JZ, 1998, 143), OLG Karlsruhe 15 mayo 1992 (NJW 1992, 3176) y LG Berlin 27 agosto 1993 (NJW 1994, 807). Por otro lado, estiman procedente la resolución las sentencias BGH 25 octubre 1989 (NJW 1990, 314), KG Berlin de 21 enero 1997 (NJW 1998, 663) y OLG Oldenburg 23 julio 1991 (NJW 1992, 1461).

de haber tenido conocimiento de ese cambio no hubiesen celebrado el contrato o no con ese contenido, se puede demandar una adaptación del contrato, en tanto que no se le pueda exigir a una de las partes la sujeción al contrato inicial. El juicio de exigibilidad se debe realizar en función de todas las circunstancias que rodean el caso, asimismo, se habrá de tener en cuenta cómo se ha efectuado el reparto de los riesgos en el contrato o en la ley.

Fue debatida la cuestión de si se debía incluir en el ámbito de la institución de la "Geschäftsgrundlage" la falta inicial de la base del negocio. Finalmente se respondió afirmativamente a esta cuestión mediante la inclusión de un párrafo 2º en la propuesta de reforma, según el cual, se debe equiparar a la hipótesis anterior los supuestos de falsa representación de la realidad en el momento de celebrarse el contrato. Dentro de esa base del negocio inicial se comprenden las representaciones comunes en los motivos de las partes, así como aquellos supuestos en los que solamente una de las partes se representa erróneamente la realidad, mientras que la otra parte ha soportado dicho error (sin que él mismo valore erróneamente la realidad). La forma de llevar a cabo la adaptación la deja la comisión en manos de la jurisprudencia. En los casos extremos la pérdida de la "Geschäftsgrundlage" puede conducir a la resolución del contrato, así se recoge en el párrafo 3º del § 306 de la propuesta de reforma<sup>69</sup>.

## **2. La "eccessiva onerosità sopravvenuta" en Derecho italiano.**

### 2.1. Antecedentes y fundamento.

En cuanto a la doctrina italiana referente a estas cuestiones, en un primer momento, debido a la influencia de la doctrina francesa; el tema de la presuposición no cobró demasiada fuerza en Italia. Como se ha visto, los franceses limitaban el problema al error en la sustancia de la cosa y en la causa. No obstante, la institución

---

<sup>69</sup> Sobre esta cuestión cfr. Rolland (1993), [www.cnr.it/CRDCS/b\\_rolland.htm](http://www.cnr.it/CRDCS/b_rolland.htm). y Medicus, 1992: 2378 y ss.

de la “presupposizione” va teniendo una mayor importancia cuando la doctrina alemana va siendo más influyente. La introducción de dicha doctrina se produce a través de la jurisprudencia en la época de vigencia del primer Código civil y toma como punto de referencia exclusivamente el pensamiento de Windscheid<sup>70</sup>.

De este modo, la doctrina italiana del primer decenio del siglo XX reconoce la posibilidad de resolver el problema de la relevancia de los presupuestos en el plano de la voluntad con un procedimiento tendente a reconstruir el alcance real del contrato<sup>71</sup>. Resulta muy importante en este tema la aportación de Osti. A él se debe el concepto de voluntad marginal (“volontà marginale”). Para el autor, los efectos de la superveniencia de determinadas circunstancias sobre el contrato no es un problema de interpretación de la voluntad contractual en la medida en que las partes no han pensado en absoluto preventivamente en esas circunstancias sobrevenidas<sup>72</sup>. En este punto se aparta, pues, de la teoría de Windscheid. En su opinión, la teoría de Windscheid no cuadra con el sistema contractual típico que es el sistema de derecho justinianeo, ya que transforma sin ninguna justificación aparente la presuposición en condición cuando se trata de explicar la diversa eficacia jurídica del propósito ulterior del negocio bilateral y en general, de cualquier negocio causal<sup>73</sup>. A este equívoco contribuye la ambigüedad del adjetivo “wirklich” (efectivo) que es de hecho una noción lógica y una noción práctica. Querer efectivo es el mínimo de contenido voluntario requerido por un sistema jurídico para atribuir a un acto de voluntad la cualidad y el alcance de negocio jurídico; querer real es el máximo de contenido

---

<sup>70</sup> D'Angelo, 1992: 197.

<sup>71</sup> Scognamiglio, 1992: 207.

<sup>72</sup> Osti, 1913: 498. Según Bianca (1994: 387), la tesis de Osti supone un intento de superar la ficción de la cláusula “rebus sic stantibus”. La excesiva onerosidad sobrevenida se admitía bajo la vigencia del Código civil de 1865 pese a la falta de previsión normativa. Para los contratos de ejecución diferida se entendía vigente la cláusula implícita “rebus sic stantibus” que subordinaba el cumplimiento al mantenimiento del equilibrio contractual originario. Tal cláusula se consideraba expresión de una tácita voluntad de las partes o de un principio legal de equidad, así como de respeto del sinalagma funcional. Era aceptada la idea según la que la mencionada cláusula era expresión de la voluntad implícita de las partes, aunque tal referencia constituía una ficción, puesto que normalmente las partes contratantes no se representan una serie de circunstancias que podrían incidir sobre el contrato. En este sentido, Osti pretende superar esta ficción, ya que para él, el objeto de la voluntad inexpressada de las partes (marginal) es la consecución de una utilidad económica conectada a la relación de valor entre las prestaciones. Tal voluntad no está relacionada con los motivos internos de las partes, sino con el significado objetivo del contrato y por tanto, con el evento que perturba la economía de la relación que legitimaría a las partes para el ejercicio de la resolución.

<sup>73</sup> Osti, 1913: 647 y ss.

voluntario influyente de la perfecta y definitiva eficacia de un negocio. Quitando el primero el negocio no existe. El jurista debe efectuar un juicio de valoración en el sentido de establecer hasta qué punto la voluntad del sujeto particular debe hallar reconocimiento y tutela. En particular, habrá que ver cuándo tal voluntad puede reaccionar frente un negocio válidamente constituido, privándole de efectos.

En su opinión, la presuposición es relevante solamente si forma parte del contenido contractual<sup>74</sup>. De este modo, el problema se traslada del jurista al juez que es quien debe determinar cuál es en cada caso la voluntad marginal del contrato. No toda voluntad marginal de cada contratante singular puede formar parte del acuerdo bilateral, del consenso. Esa voluntad marginal se refiere básicamente a la utilidad económica que pretende obtener cada una de las partes de la prestación del otro<sup>75</sup>. De este modo, la relevancia de la “sopravvenienza” debe reconducirse, en el plano normativo, a todas aquellas disposiciones que afirmen el principio por el que el contrato obliga solamente hasta el punto en que las partes hayan querido que el contrato tenga eficacia vinculante.

Las representaciones de un contratante en particular para que constituyan el substrato de lo que Osti llama “voluntad marginal del contrato” deben ponerse en relación necesariamente mediante un imprescindible nexo lógico y psicológico con la voluntad declarada en el acto obligatorio, de modo que la concreta realidad de la prestación, individualizada en el contrato, hubiera sido igualmente representada por cualquier persona que se encontrara en la posición y en el ambiente económico propio del contratante en cuestión.

En este sentido, la “sopravvenienza” supone una disconformidad entre la realidad y las representaciones de las partes, lo que implica asimismo, una disminución de la utilidad o un endurecimiento del sacrificio en relación al previsto. Dicha “sopravvenienza” debe ser imprevisible, no solamente para aquel de los contratantes que ha formado su voluntad en atención a unas representaciones distintas de la realidad, sino también para el otro contratante, porque solamente en este caso tal declaración tiene un sentido objetivo para ambos.

---

<sup>74</sup> Osti, 1913: 657.

<sup>75</sup> Osti, 1913: 688 y ss.



Con esta exigencia se descarta cualquier relevancia de representaciones subjetivas de uno solo de los contrayentes de acuerdo con la máxima, compartida por el autor, de la irrelevancia de los motivos.

Al evento imprevisible debe equipararse el evento del pasado no reconocible como actual y no previsible como futuro. Una “sopravvenienza” genéricamente previsible, así como referida a representaciones meramente subjetivas de las partes pueden cobrar relevancia cuando dependa de modo exclusivo de una violación de una obligación contractual de la contraparte o de una actividad de esta última de infracción de la norma de rectitud económica.

En cuanto a quién sea el legitimado para hacer valer los efectos de la “sopravvenienza” entiende Osti que la legitimación corresponde a aquella de las partes que sufre una desventaja como consecuencia de la misma, ya que sólo ella podrá legítimamente afirmar que su propia voluntad marginal no puede realizarse mediante los efectos del contrato.

Por lo que toca a los efectos de la “sopravvenienza”, no tendrá como consecuencia *ipso iure* la resolución del contrato, sino que para ello será necesario un acto de voluntad del sujeto interesado. Para determinar cuándo es posible resolver el contrato en una situación de excesiva onerosidad existen dos interpretaciones posibles, una primera no sólo se fija en la excesiva onerosidad de la propia prestación, sino también en la de la contraprestación; según la segunda sólo es aplicable cuando se incrementa la dificultad en el cumplimiento, pero no cuando se produce la devaluación de la contraprestación. En opinión de Osti, la primera solución parece más adecuada para evitar que el promitente se encuentre constreñido a efectuar su prestación a coste invariado teniendo derecho a una contraprestación devaluada.

Cuando la “sopravvenienza” es posterior a la ejecución del contrato, puede hacerse valer por uno o por otro de los contratantes. Si una de las partes ya ha cumplido con su prestación podrá exigir su restitución, bien en especie, o bien, por el equivalente económico, excepto en todo caso la resolución *ex nunc* del contrato con prestaciones periódicas.

En conclusión, el control de la equivalencia de las prestaciones después de producirse la “sopravvenienza” no se confía a un criterio objetivo, deducido de valoraciones de naturaleza ética o socioeconómica, sino más bien se atiende a la común intención de las partes contratantes, la cual se había formado en relación a un determinado estado de hecho. Frente a Windscheid, Osti distingue entre el querer efectivo y el querer real. El autor italiano considera que no es necesario para resolver el contrato que la “sopravvenienza” sea imprevisible, pero en este caso, es necesario que exista por la otra parte un incumplimiento contractual, o una conducta que viole la rectitud económica.

Sin embargo, la tesis de Osti sobre la “sopravvenienza” no fue acogida como tal por el Código civil italiano de 1942. En este cuerpo legal, en los arts. 1467 y ss. se contiene la regulación de la llamada “*eccessiva onerosità sopravvenuta*”. De acuerdo con el art. 1467 CC it, en los contratos de tracto sucesivo o de ejecución diferida, si la prestación de una de las partes ha devenido excesivamente onerosa como consecuencia de acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, la parte que debe realizar tal prestación puede exigir la resolución del contrato con los efectos establecidos en el art. 1458. La resolución no puede exigirse si la excesiva onerosidad sobrevinida entra dentro del alea normal del contrato. La contraparte puede evitar la resolución ofreciendo una modificación equitativa de las prestaciones.

En cuanto al fundamento jurídico de dicho precepto se han sostenido opiniones variadas al respecto: la norma se ha visto expresión de la doctrina de la “*presupposizione*”, de la cláusula “*rebus sic stantibus*”, de la causa del contrato, etc.

La doctrina y la jurisprudencia italianas habían venido entendiendo que el término “excesiva onerosidad” incluía también la relevancia de la “*presupposizione*” considerando esta última como situación de hecho, o de derecho, común a ambas partes contratantes tenida en cuenta por ellas a los fines de existencia y permanencia del vínculo contractual, sin que se identifique con el objeto de una obligación específica y cuya realización o desaparición es independiente de la voluntad de las partes. No obstante, en la actualidad la doctrina mayoritaria considera el art. 1467 CC it no como expresión del principio de la “*presupposizione*” en sentido propio, ya que este precepto subordina el mantenimiento del vínculo contractual a la permanencia de

presupuestos objetivos generales, mientras que la “presupposizione” subordina la eficacia del contrato a la persistencia de presupuestos subjetivos específicos<sup>76</sup>.

En relación con la afirmación según la que la norma del art. 1467 CC it ha codificado la cláusula “rebus sic stantibus” entiende Giorgianni que es cierto que la sobrevenida desproporción entre el valor de las prestaciones es el supuesto de hecho de la cláusula “rebus sic stantibus”, sin embargo, no quiere decir que ambas instituciones sean totalmente idénticas, ya que el art. 1467 CC it no sería aplicable a determinadas hipótesis a las que sí que sería de aplicación la cláusula “rebus sic stantibus”, como la sobrevenida inutilidad de la prestación para uno de los contratantes<sup>77</sup>.

Por otro lado, se ha señalado que la finalidad de esta norma es evitar que el reglamento negocial despliegue efectos jurídicos cuando acontecimientos extraordinarios e imprevisibles han alterado profundamente la causa, integrada por la relación de intercambio de las prestaciones<sup>78</sup>. Sin embargo, según Terranova<sup>79</sup>, puesto

---

<sup>76</sup> En relación con este tema vid. Terranova, 1995: 31 y ss.; Philippe, 1986: 443; Cian et Trabucchi, 1992: 1082; Bianca, 1994: 389; Pino, 1959: 151 y ss. Según Gavidia (1987: 562), si bien al principio esta norma se consideró el fundamento jurídico de la doctrina de la “presupposizione”, a partir de los años cincuenta se puede apreciar un cambio en la orientación de la jurisprudencia italiana, que procede a una aplicación más estricta de las normas sobre excesiva onerosidad sobrevenida, dejando ya de considerarlas como manifestación de la relevancia de la presuposición en el ordenamiento jurídico italiano. Desde entonces, la presuposición queda relegada a la irrelevancia de los motivos, dando mayor relevancia a la seguridad del tráfico. A favor del abandono de esta fórmula se encuentra también Bessone (1975: 82) para quien cualquier intento de describir la institución sin apartarse de la tradicional simplificación del problema como una cuestión de voluntad no hubiera podido garantizar la seguridad del tráfico contractual. En opinión de Alpa, Bessone, Roppo (1982: 389-391), los casos de “error de previsión”, pérdida de la “base del negocio” o de relevancia de la “presuposición”, constituyen materia de riesgo y daño comprendidos dentro del alea normal del contrato que, por expresa disposición de la ley, debe superarse para que pueda operar la resolución en el sentido del art. 1467 CC it, ya que esta norma no es susceptible de interpretaciones extensivas. Gentile (1983: 1737 y ss.) también se muestra contrario a la tendencia jurisprudencial de considerar la “presupposizione” dentro del ámbito de aplicación del art. 1467 CC it. En su opinión, el legislador con esta norma no ha pretendido tener en cuenta la voluntad de las partes contratantes, en la que encuentra su fundamento la teoría de la presuposición. Por el contrario, el legislador ha querido valorar el hecho de que exista un desequilibrio sobrevenido entre las prestaciones, limitando dicho remedio a los contratos con prestaciones de ejecución periódica, continuada o diferida, ya que sólo con el transcurso del tiempo pueden verificarse las circunstancias que perturban la economía del contrato.

<sup>77</sup> Vid. Giorgianni, 1988: 118. Además en opinión de Pino (1959: 145), un argumento más para negar el fundamento de la cláusula “rebus sic stantibus” es que para ello debería seguirse la tesis hoy superada, según la que los contratos de ejecución periódica se renuevan de prestación en prestación, existiendo un total de tantos contratos cuántas son las épocas en que se repiten las prestaciones en el transcurso del tiempo.

<sup>78</sup> En este sentido, según Gavidia (1987: 563), existen autores para los que “la norma contenida en el art. 1467 podría ser vista, no como una norma excepcional sino, mejor, como expresión de un principio

que la excesiva onerosidad se evidencia en un momento sucesivo a la celebración del contrato, de vicio funcional de la causa podría hablarse solamente mediante una alteración inadmisibles de su propia fisonomía, incluyendo datos relativos a la realización del contrato y no ya a su génesis. No obstante, la causa en cuanto elemento del contrato, se aprecia en su existencia y en su realizabilidad, no en su concreta realización.

Es mayoritaria la tesis según la que la *ratio iuris* de la excesiva onerosidad hay que buscarla en la exigencia de colaboración entre las partes en orden a la distribución del riesgo contractual, con esta norma el legislador pretende una justa y normal distribución del mismo teniendo en cuenta la entidad de la variación y la previsibilidad de la misma. Las referencias doctrinales al principio de conservación del equilibrio sinalagmático y de una distribución justa del riesgo contractual son expresión de lo dicho, en el sentido de evitar al deudor de la prestación que ha devenido excesivamente onerosa el agravio económico hasta el límite de la normalidad, es decir, se trata de salvaguardar al deudor contra el riesgo de un aumento excepcional del valor de la prestación derivado de condiciones anormales de mercado, así como de riesgos extraordinarios que ningún cálculo racional le hubiese permitido prevenir<sup>80</sup>.

En consecuencia, la normativa del Código civil italiano en materia de excesiva onerosidad sobrevenida representa una reacción normativa frente a la no realización del resultado contractual programado en el sentido de fin económico deducido del contrato, es decir, supone un medio de reacción del ordenamiento jurídico frente a la

---

más general". Este principio más general permitiría la resolución de los contratos sinalagmáticos por destrucción del sinalagma funcional. Cfr. asimismo Philippe, 1986: 412. Señala este autor que son muchos los autores que consideran la causa como el fundamento de la "eccessiva onerosità sopravvenuta". Según estos autores la causa no agota su papel en el momento de la celebración del contrato, sino que desempeña efectos durante toda la vida del mismo.

<sup>79</sup> Terranova, 1995: 35 y ss. En opinión de Bianca (1994: 389), la norma supone una reacción frente a la alteración del sinalagma funcional, sin embargo, la excesiva onerosidad sobrevenida no incide sobre la causa concreta del contrato.

<sup>80</sup> Cfr. Bianca, 1994: 390; Tartaglia, 1983: 54; Scognamiglio, 1992: 249; Gallo, 1994: 235-236. En opinión de Trabucchi (1978: 706), con análogo fundamento de equidad, para asegurar la justicia en la relación entre las prestaciones se encuentra el remedio de la rescisión. Ahora bien, si la rescisión *ultra dimidium* sirve para los casos de desequilibrios económicos más graves en el momento de la celebración del contrato, el remedio de la resolución por excesiva onerosidad sobrevenida se trataría de un supuesto de *laessio superveniens*, ya que pretende respetar la sustancia del equilibrio tal y como fue determinado, y por tanto, querido inicialmente por las partes.

inidoneidad del contrato para conseguir una finalidad determinada. Por otro lado, puede afirmarse que la entidad del fin económico programado forma parte del mismo contenido del contrato, concurriendo como tal a determinar la fisonomía del objeto.

## 2.2. Concepto.

La excesiva onerosidad sobrevenida se podría definir como el efecto representado por un sacrificio económico que sobre el contrato producen determinados acontecimientos que transcurren entre el momento de celebración del mismo y su ejecución, que una de las partes, con la diligencia debida no hubiese podido prever (el acontecimiento en cuestión, su gravedad o su duración). Dichos acontecimientos provocan que la prestación a cargo de una de las partes devenga mucho más costosa o al revés, que se deprecie notablemente la prestación debida por la contraparte. En este último caso, de la comparación con la contraprestación que se ha visto depreciada emerge la excesiva onerosidad de la prestación, cuyo coste o cuyo precio permanece inmutado<sup>81</sup>.

La norma sobre la excesiva onerosidad sobrevenida sanciona un principio general de tutela del deudor frente al riesgo de un excepcional e imprevisible endurecimiento de su prestación. En los contratos a título oneroso tal agravamiento consiste en la desproporción sobrevenida entre el valor de las prestaciones, de modo que una prestación no puede ser suficientemente remunerada por la otra<sup>82</sup>. Por otro lado, en los contratos a título gratuito tal agravamiento consiste en la desproporción sobrevenida entre el valor originario de la prestación y su valor sucesivo, ya que en los contratos a título gratuito también se advierte la exigencia de que el alea de la parte obligada se mantenga dentro de los límites de la normalidad. Por tanto, si acontecimientos extraordinarios e imprevisibles agravan de forma desproporcionada el sacrificio económico del deudor, queda justificado el remedio que consiste en la

---

<sup>81</sup> Carresi, 1987: 837. En este mismo sentido Cian et Trabucchi, 1992: 1188; Bianca, 1994: 391; Gambino, 1960: 439; Tartaglia, 1983: 55; Sacco, 1982: 541; Giorgianni, 1988: 117. Para este último, excesiva onerosidad sobrevenida significa, en definitiva, mayor sacrificio económico que debe soportar una de las partes contratantes.

<sup>82</sup> Bianca, 1994: 385.

reducción equitativa de la prestación debida (según prevé el art. 1468 CC it). En cuanto a los contratos a título oneroso, pero con prestaciones no recíprocas (por ejemplo, contratos societarios), la excesiva onerosidad sobrevenida consiste en la desproporción excepcional entre el sacrificio económico de la parte gravada y la ventaja obtenida del contrato<sup>83</sup>.

En la doctrina italiana se ha señalado la conveniencia de distinguir las nociones de imposibilidad y excesiva onerosidad sobrevenida, ya que se trata de instituciones conceptualmente distintas y operativas sobre planos diversos: para apreciar imposibilidad se deben tener en cuenta elementos de juicio de tipo cualitativo tendentes a la verificación de la posibilidad de la prestación, mientras que la excesiva onerosidad sobrevenida toma referentes de orden exclusivamente cuantitativo para la determinación del grado de dificultad de la prestación. No obstante, el legislador italiano es consciente de la proximidad existente entre ambas figuras al colocarlas en el mismo capítulo del Código civil<sup>84</sup>.

En opinión de Bianca, puede darse imposibilidad sobrevenida cuando se exige un sacrificio desproporcionado al deudor, pero siempre que se trate de un sacrificio que supere el esfuerzo diligente debido (en cuanto anormal respecto al resultado debido). Por ejemplo, una huelga del personal marítimo hace imposible el transporte de carbón, en sentido abstracto la mercancía también podría transportarse por avión, sin embargo, en este caso, el coste económico de la prestación superaría el límite del normal esfuerzo diligente. Por otro lado, si se incrementa notablemente el transporte de mercancías por mar, la prestación puede devenir excesivamente onerosa, pero no imposible, porque su coste entra dentro del ámbito de sacrificio normalmente adecuado a tales fines<sup>85</sup>.

Por otro lado, según Bessone, también la superveniencia de circunstancias imprevisibles puede dar lugar a la resolución del contrato si de una valoración de la

---

<sup>83</sup> Cfr. Bianca, 1994: 391; Trimarchi, 1986: 387; Gallo, 1994: 239; Tartaglia, 1983: 27. En opinión de Boselli (1957: 332), tanto la resolución por incumplimiento como la resolución por imposibilidad sobrevenida son instrumentos elaborados por el legislador para la tutela del sinalagma funcional en la fase de ejecución del contrato. La resolución por excesiva onerosidad sobrevenida se incluye dentro de las normas del Código Civil dedicadas a la resolución del contrato, dicha institución opera en el campo de los considerados defectos de ejecución, pero con ella se trata de resolver un problema diferente.

<sup>84</sup> Terranova, 1995: 115 y ss. y Tartaglia, 1983: 20-22.

economía del negocio según la buena fe se deduce que la prestación ha devenido inexigible, es decir, que no pueda exigirse sin incurrir en abuso de derecho. En este sentido, la inexigibilidad de la prestación tiene un perfil diverso a la exoneración de responsabilidad por imposibilidad sobrevenida, que no atiende a una alteración de la economía contractual, sino a la enorme desproporción del sacrificio económico respecto al resultado debido<sup>86</sup>.

### 2.3. Ámbito de aplicación.

La institución de la excesiva onerosidad sobrevenida se aplica tanto a los contratos bilaterales como a los unilaterales. En este último caso, para determinar si la prestación ha devenido excesivamente onerosa se debe contrastar el valor del bien o el coste del servicio en el momento de la ejecución con el valor que tenían en el momento de la celebración del contrato. Cuando esa diferencia sea notable, la parte obligada podrá exigir una modificación de la obligación a su cargo, según establece el art. 1468 CC it<sup>87</sup>. Si dicha modificación no es posible (por ejemplo, porque se trata de una obligación indivisible no susceptible de reducción), la excesiva onerosidad sobrevenida opera del mismo modo que la imposibilidad sobrevenida de la prestación, es decir, como causa de extinción del contrato.

---

<sup>85</sup> Bianca, 1994: 386.

<sup>86</sup> Bessone, 1975: 398. Por otro lado, Perillo (1996), (cfr. [www.cnr.it/CRDCS/b\\_perillo.htm](http://www.cnr.it/CRDCS/b_perillo.htm)) realiza un análisis comparativo entre el concepto de "hardship" en el tráfico internacional con el de "eccessiva onerosità sopravvenuta" en el Derecho italiano. En este sentido, el sistema legal italiano, como muchos otros, diferencia entre el concepto de "eccessiva onerosità sopravvenuta" y de imposibilidad (a diferencia de lo que sucede en los países del common law). Mientras que el remedio de la imposibilidad constituye una excusa para el no cumplimiento, el remedio para los supuestos de "eccessiva onerosità sopravvenuta" es la resolución del contrato o la modificación equitativa del mismo. Esta modificación se conoce en la literatura inglesa con el término de "adaptation" "reformation of the contract". También se puede ver una comparación entre estas dos figuras en Terranova (1995: 149), para quien la función de la cláusula "hardship" es la de activar, en presencia de cambios significativos de las circunstancias (aunque previsibles, con tal de que no hayan sido provocadas por quien las invoca) que inciden de manera relevante sobre el acto contractual, un mecanismo de revisión del contrato inicialmente programado, desde un punto de vista de colaboración entre las partes para salvaguardar la economía del contrato. En este sentido, la "hardship" se asemeja a una cláusula "rebus sic stantibus" explícita. Ambas son fórmulas tendentes al mantenimiento del contrato, si bien la primera concreta un modelo más conforme con la economía del negocio y de los efectivos intereses de las partes.

La razón del distinto tratamiento de la excesiva onerosidad sobrevenida en los contratos bilaterales y en los contratos unilaterales reside en que en los segundos la contraparte de quien ejercita la resolución no está obligada a evitarla ofreciendo a la otra una reducción de la prestación debida o una modificación de la modalidad de ejecución del contrato suficiente para reconducirla a la equidad<sup>87</sup>.

Respecto de los contratos aleatorios no es aplicable el remedio de la excesiva onerosidad sobrevenida por previsión expresa del art. 1469 CC it. La aleatoriedad del contrato puede derivar de la voluntad de las partes o de su naturaleza. En estos contratos se pone a cargo de una de las partes el riesgo de una desproporción entre las prestaciones. Sin embargo, a los contratos aleatorios sí que sería aplicable el remedio de la excesiva onerosidad sobrevenida si la misma quedase fuera del ámbito de riesgo asumido por una de las partes. Por ejemplo, el comprador adquiere la cosecha futura de un fundo por un precio global, sin atender por tanto, a la mayor o menor cantidad de los frutos. En tal caso, el precio se habrá de pagar aunque el mismo sea excesivo porque la cosecha se ha visto reducida como consecuencia de excepcionales adversidades metereológicas. Sin embargo, el comprador podría invocar la excesiva onerosidad sobrevenida si la falta de cosecha es debida a la pérdida del fundo, cubierto por lava volcánica<sup>89</sup>.

Por otro lado, en cuanto a los contratos bilaterales en los que una de las prestaciones ha sido enteramente cumplida por una de las partes contratantes, existe discusión en la doctrina italiana acerca de si es posible la resolución por excesiva onerosidad sobrevenida según el art. 1467 CC it o si por el contrario, se habría de aplicar el art. 1468 CC it a la prestación que resta por cumplir como si de un contrato unilateral se tratara<sup>90</sup>.

---

<sup>87</sup> Según esta norma, la parte deudora puede reclamar una reducción de la prestación a su cargo o una modificación de la modalidad de ejecución suficiente para reconducirla a la equidad.

<sup>88</sup> Vid. Carresi, 1987: 840; Bianca, 1994: 396. Para Gallo (1994: 236), la razón del distinto tratamiento entre contratos con prestaciones a cargo de ambas partes y contratos con prestaciones a cargo de una sola de ellas se explica el siguiente modo: en el caso de contratos unilaterales si fuese posible la resolución del contrato, la disolución del vínculo se traduciría en ventajas para el obligado sin que la contraparte pudiese obtener la correspondiente utilidad.

<sup>89</sup> Cfr. Bianca, 1994: 402.

<sup>90</sup> Carresi (1987: 841) se muestra contrario a la tesis según la que, cuando un contrato con prestaciones recíprocas ha sido enteramente cumplido por una de las partes y la prestación debida por la otra parte haya devenido excesivamente onerosa, se debe aplicar la norma del art. 1468 y no del art. 1467 CC it.



#### 2.4. Presupuestos para la aplicación del art. 1467 CC it.

Para la aplicación del art. 1467 CC it es necesario que el obligado pruebe que los eventos extraordinarios e imprevisibles han alterado el equilibrio contractual exigiendo un sacrificio económico superior al alea normal del contrato. Para ello se tiene en cuenta un criterio de valoración de tipo objetivo, es decir, es preciso que se produzca una agravación cuantitativamente importante del coste de la prestación en el momento de la ejecución del contrato que exceda de la previsible alteración de valor en el momento su celebración, atendiendo al tipo contractual de que se trate, a las fluctuaciones ordinarias del mercado o al riesgo convencionalmente asumido mediante la previsión de cláusulas específicas<sup>91</sup>. Como la ley, a diferencia de lo que sucede con la rescisión, no ha incluido la fijación de un límite dentro del que la

---

Con esta interpretación la parte que ha recibido la prestación no podría demandar la resolución del contrato con fundamento en la excesiva onerosidad sobrevenida. En su opinión, ésta podría resolverse con la obligación de restituir a la otra parte la prestación que haya obtenido y si ello no es posible, de pagar el equivalente económico. En contra de la tesis de Carresi se encuentra Sacco (1982: 536-537), para quien se habría de aplicar el art. 1468 CC it en estos casos. Comparten esta opinión Trimarchi, 1986: 385 y Gallo, 1994: 234 y ss. Según este último autor, el legislador italiano ha contemplado, en general, la posibilidad de pedir la resolución del contrato por excesiva onerosidad sobrevenida y ha previsto un cierto número de casos en los que es posible obtener la revisión del precio. Es posible que una de las partes decida cumplir el contrato no obstante la excesiva onerosidad, en este caso, parece justo conceder a esa parte la posibilidad de obtener en vía judicial la revisión del valor de la contraprestación. El remedio extremo de la resolución del contrato no parece demasiado ajustado cuando una de las prestaciones haya sido totalmente cumplida. En casos de este tipo parece más conveniente la revisión del contrato.

<sup>91</sup> Cfr. Terranova, 1995: 127; Cian et Trabucchi, 1992: 1190; Gallo (1994: 239-240). En opinión del último de los autores citados, se ha dicho que el contrato es un instrumento para la realización de un justo equilibrio entre las prestaciones, cuando este equilibrio falta, en el sentido de que el valor de una prestación supera a la de la otra, existiría excesiva onerosidad sobrevenida. Sin embargo, no siempre los individuos celebran contratos racionales y eficientes desde un punto de vista económico. También es criticable la tesis defendida por la doctrina italiana según la que la excesiva onerosidad sobrevenida se basaría en una ruptura del equilibrio sinalagmático de las prestaciones. Aparentemente esta explicación parece satisfactoria, en particular, sirve para explicar la cuestión de la devaluación de la contraprestación. Sin embargo, en estos casos la jurisprudencia descarta el remedio de la excesiva onerosidad sobrevenida. En un sistema de libertad contractual las partes son libres de regular como mejor consideren sus relaciones económicas, con el límite de la lesión enorme (art. 1448 CC it). En realidad, la excesiva onerosidad sobrevenida debería valorarse de modo objetivo, teniendo en cuenta la mayor carga que comportaría la ejecución del acuerdo con respecto a como se había concluido (en analogía con lo previsto en el art. 1468 CC it). Tal interpretación estaría confirmada por la tendencia jurisprudencial que niega relevancia a la devaluación de la contraprestación.

desproporción deba considerarse excesiva, el establecimiento de este límite debe remitirse, en el caso de desacuerdo entre las partes, al prudente arbitrio judicial<sup>92</sup>.

En cuanto al criterio de la previsibilidad del evento debe medirse en función de la capacidad de previsión del contratante medio. Por otro lado, viene referida a la situación existente en el momento de contratar, así como a la situación de mercado en la que el contrato, en particular, se inserta. Son, por lo tanto, previsibles aquellos eventos que con un esfuerzo objetivamente ordinario cualquier contratante en su misma posición podría prever según las circunstancias concretas en las que se celebró el contrato en cuestión<sup>93</sup>.

Existe discusión en la doctrina italiana acerca de si la devaluación monetaria podría considerarse un evento imprevisible a efectos de la resolución por excesiva onerosidad sobrevenida. Para algunos autores la devaluación monetaria podría dar lugar a la resolución siempre que ésta se manifieste repentinamente y sea grave<sup>94</sup>. En este sentido, en el art. 1467 CC it cuando exige los requisitos antes mencionados, ha querido hacer referencia a un concepto concreto, en relación con las representaciones de los contratantes en el momento de la celebración del contrato. Así, durante la

---

<sup>92</sup> Carresi, 1987: 842,

<sup>93</sup> Terranova, 1995: 131. Por otro lado, según Carresi (1987: 842), la fórmula legal no debe interpretarse extensivamente, de manera que comprenda cualquier acontecimiento. En su opinión, no se incluirían aquellos acontecimientos que las partes contratantes hubiesen podido razonablemente prever o incluso si hubieran podido prever la incidencia o la duración que tal acontecimiento tendría sobre la prestación debida o que se debía a su contraparte. Entienden Cian et Trabucchi (1992: 1190) que dichos requisitos deben valorarse objetivamente, con referencia al hombre medio y a la naturaleza del negocio y las condiciones del mercado. En opinión de Pino (1959: 99), es difícil admitir que el ordenamiento se haya referido a esas características absolutas, prescindiendo del contrato en concreto. Si, por ejemplo, la característica de lo extraordinario se entendiese en sentido absoluto, todo evento, extraño al curso normal, debería considerarse siempre extraordinario. Sin embargo, las partes pueden considerar como ordinario un evento que tiene la consideración de extraordinario. Lo mismo sucede respecto del requisito de la imprevisibilidad. En consecuencia, según el autor citado, en el caso de que en el contrato no se contenga disposición expresa se debe realizar una interpretación típica-objetiva, a fin de establecer si, en relación con la función económica y social y con las circunstancias concomitantes, se han considerado normales determinadas fluctuaciones de la prestación. Sobre esta cuestión, vid. asimismo Tartaglia, 1983: 45-48; Boselli, 1957: 335-336.

<sup>94</sup> Bianca, 1994: 396. En su opinión, la extraordinariedad comporta la máxima imprevisibilidad del evento, salvo que las circunstancias particulares hagan aparecer como probable su acontecer. Para juzgarlo como previsible no basta la abstracta posibilidad de que acontezca. Según Gallo (1994: 238), en los tiempos actuales, la devaluación monetaria podría dar lugar a la resolución del contrato. No obstante, las fluctuaciones previsibles del valor de la moneda entran dentro del alea normal del contrato. Si el proceso de inflación se daba ya en el momento de la conclusión del contrato, puede procederse a la resolución solamente si la devaluación tenía el carácter de imprevisible. Un tratamiento más en profundidad de este tema se puede ver en Inzitari, 1983: 95 y ss.

guerra, la devaluación monetaria no podría considerarse previsible, y por lo tanto, menos aún la enorme magnitud que adquirió. Ahora bien, en el momento en que la devaluación monetaria se manifestó, sería discutible si no podría considerarse previsible su rápida agravación<sup>95</sup>.

Además, el remedio de la excesiva onerosidad sobrevenida es aplicable en aquellos supuestos en los que se impone al obligado un sacrificio económico que excede del alea normal del contrato. Por lo tanto, el requisito del alea normal del contrato contribuye a la delimitación del riesgo que las partes deben asumir (por su voluntad o por la misma naturaleza del negocio jurídico) en el momento de la celebración del contrato excluyendo la aplicación del remedio de la excesiva onerosidad de la prestación<sup>96</sup>.

### 2.5. Efectos derivados de la excesiva onerosidad sobrevenida.

Si se dan todos los presupuestos para la aplicación del art. 1467 CC italiano, la parte obligada al cumplimiento puede acudir al juez demandando la resolución del

---

<sup>95</sup> Vid. Giorgianni, 1988: 116.

<sup>96</sup> Según Cian et Trabucchi (1992: 1190), por alea normal debe entenderse aquel riesgo (no previsible ni expresamente asumido) que el contrato comporta a causa de su peculiaridad, riesgo al que cualquiera de las partes implícitamente se somete. El alea normal comprende también el riesgo anexo al fenómeno de la alteración monetaria. Asimismo, el alea normal va referida al tipo contractual. En opinión de Bianca (1994: 403-404), respecto de la fijación del alea normal se debe tener en cuenta la autonomía privada, que puede convertir en aleatorio el contrato y al revés, exonerar a una parte también en el caso de alea normal del contrato. Además, las partes pueden incluir en el contrato determinadas cláusulas para prevenirse de determinados riesgos. Estas cláusulas excluyen el remedio de la excesiva onerosidad sobrevenida en cuanto que aquellas sirven para evitar el desequilibrio contractual entre las prestaciones. Pero si resultan inidóneas, la parte gravada sí que podría exigir la resolución. También es posible que las normas de los contratos típicos regulen particularmente riesgos conexos a la ejecución de la relación. Por ejemplo, en el contrato de obra (art. 1664-1) los incrementos del coste de los materiales y de la mano de obra debidos a circunstancias imprevisibles son de cargo del contratista hasta el 10% y a cargo del comitente en lo que exceda. Según el art. 1664-2, esta previsión concierne a las hipótesis en las que la prestación haya devenido notablemente más gravosa por causas naturales no previstas por las partes. En este caso el contratista tiene derecho a una justa compensación. Otras normas que hacen frente a la excesiva onerosidad sobrevenida en el Derecho italiano dentro de los diversos contratos típicos son por ejemplo, el art. 1623 según el que, si como consecuencia de una disposición legal o de una intervención administrativa la relación contractual resulta notablemente modificada, se puede exigir un aumento o una disminución del canon arrendaticio, o según las circunstancias, una resolución del contrato. Sobre este tema vid. asimismo Tartaglia, 1983: 63; Trimarchi, 1986: 387; Gambino, 1960: 447; Pino, 1959: 88; Terranova, 1995: 153 y ss. y D'Angelo, 1992: 292 y ss.

contrato devenido excesivamente oneroso. Ahora bien, para que se estime la resolución es necesario que el deudor afectado por la excesiva onerosidad sobrevenida no haya incumplido previamente o que no se encuentre en mora.

En consecuencia, el derecho de reacción frente a un contrato devenido excesivamente oneroso adopta *ex lege* la forma de derecho de resolución y no de una causa de extinción de la obligación, de modo semejante a la imposibilidad de la prestación (art. 1256 CC it), ni como excepción frente a la exigencia de cumplimiento, de modo semejante a la *exceptio non adimpleti contractus*<sup>97</sup>.

Este poder de ejercitar la resolución no es un ejemplo de poder atribuido a una de las partes de desvincularse del contrato válidamente celebrado y plenamente eficaz, sino que debe ejercitarse judicialmente y si se estima la demanda de resolución por el juez el contrato se ve privado de efectos *ex tunc*. La sentencia que se dicte tiene carácter constitutivo<sup>98</sup>.

Es un tema discutido si la resolución del contrato puede solicitarse también en vía de excepción. En contra de esta posibilidad se ha dicho que podrían llegarse a resultados injustos, ya que en el ordenamiento jurídico italiano la excesiva onerosidad sobrevenida, a diferencia de la imposibilidad, no conduce automáticamente a la resolución del contrato, con la consecuencia de que el juez, si estima la excepción, deberá limitarse a desestimar la demanda sin poder resolver el contrato. De este modo, si el actor ya ha cumplido su prestación, le queda vedada toda posibilidad de obtener la restitución<sup>99</sup>.

Por otro lado, en cuanto a las consecuencias jurídicas de la excesiva onerosidad sobrevenida, el art. 1467 CC it establece que la contraparte puede evitar la resolución ofreciendo una modificación equitativa de las prestaciones.

Esta modificación del contrato según la equidad se trata de un poder de la contraparte que está en consonancia con el principio de conservación del contrato. En opinión de Bianca, la contraparte no propone una modificación del contrato, pero lo

---

<sup>97</sup> Terranova, 1995: 216. Sobre los efectos de la excesiva onerosidad sobrevenida, vid. Boselli, 1957: 336 y ss.

<sup>98</sup> Carresi, 1987: 843.

<sup>99</sup> A favor, Bianca, 1994: 398. En contra, Gallo, 1994: 242.

rectifica de tal modo que la parte gravada se ve liberada de la excesiva onerosidad sobrevenida de la prestación. El ejercicio del poder de reducción del contrato según la equidad constituye un negocio unilateral y recepticio análogo al poder de rectificación previsto en tema de anulación del contrato por error (art. 1432 CC it: la parte que sufre el error no puede demandar la anulación del contrato si la otra parte ofrece cumplirlo conforme al contenido y la modalidad de contrato que pretendía concluir) y de contrato rescindible (art. 1450 CC it: el contratante contra quien se demanda la rescisión puede evitarla ofreciendo una modificación del contrato suficiente para reconducirlo a la equidad)<sup>100</sup>.

Además hay que tener en cuenta que se trata de un remedio judicial que puede exigirse sólo por la parte que tiene interés en evitar los efectos de la resolución, es ella quien debe formular la oferta, que debe ser concreta en cuanto a sus elementos. El juez no podrá integrarla y deberá limitarse a valorar la idoneidad de la oferta<sup>101</sup>.

La modificación del contrato según la equidad puede decirse que se ha conseguido cuando se ha eliminado la desproporción de valor que excede del alea normal, es decir, se trata de que la relación existente entre las dos prestaciones entre dentro de los límites del alea normal del contrato respetando el equilibrio originario. A tal fin se se puede reducir la prestación debida o incrementar la contraprestación<sup>102</sup>.

---

<sup>100</sup> Bianca, 1994: 399.

<sup>101</sup> Cian et Trabucchi, 1992: 1191. En relación con este tema Pino (1959: 111) entiende que el demandado hace una oferta que el actor acepta o no. En el segundo caso, el juez, prescindiendo de toda consideración de tipo subjetivo, del cambio de las necesidades y de los intereses de las partes, se limita a establecer si, con dicha oferta, ha sido restablecido o no el equilibrio originario entre las prestaciones.

<sup>102</sup> Sacco, 1982: 542-543. En el mismo sentido, vid. Bianca, 1994: 399; Tartaglia, 1983: 65 y ss.; Gallo, 1994: 241. Según el último autor citado, la modificación del contrato según la equidad debe eliminar la excesiva onerosidad sobrevenida, pero no debe necesariamente restaurar el equilibrio originario entre las prestaciones. En este sentido, es suficiente una propuesta que libere a la parte gravada de aquella parte del riesgo que excede del alea normal del contrato.

Sobre la modificación del contrato, según Gallo (1994: 243-244), desde un punto de vista económico es más eficiente su mantenimiento, con las variaciones necesarias para reconducirlo a la equidad, antes que su resolución. Los problemas mayores surgen cuando una de las partes descarta llegar a un nuevo acuerdo y pretende el cumplimiento integral del contrato originario. En estos casos la duda surge a la hora de analizar si el juez puede imponer su criterio obligando a una de las partes a una variación de la contraprestación para reconducir el contrato a la equidad. En su opinión, de distintas disposiciones del Código Civil se puede deducir un principio de conservación del contrato, según este principio, el juez estaría legitimado para hacer todo lo posible con la finalidad de mantener la regulación de intereses querida por las partes. El modo para hacer operante el instituto de la revisión de la contraprestación en ausencia de una previsión normativa explícita puede ser diverso. El problema mayor no surge en cuanto a las técnicas interpretativas utilizables a estos fines, sino sobre la cuestión acerca de si es oportuno permitir la revisión de la contraprestación por parte del juez a instancia de parte.

### **3. La “frustration” en el Derecho anglosajón y la “commercial impracticability” en el Derecho americano.**

#### **3.1. Introducción.**

En el Derecho anglosajón también se plantea el conflicto entre los principios “pacta sunt servanda” y el principio cláusula “rebus sic stantibus”. Como ya sabemos, de acuerdo con el primero el contrato debe cumplirse tal y como fue estipulado por las partes, incluso en el caso de que después de la conclusión del contrato tengan lugar determinadas circunstancias que obstaculicen el cumplimiento de una de ellas o reduzcan el valor de la prestación para la otra. Ello se debe a que uno de los fines principales del contrato, en cuanto institución comercial, es el de distribuir los riesgos de tales acontecimientos. Es decir, una vez las partes han distribuido dichos riesgos no se puede permitir a los tribunales la redistribución de los mismos. De acuerdo con el segundo de los principios se debe producir la liberación de las obligaciones contractuales cuando ha tenido lugar un cambio de circunstancias después de la celebración del contrato capaz de destruir la base del negocio (“basic assumption”) tenida en cuenta por las partes en el momento de su celebración<sup>103</sup>.

En la mayoría de los sistemas del common law a diferencia de los sistemas de Derecho continental, como regla general, se consideraba que la imposibilidad no debía liberar al deudor del cumplimiento. Ello podría explicarse dado el distinto sistema de responsabilidad contractual: en el Derecho continental el cumplimiento específico es el remedio preferente en los casos de incumplimiento, mientras que en el Derecho anglosajón, el incumplimiento siempre lleva consigo la obligación de indemnizar daños y perjuicios, que se traduce en la obligación de pago de una determinada suma de dinero. En consecuencia, el cumplimiento de dicha obligación no se puede considerar imposible (como hemos visto, en los sistemas de Derecho continental la imposibilidad sobrevenida liberatoria está pensada para los supuestos

---

<sup>103</sup> Treitel, 1994: 1 y ss.

de obligaciones infungibles). Además, hay que tener en cuenta que el sistema de responsabilidad contractual del common law es un sistema de responsabilidad objetivo (“strict liability”), es decir, se exige responsabilidad al deudor incluso en el caso de que no exista culpa o negligencia en su comportamiento.

Sin embargo, en la actualidad se admite la liberación del deudor en los casos en que 1) el cumplimiento del contrato ha devenido imposible; 2) como consecuencia del cambio de circunstancias se ha frustrado el propósito principal de una de las partes; 3) el cumplimiento no es imposible, pero es mucho más oneroso de lo que se previó en un principio. Si el deudor se libera del cumplimiento en uno de estos supuestos, no está obligado a la indemnización de daños y perjuicios.

### 3.2. Distinción entre el “common mistake” y la “frustration of contract”.

Respecto de los presupuestos fácticos del contrato es posible que se den dos situaciones: que las partes los valoren erróneamente, en cuyo caso se podría impugnar el contrato por error (“common mistake”) o que se produzca un cambio sobrevenido de las circunstancias, entonces se aplicaría la institución de la “impossibility”, “frustration” o “impracticability” dependiendo de los casos<sup>104</sup>.

Para que el error común tenga virtualidad suficiente como para poner fin al contrato debe ser tal que la obligación a cargo de una de las partes resulte ser totalmente diferente a como fue contemplada en el acuerdo<sup>105</sup>. Además es preciso que

---

<sup>104</sup> En opinión de Hay (1964: 233), en el Derecho angloamericano falta una estricta distinción teórica entre la imposibilidad y la frustración del contrato. Una manifestación de esta confusión se puede ver por ejemplo, en Elliott et Quinn, 2001: 219. Para este autor, aunque es imposible aportar una lista exhaustiva de las situaciones en las que el contrato deviene frustrado, éstas se pueden agrupar en tres grandes categorías: eventos que hacen que el cumplimiento sea imposible, que lo hacen ilegal o que lo hacen carente de sentido. Asimismo según McKendrick (1994: 1106) existen una serie de acontecimientos susceptibles de ser calificados como “frustrating events”: ilegalidad sobrevenida, restricciones impuestas en tiempos de guerra, ... en los contratos de tipo personal: muerte sobrevenida, enfermedad o incapacidad, etc.

<sup>105</sup> En cuanto al error como vicio invalidante del consentimiento en el Derecho anglosajón cfr. Macanlay et alii, 1992: 1075 y ss.; Grubb, 1999: 637; Fridman, 1999: 266. Según este último, para que un error tenga consecuencias legales en el Derecho inglés es necesario que sea compartido por ambas partes contratantes y que se refiera a hechos existentes en el momento de la celebración del contrato. Por otro lado, el error debe ser esencial, es decir, debe referirse al objeto del contrato de modo que éste sea totalmente diferente a como fue concebido por las partes en el momento de su celebración, este

de los términos del acuerdo, a la luz de las circunstancias existentes en el momento de la celebración del contrato, no se desprenda que una o ambas partes asumieron el riesgo de que los hechos pudieran ser de otra forma a cómo pensaron que eran. Es decir, del contrato se puede desprender una determinada distribución de los riesgos relacionados con una falsa valoración de los hechos presupuestos por las partes, en este caso no sería posible la aplicación del error<sup>106</sup>. Esta concepción refleja una interpretación estricta de las reglas sobre el error.

Como se ha visto, entre el “common mistake” y la “frustration of contract” existe cierta analogía, ya que se trata de instituciones relacionadas con el reparto de los riesgos contractuales. Ambas son doctrinas que los tribunales aplican como

---

error tiene como consecuencia la anulación del contrato. No obstante, en el caso de que el error no invalide el contrato *ab initio* según las reglas del common law sería injusto permitir a una de las partes que obtuviese ventajas del error de la otra, incluso en el caso de que ella no hubiese inducido tal error. En consecuencia, el juez podría acudir a la equidad para buscar una solución al caso enjuiciado. Desde la perspectiva del análisis económico del Derecho, se ha dicho (cfr. Kronman, 1979: 115) que la distinción entre error unilateral y bilateral tiene cierto sentido, ya que, cuando ambas partes en un contrato sufren un error sobre el mismo hecho, decidir cuál de ellas se encuentra en mejor posición para prevenirlo requiere una investigación sobre la naturaleza del error y la situación económica de cada una de las partes en el contrato. Pero cuando es solamente una de las partes la que sufre el error, es razonable asumir que se encuentra en mejor posición frente a la otra parte para prevenir su propio error. Sobre el tratamiento del error desde el punto de vista del análisis económico del Derecho, cfr. asimismo Rasmusen y Ayres (1993: 339) para quienes la compleja cuestión de cuándo anular contratos con base al error no tiene una respuesta general. Dos consideraciones pueden servir para mejorar la eficiencia: las ganancias obtenidas del contrato afectado de error y los costes de evitar el error. La anulación debería estar asegurada en aquellos casos en los que las ganancias del contrato son negativas cuando una o ambas partes se encuentran en un error, o si el cuidado necesario para evitar el error es infructuoso antes que productivo, siempre que los costes de transacción sean bajos. Esta regla excluye la otra según la que la nulidad solamente se admite si el error es mutuo, y no si es unilateral.

<sup>106</sup> Vid. Beale, 1994: 298; Brown et Chandler, 2001: 177; Elliot, 2001: 151 y ss. Asimismo Collins, 1997: 129. Según este último autor, una economía de mercado no puede tolerar una doctrina amplia sobre el error sobre las circunstancias que rodean el contrato. En general, se debe presumir que las partes contratantes conocen todas las circunstancias que rodean el contrato. Con ello se trata de evitar que las partes puedan acudir al error cuando han celebrado un mal negocio. En relación con el error común resulta interesante la Section 581 del proyecto de Contract Code tomado como referencia del Derecho anglosajón por la Comisión de Pavía para la unificación del Derecho europeo: “1) Where before a contract has been entered into: a) the performance of a contracting party is impossible and neither contracting party knows of such impossibility or, b) circumstances exist which are radically different from what both contracting parties believe them to be; then, unless in the case of impossibility one contracting party has assumed the risk of that impossibility, the contract is unenforceable against either and both are entitled to restitution and reimbursement of expenses so far as sections 585 to 587 allow. 2) Otherwise, the existence of a mistake common to both contracting parties cannot affect a contract’s validity”. En opinión del autor del proyecto (cfr. McGregor, 1993: 238), esta regla se refiere a errores que son comunes a ambas partes. Este tipo de error da lugar a contratos irregulares, no sólo porque falta el consentimiento, sino porque el consentimiento es por así decirlo, inútil. Los problemas de error común deben verse en términos de riesgo, al igual que sucede en los casos de “frustration of contract”.



excepción a la regla de la “strict liability” propia del Derecho anglosajón para aquellas contingencias respecto de las que las partes no han hecho referencia expresa en el contrato<sup>107</sup>. No obstante, puede haber algunos casos en los que los principios que gobiernan ambas doctrinas no operen de modo idéntico. Por ejemplo, el riesgo que resulta de hechos preexistentes puede ser más fácilmente atribuido a los contratantes que el riesgo de eventos sobrevenidos. Ello es debido a que le es exigible a las partes que estén atentas a la existencia de determinados riesgos cuando celebran el contrato, por el contrario, los acontecimientos futuros son más difícilmente predecibles, con lo que el nivel de exigibilidad decae<sup>108</sup>.

*Ejemplos decididos por los tribunales anglosajones:*

La frontera entre acontecimientos anteriores y sobrevenidos no siempre es clara, muestra de ello son los problemas que con la aplicación de ambas instituciones se plantean en la práctica. Por ejemplo, en el caso de *Amalgated Investment & Property Co. Ltd. v. John Walker & Sons Ltd*<sup>109</sup>, los demandados eran propietarios de un local comercial que querían vender. Dicho inmueble se anunció como local apto para su inmediata ocupación o para reformar. La parte demandante hizo una oferta dejando claro que iban a proceder a la reforma. Los demandantes hicieron las investigaciones usuales antes de la conclusión del contrato, requiriendo información acerca de si el inmueble estaba incluido en algún registro especial. Los demandados respondieron a esta cuestión de modo negativo. Finalmente, el contrato de compraventa se firmó el 25 de septiembre de 1973. Al día siguiente, el 26 de septiembre 1973, el Departamento de Medio Ambiente informó que el edificio debía

---

<sup>107</sup> Collins, 1997: 274. Según Fridman (1999: 686), en cuanto a las diferencias y analogías entre el error y la frustración, en el caso del error, el juez tratará de averiguar si efectivamente el contrato existió, mientras que en el caso de la frustración, el juez debe decidir si debe poner fin al contrato o no. En ambas situaciones el tribunal debe hacer frente al mismo problema, ha de decidir si debe liberar al deudor de la obligación asumida cuando aparece una circunstancia que hace que la transacción sea diferente a como la había imaginado. Esa circunstancia que hace que la transacción sea diferente podría haber ocurrido antes de la transacción o al mismo tiempo, en cuyo caso se trata de error, o en un momento sucesivo, en cuyo caso se trata de frustración.

<sup>108</sup> Sobre las relaciones entre el error común y la frustración del contrato cfr. Upex, 1995: 122-123; Beale, 1994: 306; McKendrick, 1994: 1095.

considerarse como un edificio de especial interés arquitectónico. Pero la inclusión del edificio el Registro correspondiente tuvo lugar después de la celebración del contrato. Como consecuencia de todo ello, iba a ser mucho más costoso obtener permiso para reconstruir, al mismo tiempo que se iba a reducir el valor del inmueble (el precio pagado fue de £ 1710000 y el precio estimado como consecuencia de la calificación sería de £ 1500000 menos). El tribunal de apelación estimó que el comprador no quedaba liberado ni como consecuencia de error ni de frustración. En opinión del tribunal no podía hablarse de error porque en el momento de la celebración del contrato el inmueble no se encontraba incluido en tal Registro. Asimismo se desestimó la frustración del contrato, ya que la compraventa no se realizó con la condición de que el inmueble no fuese objeto de calificación como un bien cultural en el futuro. En cuanto a la frustración, ésta ocurre cuando sin culpa de ninguna de las partes la obligación contractual ha devenido incapaz de ser cumplida porque las circunstancias en las que se debe realizar el cumplimiento lo transformarían en una cosa diferente de lo que se previó en el contrato. Para la aplicación de este principio no basta la mera excesiva onerosidad sobrevenida o la pérdida material por sí misma, sino que debe producirse un cambio tal en la cosa prometida, que se convertiría en otra diferente después del cumplimiento. El argumento del comprador según el que debería quedar liberado de su obligación de pagar el precio fue rechazado puesto que el riesgo de que el inmueble fuese incluido en tal listado es uno de los inherentes a toda propiedad de inmuebles. Si los demandantes querían haber evitado tal riesgo deberían haber incluido una cláusula expresa en el contrato. Además, los demandantes no han probado que sea imposible obtener los permisos pertinentes para la rehabilitación del inmueble, de modo que si éstos se consiguen, los compradores serán capaces de llevar a cabo la actividad pretendida. Posiblemente detrás de la denegación de la aplicación del error en este caso se encuentra el argumento de que ambas partes son empresas que se dedican habitualmente a estas actividades y que,

---

<sup>109</sup> [1976] All E.R., págs. 509 y ss.

por tanto, deben asumir el riesgo al no haberse prevenido expresamente frente al mismo en el contrato<sup>110</sup>.

A la misma conclusión se llegó en el caso americano *Di Donato v. Reliance Standard Life Insurance Co.*<sup>111</sup> donde las partes habían celebrado un contrato de compraventa de un terreno con propósitos industriales, si bien con posterioridad se produjo un cambio de la calificación de tales terrenos impidiendo dicho uso. El tribunal estimó que no procedía la liberación, ya que el comprador devino propietario automáticamente después de la celebración del contrato, debiendo asumir los riesgos inherentes a dicha propiedad. Además, las partes podrían haber hecho una distribución expresa de los riesgos en el contrato.

Estos dos casos se pueden contrastar con el *Dover Pool & Racquet Club v. Brooking*<sup>112</sup>: las partes habían celebrado un contrato de compraventa de terrenos sobre los que el comprador pretendía construir un club de natación y de tenis. En las negociaciones precontractuales los compradores hicieron constar su expresa voluntad de celebrar el contrato siempre que la situación urbanística se mantuviese favorable a sus intereses. Cuatro días antes de la conclusión del contrato se publicó una orden de reparcelación que afectaba a uso pretendido del terreno con efectos retroactivos al

---

<sup>110</sup> Respecto de este caso cfr. Wheeler y Shaw, 1994: 684. Según los comentaristas, es importante en este caso tener en cuenta que el Derecho contractual inglés aplica la “frustration” para riesgos que aparecen después de la celebración del contrato, para los anteriores se aplica la institución del “common mistake”. Asimismo vid. Upex, 1995: 122-123. Un comentario interesante de este caso se puede ver en Collins, 1997: 279-280. El autor compara este caso con el “Grist v. Bailey” (que se analizará a continuación). Según Collins, en la aplicación de doctrinas como el “common mistake” o la “frustration” los tribunales además de comparar las obligaciones de las partes antes y después del acontecimiento inesperado (para descubrir si el mismo ha incrementado sustancialmente el coste del cumplimiento), deben detectar la pericia de las partes contratantes. Es decir, allí donde las partes disponen de medios para llevar a cabo una compleja transacción comercial y los emplean para elaborar un contrato que pretende distribuir entre ellas determinados riesgos, será muy difícil que los tribunales acepten la aplicación de las doctrinas antes mencionadas. Por el contrario, en aquellos contratos en los que una o ambas partes carezcan de dicha habilidad, el contrato no es el instrumento idóneo para llevar a cabo una justa distribución de los riesgos ligados a eventualidades imprevistas. En estos casos los tribunales procederán a la revisión del contrato para la restauración del equilibrio inicialmente fijado. Por ello, aunque muchos comentaristas hayan diferenciado ambos casos en que en el caso “Grist v. Bailey” el error existió en el momento de la celebración del contrato mientras que en el “Amalgated Investment & Property Co. Ltd. v. John Walker & Sons Ltd.” la orden administrativa fue sobrevenida al momento de la celebración del contrato; es más realista reconocer que en el segundo caso las partes contratantes eran profesionales (conscientes de los riesgos que afectan a la propiedad inmobiliaria), en el primer caso se trataba de particulares desconocedores de los riesgos asociados a la transacción.

<sup>111</sup> [1969] A., págs. 249 y ss.

<sup>112</sup> [1975] N.E., págs. 322 y ss.

momento en el que las partes habían celebrado el precontrato. El tribunal entendió que el comprador estaba legitimado para rescindir el contrato por error, dada la asunción básica de ambas partes según la que no se iba a producir un cambio de la situación urbanística<sup>113</sup>.

Otro ejemplo en el que la jurisprudencia libera a las partes del cumplimiento del contrato por error es el caso *Grist v. Bailey*<sup>114</sup>: el demandado había celebrado un contrato de compraventa con el demandante de una propiedad descrita como sujeta a determinados gravámenes. El precio acordado fue de £ 850. Sin embargo, la propiedad no estaba sujeta a “tenancy” alguno porque los titulares de tales derechos habían fallecido y sus hijos no eran titulares de los mismos, con lo que el valor de la propiedad era en realidad de £ 2250. El demandante comprador ejerció acción reclamando el cumplimiento específico frente al demandado. Éste argumentó que el contrato quedaba anulado como consecuencia de error o con base en la equidad.

En opinión del tribunal, en este caso se puede hablar de error común a ambas partes acerca de la existencia de “protected tenancy”. El demandado había minusvalorado la casa en el caso de venderse libre de cargas. El error era lo suficientemente serio como para considerarse, a juicio del tribunal, como un error fundamental a los fines de la anulación del contrato con fundamento en la equidad. En otro caso, se consideraría injusto no liberar a las partes del cumplimiento. Además para la apreciación del error es necesario que la persona que pretende liberarse del contrato no haya incurrido en culpa, como sucede en el caso enjuiciado.

Por otro lado, en el caso *Associated Japanese Bank v. Crédit du Nord SA*.<sup>115</sup> B concluyó un contrato de venta y “leaseback” con “Associated Japanese Bank” (en adelante AJB) cuyo objeto eran cuatro máquinas. AJB requirió a B que encontrase un garante de sus obligaciones. Esta garantía la prestó el “Crédit du Nord SA” (en adelante CDN). El precio estipulado en el contrato de “leaseback” superaba las £ 1000000. Después de pagar el primer cuarto de renta B incurrió en una situación de insolvencia. Además se descubrió que las máquinas objeto del contrato de

---

<sup>113</sup> En opinión de Treitel (1994: 313), respecto de este caso, no resulta fácil determinar por qué se aplica un test más suave para la liberación por error que por frustración.

<sup>114</sup> [1967] Ch., págs. 553 y ss.

“leaseback” no existían. AJB reclamó, en la medida en que estaba legitimado según el contrato, a que B le restituyese la total cantidad debida. En su defecto, AJB reclamó el cumplimiento a CDN según la garantía estipulada. Para negar su responsabilidad los demandados argumentaron: que el garante no era responsable debido al incumplimiento de una condición expresa o tácita, como es que las máquinas existan; que el garante debía considerarse liberado desde un inicio debido a error común, ya que las máquinas no habían existido nunca o alternatively, la garantía debía considerarse nula según la equidad por la misma razón y en consecuencia, no exigible.

El Juez concluyó que la garantía se había asumido sobre la base de la existencia de las máquinas, lo que se había convertido en una condición expresa o tácita del negocio. Asimismo se cumplían los requisitos del error común y en todo caso, el contrato era anulable con base en la equidad.

Lo relevante de este caso es que ambas partes (el que concede el crédito y el garante) se encontraban en la creencia común de que las máquinas existían. De no ser así no se hubiesen aventurado a celebrar del contrato. CDN tenía razones suficientes para creer que las máquinas existían (“National Leasing” había aportado información favorable al respecto y además, hay que tener en cuenta la confianza generada por el hecho de que AJB fueran los arrendadores).

AJB alegó en su defensa que en el common law un error incluso referido a una cualidad esencial no afecta al contrato a menos que se produzca una pérdida total de la “consideration”.

El tribunal dictó sentencia favorable a los demandados, ya que los fiadores asumieron como base del negocio la existencia de las máquinas. Una asunción de este tipo se llama “condition precedent”. Es decir, el tribunal analizó los contratos celebrados entre las partes y decidió que el riesgo de que las máquinas no existieran no era un riesgo aceptado por CDN, como evidencia la cláusula 6 de la garantía (en la que especifican que asumen la obligación de garantizar el cumplimiento del contrato de leasing de máquinas existentes). Este es el argumento central del que se sirve el

---

<sup>115</sup> [1989] All E.R., págs. 902 y ss.

tribunal para la decisión del caso. El resto de consideraciones sobre el “common mistake” son *obiter dicta*.

En opinión de Treitel<sup>116</sup>, que comenta esta sentencia, la razón fundamental que llevó al tribunal a fallar en ese sentido es que la existencia de las máquinas se había convertido en una condición de la garantía. Por otro lado, la doctrina del error común del common law está en consonancia con el error *in substantia* del Derecho continental, en la medida en que el error común solamente es relevante si afecta al contenido del contrato (el objeto del contrato debe ser radicalmente distinto a cómo pensaron las partes).

En el caso enjuiciado se estimó que el error de AJC era lo suficientemente serio como para provocar la anulación del contrato de garantía, así es que no fue preciso acudir al “equitable relief” (liberación del contrato con fundamento en la equidad)<sup>117</sup>. En el fondo, la razón del fallo fue el fraude llevado a cabo por Bennett (uno de los representantes de la empresa demandada) induciendo a los demandantes a celebrar el contrato, ya que ninguna de las partes lo hubiera aceptado si hubiese tenido conocimiento de la verdadera situación.

Respecto a la apreciación del error, lo importante es averiguar si el objeto de la garantía era algo esencialmente diferente de lo que razonablemente se esperaba que fuera. A esta cuestión se responde afirmativamente. Sin embargo, según Treitel, el error podía afectar en todo caso al contrato de “leasing”, pero no al contrato de garantía. En este sentido, quizá es más fácil comprender el asunto contemplando la transacción como una totalidad y no la garantía aislada, ya que esta última se trata de un contrato accesorio, de manera que la inexistencia del objeto principal cobra una gran importancia en ambos contratos.

### 3.3. La imposibilidad sobrevenida y la “commercial impracticability”.

---

<sup>116</sup> Treitel, 1988: 501 y ss.

<sup>117</sup> En opinión de Collins (1997: 240), está claro que ambos, el demandante y el demandado creyeron que las máquinas existían y que no hubiesen celebrado el contrato de haber sabido la verdad. No obstante, la doctrina del error debe aplicarse restrictivamente, ya que presumiblemente las partes tampoco hubiesen celebrado el contrato si hubieran sabido que las máquinas eran de escaso valor. Sin

En relación con la imposibilidad sobrevenida de carácter liberatorio en el common law hemos visto que se trata de una institución relativamente reciente. Frente a la regla de la responsabilidad estricta, si el tribunal considera que el cumplimiento ha devenido imposible como consecuencia de eventos sobrevenidos después de la celebración del contrato, liberará a ambas partes del cumplimiento<sup>118</sup>. La imposibilidad puede deberse a una destrucción total del objeto del contrato o la muerte o incapacidad de una de las partes. Respecto del primer supuesto, si el objeto de la prestación son bienes de naturaleza infungible, que se pierden sin culpa de ninguna de las partes, se debe liberar a ambas partes del cumplimiento (por ejemplo, A se compromete a vender a B determinados cuadros que están expuestos en una galería de arte, si dichos cuadros se destruyen antes de la entrega, ambas partes quedan liberadas del cumplimiento). En relación con el segundo supuesto, si se ha celebrado un contrato con una persona determinada, la muerte o la incapacidad de la misma liberará a ambas partes (por ejemplo, si un empresario encarga a una empresa que le envíe un cantante para actuar en su local un día determinado, si dicho cantante sufre laringitis el día del concierto, el empresario se verá liberado de su obligación debido a imposibilidad, aunque el cantante no sea parte en el contrato).

El caso *Taylor v. Caldwell*<sup>119</sup> es uno de los casos pioneros respecto de la doctrina de la imposibilidad. Los hechos de este caso son los siguientes: las partes habían celebrado un contrato de arrendamiento según el que los demandados permitían a los demandantes el uso de un “Music Hall” con la finalidad de dar cuatro grandes conciertos en fechas señaladas. Los demandantes tenían que pagar la suma de £ 100 por cada concierto. El 11 de junio (cinco días antes del primer concierto) el “Music Hall” se incendió, de modo que fue imposible la celebración de los mencionados conciertos. Los demandantes reclamaron los gastos que habían sufrido como consecuencia de la campaña de publicidad y los preparativos para el concierto.

---

embargo, este último no hubiese sido un caso de error invalidante del consentimiento. Un comentario de este caso también se puede ver en Elliott et Quinn, 2001: 153.

<sup>118</sup> Cfr. McKendrick, 1994: 1096; Upex, 1995: 223; Brown et Chandler, 1995: 220; Elliott et Quinn, 2001: 219.

<sup>119</sup> [1863] E.R., págs. 309 y ss.

La demanda fue desestimada sobre la base de que en aquellos contratos en los que el cumplimiento depende de la existencia de una persona o de una cosa, existe una condición implícita según la que la imposibilidad del cumplimiento debida a la pérdida de tal persona o de tal cosa, debe excusar el cumplimiento<sup>120</sup>. El tribunal estimó que ambas partes debían quedar liberadas, por un lado, los demandantes de ocupar el local y pagar la renta, por otro lado, los demandados de cumplir su obligación de entregar el local.

La importancia de este caso reside en que constituye una excepción frente al *Paradine v. Jane*<sup>121</sup> en el que el arrendatario de una granja (sujeto a un contrato de 21 años de duración) transcurridos seis años desde la celebración del contrato de arrendamiento, fue privado de la mencionada propiedad durante un período de dos años por los enemigos del rey. Sin embargo, se consideró que debía pagar la renta devengada durante el período en el que había sido desposeído.

La doctrina moderna de la liberación del contrato está pensada para proporcionar una solución mejor a aquellos problemas derivados de los efectos que despliegan sobre el contrato determinados acontecimientos sobrevenidos frente a la regla estricta del cumplimiento exacto del contrato. Los efectos que produce la imposibilidad son que el deudor queda liberado del cumplimiento de la prestación que ha devenido imposible al mismo tiempo que el acreedor queda liberado de efectuar la contraprestación que le corresponde.

Calificar algo como imposible depende en parte de la calidad del obstáculo y de la onerosidad que conlleva su cumplimiento y en parte también, del estado de la tecnología. En EEUU existe la posibilidad de liberar al deudor si el cumplimiento no sólo ha devenido imposible, sino también en el caso de que sea “impracticable”, según se estipula en el § 2-615 UCC. De acuerdo con esta norma el cumplimiento deviene inexigible si, como consecuencia de acontecimientos sobrevenidos

---

<sup>120</sup> En opinión de Collins (1997: 275) en este caso se aprecia una práctica común a los tribunales anglosajones como es de entender que determinados riesgos contractuales están cubiertos por una condición implícita que automáticamente pone fin al contrato.

<sup>121</sup> Resuelto en el año 1647 en [1558-1774] All E.R. págs. 172 y ss. Según Fridman (1999: 665), este caso es representativo de la concepción tradicional según la que los contratos son absolutos, en el sentido de que la imposibilidad de cumplir no es nunca una excusa frente al incumplimiento a menos que esté específicamente previsto en el contrato.



imprevisibles, pese a ser el cumplimiento físicamente posible, ha devenido excesivamente oneroso para el deudor.

*Ejemplos de “commercial impracticability” en la jurisprudencia americana:*

En los Estados Unidos el caso que dio lugar a la “commercial impracticability” es el *Mineral Park Land v. Howard*<sup>122</sup> en el que se había celebrado un contrato mediante el que los demandados se comprometieron a extraer toda la grava del terreno del demandante a un determinado precio por metro cúbico extraído. Cuando se había extraído la mitad de la grava, el demandado dejó de cumplir el contrato. En consecuencia, el demandante exigió indemnización de los daños y perjuicios. La demanda fue desestimada por considerar el tribunal que la grava no pudo extraerse según lo convenido, ya que se encontraba sumergida. La extracción sólo hubiera sido posible a un precio prohibitivo, 10 ó 12 veces mayor de lo previsto. Además la extracción de dicha grava hubiera provocado retrasos en el proyecto de construcción, puesto que hubiera sido necesario secar la grava antes de usarla. El tribunal resolvió que una cosa es imposible en sentido legal también cuando es impracticable.

En la doctrina americana<sup>123</sup> se ha señalado que, en la distinción entre imposibilidad y “commercial impracticability”, se deben abandonar criterios de tipo cuantitativo, ya que lo importante es analizar en qué medida el cumplimiento se ha convertido en otra cosa diferente como consecuencia del cambio de circunstancias (se debe analizar “how different” y no “how much” ha cambiado el cumplimiento). Ello se puede conseguir sin tener que acudir al análisis económico del Derecho (como viene siendo normal), ya que este análisis no aporta más que conjeturas cuando se trata de determinar cómo las partes hubieran distribuido el riesgo del acontecimiento que obstaculiza el cumplimiento en el caso de que hubiesen sido conscientes del mismo<sup>124</sup>.

---

<sup>122</sup> [1916] P., págs. 458 y ss.

<sup>123</sup> Cfr. Halpern, 1987: 1138.

<sup>124</sup> Halpern, 1987: 1161.

También es inútil fundamentar la “commercial impracticability” en la voluntad implícita de las partes<sup>125</sup>. Sin embargo, este criterio es acogido en el § 2-615 UCC al exigir para la aplicación del precepto que el cumplimiento haya devenido impracticable como consecuencia de la superveniencia de un acontecimiento, cuya no ocurrencia fue una asunción básica de las partes (“if performance as agreed has been made impracticable by the occurrence of a contingency the non-occurrence of which was a basic assumption”).

Pese al reconocimiento de la “impracticability”, es difícil en la práctica jurisprudencial que los tribunales liberen al deudor como consecuencia de las fluctuaciones que tienen lugar en el mercado. Uno de los argumentos para rechazar la liberación es que las fluctuaciones del mercado son previsibles. Otra razón común para rechazar la liberación es que un cambio en las condiciones del mercado se considera insuficiente como para provocar un cambio sustancial de las circunstancias. Además, cuando el contrato contiene cláusulas de adaptación de los precios, el tribunal normalmente rechazará la liberación, ya que dicha cláusula revela por sí misma una posición de las partes respecto al riesgo. Por otro lado, la naturaleza esencialmente especulativa de los contratos de larga duración se considera como un argumento en contra de la liberación del deudor.

Una prueba de esta interpretación restrictiva de la “commercial impracticability” por parte de los tribunales americanos son los llamados casos del “Canal de Suez” en la mayoría de los cuales se exigió el cumplimiento exacto del contrato pese a la excesiva onerosidad sobrevenida.

Normalmente es más frecuente que los tribunales liberen al vendedor como consecuencia de un incremento de los precios de mercado o de otros costes de producción, antes que al comprador debido a una caída de los precios de mercado de lo que compró. Esto se explica porque el incremento de los costes puede llevar al

---

<sup>125</sup> Halpern, 1987: 1140 y ss. Esta misma idea se puede ver en Fridman (1999: 672). Según este último autor, la doctrina clásica del “implied term” significa que un hombre razonable, observador imparcial, entendería que las partes deben liberarse del cumplimiento como consecuencia del evento sobrevenido, a pesar de la inexistencia de una cláusula expresa en este sentido. Ello se fundamenta en la propia raíz del contrato (“root of the contract”) o en la asunción básica de las partes (“fundamental assumption”). Esta fundamentación es peligrosa, mejor sería defender que los tribunales deben satisfacer demandas de justicia antes que liberar a las partes sobre la base de una intención implícita.

vendedor a pérdidas ilimitadas, mientras que la pérdida del comprador nunca superará el precio de compra. El único caso en el que el comprador puede sufrir pérdidas ilimitadas es cuando ha asumido en el contrato los costes del transporte y esos costes se incrementan de modo notable<sup>126</sup>.

*Ejemplos de “impossibility” en la jurisprudencia inglesa:*

En cuanto al Derecho inglés también se pueden encontrar en la jurisprudencia algunas sentencias que hacen referencia a la posibilidad de liberar al deudor en los casos en los que el cumplimiento ha devenido “impracticable”. Se ha venido afirmando que este motivo de liberación es posible en los contratos mercantiles. Muchas veces los tribunales no distinguen entre la “impracticability” y la “impossibility” como motivo de liberación, sin embargo, en la mayoría de las sentencias, la posibilidad de liberación del deudor con fundamento en la “commercial impracticability” se trata de consideraciones *obiter dicta* de las sentencias. Por ejemplo, en el caso *Tennants (Lancashire) Ltd. v. Wilson (C.S.) & Co. Ltd.*<sup>127</sup> (las partes habían celebrado un contrato de suministro de magnesio por un período de un año que el vendedor no pudo cumplir debido a las dificultades generadas por la guerra) uno de los miembros del tribunal mostró su desconfianza respecto del concepto de la “commercial impracticability” que, en su opinión, solamente podría admitirse en los casos en los que las partes hubiesen incluido expresamente una cláusula en tal sentido en el contrato. En general, los tribunales ingleses se muestran más exigentes respecto del principio “pacta sunt servanda” que los tribunales americanos, de modo que la liberación debido a graves trastornos económicos

---

<sup>126</sup> Cfr. Treitel, 1994: 254 y ss. Según este autor, quizá no es por ello coincidencia que el caso *Mineral Park* (sobre el que se originó la doctrina de la “impracticability”) sea un caso de este tipo.

Sobre la “commercial impracticability” como remedio frente al incremento de los precios, cfr. Schwartz, 1979: 138 y ss. El autor analiza cómo afectan al contrato causas imprevistas que provocan un incremento de los precios, por ejemplo, debido a la inflación. En su opinión, en la literatura más reciente se ha defendido que imponer a los vendedores todos los costes debidos a acontecimientos imprevistos puede ser una regla extremadamente dura. Para evitarlo se propone acudir al § 615 UCC. No obstante, la liberación del deudor debería reservarse para los casos más graves (por ejemplo, cuando el precio se incrementa en más del doble del precio esperado o cuando la inflación causa un incremento en el 50% en el precio).

solamente es posible si las partes hubiesen incluido una cláusula expresa en el contrato o si así lo permitiese una legislación especial dictada al efecto.

El caso *David Contractors Ltd. v. Fareham Urban District Council*<sup>128</sup> es un caso ilustrativo de la actitud de los tribunales ingleses frente a la “impracticability”. Además, este caso contiene la definición de frustración más citada en las fuentes. Los antecedentes de hecho de la sentencia son los siguientes: en julio de 1946 los litigantes celebraron un contrato de obra en el que el contratista (David Contractors Ltd) se comprometía a construir 78 casas para la autoridad pública comitente. La obra debía realizarse en un plazo de 8 meses y se estipuló un precio fijo.

El 18 de marzo de 1948 los contratistas enviaron una carta al comitente en la que comunicaban que la realización de la prestación quedaba condicionada a la existencia de material y de trabajo disponible. Asimismo el precio debía modificarse en función de los precios actuales del mercado de los materiales y de los salarios de los trabajadores en los distintos sectores de la construcción.

Debido a circunstancias inesperadas, sin culpa de las partes, el trabajo no pudo finalizarse sino en el plazo de 22 meses. Los contratistas interpusieron demanda frente al comitente con fundamento en que el precio del contrato estaba sujeto a las condiciones fijadas en la carta de 18 marzo, que dicho contrato se había frustrado y en consecuencia, reclamaban indemnización *quantum meruit* como consecuencia del incremento del precio del contrato. El demandado respondió que la carta no estaba incorporada al contrato, que éste no se había frustrado y que, en consecuencia, se debía cumplir en los términos pactados. El asunto se sometió a arbitraje y el árbitro decidió que la carta se había convertido en parte del contrato, los contratistas tenían derecho a que se les pagase de acuerdo con el *quantum meruit*.

Posteriormente el asunto fue sometido a la decisión del tribunal de apelación, siendo las cuestiones básicas a decidir si se había producido frustración y si el contenido de la carta se había incorporado implícitamente al contenido del contrato original, cuestiones ambas que fueron rechazadas.

---

<sup>127</sup> [1917] A.C., págs. 495 y ss.

<sup>128</sup> [1956] A.C., págs. 696 y ss.

Los datos tenidos en cuenta por el tribunal son los siguientes: 1. las palabras expresas del contrato; 2. su naturaleza y objeto; 3. las circunstancias concomitantes a su celebración; 4. cómo se transformaron los acontecimientos con posterioridad.

Tratándose de un contrato de construcción la financiación es fundamental y ésta depende del tiempo, que a su vez, depende del trabajo. En un contrato de construcción, el constructor asume el riesgo de que los costes sean superiores o inferiores a los esperados. Si hubiera querido prevenirse frente a tales contingencias, el constructor debería haber incluido una cláusula en el contrato.

Los efectos legales de la frustración no dependen de la intención de las partes o de su opinión, o incluso del conocimiento de los acontecimientos, al contrario, parece que cuando el evento tiene lugar el fin del contrato debe transformarse no en el que las partes pretendieron (puesto que las partes no habían pensado en esta posibilidad), sino en lo que las partes, en cuanto hombres razonables, hubieran presumiblemente aceptado respecto a la fijación de sus derechos y obligaciones teniendo a la vista la nueva situación (para ello el tribunal se remite a la figura del hombre justo y razonable).

En opinión del tribunal, la frustración ocurre cuando la ley reconoce que sin culpa de ninguna de las partes la obligación contractual ha devenido incapaz de cumplirse porque las circunstancias en las que debe tener lugar el cumplimiento convertirían al contrato en una cosa totalmente diferente a lo que aquéllas se habían comprometido. No es la excesiva onerosidad o la posibilidad de sufrir pérdidas lo que hace que se aplique la frustración, sino que debe haberse producido un cambio en el significado de la obligación de manera que su cumplimiento la transformaría en algo diferente a lo previsto en el momento de la conclusión del contrato<sup>129</sup>. Por lo tanto,

---

<sup>129</sup> Este caso se toma como referencia por el profesor McGregor para la regulación de la “frustration” en su Contract Code, en concreto en la Section 591: “Where a contract is frustrated because after it has been entered into: a) the performance of a contracting party becomes impossible or illegal and neither party can show that the other has assumed the risk of impossibility or illegality, b) a radical change of circumstances has occurred, the parties are excused from the moment of frustration from further performance and are entitled to restitution and reimbursement of expenses so far as sections 598 and 599 allow”.

En opinión de McGregor (1993: 245-246), la “frustration” está relacionada con contratos que se ven afectados por determinados acontecimientos sobrevenidos. Si tiene lugar la “frustration” no se requiere a ninguna de las partes el cumplimiento futuro del contrato. El proyecto considera importante destacar dos características de la frustración que muchas veces se ignoran: la primera es que generalmente sólo

según el tribunal, el caso enjuiciado dista mucho de ser un caso de frustración del contrato. Me parece interesante reproducir las palabras de Lord Radcliffe como ejemplo del modo de razonar de los jueces ingleses: “Tengo una mayor simpatía por el contratista, pero, en mi opinión, si este argumento fuese suficiente para apreciar la frustración del contrato, existiría un gran número de obligaciones contractuales que devendrían inciertas y posiblemente sin fuerza vinculante”<sup>130</sup>.

Un caso similar más próximo en el tiempo, también decidido por los tribunales ingleses es el *Wates Ltd. v. Greater London Council*<sup>131</sup>. En este caso “Wates” asumió el compromiso de llevar a cabo el proyecto de construcción de una casa. El contrato contenía una cláusula según la que se debía ajustar el precio estipulado en función de la subida de los salarios y los materiales. Debido a la grave inflación que tuvo lugar durante ese tiempo, las partes estuvieron de acuerdo en que la cláusula de revisión incluida en el contrato no era suficiente, así es que acordaron una nueva cláusula revisora en función de circulares dictadas por el Ministerio de la Vivienda. Además, se contenía un mecanismo para ajustar el precio del contrato en el caso de que el Ministerio no dictase dichas circulares. Finalmente, el Ministerio no dictó esa circular lo que llevó a “Wates” a afirmar que se había producido frustración del contrato. El tribunal de apelación rechazó la demanda, ya que la obligación de Wates no se había

---

se ve frustrado el cumplimiento o el objetivo de una de las partes contratantes, aunque el resultado de que el contrato se vea frustrado es que ambas partes se vean liberadas del cumplimiento futuro del contrato. El segundo es que, incluso en el caso de que el cumplimiento devenga imposible o ilegal el contrato puede que se vea frustrado, ello es debido a que una de las partes ha asumido el riesgo de la imposibilidad o ilegalidad que ha ocurrido. Tanto el error común como la frustración deben verse desde la perspectiva del riesgo, no desde la doctrina del “implied term” que se considera inconveniente, ya que en muchos casos, las partes contratantes no habrán pensado en la posibilidad de la ocurrencia de determinados acontecimientos sobrevenidos. Tampoco es de mayor valor la doctrina de la base del negocio (“foundation of contract”). El autor considera que es necesario en cada caso reconstruir el contrato para averiguar cómo han distribuido las partes los riesgos contractuales, incluso si es necesario, los tribunales distribuirán el riesgo de acuerdo con lo que se considere razonable. En esta actividad los jueces no pueden actuar de modo discrecional, sino dentro de los límites del precedente.

<sup>130</sup> “I have much sympathy with the contractor, but, in my opinion, if that sort of consideration were to be sufficient to establish a case of frustration, there would be an untold range of contractual obligations rendered uncertain, and, possibly, unenforceable”.

Sobre este caso vid. McInnis, 1995: 198. En opinión de este autor, como se puede apreciar en este supuesto, el tribunal rechazó la demanda y afirmó que el retraso estaba dentro de la probabilidad comercial y que no había habido un cambio fundamental de las circunstancias. Sin embargo, existe un gran número de casos en los que se ha excusado el cumplimiento del contrato por frustración con base en la “commercial impracticability”. Vid. asimismo McKendrick, 1994: 1123.

<sup>131</sup> [1983], B.L.R., págs. 1 y ss.

visto profundamente alterada como consecuencia del evento frustrante alegado. En la sentencia se hizo referencia expresa al caso *Davis Contractors v. Fareham UCD*.

En conclusión, la doctrina mayoritaria en Inglaterra se muestra hostil respecto a la posibilidad de una doctrina para la liberación del deudor con base en la “impracticability”. De hecho, no existe ningún caso en el que se haya liberado al deudor según esta doctrina y los argumentos *obiter dicta* de la jurisprudencia demuestran la aversión de los tribunales frente a la misma<sup>132</sup>.

#### 3.4. La “frustration of contract”: análisis jurisprudencial. Requisitos para su aplicación.

En el Derecho anglosajón podríamos decir que la “frustration of contract” es el opuesto de la “impracticability”<sup>133</sup>. En los casos de imposibilidad se produce la liberación del contrato porque el evento sobrevenido ha hecho imposible la entrega de la cosa o la prestación del servicio, mientras que en los supuestos de “impracticability” no existe imposibilidad, sino que el deudor alega que el coste de entregar la cosa o de prestar el servicio se ha visto incrementado de tal forma que se debe poner fin al contrato. Por otra parte, en los casos de “frustration” es normalmente el receptor de la cosa o del servicio el que invoca la liberación del contrato, ya que la prestación de su contraparte se ha convertido en una prestación carente de utilidad, sin que su propia prestación de pago de una determinada cantidad de dinero haya devenido imposible.

Sin embargo, los tribunales muchas veces no distinguen claramente entre la “impracticability” o la “frustration” en la decisión de los litigios.

##### 3.4.1. Distintos grupos de casos dedicados por la jurisprudencia angloamericana.

---

<sup>132</sup> Treitel, 1994: 265. Muchas veces los tribunales entienden que el vendedor ha asumido expresamente el riesgo al estipular un precio fijo en el contrato. Incluso es posible que el incremento de los precios no sea una circunstancia imprevisible.

**a. “Casos del Canal de Suez”.**

Por ejemplo, esta confusión se puede apreciar en uno de los “Casos del Canal de Suez”: *Ocean Tramp Tankers Corp. v. V/O Soufracht (The Eugenia)*<sup>134</sup>. El supuesto de hecho de este caso es el siguiente: una empresa soviética celebró un contrato con el dueño de la nave “Eugenia” para que transportase acero desde el Mar Negro hasta la India. El contrato se negoció en el verano de 1956 momento en el que ambas partes fueron conscientes de la posibilidad del cierre del Canal de Suez. En consecuencia, incluyeron una cláusula en el contrato en cuya virtud el precio del transporte se había de fijar en función de la capacidad del barco y del tiempo de duración del transporte. Con este tipo de cláusula se atribuye el riesgo del posible cierre del Canal sobre el dueño de la mercancía. Como consecuencia del cierre del Canal, el dueño de la carga alegó la frustración del contrato, ya que este acontecimiento suponía un incremento sustancial de la cantidad que debía pagar, puesto que el precio se había estipulado en función del tiempo de duración del viaje. Precisamente este caso se diferencia del resto de casos dentro del grupo de los “Suez Cases” en que es el dueño de la mercancía y no el transportista el que alega la frustración del contrato. Sin embargo, este argumento fue rechazado del mismo modo que lo fue en el resto de casos, ya que en opinión del tribunal, la diferencia entre las dos rutas no era lo suficientemente importante como para liberar a las partes del cumplimiento del contrato, además de que la carga no era de naturaleza percedera, con lo que no sufriría perjuicios al incrementarse la duración del viaje.

Este caso se hubiese juzgado por los tribunales americanos como un caso de “commercial impracticability” y no como un caso de “frustration”.

**b. “Casos de la Coronación”.**

---

<sup>133</sup> Treitel, 1994: 281.

<sup>134</sup> [1964] Q.B., págs. 226 y ss.



Así como la “commercial impracticability” tiene un origen claramente americano (y que los tribunales ingleses son reacios a aceptar), la doctrina de la “frustration” es de creación inglesa, tiene su origen en los llamados “Coronation Cases” y ha sido muy criticada por la doctrina americana hasta el punto de que se la ha considerado como una doctrina insostenible<sup>135</sup>.

Entre los casos de la Coronación más relevantes se encuentran los siguientes: En el caso *Chandler v. Webster*<sup>136</sup> las partes contratantes habían celebrado un contrato de arrendamiento de una habitación para presenciar la coronación de Eduardo VII. Según el contrato, la renta fijada era £ 141, 15 pagaderas antes de que la procesión tuviese lugar. El demandante pagó al demandado £ 100, pero antes de que hubiese pagado la totalidad del precio se canceló el evento como consecuencia de la enfermedad del rey. El arrendatario interpuso demanda reclamando la devolución de lo pagado y el demandado solicitó que se le pagase la totalidad del precio acordado. El tribunal desestimó la demanda y obligó al demandante a pagar la totalidad del precio restante. A juicio del tribunal, solamente existe una pérdida total de la “consideration” si el contrato es inválido *ab initio*. Sin embargo, el demandante no hubiera tenido que pagar la diferencia si el pago hubiera sido exigible después del evento que dio lugar a la frustración.

Por otro lado, en el caso *Krell v. Henry*<sup>137</sup> el demandante era propietario de algunas habitaciones en Pall Mall desde donde se divisaba la ruta que la procesión de la Coronación iba a seguir el 26 y 27 junio 1902. El demandante aceptó que el demandado poseyese las habitaciones para presenciar la Coronación a un precio de £ 75, £ 25 de las cuales se pagaron como depósito en el momento de la celebración del contrato. La Coronación no tuvo lugar como consecuencia de la enfermedad del rey. El tribunal de instancia estimó que el demandado tenía derecho a que se le restituyesen los £ 25 entregados como depósito. El demandante apeló.

El tribunal de apelación se planteó la cuestión acerca de si se ha introducido en el Derecho inglés el principio del civil law, según el que: “según la naturaleza del

---

<sup>135</sup> Treitel, 1994: 286. Sobre la escasa influencia de la doctrina de la “frustration” en el Derecho americano cfr. Hay, 1964: 245 y ss.

<sup>136</sup> [1904], 1 K.B., págs. 493 y ss.

contrato parece que las partes han sabido desde el principio que no se podría cumplir a menos que en el momento del cumplimiento continuase existiendo una situación determinada, de manera que esa situación se haya convertido en el fundamento de lo que se debe hacer, es decir, que existe una cláusula implícita según la que las partes deben verse excusadas del cumplimiento en el caso de que, antes del cumplimiento, éste deviniese imposible como consecuencia del perecimiento de la cosa sin culpa del deudor”.

En opinión del tribunal, no hay que tener en cuenta simplemente los términos del contrato, sino también las circunstancias que rodean a ambas partes contratantes, que es la sustancia del contrato y después responder a la pregunta de si el contrato necesita para su fundamentación la existencia de un particular estado de cosas. En este último caso no habrá infracción contractual. Concluye el tribunal que en el caso enjuiciado el uso de las habitaciones se cedió y se aceptó con el propósito de presenciar las procesiones reales. Se trataba de una licencia para usar las habitaciones para un determinado propósito y no para otro. Además, las partes no tuvieron en cuenta la posibilidad de que la coronación no fuese a tener lugar en los días señalados.

En este caso puesto que las habitaciones se ofrecieron y se aceptaron por su particular situación, la contemplación de la coronación era el fundamento del contrato. Sin embargo, cada caso debe juzgarse de acuerdo con sus circunstancias. En los casos de frustración del fin del contrato, teniendo en cuenta todas las circunstancias que rodean el asunto, se debe dar respuesta a una serie de cuestiones: ¿cuál fue el fundamento del contrato?, ¿se impidió el cumplimiento del contrato?, ¿el evento que impide el cumplimiento del contrato es de tal carácter que no se puede razonablemente decir que haya sido contemplado por las partes en el momento de su celebración?. Si estas cuestiones se responden afirmativamente, se debe admitir la frustración del contrato. Este test parece estar encaminado a determinar si las circunstancias que causan la imposibilidad pudieron haber sido previstas por las

---

<sup>137</sup> [1900-3] All E.R., págs. 20 y ss.

partes y en consecuencia, éstas podrían haberse prevenido frente a ellas. El tribunal desestimó la apelación<sup>138</sup>.

Distinto es el fallo en el caso *Herne Bay Steam Boat Co. v. Hutton*<sup>139</sup>, cuyo supuesto de hecho es el siguiente: se había celebrado un contrato de arrendamiento de un barco con el propósito de presenciar la Revista Naval en Spithead el 28 de junio para celebrar la Coronación del rey. De nuevo el evento se canceló como consecuencia de la enfermedad del monarca y los arrendadores reclamaron el pago de £ 200 por el alquiler del barco. El arrendatario reclamó que se le restituyesen los £ 50 que había pagado como depósito. La pretensión del arrendatario fue estimada en primera instancia. El arrendador interpuso recurso de apelación, que fue estimado.

El demandado arrendó el barco para transportar a un grupo de personas a presenciar la Revista Naval, así como a la Isla de Wight. En opinión del tribunal, la cancelación de la revista no parece que provoque la frustración de tal propósito. El caso no presenta ninguna diferencia con aquel en el se toma un taxi para ver las carreras en “Epsom” y por alguna razón, como una enfermedad contagiosa o una posible riada, las carreras se cancelan, el que tomó el taxi continúa obligado a pagar al taxista. Del mismo modo, en el caso *Herne Bay Steam Boat Co. v. Hutton* no se

---

<sup>138</sup> Según Cheshire et alii (1991: 569) similar al caso *Krell v. Henry* es el caso *Tatem Ltd. v. Gamboa* [1938] 3 All E.R., págs. 135 y ss. En junio de 1937 los demandantes pusieron a disposición del Gobierno de la República española un barco por un periodo de 30 días, a contar desde el 1 de julio, con el propósito de evacuar civiles desde los puertos del norte de España hasta Francia. El precio del arrendamiento era de £ 250 por día hasta la restitución del barco. Este precio triplicaba al normal para barcos de tal naturaleza que no fuesen empleados en puertos españoles. Después de un primer viaje, en el que no se plantearon problemas, el barco fue confiscado por los nacionales el 14 de julio y detenido en Bilbao hasta el 7 de septiembre, fecha en la que fue liberado y entregado el 11 de septiembre a los demandantes. El alquiler se había pagado por adelantado hasta el 31 de julio. El gobierno rehusó el pago por aquellos días en los que el barco estuvo confiscado con fundamento en la frustración del fin del contrato. Los arrendadores interpusieron demanda que fue desestimada. El tribunal eximió de responsabilidad al Gobierno de la República.

En opinión de los autores citados (1991: 575), si el estallido de una guerra o una interferencia gubernamental pone fin al contrato depende de las circunstancias del caso. La cuestión de si la interrupción será definitiva convirtiendo el cumplimiento del contrato en impracticable debe valorarse por los tribunales a la luz de las circunstancias existentes en el momento en el que ocurrió. En este sentido, se trata de analizar qué es lo que hubiese decidido un hombre razonable teniendo en cuenta las circunstancias que se daban en aquel momento.

<sup>139</sup> [1900-3] All E.R., págs. 627 y ss.

puede decir que el demandado quedaría liberado de su obligación, ya que según el tribunal, el acontecimiento de la Revista Naval no era el fundamento del contrato<sup>140</sup>.

**c. “Black-out cases”.**

Otro grupo de casos en relación con la frustración del contrato son los llamados “Black-out cases”, algunos decididos por los tribunales americanos como el *20 th Century Lites v. Goodman*<sup>141</sup> en el que las partes habían celebrado un contrato de arrendamiento de un cartel iluminado en Los Ángeles. El objeto del anuncio era señalar un restaurante de carretera que se encontraba en una calle lateral. La duración del contrato era de tres años a contar desde el 3 de septiembre de 1941. El 7 de diciembre de 1941 se produjo el ataque japonés en Pearl Harbor lo que provocó el estallido de la guerra entre EEUU y Japón. El 5 de agosto de 1942 se aprobaron las “black-out regulations” en la costa oeste de Estados Unidos que no fueron abolidas hasta 1943. Estas normas prohibían que se encendieran señales luminosas o farolas durante la noche. El arrendador interpuso demanda exigiendo el pago de las rentas, que fue desestimada por el tribunal debido a la frustración del fin del contrato. El demandante alegó que se había producido una frustración solamente parcial, ya que la señal permanecía visible durante el día, aunque no iluminada y además se podría haber encendido durante el día, pues esto no lo prohibía la ley. Pero el tribunal rechazó este argumento, ya que en la práctica la señal no se iluminó durante el día y ese uso no era el propio de un cartel iluminado según los términos del contrato (otra hubiera sido la solución si en el contrato se hubiese expresado más de un uso).

---

<sup>140</sup> Según Brownsword (1993: 247), la diferencia de este caso con el *Krell v. Henry* no es simplemente de grado, sino que es cualitativamente distinto. Hay que tener en cuenta que Hutton es un hombre de negocios de Southampton que alquila el barco no por su propio placer, sino para obtener un beneficio. El remedio de la frustración no puede aplicarse en aquellos casos en los que uno de los contratantes sufre una pérdida de tipo económico (así se establece expresamente en el caso *David Contractors Ltd. v. Fareham Urban District Council*). En su opinión, es posible un tratamiento jurídico distinto de aquellos casos en los que interviene un consumidor de aquellos otros en los que interviene un comerciante.

<sup>141</sup> [1944] P., págs. 149 y ss.

#### **d. Casos sobre la prohibición de consumo de alcohol.**

Otro grupo de casos de frustración del fin son los relativos a la prohibición de consumo de alcohol en los EEUU en 1920. Existen dos grupos de supuestos, unos en los que los locales se debían emplear solamente para la venta de licor. Por ejemplo, en el caso *Industrial Development and Land Co. v. Goldschmidt*<sup>142</sup> según el contrato el arrendatario iba a ocupar el local para instalar un negocio de venta de bebidas alcohólicas, de modo que cuando se promulgó dicha normativa, el arrendatario quedó liberado de su obligación de pagar las rentas como consecuencia de la frustración del contrato.

En el segundo de los grupos de casos, además de la venta de bebidas se prevén otros usos en el contrato, por ejemplo, en el caso *Grace v. Croninger*<sup>143</sup>, se contempló en el contrato la posibilidad de vender tabaco. En consecuencia, el arrendatario no se liberó de su obligación porque en el contrato se había estipulado un uso añadido al de la venta de alcohol. La cuestión de si un supuesto en concreto cae dentro de uno o de otro caso depende de cómo se haya construido el contrato. Por ejemplo, en el caso *Doherty v. Monroe Eckstein Brewing Co.*<sup>144</sup> el contrato decía que el único negocio a que se podía destinar el local era de “saloon business”, de manera que se había producido una frustración del contrato cuando este uso ya no era posible. El tribunal rechazó la sugerencia de que el negocio “saloon” pudiera llevarse a cabo vendiendo bebidas no alcohólicas y otros productos como tabaco.

#### **e. Casos sobre prohibiciones de importación/exportación.**

Otro grupo de supuestos de frustración del fin del contrato tienen su origen en prohibiciones de exportación o importación. En estos casos, el comprador intenta exportar desde o importar a un determinado país y después de la celebración del contrato, bien en el país de origen, bien en el país de destino se dictan normas que

---

<sup>142</sup> [1922], P., págs. 134 y ss.

<sup>143</sup> [1966], P., págs. 55 y ss.

prohiben la importación o la exportación. Los tribunales normalmente suelen rechazar la liberación del comprador como consecuencia de la frustración del fin del contrato.

La prohibición de exportación se prohíbe en el país de origen de la mercancía en el caso *D. McMaster & Co. v. Cox McEuen & Co.*<sup>145</sup>. En este caso las partes habían celebrado un contrato para la venta de yute que debía entregarse en Dundee. El comprador pretendía exportar la mercancía, fin que se vio frustrado como consecuencia de la prohibición de exportación sin licencia, dada la situación de guerra que se daba. Esta licencia no pudo obtenerse. El tribunal de apelación estimó que no se debía producir la liberación del contrato, ya que el comprador podría haber destinado la mercancía para la venta en su propio país.

En el caso *Amtorg Trading Corp. v. Miehle Printing Press & Manufacturing Co.*<sup>146</sup> una empresa americana vendió máquinas de imprenta a unos compradores soviéticos que se debían entregar en Milwaukee, conociendo los vendedores que los compradores pretendían exportar las piezas a la URSS. Después de la conclusión del contrato, la legislación de EEUU prohibió la exportación de las piezas si no se obtenía licencia, que fue denegada. El tribunal desestimó la liberación de las partes de sus obligaciones contractuales, a pesar de que el principal propósito del comprador de exportar las mercancías se había frustrado. La prohibición había dejado abierta al comprador la posibilidad no sólo de vender los bienes en el mercado americano, sino también de exportarlos a otros destinos. Ello incluso en el caso en el que el vendedor conocía el propósito del comprador de exportar los productos.

En el caso americano *Baetjer v. New England Alcohol Co.*<sup>147</sup> las partes litigantes habían celebrado un contrato de compraventa de melaza que debía entregarse en Puerto Rico, el comprador pretendía importar la mercancía a los EEUU y el vendedor conocía esta intención. En el contrato se estipuló expresamente que no se pondría fin al contrato en el caso de que las autoridades de EEUU prohibiesen la importación de tales productos sin licencia, que efectivamente no llegó a obtenerse. El tribunal desestimó la frustración del contrato a pesar de que el vendedor conocía

---

<sup>144</sup> [1929], N.Y.S., págs. 59 y ss.

<sup>145</sup> [1921], S.C., págs. 24 y ss.

<sup>146</sup> [1953], F., págs. 206 y ss.

los propósitos de importación del comprador. Esta misma posición fue defendida en el caso americano *Swift Canadian Co. v. Banet*<sup>148</sup>, donde unos vendedores canadienses se comprometían a entregar piel de oveja a unos compradores americanos en Toronto. El contrato contenía rutas marítimas indicando que las mercancías se iban a enviar a Filadelfia. La prohibición de las autoridades americanas para la importación de tal producto no se consideró razón suficiente para poner fin al contrato. La razón de ello es que el vendedor había cumplido su obligación enviando las mercancías a Toronto, que la indicación de la ruta de las mercancías por barco no había alterado la naturaleza de la obligación de entrega y que la prohibición de importación americana no impedía al comprador enviar las mercancías a otros destinos.

A una solución parecida se llegó en el caso *Cogimex, etc., SARL v. Tradax Export*<sup>149</sup>, quizá el caso más extremo dentro de este grupo. La cuestión en este caso era si se debía estimar la frustración del contrato de compraventa de comida de soja “cif” Lisboa, por un cambio en la política gubernamental portuguesa como resultado de la que se había denegado la licencia necesaria para importar bienes a Portugal. El contrato se regía por la ley inglesa, el pago se debía hacer en New York, y en Lisboa se realizarían pruebas de peso y calidad para la fijación del precio final. El tribunal decidió que no se había producido frustración del contrato, ya que el cumplimiento no había devenido ni imposible ni ilegal, la actividad de peso y determinación de calidad no estaba prohibida por las leyes portuguesas, además de que los compradores podrían haber optado por enviar la mercancía a otros países, por ejemplo, a Francia. De acuerdo con un contrato cif, el vendedor está obligado a poner las mercancías a bordo del barco bajo un contrato de fletamiento, haciendo lo necesario para su transporte al punto de destino especificado en el contrato de compraventa, pero sin que esté obligado a que la mercancía efectivamente llegue a tal destino. Una vez que las mercancías han sido cargadas y enviadas, el vendedor no tiene ningún interés en lo que pase con ellas posteriormente, esto incumbe solamente al comprador. En opinión del tribunal, simplemente se vio frustrado el propósito del comprador de

---

<sup>147</sup> [1946], N.E., págs. 60 y ss.

<sup>148</sup> [1955], F., págs. 224 y ss.

importar los bienes a Portugal. Un contrato “cif” no se ve frustrado únicamente porque el propósito del comprador de importar los bienes a un determinado país, diferente al de destino indicado en el contrato, se haya visto impedido como consecuencia de una prohibición de importación impuesta en ese otro país. Además si un comprador portugués hubiese comprado comida de soja “cif” Rotterdam con la intención de importarla a Portugal, no se produciría liberación del contrato si las autoridades portuguesas prohibiesen la importación<sup>150</sup>.

En los casos analizados hasta ahora en cuanto a las prohibiciones de importación o exportación no se imponía a las partes la obligación de exportar bienes desde o importarlos a un determinado país. Si se hubiera impuesto tal obligación los resultados hubieran sido diferentes. Por ejemplo, si en el caso *Amtorg* en el contrato se hubiese estipulado que los bienes habían de entregarse en Odessa (en vez de en Milwaukee) en estos casos las partes se hubiesen liberado del cumplimiento de sus obligaciones no por frustración del fin del contrato, sino por sobrevenir ilegalidad. Esta distinción presenta dificultades en el caso de que la obligación no se contemple expresamente en el contrato, pero se pueda considerar como incluida de modo tácito. Por ejemplo, en el caso *Edward Grey v. Tolme & Runge*<sup>151</sup> se había celebrado un contrato de compraventa de azúcar “fob” Hamburgo, teniendo el comprador la opción de almacenar el azúcar en vez de distribuirla. El 31 de julio de 1914 las autoridades alemanas prohibieron la exportación de azúcar y la guerra entre los dos países estalló el 4 de agosto. Los tribunales estimaron la liberación del contrato sobre la base de que se había comprado azúcar para exportar en ese país y la exportación devino ilegal según la ley alemana. Sin embargo, el comprador tenía la posibilidad de almacenar el azúcar (en el fondo quizá el tribunal está pensando que mantener el contrato hubiera supuesto negociar con el enemigo).

---

<sup>149</sup> [1979], Lloyd's Rep., págs. 687 y ss.

<sup>150</sup> Estos supuestos difieren del decidido por el BGH en la sentencia ya analizada en este trabajo de 8 febrero 1984 (JuS 1986, 272) en cuya virtud una empresa alemana se comprometía a suministrar cerveza a Irán según un contrato “cif”. El tribunal adaptó el contrato a las nuevas circunstancias teniendo en cuenta que había tenido lugar una desaparición de la base del negocio. En opinión de Treitel (1994: 310) el caso se puede explicar quizá por la severidad de la penalización (pena de muerte por el consumo de alcohol), o también es posible que la doctrina alemana de la base del negocio sea más flexible y permita una amplia gama de remedios frente a la doctrina anglosajona de la frustración del fin del contrato.

<sup>151</sup> [1915] T.L.R., págs. 551 y ss.



**f. Casos sobre compraventa de bienes para determinada finalidad.**

Otro grupo de supuestos de frustración del fin del contrato viene constituido por la intención del comprador de destinar los terrenos a un uso determinado que se ve impedido como consecuencia de un cambio de la normativa administrativa. Por ejemplo, este argumento es empleado en el caso antes citado de *Amalgated Investment*. En estos supuestos sin embargo, el propósito que se alega como frustrado es el del comprador solamente, esto los diferencia de los casos de la Coronación en los que el propósito frustrado se considera que es el de ambas partes.

Por ejemplo, en el caso *Brisbane City Council v. Group Projects Pty Ltd.*<sup>152</sup>, un contratista celebró un contrato con un ente de Derecho público en cuya virtud aquél se comprometía a realizar en favor de éste determinadas obras a cambio de que se le concediesen los permisos oportunos para la construcción de un área residencial en un terreno de su propiedad. Con posterioridad, dichos terrenos fueron expropiados con lo que el contratista fue liberado de su obligación de realizar las obras. Dos de los cinco miembros del tribunal consideraron que en el supuesto se podía apreciar frustración del fin del contrato basando sus razonamientos en parte en los Casos de la Coronación. Este razonamiento sin embargo, tropieza con la dificultad de que no existe un propósito común a ambas partes, sino el de una de ellas y este requisito no se considera como suficiente para la liberación. Los otros tres miembros basaron su decisión en que el contratista fue liberado por la pérdida de una condición precedente, más que por un evento sobrevenido.

Por otro lado, los tribunales americanos insisten en la idea de que aquellos acontecimientos que simplemente reducen los beneficios esperados del contrato no son supuestos de frustración del fin del contrato. Por ejemplo, no se produce frustración del fin del contrato de concesión de licencia para establecer una parada de taxis en la puerta de un restaurante cuando éste no obtiene la renovación del permiso

---

<sup>152</sup> [1979] 145 C.L.R., págs. 143 y ss.

para abrir durante la noche (caso *Abbaye v. U.S. Cab Co.*<sup>153</sup>); tampoco en el contrato de compraventa de un restaurante cuando el bar que se encontraba en las proximidades cierra con el resultado de que se reduce el número de clientes (caso *Downing v. Stiles*<sup>154</sup>). Esta misma tendencia se puede observar en la decisión de la “House of Lords” en el caso *National Carriers Ltd. v. Panalpina Ltd*<sup>155</sup>. Este caso es importante porque antes de su resolución se pensó que la doctrina de la frustración no podía aplicarse a un derecho real (real estate) por el carácter imperturbable de la tierra. En este caso “National Carriers Ltd.” había arrendado un almacén de mercancías. Las autoridades cortaron durante 18 meses la calle a la que tenía acceso el mencionado almacén debido al estado ruinoso de un edificio. El arrendamiento se pactó por un plazo de 10 años. El tribunal decidió que la doctrina de la frustración se podía aplicar al arrendamiento en circunstancias excepcionales, pero no en este caso porque el contrato se había estipulado para 10 años y la calle solamente estuvo cortada 18 meses. Existía una frustración temporal antes que una imposibilidad temporal. No era imposible para el propietario poner a disposición del arrendatario el local, tampoco era imposible para el arrendatario pagar la renta, simplemente el uso previsto para el local se había visto interrumpido.

La doctrina de la liberación del contrato debido a “frustration” ha sido aplicada a un gran número de casos de naturaleza variada por los tribunales americanos. Lo que viene a demostrar que el ámbito de aplicación de dicha doctrina es más amplia en el Derecho americano que en el Derecho inglés. Una prueba de ellos son los casos “black-out”.

#### 3.4.2. Conclusiones: requisitos para la aplicación de la doctrina de la “frustration of contract”.

En conclusión, la doctrina de la liberación del cumplimiento de las obligaciones en virtud de la frustración se reconoce tanto en el Derecho americano como en el

---

<sup>153</sup> [1911] 128 N.Y.S., págs. 697 y ss.

<sup>154</sup> [1981] P., págs. 808 y ss.

<sup>155</sup> [1981] A.C., págs. 675 y ss.

Derecho inglés, siendo los tribunales de ambos países conscientes del peligro que tal principio puede tener en relación con el principio “pacta sunt servanda”. Estos recelos se pueden encontrar en los comentarios críticos frente a los casos de la Coronación, ya que los autores defienden que la doctrina de la liberación debido a frustración no debería aceptarse en los Estados Unidos. Los tribunales ingleses quizá han sido más conscientes del peligro que los tribunales americanos. Aunque la doctrina se inicia en Inglaterra con los casos de la coronación, prácticamente no ha sido aplicada desde entonces. La mayor parte de las aplicaciones de esta doctrina se pueden encontrar en casos americanos (incluso existen más sentencias sobre frustración que sobre “commercial impracticability”). Ello demuestra que el principio “pacta sunt servanda” y la certeza en las relaciones jurídicas es un valor más importante para los tribunales ingleses que para los tribunales americanos.

Las semejanzas entre la doctrina de la frustración y de la “commercial impracticability” residen en que cada una de ellas opera en circunstancias que se aproximan a la imposibilidad y puesto que estas circunstancias no son fácilmente definibles, cada una de ellas conlleva cierta inseguridad poniendo en peligro el principio de libertad contractual<sup>156</sup>. Como hemos visto, esta confusión entre ambas figuras se refleja en la práctica jurisprudencial.

El propósito principal de la doctrina de la frustración es el de facilitar un modo adecuado de distribuir los riesgos derivados de acontecimientos sobrevenidos entre las partes contratantes en el caso de que las mismas no lo hayan hecho expresamente mediante la introducción de cláusulas contractuales expresas o tácitas (puede ser un indicio a la hora de distribuir el riesgo las cláusulas de fijación del precio) en el contrato<sup>157</sup>.

---

<sup>156</sup> Treitel, 1994: 314 y ss.

<sup>157</sup> Treitel, 1994: 457 y ss. En opinión de McKendrick (1994: 1129), el hecho de que las partes hayan previsto el acontecimiento, pero no hayan hecho referencia al mismo en el contrato normalmente, pero no de modo necesario, excluirá la aplicación de la doctrina de la frustración del contrato cuando tal acontecimiento tenga lugar. Se tratará de realizar una labor de construcción del contrato (“construction of contract”) para averiguar si las partes pretendieron con su silencio que el contrato debía continuar cumpliéndose o no. Esta opinión es compartida por Cheshire et alii (1991: 579) según quienes, cuando las partes hacen referencia expresa en el acuerdo al evento sobrevenido se trata de llevar a cabo una operación de construcción del contrato para averiguar si tal previsión pretende ser una solución total, aplicable a cualquier forma que tal contingencia pueda adoptar. Por otro lado, según Collins (1997:

Por lo tanto, uno de los requisitos para la aplicación de la doctrina de la “frustration” es la imprevisibilidad del cambio de circunstancias<sup>158</sup>. Además, para que se aplique tal remedio es necesario que la parte que lo alega no tenga ningún control sobre el cambio de circunstancias, así como que no haya sido esta parte la que con su comportamiento negligente haya provocado tal situación (requisito de la inimputabilidad)<sup>159</sup>.

#### **a. Requisito de la imprevisibilidad.**

Respecto del requisito de la imprevisibilidad se puede ver el caso *Wong Lai Ying and Investment v. Chinachem Investment Ltd*<sup>160</sup>. Los antecedentes de hecho son los siguientes: las partes habían celebrado un contrato de compraventa de pisos en construcción. Según los términos del contrato “Chinachem”, en cuanto promotor y constructor estaba obligado a terminar los pisos en un período de 18 meses después de tomar posesión del inmueble. “Wong”, un comprador, pagó por anticipado como depósito la totalidad del precio de compra. Siete meses después de haber obtenido permiso de edificación y de realizar los primeros trabajos tuvo lugar un cambio de circunstancias que obstaculizó la realización de los trabajos. Se revocó el permiso de obras en los tres meses siguientes y se tardó aproximadamente un año y medio en conseguir un nuevo permiso. De hecho, debido a la inestabilidad de la zona no se continuaron los trabajos hasta tres años y medio después. En el contrato se había incluido una cláusula en la que se permitía un retraso en la construcción hasta 365 días de acuerdo con una serie de factores. La cláusula 22 fue decisiva para resolver el

---

273), allí donde las partes guardan silencio acerca de la existencia de un determinado riesgo, es la parte sobre la que recae la pérdida la que ha asumido tal riesgo.

<sup>158</sup> Según Brown et Chandler (2001: 222), la cuestión central de la doctrina de la “frustration” consiste en averiguar si el evento que provoca la frustración fue previsto por alguna de las partes en el contrato. En este caso, dicha parte no podrá invocar la aplicación de tal doctrina. En relación con la previsibilidad como límite a la aplicación de la doctrina de la frustración cfr. Elliott et Quinn, 2001: 223.

<sup>159</sup> Treitel, 1994: 473; Elliott et Quinn, 2001: 224; Upex, 1995: 227; Cheshire et alii, 1991: 579-580. Según McKendrick (1994: 1130-1131), la parte que culpablemente ha causado la frustración del contrato será incapaz de invocar la frustración para liberarse del deber de cumplimiento, entre otras razones, porque le será imposible demostrar la existencia de un evento sobrevenido que está fuera de su esfera de control.

caso “Se conviene que pese a lo convenido (...) si se producen determinados acontecimientos que escapen al control del vendedor de manera que deviene incapaz de vender, el vendedor será libre de rescindir el contrato (...)”. Los compradores demandaron el cumplimiento del contrato mientras que el vendedor alegó que se había producido frustración del mismo. Los tribunales de primera y segunda instancia estimaron que se debía poner fin al contrato como consecuencia de la frustración. Sin embargo, el tribunal de apelación se planteó si la cláusula 22 permitía o no llegar a tal resultado. Se llegó a la conclusión que dicha cláusula no era aplicable.

En el contexto de la previsibilidad el caso demuestra que incluso en el supuesto en el que existe una previsión contractual para un determinado evento nunca debe construirse de modo tan estricto que no comprenda la alteración que ha tenido lugar. Respecto de este caso se debe destacar que se trataba de un contrato de construcción y que el riesgo de la construcción lo soporta el constructor hasta la terminación de la obra. Además, se debe tener en cuenta que el lugar de cumplimiento era Hong Kong donde es razonable presumir un cambio de la situación socio-política.

#### **b. Requisito de la inimputabilidad.**

En relación con el requisito de la inimputabilidad del cambio de circunstancias a las partes para que se estime la frustración resulta ilustrativo el caso *J.Lauritzen AS v. Wijsmuller BN (The Super Servant Two)*<sup>161</sup>. Los antecedentes de hecho de este caso son los siguientes: en julio de 1980 las partes celebraron un contrato de compraventa según el que los demandados se comprometieron a transportar una torre de perforación (“the Dan King”) comprada por los demandantes, desde Japón hasta un

---

<sup>160</sup> [1979], B.L.R., págs. 81 y ss.

<sup>161</sup> [1990] 1 Lloyd’s Rep., págs 1 y ss. Vid. el comentario de esta sentencia realizado por Mckendrick, 1990, 153 y ss. Según este autor, el caso contiene un gran número de elementos en cuanto a la aplicación de la doctrina de la “frustration”. El caso *Denmark Productions Ltd. v. Boscobel Productions Ltd.* [1969] 1 Q.B., págs. 699 y ss., es el que mejor ilustra lo que significa la culpa en el ámbito de la frustración. La esencia de dicha doctrina es que está causada por algunos acontecimientos imprevistos sobre los que las partes no tienen ningún tipo de control y en consecuencia, de los que no son responsables. Dicha doctrina no se puede aplicar en aquellos casos en los que el acontecimiento en cuestión está dentro de su esfera de control, tampoco en aquellos supuestos en los que una de las partes tenía un deber contractual de prevenir que ocurriese el evento que da lugar a la frustración.

lugar en las afueras de Rotterdam. Los demandados disponían de dos remolques semi-sumergibles que podían usar para el transporte. La entrega de la torre se había de realizar entre 20 Junio y 20 Agosto 1981. El 29 de junio 1981 uno de los barcos que pertenecían al demandado (“Super Servant Two”) se hundió mientras estaba siendo usado en otro de los encargos realizados al demandado, de manera que el 16 de febrero de 1981 los demandados decidieron que no podrían cumplir el contrato con el otro barco alegando frustración del contrato. Alternativamente alegaron que la pérdida del barco estaba incluida dentro de la cláusula “force majeure” que le facultaba para cancelar el contrato si se daban ciertas eventualidades. En primera instancia se falló en favor de los demandantes, los demandados apelaron. En opinión del tribunal, ciertas afirmaciones están fuera de toda duda: 1) La doctrina de la frustración se desarrolló para mitigar el rigor de la insistencia del common law en el cumplimiento exacto del contrato. El objeto de la doctrina es el de dar efectividad a las demandas de justicia y conseguir un resultado justo y razonable, lo que resulta adecuado como expediente para escapar a la injusticia que se derivaría de reforzar el cumplimiento de un contrato en sus términos literales después de un cambio significativo de las circunstancias. 2) Como el efecto de la frustración es poner fin al contrato y liberar a las partes de cualquier responsabilidad derivada de éste, la doctrina de la frustración no se debe invocar ligeramente, debe mantenerse dentro de unos límites estrictos no susceptibles de extensión. 3) La frustración provoca el fin inmediato del contrato. 4) La esencia de la frustración es que no ha de deberse a una actuación de la parte que la invoca, el evento que la provoca debe ser ajeno o debe tratarse de un cambio extraño de la situación. 5) El evento que la provoca debe tener lugar sin culpa de la parte que la invoca. En este caso el tribunal estimó que el contrato no se había frustrado, básicamente porque el evento que provocó la frustración se produjo como consecuencia de un acto de la parte que pretende liberarse del cumplimiento mediante la aplicación de tal doctrina. El evento que produce la frustración debe tener lugar, por definición, sin culpa de la parte que trata de liberarse del cumplimiento.

En el supuesto enjuiciado para que se hubiese estimado la frustración del contrato hubiese sido necesario que en el contrato se estipulase el transporte por el “Super Servant Two” sin alternativa y que el barco se hubiese perdido antes del

momento del cumplimiento sin culpa alguna del deudor. Pero este no es el caso, ya que el transporte se debía realizar en cualquier nave que sirviese al efecto.

De la sentencia se puede extraer que un evento no es sobrevenido si ocurre dentro del ámbito de control de una de las partes y no es uno de los riesgos que se presentan en la vida diaria<sup>162</sup>. En este sentido, se propone el siguiente ejemplo: si un cantante de ópera sufre un catarro, siempre que no sea de modo imprudente, (se trata de uno de los riesgos de la vida diaria, “life’s hazards”) y por ello, es incapaz de cumplir el contrato con un empresario, quedaría liberado de su obligación como consecuencia de la frustración del fin del contrato. Por otro lado, si el cantante de ópera no puede cantar porque su voz se estropeó cuando estaba cantando para otro empresario (un acontecimiento que está dentro de la esfera de control del cantante), no se estimaría la frustración, porque el deudor debe responder del cambio de circunstancias.

### 3.5. Consecuencias jurídicas de la “frustration” en el Derecho anglosajón.

#### 3.5.1. Introducción.

En el Derecho anglosajón, el propósito de la doctrina de la frustración es encontrar un modo satisfactorio de distribuir la pérdida causada por el evento que la provoca. Además, la mencionada doctrina debe aplicarse restrictivamente, ya que representa una excepción al principio “pacta sunt servanda”. Si existe previsión contractual expresa en el contrato se debe excluir el remedio de la frustración, puesto que el contrato ya aporta fórmulas para remediar los efectos que sobre el mismo tendría un cambio de circunstancias. Aunque también es posible que, pese a no existir previsión expresa en el contrato, se infiera del reparto del riesgo de la transacción en su conjunto.

---

<sup>162</sup> En este sentido, cfr. Fridman, 1999: 677.

En opinión de Treitel<sup>163</sup>, mediante la inclusión de cláusulas contractuales expresas, las partes pueden conseguir proporcionar una gran variedad de soluciones intermedias, incluso en el caso de que el contrato se hubiese frustrado. Por ejemplo, en los casos de la Coronación, las partes podrían haber incluido un remedio expreso en el contrato que hubiera excluido las soluciones “all or nothing” (todo o nada) de los tribunales. Una cláusula contractual expresa tiene la ventaja de que aporta fórmulas más flexibles a los problemas de las partes, por ejemplo, si las circunstancias cambian de modo que está fuera del control de la parte que debe prestar un servicio o si la prestación ya no satisface los intereses del acreedor, es posible que las partes hayan incluido una cláusula en el contrato en cuya virtud éste tenga derecho a una parte de la contraprestación estipulada (no necesariamente una indemnización por los gastos que haya debido soportar).

Sin embargo, a veces los tribunales interpretan de modo estricto dichas cláusulas para aplicar la doctrina de la frustración cuando lo estiman oportuno en el caso concreto. Por ejemplo, en el caso *Empresa exportadora de azúcar v. Industria Azucarera Nacional (La Playa Larga)*<sup>164</sup>, las partes habían incluido una cláusula expresa en el contrato que proporcionaba al vendedor de azúcar el derecho a ampliar el plazo de entrega y al comprador el derecho a resolver el contrato en el caso de que se produjera un retraso importante. En este caso, pese a existir previsión expresa en el contrato, los tribunales no descartaron el remedio de la frustración cuando la entrega no pudo realizarse debido a la ruptura de las relaciones diplomáticas y comerciales entre los dos países.

Más allá de una posible restricción en la aplicación de la cláusula, en opinión del autor anteriormente citado, cuando la misma en sus propios términos es capaz de cubrir el evento que ha sucedido, se debe admitir que la liberación se produce según la cláusula y no según la doctrina de la frustración. Esto mismo se desprende de la “Law Reform (Frustrated Contracts) Act” 1943 según la que: “Si a algún contrato al que se aplica esta Ley contiene alguna previsión, que según su verdadera

---

<sup>163</sup> Treitel, 1994: 416. Sobre este tema, vid. asimismo Fridman (1999: 680) para quien no se aplica la doctrina de la frustración si las partes han incluido una cláusula expresa en el contrato, del mismo modo que no es posible “imply a term” cuando existe previsión contractual expresa.

<sup>164</sup> [1983], Lloyd’s Rep., págs. 171 y ss.



construcción, se ha diseñado para tener efecto en el caso de posibles circunstancias que pudieran frustrar el contrato, o incluso están diseñadas para tener efectos independientemente de que tales circunstancias ocurriesen o no, el tribunal aplicará las mencionadas cláusulas y solamente tendrá en cuenta las disposiciones de esta ley si lo considera oportuno”<sup>165</sup>.

### 3.5.2. Problemas derivados de la aplicación de la doctrina de la “frustration of contract”.

En el Derecho inglés la frustración libera a ambas partes de sus deberes legales respecto a lo que reste por cumplir en el momento de la liberación<sup>166</sup>. La liberación es total, automática y puede generar problemas, en el caso de que las partes hayan dado comienzo al cumplimiento de sus obligaciones<sup>167</sup>. Por ejemplo, en el caso *Fibrosa Spolka Akcyjna v. Fairbairn, Lawson, Combe, Barbour Ltd.*<sup>168</sup> el tribunal decidió que se había producido una pérdida total de la “consideration” a pesar de que el contrato era válido *ab initio*, ya que el cumplimiento se había fijado sobre unas bases que han desaparecido. Los hechos sometidos a decisión del tribunal eran los siguientes: una compañía polaca encargó a una compañía inglesa la construcción de una máquina,

---

<sup>165</sup> Sección 2 (3) Where any contract to which this Act applies contains any provision which, upon the true construction of the contract, is intended to have effect in the event of circumstances arising which operate, or would but for the said provision operate, to frustrate the contract, or is intended to have effect whether such circumstances arise or not, the court shall give effect to the said provision and shall only give effect to the foregoing section of this Act to such extent, if any, as appears to the court to be consistent with the said provision.

<sup>166</sup> En el “common law” la frustración no anula el contrato *ab initio*, sino que pone fin al mismo en el sentido de que libera a ambas partes del futuro cumplimiento del contrato: cfr. McKendrick, 1994: 1136; Cheshire et alii, 1991: 586; Upex, 1995: 230 y ss.; Brown et Chandler, 2001: 223; Elliott et Quinn, 2001: 224-228.

<sup>167</sup> Cfr. Grubb, 1999: 1206 y ss. La frustración del contrato libera a las partes del cumplimiento de sus obligaciones. Sin embargo, el cumplimiento parcial del contrato anterior al evento que provoca la frustración no da lugar a reclamación alguna. Si se ha realizado algún trabajo o servicio después del momento en que se produce la frustración, sí que existe derecho de restitución siempre que el demandado acepte los trabajos o los servicios prestados.

<sup>168</sup> [1943], AC págs. 32 y ss. Una solución insatisfactoria respecto a la aplicación de la doctrina de la “frustration” también se puede apreciar en uno de los casos de la Coronación, el caso Chandler v. Webster [1904] K.B., págs. 493 y ss. En este caso el arrendatario se había comprometido a pagar £ 141 antes del momento en que se canceló la procesión, en consecuencia, el tribunal no le liberó de su obligación porque la frustración desarrolla efectos para el futuro, después del momento en que se produce el evento que da lugar a la frustración del contrato.

como pago anticipado entregó £ 1000 libras. Poco después se produjo la ocupación alemana de Polonia, lo que produjo la frustración del contrato. La compañía polaca reclamó la restitución de las £ 1000, la compañía inglesa alegó que ya había realizado buena parte del trabajo en la máquina. En este caso el tribunal consideró que la frustración debía ser total, de modo que si una parte había obtenido algo como consecuencia del contrato, aunque fuese de escasa importancia, no sería posible recuperar el dinero entregado, incluso en el caso de que la cantidad entregada fuese mayor que el valor de lo obtenido por la parte que efectuó el pago. En consecuencia, como en este caso la compañía polaca no había recibido nada, podía recuperar la cantidad entregada. No obstante, esta solución no resultaba satisfactoria para la compañía inglesa, puesto que había realizado determinados trabajos tendentes al cumplimiento del contrato. Estos problemas trataron de resolverse con la Law Reform Frustrated Contracts Act de 1943<sup>169</sup>.

### 3.5.3. La “Law Reform Frustrated Contracts Act”: consideraciones críticas.

De acuerdo con la sección 1ª.1 de la Law Reform Frustrated Contracts Act: Cuando un contrato regido por la ley inglesa ha devenido imposible de cumplir o se ha visto frustrado y como consecuencia de ello, las partes han sido liberadas del cumplimiento, se deben aplicar las normas contenidas en estas dos secciones<sup>170</sup>. En el número 2 de la misma sección se establece: en el caso de que una de las partes haya satisfecho a la otra determinadas cantidades antes del momento de la liberación, la parte que pagó tiene derecho a su recuperación, en otro caso, queda liberada para el futuro. A ello se debe excepcionar el hecho de que la parte a quien se pagó dichas

---

<sup>169</sup> Cheshire et alii (1991: 587 y ss.) analizan la Law Reform Frustrated Contracts Act. Dicha norma amplía la decisión del caso Fibrosa permitiendo la recuperación del dinero anteriormente pagado incluso en el caso de que en el momento de la frustración no se haya producido una pérdida de la “consideration” (Section 1 (2)). En segundo lugar, permite a la parte que ha realizado alguna actividad tendente al cumplimiento del contrato antes del evento frustrante a reclamar cualquier compensación por cualquier beneficio que haya obtenido la otra parte (Section 1 (3)).

<sup>170</sup> 1.- (1) Where a contract governed by English law has become impossible of performance or been otherwise frustrated, and the parties thereto have for that reason been discharged from the further performance of the contract, the following provisions of this section shall, subject to the provisions of section two of this Act, have effect in relation thereto.

cantidades incurriese en gastos antes del momento de la liberación, dicha parte tendría derecho a conservar esas cantidades siempre que no excediesen de los gastos realmente soportados<sup>171</sup>.

Sin embargo, esta norma no ha sido capaz de solucionar todos los problemas en relación con las consecuencias de la “frustration”<sup>172</sup>. La Act de 1943 está diseñada para evitar que una de las partes se enriquezca injustamente a costa de la otra, pero no para distribuir pérdidas derivadas del contrato<sup>173</sup>. La sección I (2) de la Act de 1943 plantea una serie de problemas<sup>174</sup>: en primer lugar, se refiere a las cantidades pagadas o que hubieran devenido exigibles antes del momento de la liberación (antes de que tuviera lugar el evento que produce la frustración). ¿Qué pasa entonces con las

---

<sup>171</sup> (2) All sums paid or payable to any party in pursuance of the contract before the time when the parties were so discharged (in this Act referred to as ‘the time of discharge’) shall, in the case of sums so paid, be recoverable from him as money received by him for the use of the party by whom the sums were paid, and, in the case of sums so payable, cease to be so payable: Provided that, if the party to whom the sums were so paid or payable incurred expenses before the time of discharge in, or for the purpose of, the performance of the contract, the court may, if it considers it just to do so having regard to all the circumstances of the case, allow him to retain or, as the case may be, recover the whole or any part of the sums so paid or payable, not being an amount in excess of the expenses so incurred.

<sup>172</sup> Además existen una serie de contratos excluidos del ámbito de aplicación de la Act (vid. Cheshire et alii, 1991: 590-593): a) Contratos para el transporte de mercancías por mar; b) Contratos de seguro; c) Expresamente se hace constar que no se aplicará a ningún contrato en el que se aplica la Section 7 de la Sale of Goods Act. Según esta última disposición: cuando existe un acuerdo para la compraventa de cosa específica y subsiguientemente los bienes, sin culpa de ninguna de las partes perecen antes de que el riesgo pase al comprador, dicho acuerdo queda anulado. En consecuencia, en este caso, el riesgo lo soporta el vendedor. Tampoco se aplica la Act a cualquier contrato para la venta o entrega de bienes específicos donde el contrato se haya frustrado como consecuencia de la destrucción de los bienes (se entiende que en este caso el riesgo ya ha pasado al comprador).

<sup>173</sup> Esta discusión acerca del propósito fundamental de la Act se puede observar en el caso BP Exploration Co Ltd. v. Hunt, [1982], All E.R., págs. 925 y ss. En Diciembre de 1957, el gobierno libio concedió al demandado una concesión para explotar y extraer petróleo en una zona determinada de Libia. En junio 1960, como el demandado no tenía los medios necesarios, celebró un contrato con el demandante, una compañía de petróleo. Mediante este contrato el demandado se comprometió a realizar las labores de exploración y extracción de petróleo aportando al demandante la mitad de lo obtenido. En diciembre de 1971 el gobierno libio expropió la mitad de la concesión del demandante y en 1973 hizo lo propio con la del demandado. Ambas partes recibieron una compensación inadecuada por la expropiación. El demandante interpuso acción frente al demandado por frustración del contrato reclamando, según la sección I (3) de la Law Reform Frustrated Contracts Act 1943, el beneficio obtenido por el demandado como consecuencia del cumplimiento del contrato realizado por el demandante antes de la frustración. El tribunal de instancia estimó la demanda, el tribunal de apelación desestimó el recurso de apelación interpuesto. En relación con la aplicación de la sección I (3), ésta concede acción para reclamar una deuda, estando facultado el tribunal para conceder indemnización por los gastos sufridos desde la fecha de la frustración hasta la fecha del juicio (se trata en cierto sentido de una pretensión *quantum meruit*).

<sup>174</sup> Cfr. McKendrick, 1995: 223 y ss. Todos estos problemas llevan al autor a aconsejar a las partes a que incluyan en sus contratos cláusulas “force majeure” bien redactadas, no sólo en cuanto a su supuesto de hecho, sino también en cuanto a la determinación de sus consecuencias jurídicas, ya que las cláusulas “force majeure” no excluyen siempre la aplicación de la doctrina de la “frustration”.

pagadas con posterioridad?. Se ha defendido en estos casos la posibilidad de ejercitar una acción *quantum meruit*, aunque los tribunales sólo la aceptarían en supuestos tasados. También se plantean problemas en cuanto a la fijación de la cuantía que se debe restituir. Otra de las cuestiones que suscita la norma es si el que recibió dinero puede reclamar indemnización de daños del que pagó, ya que esta posibilidad sólo se concede a este último. Por último, es posible que no se haya realizado ningún pago por adelantado y sin embargo, el deudor haya incurrido en gastos necesarios para el cumplimiento.

En consecuencia, se ha defendido que la doctrina de la frustración debería ser más flexible para evitar que el peso de sus consecuencias recayese exclusivamente sobre una de las partes<sup>175</sup>.

Por otro lado, la frustración puede invocarla cualquiera de las partes en el contrato y no sólo la parte perjudicada por el evento sobrevenido, en este sentido, la frustración se diferencia de la resolución por incumplimiento en que este último remedio solamente puede ejercitarlo la parte no incumplidora. También se diferencian en que mientras que el incumplimiento (“breach of contract”) genera la obligación de indemnizar daños y perjuicios por la parte incumplidora, en el caso de la frustración no existe obligación de indemnizar. Además, la infracción contractual requiere la existencia de culpa (“fault” o “default”) en la parte que incumple, mientras que en la frustración ambas partes son igualmente víctimas de un acontecimiento respecto del cual ninguna de las partes es responsable.

No siempre los tribunales aplican correctamente la doctrina de la frustración. El propósito de la misma es encontrar un modo satisfactorio de distribuir las pérdidas que resultan del evento que produce la frustración y no facultar a las partes a liberarse del contrato simplemente porque ha resultado desventajoso para una de ellas. Por ejemplo, en el caso *Walton Harrey Ltd. v. Walker & Homfrays Ltd.*<sup>176</sup> las partes habían celebrado un contrato en cuya virtud una de ellas, el propietario de un hotel, se

---

<sup>175</sup> Treitel, 1994: 497. En este mismo sentido, Kotzur (1998: 345), para quien la frustración es un remedio limitado en la medida en que solamente reconoce una consecuencia legal: el fin de la relación contractual. Ello redundaría en perjuicio de la aplicación de tal institución, ya que dados sus efectos tan radicales, los jueces evitarán decidir el caso concreto según aquélla.

<sup>176</sup> [1930] All E.R., págs. 465 y ss.

comprometía a exhibir en su establecimiento determinada publicidad de la empresa de su contraparte. El tribunal desestimó la frustración del contrato cuando el hotel fue adquirido forzosamente y derribado por una autoridad local. La razón de fondo era que los demandados sabían, mientras que los demandantes no, que el hotel podría ser expropiado, pero el tribunal se vio influenciado en su decisión, sobre todo, por el hecho de que el demandado había recibido indemnización por la expropiación, de modo que no resultaba excesivo que compensara al demandante. Este ejemplo demuestra lo prudentes que son los tribunales a la hora de aplicar la doctrina de la frustración. Esta doctrina se aplica no para evitar una pérdida, sino para garantizar un beneficio a alguna de las partes.

Los efectos de la frustración son, pues, la liberación total de las partes respecto a las obligaciones pendientes de cumplimiento, pero aquella no afecta a las obligaciones ya surgidas. En el Derecho inglés no cabe la posibilidad de variar el contrato o adaptarlo a las nuevas circunstancias. Ello es debido a que estas soluciones son fuente de una inseguridad indeseable, así como supondrían habilitar a los tribunales para celebrar contratos por las partes.

Como señala Treitel<sup>177</sup>, a los “civil lawyers” le son familiares los conceptos de modificación del contrato en los casos de superveniencia de eventos imprevisibles capaces de frustrar el contrato. Es el caso de Alemania donde los tribunales están capacitados para adaptar el contrato a las nuevas circunstancias (por ejemplo, incrementando la cantidad que debe pagar el deudor), sin dar a la parte deudora de la prestación modificada la posibilidad de abandonar el contrato privándole de este modo de su derecho a cumplir en sus justos términos el acuerdo original. También la posibilidad de adaptar el contrato está reconocida en un gran número de reglas del

---

<sup>177</sup> Treitel, 1994: 530. También Kotzur (1998: 347). En opinión de este último, la adaptación de la obligación contractual es, al menos, la solución más justa, ya que tiende a distribuir entre ambas partes las pérdidas que cualquiera de ellas podría sufrir. Sin embargo, la principal dificultad que surge con la adaptación es decidir sobre qué obligaciones se debe proyectar el cambio. Para vencer estas dificultades los tribunales ingleses deberían fijarse en los resultados obtenidos por la experiencia alemana en cuanto a la adaptación del contrato. Puesto que la frustración es un remedio judicial para evitar las injusticias derivadas del cumplimiento del contrato, los jueces ingleses deberían dar un último paso y comenzar a adaptar el contrato a las nuevas circunstancias en vez de poner fin a los mismos.

Derecho americano. Por ejemplo, el § 2-615 UCC b)<sup>178</sup> en el caso de imposibilidad parcial se concede al comprador expresamente el derecho de modificar el contrato.

Aunque el efecto de la frustración en el Derecho inglés es la liberación total y absoluta de la obligación de cumplir el contrato por ambas partes, no obstante, como se ha visto, existen situaciones en las que una de las partes ha realizado actividades tendentes al cumplimiento y en consecuencia, ha debido soportar unos gastos. En estos casos, los tribunales conceden a la parte perjudicada una pretensión *quantum meruit*. En la práctica, este remedio podría equipararse a la adaptación del contrato en el sentido como lo entendería un “civil lawyer”, sobre todo, en aquellos casos en los que la cantidad concedida por el tribunal en concepto de *quantum meruit* excede la indemnización correspondiente a los gastos en que haya incurrido el demandante como consecuencia de la superveniencia de circunstancias que dan lugar a la liberación.

Incluso a veces, si el efecto de eventos sobrevenidos en los derechos y deberes de las partes en el caso de frustración han sido objeto de regulación en el contrato, tales previsiones expresas excluirían la aplicación de la doctrina de la frustración. Aunque cuando tales cláusulas fuesen aplicables se podría decir que refuerzan el contrato antes que lo modifican, sus efectos en la práctica pueden asemejarse a una adaptación del contrato<sup>179</sup>.

---

<sup>178</sup> § 615 (b) Where the causes mentioned in paragraph (a) affect only a part of the seller's capacity to perform, he must allocate production and deliveries among his customers but may at his option include regular customers not then under contract as well as his own requirements for further manufacture. He may so allocate in any manner which is fair and reasonable.

<sup>179</sup> Treitel, 1994: 535. Por ejemplo, en el caso *Williams v. Roffey Bros & Nicholls Contractors Ltd.*, [1990] 1 All E.R., págs. 512 y ss.: el demandado, una compañía constructora que se había obligado a construir un bloque de 27 apartamentos, subcontrató con el demandante el trabajo de carpintería estipulándose un precio de £ 20.000. En el contrato celebrado con el demandante, el demandado se comprometía a ir realizando pagos por el trabajo realizado. Una vez terminado el trabajo de carpintería en el tejado y en nueve plantas, y realizado ciertos trabajos en las plantas restantes, el demandante recibió del demandado una cantidad de £ 16.200. El demandante hizo saber al demandado que se encontraba en una situación financiera difícil como consecuencia de que el precio pactado era demasiado bajo. Había recibido un porcentaje del 80 % del precio estipulado, pero todavía le restaba por realizar un 20 % del trabajo. Como el demandado en el contrato de obra estaba sujeto a una cláusula penal para el caso de que no se terminasen a tiempo los trabajos, acordó con el demandante una subida del precio. Acordaron incrementar el precio en £ 575 por piso (en total £ 10.300) para garantizar que el demandante continuaría el trabajo y lo terminaría en el plazo acordado. El demandante continuó el trabajo, pero sólo recibió £ 1500, por lo que ejerció acción reclamando £ 10.847. Los demandados se opusieron alegando que el acuerdo no tenía fuerza vinculante porque no se basaba en “consideration” alguna. El tribunal estimó que el demandante tenía derecho a la suma

### 3.6. Consecuencias jurídicas de la “impracticability” en el Derecho americano.

En el Derecho americano, tanto la doctrina económica como la legal (incluso expresamente las normas del UCC) favorecen la modificación voluntaria de los contratos existentes. En este mismo sentido, la sección 89(a) del “Restatement (Second) of Contracts” de 1979 establece: en los supuestos de superveniencia de dificultades sobrevenidas al momento de la celebración del contrato, desconocidas o imprevistas en ese momento (que si nuestra ley fuese más liberal y justa excusarían el cumplimiento), la parte perjudicada podría exigir un incremento de la prestación estipulada, dada la mayor onerosidad no contemplada por las partes, de manera que las partes podrían celebrar un contrato con esa finalidad.

Un caso innovador en cuanto a la modificación del contrato por el juez en los casos de “commercial impracticability” es el *Aluminium Co. of America v. Essex Group Inc. (ALCOA)*<sup>180</sup>, en el que el juez Teitelbaum intentó dar un nuevo alcance a

---

resultante de multiplicar  $8 \times £ 575$ , restando a esta cantidad el importe resultante de productos defectuosos empleados por el demandante. Los demandados apelaron. El tribunal desestimó el recurso de apelación interpuesto. En opinión de Lord Purchas, existe suficiente “consideration” en este caso, ya que el cumplimiento del acuerdo celebrado por las partes representa ventajas económicas para ambas. Es decir, de las circunstancias que rodean el acuerdo se desprende que ambas partes pretendían asegurar sus respectivas posiciones comerciales. Ello está en consonancia con una visión de la “consideration” más próxima a las necesidades del tráfico comercial. Por otro lado, según Lord Russell, allí donde, como en este caso, una parte asume realizar un pago porque haciendo esto obtendrá una ventaja derivada de su relación con el deudor, el nuevo acuerdo no es inválido por falta de la “consideration”. En conclusión, se puede apreciar en este caso una admisión más generosa por parte del tribunal de las modificaciones contractuales, sobre todo del tipo de modificaciones que ocurren cuando acontecimientos externos como fluctuaciones del precio hacen más difícil para una de las partes cumplir el contrato.

<sup>180</sup> [1980], F., págs. 499 y ss. En este caso las partes habían celebrado un contrato que debía tener vigencia durante un período de 16 años (o 21 si así lo decidía Essex). Alcoa se comprometía a suministrar aluminio a Essex a un precio fijo por cada cantidad de aluminio. Durante la vigencia del contrato las partes estimaron conveniente introducir una cláusula de adaptación del precio, ya que los costes de Alcoa se podrían incrementar en atención a circunstancias diversas. En 1973 se produjo un incremento muy importante de los costes de electricidad, como consecuencia de la crisis económica de aquel año. Si se obligaba a Alcoa a cumplir el contrato en los términos estipulados, la compañía podía sufrir pérdidas valoradas en 30 millones de dólares (cantidad importante si se compara con las ganancias obtenidas por Alcoa durante el primer año de vigencia del contrato). En consecuencia, el tribunal estimó que Alcoa debía quedar liberada (como consecuencia de “impracticability”), consistiendo tal liberación en la adopción de una cláusula diferente de determinación del precio, según la fórmula fijada por el tribunal. Alcoa se vió obligada a sufrir ciertas pérdidas, pero reducidas en una suma considerable.

la doctrina de la liberación (“excuse”) para determinar si ciertos acontecimientos sobrevenidos podrían liberar a ALCOA del cumplimiento de sus obligaciones. En este caso el juez fue más allá, entendiendo que el contrato debía modificarse ya que de este modo, se distribuirían las pérdidas entre las partes<sup>181</sup>. Hay que tener en cuenta la especial naturaleza del contrato celebrado, ya que tratándose de un contrato de larga duración, cada una de las partes tiene un interés particular en el mantenimiento del contrato, pero a su vez, el éxito comercial de ambas partes depende de la preservación de la relación económica establecida por el contrato celebrado. De ahí que el juez considerase apropiado el mantenimiento del contrato procediendo a su modificación<sup>182</sup>.

Como se ha visto anteriormente, la doctrina de la “commercial impracticability” aparece en 1916 en el caso *Mineral Park Land v. Howard*<sup>183</sup> como una simple extensión de la doctrina de la imposibilidad. En opinión del tribunal, una cosa es imposible en sentido legal cuando no es posible su realización, por otro lado, es “impracticable” cuando solamente se puede realizar a un coste excesivo y desproporcionado. De este modo, la distinción se basa en un criterio de tipo cuantitativo (este mismo criterio lo tiene en cuenta el juez Teitelbaum en la decisión del caso “Alcoa”).

En el Derecho americano, como se ha analizado, el análisis económico del Derecho ha proporcionado una nueva visión al derecho de modificación del contrato como consecuencia del cambio de circunstancias<sup>184</sup>.

Sin embargo, la doctrina se encuentra dividida en cuanto a si los jueces pueden modificar el contrato para adaptarlo a las nuevas circunstancias. En opinión de

---

<sup>181</sup> En opinión de Halpern (1987: 1126), dada la polémica que suscitó esta sentencia, no ha tenido demasiado impacto en la decisión de casos futuros. Según Treitel (1994: 263), este caso es ilustrativo del distinto modo de decidir los litigios que tienen los tribunales ingleses y los americanos. “One cannot, for example, imagine an English court deciding a case in the way which the ALCOA case was decided in the United States. Even there the decision is regarded as controversial, but it is the product of a climate of opinion which has no counterpart in English law”.

<sup>182</sup> Cfr. Collins, 1997: 280-281. Aunque en su opinión, la necesidad de una mayor flexibilidad en el tratamiento de contratos de estas características no requiere necesariamente una revisión judicial del contrato. Sería suficiente con proporcionar a las partes incentivos para renegociar constructivamente los términos del acuerdo, ya que las partes son más sensibles en la valoración de los intereses que subyacen en el contrato.

<sup>183</sup> [1916], 156 P., págs. 458 y ss.



Hillman<sup>185</sup>, cuando los tribunales deciden acerca de la aplicación de la doctrina de la “impracticability” en el caso concreto, éstos analizarán si las partes han distribuido el riesgo de alguna manera en el contrato. Si no lo han hecho así, entonces el juez debe colmar la laguna que han dejado las partes. Cuando el contrato y las circunstancias que lo rodean no facilitan la tarea de integración de lagunas, los tribunales acudirán a otros factores. Uno de ellos es el de las pérdidas sufridas por el promitente, si éstas son moderadas, los tribunales no excusarán el cumplimiento. Los tribunales, muchas veces sin saberlo, también tendrán en cuenta los efectos que sobre la otra parte tendrá la liberación. En cuanto a los contratos de larga duración, en opinión del autor citado, la liberación no es siempre el mejor de los remedios, ya que la contraparte puede haber incurrido en gastos como consecuencia de la celebración del contrato, puede que haya perdido otras oportunidades mediante la celebración del mismo, etc. En estos contratos, muchas veces sería conveniente un ajuste del precio por parte de la autoridad judicial cuando la parte “aventajada” rechaza aceptar una propuesta de ajuste hecha por su contraparte de buena fe, ya que en estos contratos a las partes se les exige cierta cooperación.

A favor de la renegociación también se encuentra Hunter<sup>186</sup>. A su juicio, los tribunales americanos han dado un paso adelante acordando el ajuste del contrato y la redistribución de los recursos, basado en un criterio *ex post* de lo que es justo. Sin embargo, muchas veces los particulares están en mejor posición para valorar los costes y los beneficios relacionados con el contrato.

En contra de la posibilidad de modificar el contrato por el juez se encuentra Knutson<sup>187</sup>, ya que las facultades del juez son demasiado reducidas como para permitir a las partes demasiada protección.

También según Gillete<sup>188</sup>, es preferible el mantenimiento del contrato tal y como fue establecido por las partes, ya que muchas veces, los costes de identificar riesgos, negociar respecto de ellos y reforzar el cumplimiento del contrato pueden

---

<sup>184</sup> Buxbaum, 1985: 37.

<sup>185</sup> Hillmann, 1983: 651 y ss.

<sup>186</sup> Hunter, 1991: 217.

<sup>187</sup> Knutson, 1997: 305.

<sup>188</sup> Gillete, 1985: 566 y ss.

superar los costes esperados, de la materialización del riesgo, de la negociación de la modificación contractual o de la distribución posterior del riesgo por parte del tribunal. En consecuencia, muchas veces los contratantes desearán, en algunas situaciones, aceptar las consecuencias derivadas de la incertidumbre aun cuando las pérdidas sufridas pudieran haberse reducido mediante ajustes *ex post*.

Asimismo, a favor del mantenimiento del contrato tal y como lo configuraron las partes se encuentra Kull<sup>189</sup>. Este autor critica la concepción del análisis económico del Derecho según la que, la mayor capacidad para soportar el riesgo podría ser decisiva para decidir los casos de “frustration”<sup>190</sup>. En su opinión, la imposición de una regla supletoria cuyo efecto es incierto no reducirá los costes de transacción, al contrario, los incrementará, ya que las partes intentarán evitar en el contrato la incertidumbre derivada de una intervención judicial imprevisible.

Como posible remedio frente a los casos de “frustration” y de “commercial impracticability” Goldberg<sup>191</sup> propone conceder un mayor significado, en términos jurídicos, al pago anticipado realizado por una de las partes. Según este autor, el pago anticipado no debe considerarse como un simple estado de hecho, sino más bien en las transacciones comerciales es una estrategia para otorgar protección al interés en la confianza. Ordenando la restitución o realizando una tasación independiente de las pérdidas ligadas al contrato, los tribunales deshacen el equilibrio de intereses fijado por las partes. La ley angloamericana parece moverse por el camino erróneo. En opinión del autor, si los tribunales actúan del modo correcto, se las arreglarán para

---

<sup>189</sup> Kull, 1991: 47.

<sup>190</sup> En contra de las posibilidades que ofrece el análisis económico en cuanto a la modificación de los contratos se encuentra también Goldberg (1985: 528), para quien los problemas de ajuste del precio en los contratos de larga duración, tiene poco que ver con actitudes frente al riesgo. En este mismo sentido cfr. Speidel (1981: 420); también Campel y Harris (1993: 173 y ss.), ya que a los contratos de larga duración no es aplicable la máxima según la que los contratantes persiguen la “individual utility-maximizer”. En este tipo de contratos, las partes adoptarán un comportamiento cooperativo antes que actitudes de maximización u oportunismo frente al cumplimiento.

<sup>191</sup> Goldberg, 1988: 113 y ss. El autor pone el ejemplo del que reserva una habitación en un hotel en la montaña porque tiene la intención de esquiar. Si con posterioridad no nieva, Posner entiende que las partes deberían seguir vinculadas al contrato. Ello es debido a la diferente habilidad de las partes para diversificar el riesgo. El dueño del hotel es menos capaz de diversificar el riesgo de lo que lo es el cliente, que podría esquiar en otro lugar. Sin embargo, en opinión de Goldberg, normalmente el dueño del hotel exigirá al cliente una suma determinada por adelantado. Cuando el cliente tiene claro que no habrá nieve dejará de pagar (perdiendo la cantidad entregada a cuenta). La cuantía del pagos dependerá

conseguir colocar a las partes aproximadamente en la misma situación en que se encontrarían antes de que el asunto fuese sometido a la decisión judicial.

#### **4. La cláusula "rebus sic stantibus" en el Derecho español.**

##### 4.1. Introducción.

Según Díez-Picazo, "(u)no de los problemas que con mayor agudeza ha preocupado a la doctrina en los últimos tiempos y, en general, en todos aquellos casos en los que la coyuntura económica es cambiante o escasamente estable, consiste en determinar la influencia que ejerce en la vida de un contrato o de una relación obligatoria, una modificación sobrevenida de las circunstancias que las partes habían tenido en cuenta, expresa o implícitamente, como necesarias para su desarrollo o para alcanzar el fin por ellas perseguido. La situación es similar en aquellos casos en que, aunque tal conjunto de circunstancias no hubiera sido especialmente tenido en cuenta por las partes como necesario, poseía objetivamente tal carácter"<sup>192</sup>.

En el Derecho español, la institución que trata de resolver los problemas derivados de los cambios imprevistos de los presupuestos fácticos respecto a los tenidos en cuenta por las partes en el momento de contratar es la cláusula "rebus sic stantibus"<sup>193</sup>. El remedio de la cláusula "rebus sic stantibus" tiende a restablecer el

---

del tiempo en que se adoptó la decisión, de la popularidad del alojamiento, etc. Si el contrato no requería que el cliente pagase por adelantado, no estará obligado a indemnizar.

<sup>192</sup> Díez-Picazo, 1996: 870. En este mismo sentido, vid. Cossío, 1994: 3.

<sup>193</sup> En cuanto a los antecedentes históricos de la cláusula "rebus sic stantibus" cfr. Cossío (1994: 17 y ss.) y Fernández Hierro (1992: 14): En el Derecho romano era posible poner fin al contrato si se producía un cambio de circunstancias; sin embargo, esto era excepcional, ya que no existía la cláusula "rebus sic stantibus" como una regla de conducta. El Corpus Iuris Civilis tampoco contenía la cláusula "rebus sic stantibus" como una institución legal. La creación de esta figura se debe fundamentalmente al Derecho canónico. Según los canonistas, se debe presumir que todo contrato cuya eficacia se proyecta en el futuro, se considera celebrado con la condición implícita de que las cosas han de permanecer en el mismo estado en el que se encontraban en el momento de su celebración. Los post-glosadores (destacan en este sentido, Bartolo y Baldo de Ubaldis) recogieron la idea de los canonistas y comenzaron a generalizarla. En los siglos XVII y XVIII surgen las primeras reacciones frente a la aplicación de la mencionada cláusula mediante la publicación respectivamente de las obras de Domat y Pothier, que tuvieron una influencia decisiva en la Codificación francesa. En consecuencia, en el Código Napoleón no se regula la cláusula "rebus sic stantibus", ya que según este Código, lo que no

equilibrio que existió inicialmente entre las prestaciones de los contratantes, destruido como consecuencia de un cambio imprevisible de las circunstancias. Sin embargo, las posibilidades reales de esta cláusula no deben limitarse a los casos de grandes crisis económicas que lleven consigo devaluaciones monetarias<sup>194</sup>.

El inconveniente que presenta la aplicación de esta figura es que es de creación jurisprudencial, ya que no existe norma al respecto. No obstante, una manifestación legislativa de la mencionada cláusula se contiene, por ejemplo, en la Disposición Adicional 1ª, Seis, cláusula 2ª de la LCGC (modificativa de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la defensa de los consumidores y usuarios). Dicha cláusula 2ª se estructura en dos partes diferentes: en la primera se enumeran las conductas abusivas; en la segunda, se contienen excepciones. Dentro de la primera parte, se prohíbe que el profesional se reserve facultades de resolución en un plazo desproporcionadamente breve o sin previa notificación. De ello se deduce que la conducta abusiva no radica en la resolución, sino en resolver sin notificar con antelación suficiente. Ahora bien, será válida la cláusula que conceda al profesional esa posibilidad (resolver sin notificar) cuando exista incumplimiento por parte del consumidor o por motivos graves que alteren las circunstancias que motivaron su celebración. Este inciso final, añadido por el legislador español, no aparece en la Directiva<sup>195</sup>.

---

está en la voluntad contractual no constituye Derecho. En nuestro Derecho histórico, el Ordenamiento de Alcalá proclama el principio de libertad en materia de contratación, principio recogido en la Novísima Recopilación, creándose una auténtica mística de la voluntad. De ahí que la cláusula "rebus sic stantibus" no fuese una institución bien acogida. A ello hay que añadir la influencia de la Codificación francesa, de ahí que el Código civil español no contenga ninguna institución próxima a la cláusula "rebus sic stantibus", sino que, al contrario, se reafirme el principio "pacta sunt servanda" (art. 1091 CC).

<sup>194</sup> Sánchez González, 1990: 9. También respecto a esta cuestión vid. Cossío (1994: 6): "Muchos tratadistas, sin embargo, circunscriben y al propio tiempo justifican la teoría de la cláusula "rebus sic stantibus" únicamente en los momentos de graves crisis económicas y sociales, como pudiera ser una crisis bélica, una gran catástrofe o una revolución económica, pero en estos supuestos, nos atreveríamos a decir que se excede de la función de la cláusula "rebus sic stantibus", entendida como condición implícita en todo contrato, ya que las mutaciones suelen ser en estos supuestos tan gigantescas y generalizadas que lo que se pone en cuestión es el propio sistema jurídico, económico y social, con lo que, como ya indicábamos anteriormente, la única manera de hacer frente a esos fenómenos sería a través de la vía de una legislación especial".

<sup>195</sup> En opinión de Miquel Rodríguez (1999: 319), se debe advertir que la redacción del precepto no es del todo correcta, ya que pretende incorporar una concepción inspirada en el principio cláusula "rebus sic stantibus", con lo que hubiera sido mejor referirse a «motivos graves que alteren las circunstancias existentes en el momento en que se celebró el contrato», ya que la referencia a las «circunstancias que motivaron la celebración del contrato» parece referirse a las razones que llevaron a las partes a celebrar el contrato.

Por otro lado, en cuanto a los problemas que presenta la cláusula "rebus sic stantibus" en el Derecho español, a diferencia de lo que ocurre en Alemania, no existe un cuerpo doctrinal importante que avale esta doctrina<sup>196</sup>. En efecto, como tendremos ocasión de comprobar, los estudios doctrinales al respecto son más bien escasos.

#### 4.2. Fundamento técnico-jurídico de la cláusula "rebus sic stantibus".

Las opiniones doctrinales son variadas en cuanto a la posibilidad de la figura y su fundamento jurídico. Como posibles fundamentos de la cláusula "rebus sic stantibus" se han señalado los siguientes: la teoría del abuso del Derecho, la doctrina de la causa, teoría del contrato leonino, teoría del enriquecimiento injusto y sin causa, error sustancial en la contratación, la equidad, la buena fe, el criterio de la reciprocidad de derechos y deberes (en el fondo es consecuencia de la equidad), doctrina del riesgo imprevisible o la teoría de la base del negocio<sup>197</sup>.

En opinión de Dualde, el fallo de la cláusula "rebus sic stantibus" reside en que el concepto tradicional del contrato, como confluencia de voluntades conscientes, no puede soportar el problema<sup>198</sup>. De este modo, sería mejor defender la idea de que el

---

<sup>196</sup> Según Cossío (1994: 4): "La realidad es que el problema no se encuentra únicamente en la falta de normas positivas o en una técnica jurídica pobre o sin imaginación, sino en que la convulsión se produce como consecuencia de esas mismas alteraciones sobrevenidas, en virtud de una serie de hechos desquiciantes, por su imprevisibilidad, gravedad e inevitabilidad, pueden llegar a conmocionar todo el sistema, y poner por tanto en cuestión el mismo".

<sup>197</sup> Vid. Lluís y Navas Brusi (1956: 383 y ss.). Asimismo Flores, (1981: 976 y ss.) enumera una serie de teorías en relación con la cláusula "rebus sic stantibus": teoría de la presuposición, teoría de la base del negocio, teoría del riesgo imprevisible, teoría del abuso del Derecho, teoría del enriquecimiento sin causa (aunque en su opinión, difícilmente encajan los presupuestos de aplicación con los de la cláusula "rebus sic stantibus" porque existe causa que justifica los desplazamientos patrimoniales, que son su consecuencia), teoría del error (presenta el problema de que error debe ser inicial), y la teoría de la causa (tampoco exenta de problemas).

<sup>198</sup> Dualde, 1943: 31 y ss. De este modo, el autor critica también la teoría de Oertmann, ya que "aparte de que el término técnico «base del negocio» es una novedad sin provecho ni concreción, el más grave error estriba en partir, como requisito esencial, de la existencia de una voluntad consciente y plenamente iluminada de las partes". En relación con este tema vid. Osorio Morales, 1952: 1181 y ss.: "se sigue manteniendo el concepto de contrato, cuyo elemento básico se coloca en el libre acuerdo de voluntades; pero la más superficial observación nos revela la enorme distancia que hoy media entre lo que realmente es el contrato y esas fórmulas tan cargadas de historia y de tópicos". De este modo, en su opinión, la voluntad individual interviene en el momento de la celebración del contrato poniéndolo en marcha, "pero ni se determina siempre por propia iniciativa, ni constituye ya el elemento creador de las obligaciones contractuales". El contrato se ha convertido en un instrumento de la vida social y económica que el ordenamiento jurídico configura, el contratante se convierte en una persona que

vínculo obligatorio es un estado de tensión y que lo que debe el obligado es un esfuerzo. Además de que, a su juicio, muchos problemas resueltos con la cláusula "rebus sic stantibus" podrían resolverse con la institución de la causa. En conclusión, "(l)os contratos sólo son eficaces en la medida de su función social y del valor de los conceptos contractuales conscientes o inconscientes que los engendraron y su vigencia no alcanza a circunstancias o situaciones colocadas o sobrevenidas fuera de esta área"<sup>199</sup>.

Por otro lado, Díaz pretende acomodar la cláusula "rebus sic stantibus" en el art. 1105 CC, ya que la mencionada cláusula comparte algunos requisitos con el caso fortuito<sup>200</sup>. Estos requisitos comunes serían la imprevisibilidad del evento sobrevenido, y que se trate de un hecho extraño a la voluntad de las partes. Por otro lado, respecto del requisito de la excesiva onerosidad sobrevenida es conveniente señalar que en todas las relaciones jurídicas existe un alea para las partes que determina el mayor o menor éxito del contrato, o la mayor o menor dificultad que va a entrañar para su cumplimiento, sin embargo, cuando esta dificultad sobrepasa los límites normales por causas ajenas a los contratantes, es cuando se produce la excesiva onerosidad. Es difícil establecer un límite, pero podría fijarse en analogía con la rescisión por lesión.

Respecto a la cláusula "rebus sic stantibus", en opinión de Terraza Martorell<sup>201</sup>, "(m)odernamente se prescinde de la ficción de considerar sobreentendida la existencia de un convenio tácito, con arreglo al cual el contrato debía quedar sin efecto al sobrevenir un cambio sustancial de las circunstancias, cuya ficción se acoge

---

realiza un acto social. Cuando se contrata se cumple realmente una función, que si bien tiene por móvil inicial estímulos egoístas, sólo merece la protección del orden jurídico cuando se satisfacen las exigencias impuestas por el interés general. Con esta interpretación se evitan incongruencias como la siguiente: es contradictorio decir que las obligaciones nacidas de los contratos "tienen fuerza de ley, y permitir que esa ley particular pueda ser alterada a instancia o conveniencia de uno de los contratantes y contra la voluntad del otro mediante las facultades revisoras o correctoras que tan profusa y rápidamente van concediéndose a la autoridad judicial".

<sup>199</sup> Dualde, 1943: 38.

<sup>200</sup> Díaz, 1946: 546 y ss. En contra Badenes Gasset (1946: 177) para quien los arts. 1182 y 1184 CC "fueron dictados sólo para cuando haya pérdida o destrucción de la cosa que se debe dar o imposibilidad de la prestación que se debe hacer, casos distintos del de dificultad extraordinaria. Aquellos preceptos fueron dictados sólo para regular los casos de imposibilidad y no se les ha de conceder el alcance de prohibir el que la dificultad extraordinaria tenga valor liberatorio".

<sup>201</sup> Terraza Martorell, 1951: 99 y ss.

a la idea de que el principio de la fidelidad al contrato se detiene ante el principio superior de la buena fe”. A su juicio, resulta contrario a la buena fe exigir al deudor el cumplimiento del contrato cuando se han modificado de tal forma las condiciones que no obtendría contraprestación alguna o una contraprestación insignificante. Por ello, es justo permitir al deudor liberarse del contrato cuando la contraparte no esté dispuesta a llegar a una transacción equitativa.

No obstante, la dificultad estriba en fijar los límites dentro de los que existe desequilibrio o desproporcionado gravamen para uno de los contratantes, y además, que ello se deba a circunstancias sobrevenidas y a cambios no previsibles.

Según el autor citado, el fundamento económico del contrato es “una ecuación constante entre aquello que se da y aquello que se recibe”. Las partes contratantes no prevén todas las eventualidades posibles, en consecuencia, es la ley o el juez quien, en caso de conflicto, deben interpretar la voluntad contractual o suplirla<sup>202</sup>. El fundamento jurídico de la cláusula "rebus sic stantibus" debe buscarse, pues, en nuestro Derecho en las normas sobre imposibilidad sobrevenida<sup>203</sup>.

En conclusión, en nuestro Derecho no se discute que una alteración sobrevenida de las circunstancias tenga como consecuencia una modificación del régimen jurídico de la relación contractual. Los problemas surgen a la hora de determinar el fundamento de tal modificación, sus presupuestos o requisitos y sus consecuencias jurídicas<sup>204</sup>.

---

<sup>202</sup> Terraza Martorell, 1951: 113 y ss. A favor de la modificación del contrato también se encuentra Lluís y Navas Brusi (1956: 416) para quien la solución menos mala sería que “los tribunales a petición de parte, dieran a optar al demandado entre una rectificación o la rescisión del convenio”. En opinión del autor (1956: 424), “(e)n cuanto a la imputabilidad de un riesgo imprevisto e imprevisible es cierto que no puede achacarse a una sola de las partes. Pero eso es precisamente un motivo para no achacarla tampoco en exclusiva a la otra, y hallar una fórmula de equidad para los derechos de ambas, es decir, la cláusula "rebus sic stantibus"”. En este sentido, la cláusula "rebus sic stantibus" es una institución que guarda analogía el “engany a mitges” tomado por el Derecho catalán o navarro del romano. Sus puntos en común residen en que ambas instituciones tienden a adaptar la contratación a las condiciones y circunstancias económicas de la realidad en función de unos criterios de equidad, eticidad y buena fe contractual.

<sup>203</sup> Terraza Martorell (1951: 160): “Mientras no se legisle en relación con el problema a que se contrae la teoría de la cláusula "rebus sic stantibus", se entiende que en vista de la situación anormal por la cual atraviesa la economía moderna, y en el estado de incertidumbre que lleva aparejada la reconstrucción del mundo de la posguerra, los jueces en nuestra patria deben dar cabida a la teoría de la cláusula dentro del ámbito del art. 1105 CC, o sea ampliando el concepto de caso fortuito”.

<sup>204</sup> Díez-Picazo, 1996: 882.

En opinión de Díez-Picazo, las distintas posiciones tanto doctrinales como jurisprudenciales existentes respecto a la cláusula "rebus sic stantibus" "basculan entre situar la ratio de una regla, que se induce del ordenamiento jurídico por vía de interpretación o de integración de una laguna legal, en un punto de vista de carácter subjetivo o de carácter objetivo". El subjetivismo se apoya en una voluntad tácita de las partes. Esta doctrina es rechazada por el autor citado, ya que "(p)retender fundar en una voluntad irreal de las partes un efecto que por hipótesis ha sido imprevisto constituye una cabal ficción"<sup>205</sup>.

El fundamento objetivo radica en el principio de buena fe y en el fallo sobrevenido de los mecanismos causales del negocio<sup>206</sup>. La fundamentación en la buena fe procede de la doctrina alemana (§ 242 BGB). También se puede encontrar en algunas sentencias del TS español (por ejemplo, señala Díez-Picazo la STS de 23 de noviembre de 1962 que vincula a la buena fe el restablecimiento de la base contractual). Asimismo, se ha buscado el fundamento objetivo de la cláusula "rebus sic stantibus" en la ruptura del mecanismo causal. En consecuencia la "causa del contrato, entendida como la función concreta que éste cumple, desaparece parcial o totalmente, cuando queda roto el equilibrio entre las prestaciones, en el contrato conmutativo, o cuando resulta imposible de alcanzar el fin del contrato" (es el argumento empleado en la STS de 30 de junio de 1948). Como fundamento de tipo objetivo Lacruz propone también el recurso al art. 1104-2º CC, debido a la proximidad que, a su juicio, existe entre la imposibilidad de prestar y la dificultad

---

<sup>205</sup> Díez-Picazo, 1996: 882. Sobre las doctrinas de tipo subjetivo como fundamento de la cláusula "rebus sic stantibus" cfr. Lacruz, 1999: 513.

<sup>206</sup> En relación con este tema, cfr. Flores (1981: 977): "La polvareda de las discusiones sobre la causa se levanta hasta las estrellas del último cielo de los conceptos jurídicos y no parece que ni la causa ni la alteración de las circunstancias ganen en precisión y claridad marchando en compañía". Es mejor acudir a la teoría del equilibrio de las prestaciones, en este sentido, la raíz del Derecho natural del contrato está en una igualdad de expectativas, sacrificios y ventajas que se condicionan recíprocamente ("synallagma"), y que esta correspectividad originaria ha de mantenerse durante la ejecución de lo convenido ("synallagma funcional"). De manera que cuando la desigualdad llega a tal magnitud que destruye la idea básica de correspondencia, debe entrar en juego la cláusula "rebus sic stantibus". En consecuencia, a juicio de este autor, los preceptos del CC que podrían servir de base para la aplicación de la cláusula "rebus sic stantibus" serían los siguientes: art. 1281, 1107, 1258, 1124, 1289 CC y 57 Ccom (que consagran el principio de reciprocidad de las prestaciones), 1103, 1154, 1726 y 1281 CC (ya que las obligaciones y las responsabilidades no son categorías rígidamente determinadas, sino flexibles y sujetas en determinados supuestos a ser moderadas por los tribunales).



extraordinaria o excesiva onerosidad de la prestación, que obliga al deudor a prestar un esfuerzo desmedido lejos de la diligencia de un buen padre de familia<sup>207</sup>.

Desde mi punto de vista, me parece más convincente el principio de buena fe como fundamento técnico jurídico de la cláusula "rebus sic stantibus", ya que aquél principio, consagrado en el art. 1258 CC, integra el contenido del contrato. De ahí que el mismo despliegue efectos jurídicos que no se puedan imputar directamente a la voluntad de las partes.

#### 4.3. Doctrinas análogas a la de la cláusula "rebus sic stantibus".

Algunos autores, como Badenes Gasset, tratan de incorporar a nuestro Derecho la institución francesa del **riesgo imprevisible**. Según el autor, dada la "insuficiencia del viejo instituto de la fuerza mayor, el riesgo imprevisible ha venido a plasmar, con

---

<sup>207</sup> Lacruz, 1999: 514. También Cossío (1994: 73) pone en relación la doctrina de la cláusula "rebus sic stantibus" con la imposibilidad de cumplir. Para que se aplique la cláusula "rebus sic stantibus" es preciso que sobrevenga "una agravación de la posición contractual de una de las partes, que no había sido prevista. Dicha sobreveniencia está caracterizada, o por el mayor sacrificio que para aquel contratante representa la prestación, o también, por la menor utilidad que para él representa la contraprestación. No se llega a producir la imposibilidad de cumplir, sino sólo una mayor onerosidad, que dificulta, haciendo más gravosa, la situación de aquella parte en el contrato, por lo que siendo el contrato un instrumento de cambio económico, no puede convertirse en causa de la ruina de un sujeto, y por tanto, no se debe considerar obligado el deudor cuando la ejecución lo conduzca a la ruina económica, asimilándose en cierta forma la imposibilidad de cumplimiento con la imposibilidad económica, que no es más que una imposibilidad subjetiva entendida como dificultad extraordinaria para cumplir". En contra, vid. Flores Micheo (1981: 974) para quien la excesiva onerosidad sobrevenida "es un concepto, por naturaleza, más amplio que la imposibilidad y, a la vez, menos preciso, más desvaído, de menor rigor lógico". Se tiende a incluir los supuestos que la imposibilidad rechaza dentro del seno "de la onerosidad excesiva, donde el sentimentalismo, tan peligroso para el Derecho, tiene más ancho campo y donde la consecuencia de que el contrato, mediante una revisión, sobreviva, asusta menos que la idea de su fallecimiento". También en contra, vid. Fernández Rodríguez (1958: 1269) que comenta la STS 17 mayo 1957 (RJ 1957, 2164). En opinión de este último autor, a pesar de que en la sentencia se puede apreciar una identificación de la cláusula "rebus sic stantibus" con la imposibilidad de la prestación, esta equiparación es equivocada, ya que la imposibilidad de la prestación en sentido técnico y la modificación imprevista de las circunstancias coetáneas a la conclusión del contrato son fenómenos jurídicos estructuralmente diversos, ya que en un caso se trata de la extinción de la relación obligatoria al ser imposible legal o físicamente el cumplimiento de la prestación y en el otro el problema reside en determinar si una prestación posible tanto material como jurídicamente puede, sin embargo, ser exigida cuando cambian radicalmente las circunstancias en que fue convenida. Sobre esta cuestión me remito al análisis realizado en este trabajo en cuanto a la aplicación de las normas sobre imposibilidad sobrevenida a los supuestos de alteración de la economía contractual.

independencia de aquél, una figura nueva, caracterizada por su menor rigidez y mayor humanidad”<sup>208</sup>.

El fundamento jurídico de esta teoría reside en la relatividad de los derechos y en la solidaridad social<sup>209</sup>. En su opinión, las razones que conducen a la doctrina española a plantearse el problema del riesgo imprevisible es que nuestra legislación no contiene una disposición general concreta que autorice o que prohíba la rescisión o modificación de los actos jurídicos por alteración profunda de las circunstancias. Si tal precepto existiera de la misma manera que en Italia (art. 1467-1469 CC it), no habría lugar a plantearse esta cuestión.

No obstante, según el autor anteriormente citado, pese a la falta de norma expresa, en nuestro país es posible poder dejar sin efecto (mediante la resolución) los actos jurídicos cuando, como consecuencia de las alteraciones esenciales de las circunstancias, la prestación de una de las partes se ha convertido en otra radicalmente distinta de la que aquéllas pensaron. Es decir, el juez estaría facultado, ante la inexistencia de precepto alguno de carácter prohibitivo, para modificar, variar o sustituir las cláusulas del contrato, adaptándolas a las nuevas condiciones de hecho. En nuestro Derecho son preceptos que avalan esta posibilidad: art. 1154 CC (referido

---

<sup>208</sup> Badenes Gasset, 1946: 108.

<sup>209</sup> Badenes Gasset, 1946: 120. Respecto de la teoría del riesgo imprevisible cfr. Hauriou, 1926: 1 y ss. Este autor señala una serie de hipótesis de riesgo imprevisible que en la esfera del Derecho privado ofrecen los contratos influidos por instituciones sociales. La teoría del riesgo imprevisible que surge en el seno de las relaciones de Derecho administrativo debe servir también para su justificación en la esfera del Derecho privado. “Bastará para ello con que existan dentro de éstos contratos que estén influidos por instituciones sociales privadas”. En estos casos, el juez podrá repartir los riesgos comunes con arreglo a los criterios de justicia distributiva que son norma de la institución. Los contratos con base en los que el Consejo de Estado francés ha elaborado la teoría del riesgo imprevisible a causa de la guerra de 1914, son contratos influidos por la idea del servicio público. La consecuencia jurídica es la de una justicia distributiva para el reparto de los riesgos considerados comunes. El riesgo imprevisible queda fuera de las previsiones contractuales de las partes. Señala Díez-Picazo (1996: 875) que la teoría de la imprevisión tiene su origen en la jurisprudencia administrativa del Consejo de Estado francés. Este teoría pretende encontrar su fundamento en el juego mismo de la autonomía de la voluntad, de modo que cuando sobrevienen circunstancias extraordinarias, lo que obliga a los contratantes no es ya el contrato originario que celebraron, sino una regla jurídica distinta (la nueva situación resultante del cambio de circunstancias no se corresponde con la querida por las partes). Sin embargo, en opinión de Díez-Picazo esta doctrina no resulta satisfactoria. “Colocar el centro de gravedad de los efectos jurídicos que la alteración de las circunstancias puede determinar en la autonomía de la voluntad no es suficiente. Como antes hemos tratado de destacar, los efectos jurídicos se producen objetivamente y no simplemente *ex voluntate*. Además, la autonomía de la voluntad ha podido expresarse libremente, y si no lo ha hecho, suyo es el riesgo”. Sobre la teoría de la imprevisión en el Derecho privado cfr. Terraza Martorell, 1951: 131 y ss.; también Fernández Hierro, 1992: 21 y ss.

a la modificación judicial de la pena por el juez), 1801 CC (el juez puede desestimar la demanda cuando la cantidad apostada sea excesiva o reducir la obligación), art. 1103 CC (posibilidad de modificar la responsabilidad procedente de negligencia por el juez), art. 1726 CC (posibilidad de moderar la responsabilidad del mandatario por el juez según el mandato haya sido retribuido o no)<sup>210</sup>. “Habrá que atenerse, por tanto, a las circunstancias especiales de cada caso concreto para decidirse por la resolución o por la revisión”<sup>211</sup>.

Por otro lado, Espert Sanz centra su estudio en determinar si se puede considerar **la frustración del fin del contrato** como un supuesto de causa sobrevenida de ineficacia que pueda ser objeto de una contemplación aislada dentro de la doctrina general del contrato y concretamente, dentro de la teoría general de su ineficacia. Es decir, se trata de dar respuesta a la pregunta acerca de si un contrato puede perder su eficacia aunque haya nacido totalmente válido si, como consecuencia de acontecimientos posteriores a su formación, la prestación de una de las partes ha perdido utilidad para la otra. Y si es así, determinar de qué tipo de ineficacia se trata, y cuáles son los efectos de la misma<sup>212</sup>. En su opinión, en cierto sentido, es un problema que afecta a la causa del contrato<sup>213</sup>. En otras palabras, se trata de resolver el problema de la influencia que la intención de los contratantes al proponerse el fin práctico de uno de ellos, con la aceptación y el conocimiento del otro, pueda tener en

---

<sup>210</sup> Además, según Badenes (1946: 186) otro precepto que avala esta posibilidad es el art. 1107 CC relativo a la valoración de los daños de que responde el deudor de buena fe. “(S)egún estas disposiciones, el equivalente por la falta de prestación se ha de deducir, no de la utilidad que el acreedor podía obtener en el momento en que ésta debía realizarse, sino de la utilidad que se podía calcular en el momento de otorgamiento del contrato. Se consagra en este artículo la máxima «voluntad non fetur ad incognitum», en lo que se refiere al resarcimiento de daños que corresponde al deudor de buena fe. La doctrina francesa, en cuanto al art. 1150 CC (equivalente del art. 1107 CC español) ve en este precepto la plasmación de la teoría de la imprevisión cuando afirma que “este art. faculta al juez para restringir a los límites previsibles la responsabilidad pecuniaria del deudor, si prueba que los acontecimientos que han influido sobre el valor de la prestación han excedido de las previsiones posibles”.

<sup>211</sup> Badenes Gasset, 1946: 195.

<sup>212</sup> Espert Sanz, 1968: 16.

<sup>213</sup> En contra, Badenes Gasset (1946: 185). Este autor entiende que la teoría de la causa no puede prolongarse más allá del momento de la perfección del contrato. En este sentido, el autor cita la STS de 5 de junio de 1945 según la que “la inejecución de un pacto por imposibilidad de cumplirlo, o simplemente, por excesiva y anormal onerosidad de las prestaciones, no constituye, según la traza de nuestro Código, un caso de desaparición de la causa que, por su sola virtud, vicie lo que inicialmente fue válido y sigue siéndolo, sino una incidencia del cumplimiento que, por esto, ni determina la nulidad radical del contrato, ni, en muchos casos, lleva consigo la rescisión del mismo”.

la futura vida del contrato, si por circunstancias sobrevenidas dicho fin práctico se frustra, en el sentido de devenir inútil, carente de interés para el que contrató con objeto de conseguirlo<sup>214</sup>. Según el autor, siguiendo a Puig Brutau, no ha sido posible una separación rigurosa entre el concepto de causa y los motivos, y parece ser, tampoco entre un concepto objetivo y subjetivo de causa<sup>215</sup>.

El autor sostiene un concepto de causa como el fin práctico del contrato común a ambas partes y si el mismo no existe, la causa será la finalidad típica y genérica del negocio. El concepto de causa como fin común a ambas partes contratantes “se asemeja con la base subjetiva del contrato en el sentido de representación mental de una de las partes conocida y aceptada o no rechazada por la otra, cuya falta sobrevenida determina la frustración del contrato en el sentido que Larenz da a la materia”, aunque no llega a ser lo mismo porque “(l)a causa impele a contratar, es un fin práctico perseguido por los contratantes. La base del negocio en sentido subjetivo son una serie de representaciones con relación a las circunstancias que se consideran necesarias para contratar, pero no impelen al contrato. La distinción siempre es posible conceptualmente”, aunque en la práctica puede resultar confusa<sup>216</sup>. Así sucede, en su opinión, en los casos de la coronación, mientras que en la revocación de donación por sobreveniencia de hijos la diferencia entre ambas figuras es enorme.

En cuanto a las consecuencias jurídicas, aunque es cierto que la causa afecta al nacimiento del negocio y no al de su ejecución, “la teoría y problemática de la frustración del fin del contrato no es del todo ajena, no está totalmente desconectada de la teoría de la causa y de sus problemas (...) incluso, en algunos puntos o momentos parecen coincidir e identificarse. En aquellos puntos y momentos en que la causa es considerada como el propósito o fin práctico que los contratantes se propusieron conseguir con la celebración del contrato”<sup>217</sup>. Por lo tanto, en su opinión, se podría hablar de una pérdida sobrevenida de la causa en los supuestos de frustración del fin del contrato.

---

<sup>214</sup> Espert Sanz, 1968: 96.

<sup>215</sup> Espert Sanz, 1968: 102.

<sup>216</sup> Espert Sanz, 1968: 106.

<sup>217</sup> Espert Sanz, 1968: 111.

También como un problema de causa entiende De Castro el cambio sobrevenido de los presupuestos fácticos del contrato. Según el autor citado<sup>218</sup>, el Código civil español ni afirma ni niega la posibilidad de que el negocio haya de resolverse o cambiar de contenido cuando sobrevengan determinadas circunstancias que alteren el resultado pactado para el negocio. En contra de esta posibilidad se encuentran la exclusión del Código civil del requisito del justo precio en la compraventa y de la lesión como causa general de la rescisión de los contratos, además de que se corre el riesgo de poner en peligro la seguridad jurídica. Por otro lado, a favor de la aplicabilidad de la cláusula se encuentran el principio de la buena fe, informador de todo el ordenamiento jurídico, y la importancia de la causa en la interpretación de los contratos (art. 1289 CC), la facultad de resolver las obligaciones que se entiende implícita en las recíprocas (art. 1124 CC) y los casos en que se permite al Juez que modere la responsabilidad del obligado (arts. 1103, 1124, 1154, 1690 CC). Especialmente, el fundamento jurídico de la cláusula la encuentra el autor en la causa concreta entendida como el “propósito práctico conocido y aceptado implícitamente por las partes, conforme a la naturaleza y circunstancias concretas de cada negocio”.

En consecuencia, el remedio de la cláusula se aplica durante el funcionamiento de la relación negocial en el caso de que “un cambio imprevisto de circunstancias haga que el mantenimiento de la relación negocial resulte en contradicción con el propósito negocial, sea respecto de la naturaleza del negocio (carencia de verdadera contraprestación) o del propósito concreto presunto”<sup>219</sup>.

Por otro lado, Gavidia estudia la posible traslación del instituto de la “presuposición” a nuestro Derecho y llega a la conclusión de que en el Código civil español no existe ni una sola norma reflejo de tal doctrina<sup>220</sup>. De los preceptos que se refieren a la causa del contrato se desprende una concepción objetivista que niega relevancia a los motivos, móviles o condiciones no expresadas. Por otro lado, en cuanto a la regulación del error como vicio de la voluntad contractual, según el art. 1266 CC sólo es error invalidante el que recae sobre la sustancia de la cosa o sobre

---

<sup>218</sup> De Castro, 1967: 316 y ss.

<sup>219</sup> De Castro, 1967: 318.

condiciones de la misma, así como el error sobre la persona, exigiendo que tal error haya sido determinante de la declaración de voluntad. El Código civil admite que una de las partes, la que sufrió el error quede vinculada por el contrato, porque no es la voluntad el único elemento a tener en cuenta, sino también la autorresponsabilidad y la confianza del destinatario en la declaración de voluntad. Además, el error con trascendencia jurídica debe recaer sobre circunstancias pasadas o coetáneas a la declaración de voluntad, el que recaiga sobre circunstancias futuras no parece que deba ser relevante según el Código civil<sup>221</sup>. Sin embargo, hay una serie de preceptos del Código civil que podrían tener en cuenta condiciones presupuestas, como el art. 644 CC sobre revocación de donaciones por sobrevenencia de hijos, aunque en su opinión, la ratio última del precepto hay que buscarla en el tratamiento restrictivo y desfavorable hacia las transmisiones realizadas a título gratuito, y en general, en el *favor iuris* hacia la onerosidad del tráfico. Así como tampoco son manifestaciones de la teoría de la presuposición las normas sobre responsabilidad del vendedor por evicción (art. 1475 y ss. CC) o las normas sobre responsabilidad del vendedor por vicios o defectos ocultos (arts. 1484 y ss. CC), ya que se trata de supuestos de responsabilidad del vendedor por incumplimiento<sup>222</sup>.

En nuestro Derecho, según el autor citado, el principio de la irrelevancia de los motivos significa que no todos los casos de frustración de la operación económica deben ser considerados jurídicamente relevantes, solamente aquellos respecto de los cuales las partes incluyeron una condición o cláusulas de garantía, según lo que resulte de la interpretación del contrato<sup>223</sup>.

En el ordenamiento jurídico español existen distintos instrumentos de distribución del riesgo contractual: por un lado, aquellos que se refieren a la concurrencia de circunstancias anteriores o coetáneas a la conclusión del contrato

---

<sup>220</sup> Gavidia, 1987: 547.

<sup>221</sup> Gavidia, 1987: 548. El llamado "error de previsión", en caso de que se le reconociese relevancia, no sería un defecto genético del contrato, sino un defecto funcional, que no afecta al contrato como acto único, sino a su desenvolvimiento posterior.

<sup>222</sup> Gavidia, 1987: 550. Cita a Gavidia en este punto Cossío (1994: 50) para negar la relevancia de la presuposición en nuestro Derecho. En opinión de este autor, la presuposición tiene una mayor carga de subjetivismo que la cláusula "rebus sic stantibus", con el consiguiente peligro de comprometer la seguridad del tráfico infringiendo la regla básica de la irrelevancia del motivo.

<sup>223</sup> Gavidia, 1987: 585.

(normas sobre inexistencia de la causa, sobre error, los vicios o defectos del objeto, etc.) y, por otro, aquellos que contemplan la superveniencia de ciertos eventos (la resolución por incumplimiento, por imposibilidad sobrevenida de la prestación, la excesiva onerosidad sobrevenida, ejercicio de la facultad de denuncia unilateral reconocida por la ley)<sup>224</sup>. Las partes además, pueden establecer criterios distintos de distribución del riesgo contractual, siempre y cuando no sobrepasen los límites de la autonomía privada (arts. 1255 y 6.3 CC). De este modo, pueden hacer uso de la condición suspensiva, resolutoria, pactar la facultad unilateral de denuncia, cláusulas de garantía, etc.

En conclusión, según Gavidia, los jueces, en la resolución de los litigios que se planteen por imposibilidad sobrevenida de la prestación o excesiva onerosidad de la misma, deberán atenerse a la interpretación de todo el reglamento contractual, acudiendo a todas las fuentes de integración del contrato, “para hallar una regla de distribución del riesgo en la operación económica de que se trate o, al menos, un criterio objetivo que pueda fundamentar una solución razonable”<sup>225</sup>.

#### 4.4. Presupuestos para la aplicación de la doctrina de la cláusula "rebus sic stantibus".

En cuanto a los presupuestos para la aplicación de la cláusula "rebus sic stantibus", se podrían resumir del siguiente modo<sup>226</sup>:

---

<sup>224</sup> Gavidia, 1987: 587.

<sup>225</sup> Gavidia, 1987: 600. Según Díez-Picazo (1996: 871), coincidiendo con Gavidia en este punto, las condiciones son un instrumento idóneo para dar cabida a este tipo de previsiones futuras que pueden influir en la relación obligatoria. Sin embargo, es posible que “aunque la contemplación del mantenimiento de un estado de cosas, en orden al logro de los fines negociales, se haya efectivamente producido, no haya llegado a ser objeto de una específica disposición negocial, y cabe también que aun sin previsión ni contemplación de tal estado de cosas por las partes, éste aparezca objetivamente necesario para el logro de aquellos fines”. En consecuencia, según Díez-Picazo, la regla “pacta sunt servanda” y con ella, la asunción implícita del riesgo de aquellos acontecimientos que no hayan sido previstos, no sirve para solucionar todos los problemas que se presentan en la práctica.

<sup>226</sup> Díez-Picazo, 1996: 883 y ss., cfr. asimismo Díez-Picazo, 1996 a: 685 y ss. En el trabajo citado en segundo lugar el autor distingue entre la cláusula "rebus sic stantibus" y la institución de la "hardship". Para que se aprecie "hardship" deben concurrir sucesos que alteren profundamente el equilibrio del contrato, por incremento del coste de la prestación a cargo de una de las partes o por disminución del valor de la prestación a cargo de la otra. Además, es preciso que dichos sucesos ocurran o sean

1) La relación obligatoria debe ser una obligación de tracto sucesivo o siendo de ejecución instantánea es preciso que su cumplimiento haya sido diferido para un momento futuro. No obstante, la ley aplicable al caso puede disponer otra cosa, por ejemplo, el apartado 1º. 9 del Anexo de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, Ley 30/1995, de 8 de noviembre, establece: “La indemnización o renta vitalicia sólo podrán ser modificadas por alteraciones sustanciales en las circunstancias que determinaron la fijación de las mismas o por la aparición de daños sobrevenidos”<sup>227</sup>.

2) La relación obligatoria debe encontrarse pendiente de ejecución en todo o en parte.

3) Debe producirse una alteración sobrevenida de la base del negocio. Ello es posible porque: a) la relación de equivalencia entre las prestaciones se destruye; b) la finalidad común del negocio resulta inalcanzable.

4) La desaparición de la base del negocio debe considerarse como extraordinaria e imprevisible en el momento de celebración del contrato. No sería posible la aplicación de la mencionada cláusula cuando el riesgo sea un elemento del contrato (contrato aleatorio) o cuando la alteración sobrevenida forme parte del riesgo asumido por una de las partes según el negocio de que se trate<sup>228</sup>.

---

conocidos por la otra parte después del momento de la celebración del contrato, que no hayan podido preverse razonablemente por la parte en desventaja en dicho momento, que escapen del control de las partes en desventaja y que esta última no haya asumido el riesgo de que dichos eventos pudieran sobrevenir. Por otro lado, Fernández Hierro (1992: 57 y ss.) señala una serie de requisitos no para la aplicación de la cláusula "rebus sic stantibus", sino para la posible modificación del contrato por el juez: 1) existencia de un contrato bilateral; 2) onerosidad y conmutabilidad de tal contrato; 3) existencia de un fin contractual; 4) que exista una alteración de la base económica del contrato; 5) que la alteración o la imposibilidad de alcanzar el fin contractual ocurra por causas no imputables a los contratantes; 6) que el contrato sea de tracto sucesivo y que no haya tenido todavía total cumplimiento, 7) que no haya otro remedio para restablecer el equilibrio contractual. Un análisis jurisprudencial de la cláusula "rebus sic stantibus" se puede ver en Sánchez González, 1990: 16 y ss. Antes de los años cincuenta, la jurisprudencia no consideró la posibilidad de la cláusula "rebus sic stantibus", en este sentido cfr. Lluís y Navas Brusi (1956: 422): Entre las sentencias más antiguas, la de 4 de junio de 1902 considera que la guerra con EEUU no “determina una fuerza mayor, implicando tan sólo el elemento aleatorio que acompaña por lo regular a los contratos mercantiles”. Aunque la sentencia no aborda claramente el problema de la cláusula "rebus sic stantibus" (ya que habla de fuerza mayor), parece resolver de modo contrario a su aplicación.

<sup>227</sup> Vid. Santos Briz, 2000: 381.

<sup>228</sup> Sobre este tema vid. Santos Briz, 2000: 381. Por otro lado, según Cossío (1994: 36 y ss.): “entiende la doctrina, que en principio, no es aplicable la fórmula de la cláusula "rebus sic stantibus" a los contratos aleatorios, en los que precisamente las prestaciones se basan en el riesgo de carácter



5) La alteración sobrevenida de las circunstancias debe provocar un perjuicio de acuerdo con el sistema de responsabilidad estatuido para la obligación (por ejemplo, no podría pretender la aplicación de tal doctrina aquella de las partes que se encuentre en una situación de mora)<sup>229</sup>.

Por otro lado, no todo cambio de circunstancias puede dar lugar a la aplicación de la cláusula "rebus sic stantibus", sino que es necesario que se den una serie de requisitos:

**a. El cambio de circunstancias forma parte del alea normal del contrato.**

En muchas sentencias el rechazo de la aplicación de la cláusula "rebus sic stantibus" se debe a que existe una asunción expresa del riesgo del cambio de circunstancias en el contrato o a que dicho cambio de circunstancias forma parte del alea normal del mismo. Por ejemplo, en la STS 16 junio 1983 (RJ 1983, 3632) en el

---

extraordinario, si bien creemos, que más que entre contratos conmutativos y contratos aleatorios, habrá de estarse a los índices de determinación de lo que es el alea normal en cada tipo de contrato, alea normal que ha de tener presente el modo en concreto de que se han servido las partes para regular sus prestaciones, que jugaría a modo de concepto válvula, con independencia de que sean dichos contratos, conmutativos o aleatorios, y solamente entraría en juego la fórmula rebus, en cuanto se sobrepase esa barrera del alea normal, para convertirse en un alea excepcional para «ese tipo de contrato».

<sup>229</sup> Vid. la STS 17 mayo 1957 (RJ 1957, 2164) y el comentario que realiza Fernández Rodríguez (1958: 1273 y ss.). Esta sentencia tiene su origen en el contrato de suministro de envases de pinturas y barnices celebrado entre las partes que se ve interrumpido como consecuencia de la Guerra Civil. Después de la contienda el demandado se niega a cumplir el contrato dado que le resultaba antieconómico "por la subida del precio de las materias primas en forma desproporcionada y con posterioridad al contrato". El TS, pese a que las sentencias anteriores habían decretado la resolución del contrato, las revoca y condena al demandado a cumplir en los términos previstos. Según el TS, no es aplicable en este caso la cláusula "rebus sic stantibus", porque no se cumple con el requisito de la imprevisibilidad. No obstante, esta afirmación es discutible a juicio del autor. El contrato se celebra en 1939, en esta fecha los contratantes pudieron y debieron contar con cierta elevación de los precios como consecuencia de las perturbaciones económicas derivadas de la Guerra. Sin embargo, resulta más difícil admitir que el vendedor pudiese y tuviese que incluir en sus cálculos el fabuloso aumento del precio de las materias primas y de los costes de fabricación que se produjo como consecuencia de la 2ª Guerra Mundial (hay que tener en cuenta que el cumplimiento se exige en 1948). La razón del rechazo de la aplicación de la cláusula "rebus sic stantibus" debe ser otro. En este sentido, en otro considerando de la sentencia, al analizar una cuestión ajena a la cláusula "rebus sic stantibus" (acerca del valor de una orden sindical que prohibía usar hoja de lata para determinados fines), se declara expresamente que el vendedor incurrió en mora en el cumplimiento de sus obligaciones. En su opinión, esta debe ser la razón del rechazo de la cláusula "rebus sic stantibus" en el caso y no la previsibilidad de los posteriores acontecimientos.

contrato de obra celebrado entre las partes se contiene una asunción expresa del riesgo, ya que en una de las cláusulas se excluye como justificación de demora las huelgas de los trabajadores del ramo de la construcción, además hay que tener en cuenta que en otra cláusula se estipula que la obra no tendrá revisión de precios.

En la STS 27 junio 1984 (RJ 1984, 3438) una huelga en la factoría del suministrador y una situación política complicada en el país de destino de la mercancía (Irán) no se consideran, por sí solos, hechos determinantes de una modificación sobrevenida que hiciese perder al contrato su condición de reglamentación de intereses dotada de sentido. Además de que tales hechos, previstos o no, entran dentro del cuadro de las posibles previsiones entre experimentados comerciantes como eran los del pleito.

En la STS 29 enero 1996 (RJ 1996, 737) se había cedido a la productora demandada los derechos de autor necesarios para hacer posible la realización de la versión cinematográfica de una obra teatral. Entiende el TS (Fundamento de Derecho 3º) que: “no aparece demostrado ese cambio sustancial e importante en las circunstancias, que exige la jurisprudencia para la aplicación de la alegada cláusula revisora, pues ni la sustitución de dos actrices, ni el mayor costo en la producción, ni mucho menos el transcurso de un prolongado lapso de tiempo, han tenido justificación suficiente en el procedimiento; y todo lo que se ha alegado forma parte del inevitable y normal riesgo en los negocios”.

En el caso de la STS 23 junio 1997 (RJ 1997, 5201) las partes litigantes habían celebrado un contrato de concesión de licencia. En opinión del TS, la difícil situación económica que afectó a la cesionaria debido a las infructuosas gestiones para obtener subvenciones estatales y oficiales, no supone acontecimiento imprevisible, pues, aparte de no hacerse referencia alguna en el contrato, se trata de un riesgo susceptible de prever mediante las gestiones y estudios adecuados y que, en todo caso, asumió una parte y no puede repercutir en la otra.

**b. El cambio de circunstancias no puede ser imputable a una de las partes en el contrato.**

En cuanto al requisito de la inimputabilidad del cambio de circunstancias, éste es un criterio lógico, ya que sería injusto otorgar un mecanismo defensivo a aquella de las partes que debe responder del cambio de las circunstancias porque ha infringido el deber de cuidado que le era exigible según la buena fe para evitar el riesgo.

En la STS 19 abril 1985 (RJ 1985, 1804) las partes habían celebrado un contrato de compraventa de vivienda y plaza de garaje con la calificación de vivienda de protección oficial. Finalmente dicha calificación no pudo obtenerse debido a la conducta infractora de la vendedora (que había falsificado un documento oficial), lo que determina un incremento del precio junto a la alteración monetaria debido al tiempo transcurrido desde la celebración del contrato hasta la entrega de la vivienda. En opinión de Carrasco Perera, que comenta esta sentencia<sup>230</sup>, no puede aceptarse que la alteración monetaria revista un carácter de modificación extraordinaria e imprevisible del riesgo contractual. Cualquier persona que vende a plazo debe saber que aquella alteración entra dentro del margen de riesgo asumido en el hecho mismo de contratar. Además, en este caso, no estamos ante una carencia de medios del vendedor para atajar los efectos de la devaluación, pues al precio aplazado se incorporan unos intereses convenidos.

Desde mi punto de vista, hay que tener en cuenta además que es la conducta incumplidora del vendedor la que ha provocado que no tenga la vivienda la calificación de protección oficial y en consecuencia, se produzca en cierta medida, el desequilibrio de las prestaciones. Es el vendedor el que ha desencadenado el riesgo, en consecuencia, es él quien debe cargar con las consecuencias desfavorables que de ello se deriven.

En la STS 17 mayo 1986 (RJ 1986, 2725) las partes habían celebrado un contrato de arrendamiento de negocio. Con buen criterio rechaza el TS en este caso la aplicación de la doctrina de la cláusula "rebus sic stantibus", ya que el mal funcionamiento de la empresa es debido a la conducta incumplidora del arrendatario

---

<sup>230</sup> Cfr. Carrasco Perera, 1985: 2581 y ss.

(la arrendataria había procedido al cierre de una parte del establecimiento, abriendo la otra parte con dilatada intermitencia) más que a un desvío de la carretera, al margen de que tal desvío no podría considerarse una circunstancia imprevisible.

La STS de 19 noviembre 1994 (RJ 1994, 8539) resuelve sobre el contrato de cesión del derecho de aprovechamiento de las aguas de un río, a cambio el cesionario se comprometía a recibir a perpetuidad un suministro de energía eléctrica. La cesionaria incumple el contrato celebrado. En opinión del TS, es inaplicable al supuesto contemplado la doctrina de la llamada cláusula «rebus sic stantibus», al no ser en modo alguno imprevisibles las modificaciones en el contenido de las prestaciones, ni en modo alguno extraordinarias, ni exorbitantes. Además de que la entidad cesionaria había incumplido el contrato celebrado.

La STS 10 febrero 1997 (RJ 1997, 665) se refiere a un contrato de compraventa de vivienda en construcción. Según el TS, no puede afirmarse que la elevación del precio de venta del local sea debida a circunstancias radicalmente imprevisibles, dado que la paralización de las obras de construcción del edificio ordenada por el Ayuntamiento de Orense, cuando ya estaba levantada la estructura de aquél, fue debida a infracciones urbanísticas del constructor-vendedor al dar a la edificación un mayor volumen de edificabilidad que el permitido, mediante la construcción de un número mayor de plantas que el autorizado por los correspondientes Planes municipales, circunstancias únicamente imputables al vendedor.

La STS de 17 noviembre 2000 (Act. C. 2001, 280) tiene su origen en el contrato celebrado entre los litigantes de suministro de carbón térmico. La recurrente (receptora del carbón) pretende la aplicación de la doctrina de la cláusula "rebus sic stantibus", ya que se había producido un desequilibrio contractual, puesto que el precio fijado para la compra del carbón era el precio oficial señalado en cada momento por la Administración (cláusula 8.ª del contrato) y al no contarse con la subvención, aquél resultaba encarecido. Según el TS, nos encontramos con una denuncia unilateral del contrato y disposición del mismo en acomodo a los intereses de Endesa (recurrente), que conculca abiertamente el art. 1256 CC y acredita el incumplimiento contractual en que incurrió. En definitiva, los criterios decisivos para el rechazo de la cláusula "rebus sic stantibus" al supuesto enjuiciado son los

siguientes: el que alega previamente la aplicación de la doctrina no debe haber incumplido previamente, como sucede en este caso. Por otro lado, no se trata de una situación imprevisible, ya que la no concesión de la subvención se trata de un riesgo industrial inherente a un tipo de actividad intervenida por la Administración y además, el contrato contiene mecanismos de adaptación a las nuevas circunstancias<sup>231</sup>.

### **c. El cambio de circunstancias debe ser imprevisible.**

Este requisito de la previsibilidad plantea una gran complejidad, ya que los nuevos riesgos específicamente modernos ya no son naturales sino artificiales, en el sentido de que surgen como subproducto social y cada vez es mayor la posibilidad de preverlos y asegurarse contra ellos. Así, la previsibilidad se debe valorar en relación con el tipo de contrato celebrado y la cantidad de información a la que tienen acceso las partes contratantes. Por ejemplo, en los contratos internacionales la posibilidad de prever un determinado acontecimiento puede ser prácticamente inexistente para una de las partes, pero no para la otra, por tratarse de un fenómeno frecuente en su país o en su entorno.

La cuestión de la imprevisibilidad guarda relación con la asunción de los riesgos en el propio contrato. De este modo, es necesario que la parte que invoca la aplicación de tales doctrinas no haya asumido expresa o implícitamente el riesgo. Se

---

<sup>231</sup> Entre la jurisprudencia menor la importancia del criterio de la imputabilidad se puede ver en la SAP Madrid 7 julio 1992 (Elder. 1992, 13500). Las partes habían celebrado un contrato de arrendamiento financiero que tenía por objeto unas máquinas barredoras. El arrendatario alega que le es imposible hacer frente al pago debido a la rescisión de la contrata administrativa por parte del Ayuntamiento de Madrid. A juicio de la AP, existe una resolución del referido contrato administrativo claramente imputable a la codemandada y que no puede justificar en modo alguno la pretendida variación o alteración de las circunstancias pactadas en el contrato de arrendamiento financiero para conducir a la excusa de su cumplimiento, y por la vía del juego de la cláusula "rebus sic stantibus".

En el caso de la SAP Coruña 21 octubre 1994 (AC 1994, 1829) las partes habían celebrado un contrato de compraventa de vivienda en construcción. En este caso el rechazo de la aplicación de la cláusula "rebus sic stantibus" se debe a la falta del criterio de la inimputabilidad. Ciertamente, el efecto que el cambio de circunstancias tiene sobre el contrato (alteración del precio como consecuencia del transcurso del tiempo) es imputable a la parte que invoca la aplicación de la cláusula, pues se retrasó en el cumplimiento de sus obligaciones.

podría hablar de una asunción tácita del riesgo en todos aquellos casos en los que el mismo ha podido preverse.

La STS 16 octubre 1989 (RJ 1989, 6927) tiene su origen en la cesión efectuada por el Banco Hipotecario de España a favor de «Naviera Aznar, S.A.» de tres préstamos hipotecarios destinados a financiar parcialmente las obras de construcción de dos buques de pasaje. El cesionario se comprometía a no alterar el destino turístico de los buques y a conservarlos con la debida diligencia. Con posterioridad, la sociedad vende los mencionados buques, amparándose en la cláusula "rebus sic stantibus" como fundamento de la infracción contractual. Este argumento es rechazado por el TS, ya que la «deprimida situación del sector de la Marina Mercante» databa ya del año 1974 y la no realización de las expectativas puestas por «Naviera Aznar, S. A.» en una determinada política gubernamental no es un acontecimiento imprevisible, sino que supone la aceptación del riesgo industrial inherente a un tipo de actividad fuertemente intervenido por la Administración Pública; en consecuencia, la venta por «Naviera Aznar, S. A.» de los referidos buques durante la vigencia de los préstamos destinados a su construcción constituye incumplimiento contractual.

La STS 18 septiembre 1996 (RJ 1996, 1728) toma como referencia el contrato de arrendamiento de máquinas recreativas celebrado entre las partes litigantes. Con posterioridad a la celebración del contrato se produce un cambio en la normativa fiscal referente a dichas máquinas. En opinión del TS (Fundamento de Derecho 3º): "la simple modificación del régimen fiscal de la máquina en cuestión no puede autorizar por sí misma la resolución total o parcial del contrato por los demandados, pues tal posibilidad resolutoria no aparece estipulada ni expresa ni tácitamente en el mismo, ni esa variación fiscal se revela como totalmente imprevisible o constitutiva de un profundo e injusto desequilibrio sobrevenido entre las prestaciones estipuladas"<sup>232</sup>.

---

<sup>232</sup> En la jurisprudencia menor no se consideran circunstancias imprevisibles las siguientes: en el contrato de arrendamiento de apartamento, la recensión turística (SAP de Tarragona 10 enero 1992 (AC 1992, 360)), en el contrato de cesión de remate de finca subastada, la existencia de cargas sobre

Por otro lado, la alteración monetaria no se considera por la jurisprudencia una circunstancia imprevisible que faculte para la aplicación de la cláusula "rebus sic stantibus". En este sentido se pronuncian las siguientes sentencias: la STS 14 diciembre 1940 (RJ 1940, 1135) referida a un contrato de cesión de explotación minera, la STS 26 marzo 1963 (RJ 1963, 2120) relativa al aprovechamiento de las aguas de una acequia por una comunidad de regantes, la STS 31 noviembre 1963 (RJ 1963, 4264) que se ocupa del contrato de arrendamiento de minas celebrado entre las partes, en este caso se entiende que las partes pudieron prevenirse frente al riesgo representado por la alteración monetaria mediante cláusulas de revisión del precio. Si, pese a ello, no lo hicieron así, deben correr con el riesgo de que tenga lugar un incremento del valor del dinero<sup>233</sup>. También referida a las obligaciones de las Comunidades de Regantes es la STS 10 diciembre 1990 (RJ 1990, 9927). En este caso tampoco se admite la aplicación de la doctrina de la cláusula "rebus sic stantibus", ya que cuando se trata de supuestos de devaluación monetaria, se entiende que esta circunstancia es previsible por las partes en el momento de celebrarse el

---

dicha finca (SAP Granada 15 julio 1993 (AC 1993, 1538)), en el convenio de corredores de comercio, la obtención de menores ingresos como consecuencia de encontrarse en una situación de igualación (STSJ Navarra 24 mayo 1995 (AC 1995, 4330)), en el contrato de cesión temporal de la explotación de un Bar, las inclemencias meteorológicas (SAP Valladolid 21 julio 1995 (AC 1995, 1348)), en el contrato de arrendamiento de los servicios de un abogado, la disminución del volumen de solicitudes de los clientes (SAP Barcelona 16 noviembre 1995 (Act. C. 1995, 1762)), en el contrato de arrendamiento de vivienda, la recesión del mercado inmobiliario (SAP Barcelona 27 febrero 1998 (Elder. 1998, 3913)), en el contrato de cesión de explotación de negocio de correduría de seguros, la anulación de las pólizas por la compañía aseguradora (SAP La Rioja 29 junio 1998 (Elder. 1998, 15772)), en la cesión del contrato de explotación de una plaza de toros, la resolución del contrato de explotación por parte del Ayuntamiento (SAP Ciudad Real 24 diciembre 1998 (Elder. 1998, 38223)), en un contrato de suministro, la aparición de un producto mucho más económico en el mercado (SAP Barcelona 30 septiembre 1999 (Elder. 1999, 41986)), en el contrato de arrendamiento de gasolinera y comisión de venta en garantía, la liberalización del precio de los carburantes (SAP Palencia 15 noviembre 1999 (Elder. 1999, 46416)).

<sup>233</sup> Por ejemplo, el TS se pronuncia en este mismo sentido en relación con un contrato de arrendamiento en una sentencia de fecha posterior. Es el caso de la STS 24 septiembre 1994 (RJ 1994, 2364). Según el TS, la aplicación de la cláusula "rebus sic stantibus" a los contratos de arrendamiento no resulta adecuada, ya que su función la cumple en este caso la cláusula de revisión. Según el TS (Fundamento de Derecho 2º) "la cláusula «rebus sic stantibus» ha de funcionar y ser aplicada como un correctivo a las situaciones de desequilibrio de prestaciones que puedan originarse con el transcurso del tiempo en aquellas relaciones arrendaticias de tracto sucesivo. Pero en el caso de los arrendamientos, siendo las prestaciones esenciales la entrega de la cosa en uso y el pago de la renta, es la cláusula de revisión de la renta la que permite que desde la perspectiva del arrendatario se vaya acomodando su obligación de pago al fenómeno (normalmente de depreciación) del cambio de las condiciones económicas".

contrato, pudiendo incluir cláusulas de estabilización para prevenirse frente a tal riesgo<sup>234</sup>.

En la jurisprudencia tampoco se considera una circunstancia imprevisible la alteración del valor de los inmuebles en el período que transcurre entre el momento de la celebración del contrato y su ejecución.

En la STS 5 junio 1945<sup>235</sup> las partes litigantes habían celebrado un contrato de promesa de venta, estipulando en el mismo un precio de venta. En el momento en que se reclama el cumplimiento de la promesa de venta el valor del edificio es muy superior al señalado en la escritura pública donde se plasma el contrato celebrado. El TS rechaza la aplicación de la cláusula, ya que la alteración de los precios podría haberse previsto y en consecuencia, se hubiera podido incluir una cláusula para prevenirse frente a este riesgo.

El recuso de casación que resuelve el TS en su sentencia de 6 octubre 1987 (RJ 1987, 6720) tiene su origen en la constitución de un derecho de superficie por parte de D. M. José sobre finca de su pertenencia a favor de determinada Sociedad. Este derecho de superficie tendría una duración de 17 años. La citada sociedad pretende la aplicación de la cláusula "rebus sic stantibus" con base en el aumento del valor de las edificaciones. En esta sentencia la aplicación de la doctrina de la cláusula "rebus sic stantibus" se rechaza por dos motivos fundamentales, uno de ellos es que el aumento

---

<sup>234</sup> Cfr. Munar Bernat, 1991: 119 y ss. La SAP Málaga 30 mayo 1998 (AC 1998, 5377) advierte, sin embargo, del peligro que se corre con la aplicación indiscriminada de tales cláusulas. Según la AP (Fundamento de Derecho 2º): "Constituye la controvertida estipulación cuarta una de las llamadas cláusulas de estabilización, que sustraen las deudas pecuniarias del imperio exclusivo del principio del nominalismo, reflejando una desconfianza respecto de la igualdad formal y numérica traducida de éste, al querer prevenirse contra los procesos de la desvalorización o la revalorización de la moneda, capaces de frustrar el cálculo de intereses que presidiera la relación contractual, persiguiendo una finalidad estabilizadora de la deuda y, en sus fórmulas más puras, trae consigo una alteración de la cantidad dineraria a satisfacer. En pro de la validez de estas cláusulas se aducen como principales argumentos de carácter general, los principios de la autonomía de la voluntad, la reciprocidad y la buena fe, al propio tiempo que se acude, con un criterio comparativo, a la doctrina de la cláusula «rebus sic stantibus», respetándose lo dispuesto en los artículos 1091, 1258 y 1273 CC". Ahora bien, se deben (Fundamento de Derecho 3º) "tomar con gran prevención las cláusulas estabilizadoras pues, cuando se pactan por los acreedores, implican el reconocimiento de una situación de hecho, inestabilidad, aumento de los niveles de precio, merma del poder adquisitivo de la peseta, inflación en suma, que atentan contra la legislación estabilizadora de los Gobiernos y propician el efecto que tienen como objetivo precaver; y es por ello que su aplicación habrá de ser cautelosa y restrictiva, sobre todo cuando puede suponer beneficios millonarios en período temporal de pocos meses, como en el presente caso".

<sup>235</sup> Díez-Picazo, 1979: 563.



de valor es una circunstancia previsible y en consecuencia, las partes deberían haber adoptado remedios. Por otro lado, es reseñable que la citada doctrina no sería de aplicación en el ámbito de los derechos reales dada su mayor rigidez y su eficacia frente a terceros<sup>236</sup>.

En el caso de la STS 21 febrero 1990 (RJ 1990, 707) las partes habían celebrado un contrato de compraventa de inmueble. Según el TS, es sumamente difícil que la extraordinaria alteración de precios a que se acoge la parte recurrente fuese una circunstancia de realidad imprevisible, al ser de conocimiento general la plus valía a que en los últimos años está sujeta la propiedad inmobiliaria.

En la STS 26 octubre 1990 (RJ 1990, 8049) las partes habían celebrado un contrato de opción de compra con fecha 23 octubre 1964. De acuerdo con este contrato la valoración de los terrenos ya urbanizados había de hacerse en el momento de la finalización de la urbanización. El rechazo de la aplicación de la cláusula "rebus sic stantibus" se debe a que ya existe previsión expresa en el contrato acerca del momento en que se debe realizar la valoración de los terrenos, lo que implica una cierta distribución de los riesgos, al margen de que la alteración del valor de los inmuebles no es una circunstancia imprevisible.

La STS 23 abril 1991 (RJ 1991, 3023) se refiere al contrato celebrado entre las partes de cesión de solar por obra futura. Según el tribunal, en el presente caso no se da esa extraordinaria alteración de las circunstancias tenidas en cuenta por las partes al concertar los contratos que determine un acusado desequilibrio entre las prestaciones recíprocas de las partes, ya que no puede calificarse de tal el mayor o menor valor en venta que puedan tener los locales que se obligó a entregar la cesionaria.

En la STS de 4 febrero 1994 (RJ 1994, 910) el litigio tiene su origen en el contrato de arrendamiento con opción de compra concertado entre las partes. El arrendador pretende la aplicación de la cláusula "rebus sic stantibus" a lo que se

---

<sup>236</sup> Otro ámbito en el que se rechaza la aplicación de la doctrina de la cláusula "rebus sic stantibus" es en el de las relaciones paterno-filiales. [Cfr., entre otras, la STS 22 mayo 1993 (RJ 1993, 3977)]. No obstante, si que se podría aplicar la mencionada doctrina de la cláusula "rebus sic stantibus" a la liquidación de la sociedad de gananciales (vid. STS 4 febrero 1995 (RJ 1995, 739) en el Fundamento de Derecho 8º se hace referencia a esta posibilidad).

opone el TS por faltar el requisito de la previsibilidad, además de que en el contrato ya se había previsto la alteración del precio.

En el caso STS 29 mayo 1996 (RJ 1996, 3862) las partes también habían celebrado un contrato de arrendamiento con opción de compra. Una vez más se confirma la doctrina jurisprudencial en cuya virtud el aumento del valor de los bienes no se trata de una circunstancia que faculte para la aplicación de la doctrina de la cláusula "rebus sic stantibus", al tratarse de un evento previsible<sup>237</sup>.

#### 4.5. Efectos derivados de la aplicación del cláusula "rebus sic stantibus".

Por otro lado, en cuanto a los efectos que se derivan de la alteración sobrevenida de las circunstancias, en la jurisprudencia se puede encontrar la máxima según la que "en cuanto a sus efectos (de la cláusula "rebus sic stantibus"), hasta el presente, (la jurisprudencia) le ha negado los rescisorios, resolutorios o extintivos del contrato otorgándole solamente los modificativos del mismo, encaminados a compensar el desequilibrio de las prestaciones"<sup>238</sup>.

##### 4.5.1. Distintas posiciones doctrinales sobre el tema.

En opinión de Díez-Picazo "la resolución por excesiva onerosidad o por desaparición de la base del negocio debe considerarse como la regla general cuando

---

<sup>237</sup> Entre la jurisprudencia menor cfr. la SAP Segovia 25 noviembre 1996 (Elder. 1996, 11032) en la que las partes habían celebrado un contrato de compraventa de solar para edificar. En este caso el rechazo de la cláusula "rebus sic stantibus" es debido no sólo a que el incremento del valor de los terrenos no es una circunstancia imprevisible, sino que además, el efecto del cambio de las circunstancias es consecuencia de la propia conducta de la vendedora, ya que no colaboró a la continuación de la tramitación administrativa. Asimismo, en el caso de que no le hubiese sido imputable, la parte vendedora podría haberse prevenido mediante la inclusión de una cláusula al efecto en el contrato, del mismo modo que se previno frente a otro riesgo como el cambio de la edificabilidad esperada del inmueble por la revisión del Plan (el precio se incrementaría si la nueva edificabilidad superaba la esperada). Por otro lado, hay que tener en cuenta que en la fijación del precio se tuvo en cuenta la situación de incertidumbre que afectaba al inmueble, con lo que el vendedor no es totalmente adverso al riesgo.

la relación obligatoria es sinalagmática. Existe entonces una facultad que se atribuye a la parte perjudicada por el evento sobrevenido. Esta parte es quien puede optar entre el cumplir el contrato en sus propios términos o demandar su resolución. El reajuste o la revisión judicial del contrato que lo reconduzca a la equidad, puede ser excepcionalmente aplicado en las relaciones obligatorias simples o con obligaciones a cargo de una sola de las partes cuando el daño provenga de una excesiva onerosidad sobrevenida<sup>239</sup>. En coherencia con lo expuesto entiende el autor citado que en el Derecho español se admiten dos supuestos de resolución: de las obligaciones bilaterales, recíprocas o sinalagmáticas, regulada en el art. 1124 CC y la resolución por alteración sobrevenida de las circunstancias. El segundo tipo de resolución no se encuentra expresamente regulado en nuestro CC, “pero es generalmente admitida por la doctrina y la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo, básicamente a través del juego de la llamada cláusula "rebus sic stantibus". Los rigurosos presupuestos que se exigen para su aplicación permiten sostener que se trata de un supuesto absolutamente excepcional, que nuestra doctrina y jurisprudencia tienden a solventar con una marcada preferencia por el remedio modificativo o de reajuste en detrimento del resolutorio”<sup>240</sup>.

Según Lacruz, en aquellos casos “en los que el cambio de las circunstancias es tal que trastoca el cuadro en el que previsiblemente había de operar el contrato y los efectos que había de producir según el designio de las partes, no parece justo que el cumplimiento deba seguir practicándose a la letra, o, incluso a veces, que persista el deber de cumplir”<sup>241</sup>. Este problema se presenta normalmente en los contratos de larga duración o en aquellos en los que el cumplimiento de las prestaciones se difiere en el tiempo. A diferencia de Díez-Picazo entiende el autor que la consecuencia jurídica debe ser “la modificación de los términos del contrato a fin de adaptarlos equitativamente a la nueva situación, de modo que siga produciendo aquél las

---

<sup>238</sup> Cfr., entre otras muchas, STS 17 mayo 1957 (RJ 1997, 2164), STS 16 octubre 1989 (RJ 1989, 6927), STS 23 abril 1991 (RJ 1991, 3023), STS 18 septiembre 1996 (RJ 1996, 1728), STS 10 febrero 1997 (RJ 1997, 665).

<sup>239</sup> Díez-Picazo, 1996: 885; también Díez-Picazo, 1996 a: 686.

<sup>240</sup> Díez-Picazo, 1995: 5891.

<sup>241</sup> Lacruz, 1999: 512.

consecuencias queridas por las partes”<sup>242</sup>. Desde su punto de vista, esta solución está en coherencia con la jurisprudencia que niega a la cláusula "rebus sic stantibus" efectos resolutorios, rescisorios o extintivos del contrato, debiendo procederse a la adaptación del contrato para compensar el desequilibrio de las prestaciones<sup>243</sup>.

Yo no creo que la resolución del contrato sea en todo caso, la mejor de las soluciones, antes de resolver el contrato habrían de buscarse otros remedios. Así, en la doctrina más reciente se debaten posibles soluciones como la integración del contrato<sup>244</sup>. En este sentido, en opinión de Cossío, la excesiva onerosidad sobrevenida implica la necesidad de adaptar el contrato a la base de hecho existente en el momento en que tiene lugar la ejecución<sup>245</sup>. Si se concibe el contrato como un complejo de intereses (comunes e intereses de las partes) y un compromiso de colaboración, debe concluirse que lo que existe en el contrato son riesgos del propio contrato y no riesgos de cada una de las partes, del mismo modo, según el autor citado, es posible hablar de una voluntad del contrato, independiente de la voluntad

---

<sup>242</sup> Lacruz, 1999: 518.

<sup>243</sup> Sobre el estudio de las consecuencias jurídicas en la jurisprudencia española cfr. Sánchez González, 1990: 14.

<sup>244</sup> Sobre las posibilidades de la buena fe como mecanismo de integración del contrato cfr. la Disposición Adicional 1ª. Tres LCGC que establece: “2. Serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas las cláusulas, condiciones y estipulaciones en las que se aprecie el carácter abusivo. La parte del contrato afectada por la nulidad se integrará con arreglo a lo dispuesto en el art. 1258 Código civil. A estos efectos, el juez que declara la nulidad de dichas cláusulas integrará el contrato y dispondrá de facultades moderadoras respecto de los derechos y obligaciones de las partes, cuando subsista el contrato, y de las consecuencias de su ineficacia en caso de perjuicio apreciable para el consumidor o usuario. Sólo cuando las cláusulas subsistentes determinen una situación no equitativa en la posición de las partes que no pueda ser subsanada podrá decretar la ineficacia del contrato”. En opinión de Gete-Alonso y Navas (1999: 292) se plantea la duda acerca de si cabe en nuestro Derecho la interpretación integradora del § 157 BGB, que no es compartida por todos los autores. Ya se admita o se niegue la interpretación integradora, los contratos con cláusulas ineficaces deben interpretarse según los criterios establecidos por el art. 1258 CC. De este modo, para integrar el contrato, el juez (Gete-Alonso y Navas, 1999: 293) “deberá realizar una valoración equitativa de los intereses de las partes. Este es el significado de la buena fe a que se refiere el precepto. En esta valoración ponderará los derechos y obligaciones de cada una de ellas”. Además, mediante la interpretación el precepto lo que pretende es reequilibrar las posiciones contractuales para evitar que desaparezca la inicial situación jurídica dañosa.

<sup>245</sup> Cossío, 1994: 11. Esta opinión ya había sido sostenida con anterioridad por otros autores como Terraza Martorell (1951: 107), según quien es preferible la revisión del contrato frente a su anulación, ya que esta última solución puede ser la más perjudicial. La revisión busca la eficacia esencial del negocio y la consigue mediante la inclusión en el contrato de una voluntad ajena a las partes (contrato, juez), si así resulta necesario para obtener dicho fin. El arbitrio judicial se presenta como el instrumento apto para mantener el equilibrio de las prestaciones.

inicial de las partes, objetivada a través de los intereses que se regulan en el contrato<sup>246</sup>.

En consecuencia, mediante la integración el intérprete debe fijar el contenido del acuerdo, creando deberes jurídicos que forman parte del contrato celebrado, aunque no hayan sido recogidos por las partes en el mismo. El fundamento jurídico de la integración se encuentra en el art. 1258 CC. La mera interpretación no es el objetivo del precepto citado, pero constituye una premisa fundamental, ya que si los contratos obligan a lo pactado, suponen necesariamente la determinación de lo que se pactó, cuál es la intención que llevó a las partes a contratar y cómo pueden resolverse los problemas de falta de claridad en la voluntad plasmada en el contrato. Además, el precepto establece que no sólo se ha de cumplir lo pactado, sino también aquellas consecuencias que se deriven de la buena fe, del uso o de la ley. En consecuencia, esta norma se convierte en el instrumento para luchar contra la excesiva onerosidad sobrevinida en las prestaciones diferidas<sup>247</sup>.

Para ello también se puede acudir a la equidad, puesto que un contrato técnicamente correcto e intrínsecamente justo en el momento de concluirse puede convertirse en objetivamente injusto al cambiar las circunstancias y por tanto, no puede mantenerse en vigor, “ya que el contrato está presidido, en su formación y en su eficacia, por una idea de equidad, bajo la que las partes otorgaron su consentimiento”<sup>248</sup>.

Cossío propone abandonar fórmulas que se fijan en la voluntad de las partes, poniéndose de parte de aquellas doctrinas “que se amparan en el orden público económico, en su aproximación a la teoría de la cláusula "rebus sic stantibus", mediante la potenciación del elemento objetivo, afirmando el principio de equivalencia de las prestaciones derivadas del negocio jurídico (función de

---

<sup>246</sup> Según Cossío (1994: 10): “El intérprete se plantea en profundidad el tema de si la voluntad, y sólo ella, es el fundamento del contrato y si, en consecuencia tras la celebración del contrato, la voluntad queda en él cristalizada, de manera que sólo un pacto novatorio posterior, tan libre como el primero, puede modificar el contrato durante su vigencia; o si por el contrario la objetivación de los intereses del contrato es lo que debe ser tenido en cuenta, con independencia del principio del voluntarismo”. El autor se inclina a favor de la segunda de las posibilidades.

<sup>247</sup> Cossío, 1994: 92 y ss.

<sup>248</sup> Cossío, 1994: 109.

intercambio de los contratos)”<sup>249</sup>. En este sentido, el art. 1289 CC recoge el criterio de la correspectividad al imponer la reciprocidad de intereses, aunque en la vía de la interpretación de los contratos. Sin embargo, este precepto solamente podrá aplicarse cuando la voluntad no esté clara, pero no para corregir los desequilibrios cuando no exista duda acerca de la voluntad contractual. En este último caso, deberá emplearse el art. 1258 CC<sup>250</sup>.

Ante los problemas de desequilibrios contractuales Cossío se muestra partidario de la revisabilidad como solución intermedia entre la nulidad y la validez. La revisabilidad judicial consiste en introducir en el contrato una voluntad ajena, como sería la voluntad del juez<sup>251</sup>. Ello sería posible en nuestro Derecho con fundamento en la equidad, dado su carácter informador del sistema<sup>252</sup>. Para ello, el juez debe atender a inicial distribución del riesgo fijado por las partes en el contrato, es decir, debe establecer lo que las partes hubieran decidido si hubieran previsto la alteración posterior del contrato, según la función económica del negocio<sup>253</sup>.

---

<sup>249</sup> Cossío, 1994: 117.

<sup>250</sup> Cossío, 1994: 124 y ss. En opinión de Fernández Rodríguez (1958: 1270), en nuestro Derecho el contrato bilateral presupone la existencia de un equilibrio entre prestación y contraprestación (ex art. 1289 CC) y el restablecimiento del equilibrio destruido es una de las consecuencias a que obliga, según la buena fe (según el art. 1258 CC), la naturaleza del contrato bilateral.

<sup>251</sup> Cossío, 1994: 138. Esta solución está en coherencia con el art. 1467 Código civil italiano, según el que la resolución solamente tendrá lugar si la otra parte no acepta la modificación del contrato. Lo mismo sucede en el art. 437 Código civil portugués, según el que si las circunstancias en las que las partes se fundaron al decidirse a contratar hubieran sufrido una alteración anormal tiene la parte lesionada el derecho a la resolución del contrato o a la modificación según un juicio de equidad.

<sup>252</sup> Desde mi punto de vista, el recurso a la equidad en nuestro Derecho puede ser peligroso, a diferencia de lo que sucede en los países del “common law”, no obstante, el juez español, de acuerdo con lo previsto en el art. 3.2 CC, podrá tener en cuenta la equidad en la aplicación de las normas, aunque la decisión del tribunal sólo podrá descansar de manera exclusiva en ella cuando la ley expresamente lo permita.

<sup>253</sup> Cossío, 1994: 144. En su opinión, en los casos de ruptura de equivalencia de las prestaciones, “nos encontramos ante un tipo de ineficacia funcional, lo que supone la validez del contrato, al operar dicha ineficacia tan sólo sobre la ejecución del contrato, por lo que no es preciso, en todos los casos la destrucción del contrato y podrá y deberá acudir a la vía de la revisión o suspensión, en atención a las particulares circunstancias concurrentes, lo que nos conduce a que cuando se da la imposibilidad de conseguir los efectos del negocio, perseguidos por las partes en un principio, es preciso investigar si las partes, de haber previsto la ineficacia, y con fundamento en la buena fe y los usos como fuerza normativa hubieran querido otro negocio que, atenuado, aproximadamente alcanzase los mismos fines, mediante la vía de la conversión del negocio sobre la base de las previsiones iniciales de las partes, la buena fe y los usos, que marcará los límites de la voluntad hipotética que constituye la base del negocio sucedáneo del ineficaz, y ello teniendo siempre muy presente la salvación del interés económico del negocio”.

También a favor de la modificación del contrato dentro de la doctrina más reciente se encuentra Fernández Hierro. En su opinión “(p)arece más concorde con la validez y eficacia de que deben revestirse los contratos, así como con el principio de respeto a los actos propios optar como primera solución por la modificación del contrato y sólo cuando éste no pueda ser revisado habría que ir, como segunda alternativa a su resolución”<sup>254</sup>. Sin embargo, resulta difícil decidir si en el caso concreto se debe proceder a modificar el contrato o a su resolución, porque el Tribunal Supremo no ha elaborado una doctrina en este sentido.

Es posible que las partes, al amparo de la libertad de pactos, incorporen en el contrato cláusulas acerca de cómo debe llevarse a cabo su modificación. Asimismo cabe la posibilidad de que una vez se hayan producido los cambios, las partes procedan de mutuo acuerdo a la modificación del mismo. Sin embargo, en opinión del autor<sup>255</sup>, el acuerdo de los contratantes no cierra el paso a la intervención judicial, ya que es posible que pese a existir una cláusula sobre la modificación contractual, sea incumplida por las partes o si es de contenido amplio puede ser objeto de interpretaciones divergentes. Otra solución al problema sería sometiendo la cuestión a arbitraje. En este sentido, el arbitraje, en su doble faceta de derecho y de equidad, sería posible con el acuerdo previo de las partes mediante la inclusión de la cláusula correspondiente, así como por el compromiso *ex post* cuando surjan las discrepancias como consecuencia del cambio de circunstancias. Por último, resta la posibilidad de la intervención judicial.

Según el autor citado, los criterios básicos para la revisión del contrato serían los siguientes<sup>256</sup>: a) habría que tener en cuenta las cláusulas en que se prevea tal revisión cuando existan (aunque esta posibilidad no será frecuente en la práctica); b) si no existe cláusula de modificación, habrá que ver si la prestación modificada por las circunstancias de una de las partes conserva su interés para la otra que sí puede

---

<sup>254</sup> Fernández Hierro (1992: 77): además, como argumentos a favor de esa posibilidad se encuentra la modificación del contrato realizada por la jurisprudencia alemana con base en el § 242 BGB, el art. 1467 CC it (la resolución puede evitarse mediante la modificación equitativa de las condiciones del contrato) y la Ley 493 de la Compilación del Derecho Foral Civil de Navarra según el que se puede solicitar la revisión judicial para modificar la obligación en términos de equidad o declarar su extinción.

<sup>255</sup> Fernández Hierro, 1992: 81.

realizar la suya como se había pactado; c) si se deduce que tal prestación carece de interés, se habría de optar por la disolución del vínculo contractual; d) en los demás supuestos la revisión sería posible y como criterio principal se habría de admitir la no creación de nuevas obligaciones; d) la revisión fundamental consistiría en la modificación de la prestación de la parte que puede cumplir su obligación como inicialmente estaba prevista; e) la reducción de la prestación será proporcional a la disminución de lo que tiene que entregar el afectado por el cambio; f) en supuestos extraordinarios, cuando ambas partes lo aceptan, se podría sustituir la prestación originaria por otra alternativa.

En conclusión, si el contrato se modifica, la sentencia judicial o el acuerdo de las partes determina los límites de la modificación, así como las futuras obligaciones y también cómo afecta la modificación a las prestaciones ya ejecutadas, aunque sea de modo parcial.

Cuando la modificación no sea posible, como última alternativa, se habrá de poner fin al contrato. No obstante, no se contienen en nuestro Derecho normas que regulen los efectos de la frustración del contrato. El autor señala como posibles efectos los siguientes<sup>257</sup>: a) será de aplicación lo que las partes hayan previsto al respecto; b) en el caso de que no se contenga en el contrato previsión expresa se habrá de acudir subsidiariamente al art. 1303 y concordantes del Código civil relativos a la nulidad (salvo los arts. 1305 y 1306 CC que no serían aplicables a la frustración); c) si las partes han realizado prestaciones periódicas, y éstas han sido equivalentes, no procederá la restitución; d) en el caso de que las prestaciones realizadas no hubiesen sido equivalentes, sólo se habrá de reintegrar la diferencia; e) si sólo una de las partes ha cumplido, la otra parte tendrá que restituir lo obtenido; f) cuando una de las partes ha realizado una prestación que sea irrepetible, deberá calcularse su contraprestación económica, que es lo que se habrá de devolver a la contraparte.

En todo caso, ambas partes deberán ser indemnizadas de los gastos que hubiesen hecho para preparar o ejecutar el contrato y de los perjuicios que cada parte

---

<sup>256</sup> Fernández Hierro, 1992: 86.

<sup>257</sup> Fernández Hierro, 1992: 94.



demonstrara haber sufrido como consecuencia del contrato. Además, el juez debe disponer de amplias facultades “para modificar, extinguir u ordenar la devolución total o parcial de las prestaciones debidas”<sup>258</sup>.

#### 4.5.2. Efectos derivados de la aplicación de la cláusula "rebus sic stantibus" según la jurisprudencia.

En la jurisprudencia, en las escasas sentencias que admiten la aplicación de la cláusula "rebus sic stantibus", algunas proceden a la modificación del contrato, mientras que en otras se accede a su resolución.

La admite la STS 11 junio 1951 (RJ 1951, 1649), aunque la aplicación de la cláusula "rebus sic stantibus" en este caso no presenta un grave inconveniente, ya que las partes la habían incluido expresamente como una cláusula contractual. Los efectos, en este caso, son modificativos de la relación contractual para adaptarla a las nuevas circunstancias y no extintivos<sup>259</sup>.

En la STS 23 noviembre 1962 (RJ 1962, 5005) el TS aplica la cláusula "rebus sic stantibus" a un contrato de renta vitalicia. Los efectos derivados de la mencionada cláusula son de modificación del contrato, como en el supuesto anterior<sup>260</sup>.

---

<sup>258</sup> Fernández Hierro, 1994: 95.

<sup>259</sup> Las partes en litigio habían celebrado un contrato en cuya virtud la entidad “S.N. de I.” adquiriría determinadas porciones de terrenos con el fin de instalar en ellos un negocio industrial que, para su desenvolvimiento, requería de un medio de comunicación con el puerto y con la estación ferroviaria, pactándose con esta finalidad sobre la finca de la vendedora una servidumbre de paso y uso de vías. Además el vendedor, señor B., se obligó a realizar con sus propios medios de transporte el servicio de acarreo de las mercancías entre las instalaciones industriales de la compradora y el muelle y la estación citadas, con sujeción a las tarifas convenidas. Las partes autorizan en el contrato la alteración de las tarifas por el señor B. si a éste le afectara la alteración que en las suyas hiciese la Compañía del N., y la misma autorización a favor del señor B. para elevar sus tarifas si se elevaban los gastos de conservación y material.

<sup>260</sup> En esta sentencia el TS distingue entre la aleatoriedad propia del contrato de renta vitalicia (la duración de la vida del titular del derecho a recibir la renta) de otras circunstancias imprevisibles (la alteración al alza del precio de los frutos y rentas de la tierra). En cuanto a la primera cuestión no sería posible la aplicación de la doctrina de la cláusula "rebus sic stantibus". Sin embargo, otras sentencias, como la SAP Sevilla 11 febrero 1992 rechaza la aplicación de la doctrina de la cláusula "rebus sic stantibus" al contrato de renta vitalicia por la aleatoriedad que va implícita en este tipo de contrato. Desde mi punto de vista, parece más convincente la segunda de las soluciones, ya que las partes contratantes podían haber adoptado remedios en el contrato para paliar los efectos desfavorables del

De modo distinto, la STS 28 enero 1970<sup>261</sup> declara resuelto el contrato concertado entre las partes por alteración sobrevenida de las circunstancias. En este supuesto en concreto, la fijación del precio de la energía se efectuó en atención a la personalidad del señor Mora y su condición de comprador y revendedor del fluido, así como sus relaciones con la compañía, sin que pudiera preverse ni el gran aumento del coste del fluido ni que debido al desarrollo del sistema de reservas hidráulicas se pudiera extender el regadío en la forma actual, con el consiguiente aumento del consumo eléctrico, “aumentos de gastos y consumos que han deshecho el equilibrio contractual, convirtiendo un contrato oneroso y conmutativo en una pesada carga económica para la compañía suministradora”.

También con efectos extintivos de la relación contractual estima la aplicación de la cláusula "rebus sic stantibus" la STS 23 marzo 1988 (RJ 1988, 2228)<sup>262</sup>. Los criterios que permiten la aplicación al caso de la doctrina de la cláusula "rebus sic stantibus" son dos: por un lado, el de la imprevisibilidad del cambio de circunstancias representado por la necesidad de realizar el pago en moneda nacional no convertible y por otro lado, la inimputabilidad del cambio de circunstancias a la parte que invoca la aplicación de la mencionada cláusula, ya que fue la entidad deudora la que no presentó recurso contra tales resoluciones administrativas. En cuanto a los efectos, el TS admite la resolución, posiblemente porque dada la situación de insolvencia en la que se encuentra el deudor es difícil restablecer el equilibrio inicial.

En el caso de la STS 6 noviembre 1992 (RJ 1992, 9226) se admite la aplicación de la cláusula "rebus sic stantibus" con efectos modificativos<sup>263</sup>. En opinión del TS,

---

cambio de circunstancias. Además, hay que tener en cuenta el riesgo que asume el deudor en el “contrato aleatorio de renta vitalicia” (art. 1802 CC).

<sup>261</sup> Díez-Picazo, 1979: 579.

<sup>262</sup> Las entidades «Comercial Ebro, S. A.» y «Fred Perry Sportswear L. T. D.» sometieron a arbitraje de derecho la solución de sus diferencias en relación con la posible resolución, con liquidación de sus consecuencias, de un contrato de licencia de fabricación y asistencia técnica entre ellas concertado. El árbitro designado dictó, en plazo expresamente prorrogado, el correspondiente laudo en el que declaró resuelto el contrato entre otras razones, por la modificación establecida por la Resolución de la Dirección General de Transacciones Exteriores del Ministerio de Comercio de 14 de octubre de 1982 (en el pacto 4.º del contrato se establecía que el pago del canon (por la cesión de licencia y asistencia técnica) según la que el pago se efectuará semestralmente y con sujeción de las Leyes Españolas que regulan la materia.

<sup>263</sup> Don Gonzalo G. M. era arrendatario único de una discoteca para cuya explotación, en 1983, se asoció con don Juan S. M., al cincuenta por ciento. Mediante documento privado de fecha 24-8-1985, don Juan S. M. vendió su referida participación del cincuenta por ciento en la explotación del

“cuando el señor B. G. compró al señor S. M. el cincuenta por ciento de la explotación del negocio de discoteca por el precio de seis millones de pesetas, lo hizo sobre la lógica base de una permanencia o continuidad en dicha explotación, cuya base negocial quedó radicalmente alterada por la sobrevenida de la imprevisible circunstancia de la resolución (enero 1986) del contrato de arrendamiento de dicha discoteca, que el titular del otro cincuenta por ciento de la explotación (señor G. M.) tenía concertado como arrendatario único de la misma, lo que, al impedir al señor B. G. continuar en dicha explotación, ha producido un exorbitante desequilibrio entre las prestaciones de las partes, al pretenderse que pague seis millones de pesetas por los únicos cuatro meses que ha podido disfrutar de la explotación del cincuenta por ciento del negocio, cuando, al celebrar el contrato, dicha explotación se preveía por plazo de, al menos, tres años (durante los cuales el señor B. habría de pagar el resto del precio), habiendo quedado plenamente restablecido el equilibrio de las prestaciones con los dos millones que el señor B. G. ya tiene pagados al señor S. M. por esos únicos cuatro meses durante los que pudo explotar el cincuenta por ciento del negocio de discoteca”.

En esta sentencia podría argumentarse que ninguna de las partes hizo constar con claridad ni como cláusula contractual ni como motivo causalizado que su razón justificativa era la duración del mismo por tres años, y que además, el comprador en su reconvención solicitó la anulación del contrato (quizá por falta de causa, no se sabe muy bien), pero no su modificación judicial. Por otra parte, no está tan claro que la resolución del contrato de arrendamiento no fuese una circunstancia imprevisible. Además, tampoco puede deducirse que el vendedor hubiese obrado dolosamente induciendo al comprador la creencia de un período mínimo de duración de tres años, ni tampoco que exista error esencial e inexcusable por parte del comprador. El TS

---

mencionado negocio de discoteca a don Onofre B. G., por el precio de seis millones de pesetas, de las que éste, en el acto de la firma de dicho contrato, pagó un millón doscientas mil pesetas y se estipuló que los restantes cuatro millones ochocientas mil pesetas los haría efectivos mediante pagos trimestrales, «dentro del plazo de tres años», habiendo después el señor B. G. pagado otras ochocientas mil pesetas. En enero 1986, don Gonzalo G. M. dejó de ser arrendatario de la expresada discoteca, que su propietario arrendó a otra persona, por lo que don Onofre B. G. ya no pudo continuar en la explotación del cincuenta por ciento de la misma.

lleva a cabo una verdadera integración del contenido contractual (con fundamento en los arts. 1281 y ss., o en su caso, art. 1258 CC)<sup>264</sup>.

También con efectos modificativos del contrato se admite la aplicación de la cláusula "rebus sic stantibus" en el supuesto enjuiciado por la STS 4 octubre 1996 (RJ 1996, 7032)<sup>265</sup>. En este caso el tribunal realiza una interpretación de la voluntad de las partes y accede a la aplicación de la cláusula "rebus sic stantibus" porque se estima ajustado un reparto de los riesgos derivados del cambio de circunstancias. En otro caso, si se hiciese cumplir al vendedor la obligación de electrificación (aunque en el contrato se hablaba de instalar tres o cuatro transformadores) se produciría realmente un desequilibrio exorbitante entre las prestaciones (el precio de compra fue de 850.000 pts. y el presupuesto para la electrificación de la Urbanización ascendía a más de 52.000.000 pts.). Además, hay que tener en cuenta que la parte compradora no es del todo adversa al riesgo, pues las viviendas se habían construido en la urbanización simulada bajo la apariencia de fines agrícolas. En este caso la

---

<sup>264</sup> Por otra parte, resulta significativa la cantidad con la que la Audiencia considera que se consigue el equilibrio de las prestaciones, 2 millones de ptas, cuando en realidad solamente llevaba 4 meses en la explotación del negocio y el precio se había estipulado un precio de 6 millones por tres años. Seguramente el tribunal habrá tenido en cuenta datos fácticos como las ganancias obtenidas durante este tiempo. En opinión de Bello Janeiro (1992: 1009 y ss.), la sentencia comentada es una sentencia de equidad. El TS en el Fundamento de Derecho 5º rechaza que se trate en este caso de un supuesto de saneamiento por evicción ni que se haya dejado al arbitrio de una de las partes el cumplimiento del contrato.

<sup>265</sup> Según se desprende de la sentencia, D. Fernando G. A. otorgó contrato de compraventa con «Pecuaría Concertada, El Molinillo, SA», el 12 de marzo de 1979, por el cual adquiría de ésta la propiedad del predio rústico denominado «Ocho VA», de 50 áreas, por el precio de 850.000 ptas., que terminó de pagar en junio de 1987. A dicho contrato se le adicionó una cláusula por la que la vendedora se comprometía a la instalación de agua a lo largo de todos y cada uno de los caminos existentes en la finca, lo que fue cumplido, expresándose que «También instalará 3 ó 4 transformadores en puntos estratégicos de la finca Mataparda, previa solicitud y autorización de la Compañía Eléctrica correspondiente». A tal base fáctica la AP aplica la cláusula «rebus sic stantibus» y sentando también que la electrificación exigía «un plan parcial de urbanización, no compatible ni por tanto imaginable, con la naturaleza rústica de regadío de la parcela transmitida, actuación no maliciosa de la demandada (...) estima en 350.000 ptas. la cuantía del daño que ha experimentado en su patrimonio don Fernando Oscar G. A., al no ser posible el cumplimiento en forma específica de la obligación de instalar 3 ó 4 transformadores». Por todo ello, revocó la sentencia recurrida, condenó al pago de dicha cantidad y desestimó la demanda en cuanto a los demás pedimentos. Recurre en casación don Fernando Oscar G. A. El TS declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto. En opinión del TS (Fundamento de Derecho 4º): «El último motivo acusa, por el mismo cauce procesal, infracción de la doctrina jurisprudencial en torno a la cláusula «rebus sic stantibus», derivada del art. 1258 del CC (...) [L]o que está claro es que, como afirma la Sala de instancia, la labor de electrificación (la simple colocación de 3 ó 4 transformadores carece en sí de sentido) exige la presentación de un plan parcial de urbanización, no compatible con la naturaleza rústica de regadío de

modificación consiste en una indemnización del daño en 350.000 ptas. al no ser posible el cumplimiento en forma específica de la obligación de instalar los transformadores.

Una sentencia interesante y bastante reciente es la STS 20 febrero 2001 (Act. C. 2001, 605), aunque el TS no se pronuncia en cuanto a la aplicación de la cláusula "rebus sic stantibus". La AP sí que la había aplicado con efectos modificativos del contrato. Los antecedentes de hecho de la sentencia son los siguientes: con fecha 6 Mar. 1989 la entidad Parque Ávila, S.A. adquirió de la Empresa Pública del Suelo de Andalucía (Epsa), mediante escritura pública, un derecho de superficie por 75 años y la opción de compra de una parcela segregada de la finca registral A con una superficie de 9.046 m<sup>2</sup>. Los citados derechos se adquirieron por un canon anual de 24.500.420 ptas., y se estableció el valor de compra, para el caso de ejercitar la opción, en 350.006.000 ptas. En la cláusula séptima del contrato se estipulaba que los terrenos se iban a destinar al uso previsto por el planeamiento urbanístico. Con posterioridad a la celebración de dicho contrato y producida ya por parte de Parque Ávila, S.A. una serie de pagos resultantes de los términos del contrato, resultó que una parte de la parcela objeto del mismo fueron reclamados por el Patrimonio del Estado a Epsa mediante la interposición de demanda. Como consecuencia de tal anotación preventiva de la demanda, Parque Avila, S.A. no pudo realizar las obras de construcción. El TS casa la sentencia recurrida (que había accedido a la modificación del contrato con fundamento en la cláusula "rebus sic stantibus"), revoca la dictada por el JPI y condena a Epsa a la indemnización de daños y perjuicios ocasionados durante el tiempo en el que el disfrute del derecho estuvo paralizado por efecto de la anotación preventiva de demanda. Se estima infracción del art. 1101 y ss. CC. En opinión del TS (Fundamento de Derecho 3º), en relación con la finca objeto de este litigio se aprecia la existencia de una doble inmatriculación, en consecuencia, "es evidente la negligencia con que se ha manifestado la entidad demandada al facilitar una finca sin cerciorarse debidamente de la bondad de su titularidad, con el efecto consiguiente de la inidoneidad del inmueble para la finalidad perseguida por la

---

la parcela transmitida, lo que era abarcado por ambas partes contratantes y quizá por ello la cláusula añadida contenía una condición dependiente de tercero, que no se ha cumplido".

superficiaria en el momento de la celebración del contrato a causa precisamente de dicha anotación preventiva”.

El motivo primero del recurso acusa infracción de los arts. 1258 y 1274 CC y la doctrina jurisprudencial que interpreta y aplica la referencia a la buena fe en la contratación del primero de los preceptos citados y la equiparación de los casos de alteración de la base del negocio con la ausencia de causa, entendida como función económico-social que el contrato cumple, a que se refiere el segundo de los artículos indicados. El motivo se desestima por introducir una cuestión nueva en casación (Fundamento de Derecho 2º)<sup>266</sup>.

Entre la jurisprudencia menor, admite la aplicación de la cláusula "rebus sic stantibus" con efectos modificativos la SAP Valencia 17 mayo 1991 (Act. C. 1991, 1055). En este caso, en el título constitutivo de la propiedad horizontal de la Urbanización Los P. y para la Comunidad del bloque T. se fijó un módulo de participación que estructuraba las participaciones de los cuatro bloques previstos y proyectados en función de los volúmenes de edificación posibles según las ordenanzas urbanísticas del momento. No obstante, con posterioridad, la nueva normativa urbanística impuso una reducción del volumen edificable, lo que determinó un menor número de apartamentos (se construyeron 16 en lugar de los 48 previstos).

---

<sup>266</sup> La recurrente entiende que, al argumentar conforme a la teoría de la alteración de «la base del negocio», la demostración de una extraordinaria exorbitancia de las prestaciones inclina más bien a la resolución del contrato, mediante la articulación de dos vías: el principio de buena fe (art. 1258 CC) y el fallo o desaparición sobrevenida de la base del negocio (art. 1274 CC); y recuerda que la conexión del problema de la modificación sobrevenida de las circunstancias con el principio general de la buena fe ha sido establecida, sobre todo, por la ciencia y la jurisprudencia alemanas, que han fundado en parágrafo 242 del B.G.B. la posible modificación o resolución de la relación contractual, y que ha apuntado aquí un criterio similar la STS 23 Nov. 1962, la cual liga con el art. 1258, como justa consecuencia de la buena fe en sentido objetivo, «el restablecimiento de la base contractual con reciprocidad equitativa de las obligaciones»; e, inclusive, menciona una opinión doctrinal de la ciencia jurídica española, según la cual la resolución por excesiva onerosidad o por desaparición de la base del negocio debe considerarse como la regla general cuando la relación obligatoria es sinalagmática. Sin embargo, ocurre que la actora, y ahora recurrente, justificaba las dos acciones ejercitadas en la demanda (una, dirigida a la resolución del contrato por grave alteración sobrevenida de las circunstancias; y otra, con carácter alternativo y subsidiario a la anterior, encaminada a la revisión del contrato, por idéntico fundamento que la anterior) en la aplicación exclusiva de la cláusula “rebus sic stantibus”, y ante la obviedad de que, según nuestra jurisprudencia, la primera teoría solo puede producir la revisión del contrato si concurren los presupuestos antes mentados, plantea ahora su resolución en aras de la de la quiebra de la base del negocio, lo que constituye un actividad sorpresiva, que afecta al componente jurídico de la acción y puede producir indefensión a la contraparte, y, de acceder en esta sede a su admisión, ni siquiera salvable mediante la utilización del principio iura novit curia, se quebrantaría el principio de congruencia”.

En opinión de la AP, la modificación de las circunstancias convierte la prestación en exorbitante, con lo que sería posible su modificación de acuerdo con la doctrina de la cláusula "rebus sic stantibus".

En el caso de la SAP Barcelona 16 febrero 1993 (Act. C. 1993, 415) se admite la resolución del contrato celebrado entre las partes de vivienda en construcción. Dicha vivienda, pese a obtenerse su declaración como de protección oficial, no llegó a materializarse en la obtención de los beneficios que le son propios a estas licencias, por cuanto el préstamo hipotecario a obtener no pudo conseguirse por haberse agotado el cupo reservado a tal fin. Según la AP, la obtención de calificación no constituye una condición en sentido estricto, sino que forma parte del contrato, no como un evento futuro o incierto, sino como concreción del propio objeto y razón de ser del precio. En este caso no es posible alcanzar la finalidad buscada en la contratación al ser imposible la construcción al coste previsto. No es posible obligar al vendedor a entregar un objeto a cambio de una contraprestación cuyo valor fue contemplado atendiendo a circunstancias que han variado de modo notable. En este caso, desde mi punto de vista, no es de recibo la aplicación de la cláusula "rebus sic stantibus" puesto que la no concesión de la calificación de vivienda de protección oficial no es imprevisible y en consecuencia, la entidad constructora podría haberse prevenido del riesgo mediante la inclusión de una cláusula en el contrato (rechazan la aplicación de la cláusula "rebus sic stantibus" a los contratos de compraventa de viviendas en los que finalmente no se obtiene la calificación de protección oficial entre otras, las STS 19 abril 1985 (RJ 1985, 1804), STS 4 julio 1996 (RJ 1996, 5881)).

También se estima la aplicación de la cláusula "rebus sic stantibus" en la SAP Navarra 12 noviembre 1998 (Elder. 1998, 31028). En este caso, los concesionarios del aprovechamiento hidráulico de un río se proponen llevar a cabo unas obras para construir el canal correspondiente, depósito y casa de máquinas e instalación de tuberías. El Concejo se comprometía a ceder a los cesionarios unos metros cuadrados para la casa de máquinas mediante el pago de un canon, y es éste el que se pretende actualizar. Según se desprende de la sentencia, el Fuero Nuevo de Navarra (Ley 493) permitiría la aplicación del precepto referido a la cláusula "rebus sic stantibus" aun

cuando se trate de un supuesto de devaluación monetaria, como es el enjuiciado. Esta afirmación contradice la jurisprudencia del TS que, como se ha visto, rechaza la aplicación de la doctrina de la cláusula "rebus sic stantibus", al no ser la alteración de los precios una circunstancia imprevisible.

## **5. El concepto de "hardship" en el tráfico internacional y el deber de renegociar.**

### 5.1 Definición de "hardship".

Según el Art. 6.2.1 de los principios UNIDROIT de los Contratos Comerciales Internacionales: cuando el cumplimiento del contrato ha devenido más oneroso para una de las partes, dicha parte está obligada a cumplir su obligación según lo previsto en estas normas<sup>267</sup>.

El propósito del precepto es aclarar que como consecuencia del principio del carácter vinculante del contrato, se debe exigir el cumplimiento en tanto en cuanto sea posible, sin perjuicio de la mayor onerosidad que ello pueda suponer para la parte deudora. En otras palabras, incluso en el caso de que una de las partes experimente graves pérdidas en vez de ganancias o el cumplimiento carezca de sentido para esa parte, se deben respetar los términos del acuerdo.

Sin embargo, el principio "pacta sunt servanda" no es un principio absoluto, de manera que cuando sobrevienen circunstancias tales que son capaces de provocar una profunda alteración en el contrato, se crea una situación excepcional que se debe incluir dentro del concepto de "hardship"<sup>268</sup>. Este fenómeno, como se ha analizado anteriormente, tiene reconocimiento en otros sistemas legales mediante instituciones tales como la "pérdida de la Geschäftsgrundlage", "frustration of purpose", "eccessiva onerosità sopravvenuta", cláusula "rebus sic stantibus", etc. No obstante,

---

<sup>267</sup> Art. 6.2.1: "Where the performance of a contract becomes more onerous for one of the parties, that party is nevertheless bound to perform its obligations subject to the following provisions on hardship".

<sup>268</sup> Horn, 1985: 6.



en la redacción de los principios UNIDROIT se eligió el término “hardship” por ser ampliamente reconocido en el tráfico internacional, dada la inclusión en muchos contratos de las llamadas “hardship clauses”<sup>269</sup>.

En el art. 6.2.2. se contiene una definición de “hardship”: se habla de tal fenómeno cuando el evento ocurrido altera el equilibrio del contrato bien porque el coste del cumplimiento de una de las partes se ha visto incrementado o bien porque el valor de la prestación se ha devaluado y a) dicho acontecimiento ocurre o se conoce por la parte perjudicada después de la conclusión del contrato; b) tales acontecimientos no podrían haberse previsto razonablemente por la parte perjudicada en el momento de la conclusión del contrato; c) los mismos están fuera del control de la parte perjudicada; d) dicha parte no ha asumido el riesgo de tales acontecimientos<sup>270</sup>.

Es necesario que se produzca una alteración fundamental del equilibrio del contrato, cuya apreciación dependerá de las circunstancias<sup>271</sup>. En la práctica, una

---

<sup>269</sup> Cfr. <http://www.unidroit.org/english/principles/chapter-6-2.htm>. Sobre las relaciones entre estas instituciones con el concepto de “hardship” vid. asimismo Horn, 1985: 17 y ss. En cuanto a la elección del término “hardship” en los principios UNIDROIT, vid. Tallon, 1998: 328. En su opinión, mientras “force majeure” se considera un modo adecuado de designar la situación de total imposibilidad (incluso en el lenguaje inglés), no existe un término unánimemente aceptado en los distintos sistemas legales europeos para la “hardship situation”. Ello conduce a una gran confusión. En el sistema que, podríamos decir, es pionero en el tratamiento de estos problemas, el Derecho alemán, se emplea el concepto de “Wegfall der Geschäftsgrundlage” (pérdida de la base del negocio). En el Derecho francés se habla de “révision pour imprévision” para subrayar que lo importante es el carácter imprevisible del evento sobrevenido. El Derecho italiano habla de “eccessiva onerosità sopravvenuta”, que es el efecto que el cambio de circunstancias tiene sobre la parte afectada. Por otro lado, los principios de Derecho europeo de Contratos se refieren a “change of circumstances” (cambio de circunstancias). Como se ha visto, los Principios UNIDROIT emplean el concepto de “hardship”. Este término no tiene ningún significado en el Derecho inglés, se utiliza más el concepto de “hardship clauses”. Además, en el Derecho americano se usa el concepto de “impracticability”. Según Tallon, existe una paradoja, ya que el lenguaje inglés, que parece ser la nueva “lingua franca” para el Derecho Contractual, no dispone de una palabra adecuada, quizá porque realmente desconoce la noción de “hardship”.

<sup>270</sup> Art. 6.2.2: “There is hardship where the occurrence of events fundamentally alters the equilibrium of the contract either because the cost of a party’s performance has increased or because the value of the performance a party receives has diminished, and (a) the events occur or become known to the disadvantaged party after the conclusion of the contract; (b) the events could not reasonably have been taken into account by the disadvantaged party at the time of the conclusion of the contract; (c) the events are beyond the control of the disadvantaged party; and (d) the risk of the events was not assumed by the disadvantaged party.”

<sup>271</sup> Se ha criticado, cfr. Fontaine (1997: 188), que los Principios Unidroit no contemplan como un supuesto de “hardship” aquellos casos en los que la prestación ha perdido su utilidad económica para una de las partes en el contrato, sin que necesariamente exista desequilibrio contractual. Respecto de la ruptura del equilibrio entre las prestaciones, según Madrid Parra (1999: 309), tal equilibrio no significa que se dé una equivalencia absolutamente objetiva en términos económicos. “El punto de equilibrio,

alteración fundamental del equilibrio de las prestaciones se puede manifestar de dos modos:

a) mediante un incremento sustancial del coste del cumplimiento para una de las partes, dicha parte será normalmente la que no debe cumplir la prestación dineraria. Este incremento sustancial del coste puede deberse, por ejemplo, a un drástico incremento del precio de las materias primas necesario para la producción de los bienes o la realización de los servicios.

b) mediante una disminución sustancial del valor del cumplimiento, incluidos casos en los que el cumplimiento no tiene ningún valor para la parte receptora. Esta disminución del valor puede deberse a un cambio notable de las condiciones del mercado, pero también a la frustración del propósito en cuya virtud se exigió el cumplimiento. Esta disminución del valor debe poder medirse en sentido objetivo, sin que baste un mero cambio en la opinión personal del acreedor. En los casos de frustración del fin del contrato, ésta solamente puede tenerse en cuenta cuando dicho fin en cuestión fue conocido o al menos debió ser conocido por ambas partes.

Además, como dice el precepto, los acontecimientos que provocan el desequilibrio contractual no debieron haber sido previstos por la parte en desventaja en el momento de contratar, porque de ser así, se entenderá que forman parte de su esfera de riesgo. En relación con la posibilidad de prever habrá que estar a las circunstancias concretas que se daban en el momento de la celebración del contrato.

Tampoco se apreciará la existencia de "hardship" si dichos sucesos caen dentro de la esfera de control del contratante en desventaja, es decir, si dicha parte puede influir con su poder para que los hechos se produzcan o no. En realidad, se trata de una exigencia lógica que deriva del principio general en virtud del cual nadie puede obtener ventaja de su propia negligencia.

Por otro lado, de acuerdo con el principio de libertad contractual es posible que una de las partes asuma el riesgo de la superveniencia de determinados acontecimientos. En estos casos, tampoco se podría aplicar la institución de la

---

pues, no es algo objetivo, externo y, por tanto, extrínseco al contrato. Es, por el contrario, el punto de convergencia de los intereses en presencia que llevan a cada una de las partes a coincidir y, por tanto, a consentir en los términos en que se celebra el contrato".

“hardship”, aunque las consecuencias económicas desfavorables sean mayores que las previstas<sup>272</sup>.

La institución de “hardship” solamente se aplica en aquellos casos en los que todavía está pendiente el cumplimiento. Una vez se ha cumplido, ya no se puede invocar un incremento sustancial de los costes del cumplimiento o una disminución importante del valor de la prestación. Si la alteración fundamental del equilibrio del contrato ocurre cuando se ha cumplido de modo parcial, la “hardship” puede ser relevante solamente respecto a la parte de prestación que queda por cumplir<sup>273</sup>.

Asimismo, dicha institución se aplica normalmente a contratos de larga duración, en especial, a aquellos contratos en los que el cumplimiento al menos de una de las partes se prolonga durante un cierto período de tiempo, aunque el problema del cambio de circunstancias puede afectar a todo tipo de contratos<sup>274</sup>.

En la doctrina<sup>275</sup> se ha señalado que unos mismos hechos pueden dar lugar a una situación de excesiva onerosidad sobrevenida o de fuerza mayor (contemplada en el art. 7.1.7). En estos casos, si la parte en desventaja opta por la vía de la “hardship” significa que prefiere renegociar el contrato con la finalidad de adaptarlo a las nuevas circunstancias antes que poner fin al mismo.

El cambio de circunstancias también está previsto en el art. 6.111, según la última versión de 1998, de los principios de Derecho Europeo redactados por la Comisión Lando<sup>276</sup>. De acuerdo con este artículo:

---

<sup>272</sup> Sobre estas cuestiones vid. Madrid Parra, 1999: 310-311.

<sup>273</sup> Vid. Madrid Parra, 1999: 311.

<sup>274</sup> Horn, 1985: 3. En este mismo sentido, en opinión de Lehrberg (1998: 266), la necesidad de renegociación es mayor en los contratos de larga duración.

<sup>275</sup> Cfr. Madrid Parra, 1999: 312. En cuanto a la proximidad de ambas figuras también se encuentran de acuerdo Lando et Beale (2000: 324): a veces existe una línea divisoria confusa entre el cumplimiento que solamente es posible con unos esfuerzos desproporcionados y el cumplimiento que sencillamente, es muy difícil incluso en el caso de que pudiese llevar a la quiebra al deudor. La solución en estos casos depende del tribunal, que normalmente instará a las partes a que lleven a cabo una labor de renegociación. Si finalmente, las partes no logran alcanzar un acuerdo, será el tribunal el que adopte una solución.

<sup>276</sup> Como señala Lehrberg (1998: 277), tanto los principios UNIDROIT como los Principios de Derecho Europeo de Contratos solamente tratan los problemas ocurridos respecto a la superveniencia de determinados acontecimientos con posterioridad a la celebración del contrato, pero no contemplan el supuesto de circunstancias existentes en el momento de la celebración del mismo, que son conocidas con posterioridad. Estas reglas pueden causar problemas, porque a veces la distinción entre ambas situaciones no es tan obvia. Por otra parte, los Principios de Derecho Europeo de Contratos no exigen,

(1) Una parte está obligada a cumplir sus obligaciones incluso si el cumplimiento ha devenido más oneroso, bien porque se ha incrementado el coste del cumplimiento o bien porque ha disminuido el valor de la prestación.

(2) Sin embargo, si el cumplimiento del contrato deviene excesivamente oneroso como consecuencia de un cambio de circunstancias, las partes están obligadas a celebrar negociaciones con vistas a la adaptación o finalización del contrato, con la condición de que:

a) el cambio de circunstancias ocurra después de la celebración del contrato.

b) la posibilidad de un cambio de circunstancias no pudo razonablemente tenerse en cuenta en el momento de la celebración del contrato.

c) el cambio de circunstancias no es un riesgo que debe asumir una de las partes según el contrato.

(3) Si las partes no logran alcanzar un acuerdo dentro de un período razonable, el tribunal podrá:

a) poner fin al contrato con determinadas consecuencias.

b) adaptar el contrato para distribuir entre las partes de un modo justo y razonable las ganancias y las pérdidas derivadas del cambio de circunstancias.

---

al contrario que los principios UNIDROIT, que se haya roto el equilibrio del contrato. En opinión del autor, ello es ventajoso, porque la decisión acerca de cuándo se ha alterado el equilibrio del contrato no es fácilmente determinable. La cuestión que se debate en estos casos es decidir quién debe soportar la pérdida derivada del cambio de circunstancias, que en su opinión, no es siempre una cuestión de equilibrio. Por otro lado, ¿es el equilibrio un status quo o es también una cuestión de lo que es justo y razonable?. En opinión del autor, tanto los principios UNIDROIT como los Principios de la Comisión Lando exigen requisitos muy restringidos para la aplicación de las cláusulas de renegociación. Por ello, es dudoso que tales cláusulas garanticen a la parte en desventaja el derecho de renegociación en alguna situación en que esta parte no tuviese ya ese derecho según el Derecho nacional. Además, tales preceptos subrayan el carácter de las cláusulas de renegociación como un medio de poner fin a una disputa, cuando en realidad, estas cláusulas también deberían hacer que el contrato funcionase mejor en el futuro. De todas formas, al autor le parece mejor el art. 2.117 (según la última versión de 1998, el art. 6.111) de los Principios de Derecho Europeo de Contratos que los arts. 6.2.1 y ss. de los principios UNIDROIT. En parte porque no hacen referencia al término "equilibrio" y en parte porque conceden a la parte perjudicada el derecho a obtener la indemnización de los daños y perjuicios causados como consecuencia de la negativa a renegociar por su contraparte actuando de mala fe.

En ambos casos el tribunal concederá indemnización por las pérdidas sufridas como consecuencia de la negativa a negociar por una de las partes o la ruptura de las negociaciones de modo contrario a la buena fe.

Este artículo persigue evitar que los costes ocasionados como consecuencia de acontecimientos imprevistos recaigan enteramente sobre una sola de las partes. En este sentido, el precepto refleja la tendencia moderna a conceder al tribunal algún poder para moderar la rigurosidad del principio “pacta sunt servanda”.

En opinión de los redactores de los principios<sup>277</sup>, frente a la inclusión de un precepto de este tipo se podría argumentar que la defensa del principio “pacta sunt servanda” es un incentivo para que las partes introduzcan cláusulas apropiadas en el contrato previniéndose del riesgo. Sin embargo, a su entender, la experiencia demuestra que las partes no disponen de los medios adecuados o muchas veces no prestan atención a posibles contingencias futuras, o incluso incluyen cláusulas que no cubren todas las posibles eventualidades. En consecuencia, es de poca utilidad en la práctica confiar en que las partes hayan regulado expresamente la cuestión. Además hay que tener en cuenta que los principios son de Derecho dispositivo, de modo que es posible que las partes adopten cualquier mecanismo en cuanto al modo de adaptar las prestaciones o en que se debe llevar a cabo la negociación, incluso pueden prever que un determinado cambio de circunstancias no afectará al contrato.

En relación con las condiciones para la aplicación del principio<sup>278</sup>:

1) Es necesario que el cumplimiento haya devenido excesivamente oneroso, en el sentido de que debe haber provocado un grave desequilibrio en el contrato, no basta que haya devenido más oneroso. Como señala el precepto, este desequilibrio puede deberse a un incremento en el coste del cumplimiento o a una devaluación del valor de la prestación (por ejemplo, en un contrato de obra, el valor de la prestación del contratista se ve devaluada cuando el mismo se debe determinar de acuerdo con algún índice de precios que se deprecia de modo imprevisto).

---

<sup>277</sup> Cfr. la monografía editada por Lando y Beale, 2000: 323. En relación con este tema vid. asimismo Tallon, 1998: 329.

<sup>278</sup> Lando y Beale, 2000: 324-326.

2) El cambio de circunstancias se debe producir después de la celebración del contrato, pero puede suceder que dicha circunstancia ya existiera en aquél momento sin que ninguna de las partes pudiese conocerla. En estos casos, se aplicarán las reglas sobre el error previstas en los arts. 4:103 y 4:105.

3) Ese cambio de circunstancias no debería haberse podido prever en el momento de la celebración del contrato. Es decir, se trata de que dicho cambio sea imprevisible, puesto que la ley no puede proteger a los imprudentes. La regla de la imprevisibilidad se debe interpretar del mismo modo que en el caso de la imposibilidad de cumplir, es decir, el deber de prever se debe valorar según el parámetro del hombre razonable. En consecuencia, será imprevisible lo que no hubiera podido prever un hombre razonable en la misma situación que las partes (por ejemplo, durante el período de tiempo en el que el tráfico se ve interrumpido regularmente en una determinada región como consecuencia de la huelga de los transportistas, el hombre razonable no elegiría una ruta por esa región con la esperanza de que en ese día en cuestión se podrá circular libremente, sino que optará por otra ruta).

4) Por último, se debe decidir si la parte afectada por el cambio de circunstancias debe soportar el riesgo derivado de tal cambio, bien porque expresamente lo asumió, bien porque se trata de un contrato especulativo. En este caso, dicha parte no podrá invocar la aplicación del art. 6:111.

### 5.2. Los efectos de “hardship”.

Según el art. 6.2.3. de los principios UNIDROIT y del art. 6.111 (2) de los Principios de Derecho Europeo de Contratos, en los supuestos de “hardship”, la parte perjudicada está legitimada para exigir la renegociación.

El art. 6.2.3 de los principios UNIDROIT exige que la renegociación se realice sin demora y se deben indicar los fundamentos en los que se basa. El requerimiento para la renegociación no faculta, por sí sólo, a la parte en desventaja para suspender el cumplimiento de sus obligaciones. En el caso de que no se llegue a un acuerdo en un

plazo razonable, cualquiera de las partes podría acudir al tribunal para que decida la controversia. Si éste estima la existencia de “hardship” podría a) poner fin al contrato en el momento y en los términos que considere oportunos, b) adaptar el contrato restaurando su equilibrio<sup>279</sup>.

Este artículo no resulta aplicable si el contrato en sí mismo ya prevé un mecanismo de adaptación. No obstante, es posible que este mecanismo de adaptación no esté referido a las circunstancias sobrevenidas, con lo que sí que se podría aplicar el remedio de la “hardship”.

Como hemos visto, el deber de renegociar también se contiene en los Principios de Derecho Europeo de Contratos. Según el art. 6.111 (2), la parte que se ve gravada con la excesiva onerosidad sobrevenida debe iniciar el proceso de renegociación en un tiempo razonable, especificando los efectos que el cambio de circunstancias tuvo sobre el contrato. El proceso de negociación debe llevarse a cabo según las exigencias derivadas de la buena fe, por ejemplo, existe mala fe si una parte celebra un contrato con un tercero incompatible con el contrato en vías de renegociación. Normalmente el principio de buena fe requerirá que cada aspecto de la controversia entre las partes sea tratado en la negociación. La infracción del deber de renegociar lleva consigo una sanción consistente en la indemnización por las pérdidas sufridas como consecuencia de la negativa a negociar por una de las partes o la ruptura de las negociaciones de modo contrario a la buena fe<sup>280</sup>. Esta sanción, como se ha visto, no está prevista en los principios UNIDROIT.

La consecuencia inmediata de la “hardship” es la renegociación del contrato. Mediante este procedimiento se pretende que las partes lleguen a un acuerdo, que sería el que habrían alcanzado en su momento si las circunstancias sobrevenidas se hubiesen dado en el momento de la celebración del contrato. Esta preferencia de la

---

<sup>279</sup> Art. 6.2.3. (1) In case of hardship the disadvantaged party is entitled to request renegotiations. The request shall be made without undue delay and shall indicate the grounds on which it is based. (2) The request for renegotiation does not in itself entitle the disadvantaged party to withhold performance. (3) Upon failure to reach agreement within a reasonable time either party may resort to the court. (4) If the court finds hardship it may, if reasonable, (a) terminate the contract at a date and on terms to be fixed, or (b) adapt the contract with a view to restoring its equilibrium. Cfr. sobre los efectos de la “hardship” según los Principios UNIDROIT, Bernardini, 1997: 210 y ss.

<sup>280</sup> Lando y Beale, 2000: 326.

renegociación se explica porque son las partes las que mejor pueden llevar a cabo la reestructuración del contrato para encontrar su equilibrio<sup>281</sup>.

Tanto el art. 6.2.3. de los principios UNIDROIT como el art. 6.111 (3) de los Principios de Derecho Europeo de Contratos prevén la intervención judicial en el caso de que falle el proceso de renegociación. La intervención del tribunal se considera como la última posibilidad, pero se le concede al juez un gran poder. En este sentido, el tribunal puede poner fin al contrato o modificarlo, incluso podría requerir a las partes para que hagan un último esfuerzo en la renegociación si piensa que todavía existe una oportunidad de salvar el contrato. Asimismo estaría facultado, siempre que lo permita su Derecho nacional, para nombrar un mediador que asista a las partes.

Si finalmente las negociaciones son infructuosas, el tribunal debe adaptar el contrato a las nuevas circunstancias, reestableciendo el equilibrio inicial y asegurándose de que los costes extra derivados de las circunstancias imprevisibles se distribuyen equitativamente entre las partes. A diferencia de los riesgos que derivan de la imposibilidad sobrevenida, en los casos de “hardship” las partes deben compartir los riesgos de los acontecimientos imprevistos.

La decisión judicial podría llevar consigo o no, dependiendo de la naturaleza de “hardship” en el caso concreto, una adaptación del precio (podría también ampliar el período de cumplimiento). Sin embargo, si ello es así, la adaptación no reflejará necesariamente la pérdida total sufrida por el cambio de circunstancias, ya que el tribunal tiene que considerar, por ejemplo, la medida en la que una de las partes ha asumido el riesgo y la medida en que la parte legitimada para exigir el cumplimiento puede todavía aprovecharse de tal cumplimiento (con la adaptación el tribunal no puede gravar con “hardship” a la otra partes). Por otro lado, según apuntan los redactores de los Principios de Derecho Europeo de Contratos<sup>282</sup>, el tribunal tiene amplios poderes en cuanto a la adaptación, pero existe un límite cual es el de que éstos no pueden redactar contratos por las partes. En consecuencia, el tribunal puede modificar algunas cláusulas, pero no puede reescribir la totalidad del contrato. En este

---

<sup>281</sup> Madrid Parra, 1998: 313.

<sup>282</sup> Lando y Beale, 2000: 326-327.



caso, la única opción que le queda al tribunal es poner fin al contrato (el tribunal fijará la fecha a partir de la que se entiende finalizado el contrato, así como el *quantum* de la restitución).

El art. 6.2.3. de los principios UNIDROIT prevé expresamente que el tribunal puede terminar o adaptar el contrato solamente cuando ello sea razonable. Sin embargo, las circunstancias pueden ser tales que no aconsejen ni la terminación ni la adaptación del contrato y en consecuencia, la única solución razonable será para el tribunal recomendar a las partes que concluyan sus negociaciones con el fin de llegar a un acuerdo en cuanto a la adaptación o confirmar los términos del contrato tal y como están<sup>283</sup>.

El concepto de renegociación describe el esfuerzo común de las partes de adaptar el contrato a la nueva situación mediante el cambio de sus términos. A diferencia de la adaptación, se trata de un concepto dirigido de un modo más claro a un cambio del contrato frente a la simple actividad de cubrir las lagunas que éste pueda plantear<sup>284</sup>.

En este trabajo se ha visto la posición de los distintos ordenamientos jurídicos respecto a la adaptación del contrato por el juez. Ni el Derecho francés ni el británico parecen admitirla, al contrario que, como hemos visto, sucede en el Derecho italiano y en el alemán<sup>285</sup>. El Derecho francés, en general, no reconoce el cambio de

---

<sup>283</sup> Esta es la solución que apunta el Comentario de los principios UNIDROIT en <http://www.unidroit.org/english/principles/chapter-6-2.htm>. Sin embargo, en opinión de Madrid Parra (1998: 316), esta opción puede estar llamada al fracaso, ya que según lo dispuesto en el artículo, ha sido ya infructuosa. “Además, tal opción implicaría la no resolución de un conflicto sometido a un tribunal, devolviendo la causa a las partes tal cual le llegó; lo que es incompatible con la obligación de resolver que nuestro ordenamiento jurídico impone a los tribunales” en virtud del art. 1.7 CC.

<sup>284</sup> Horn, 1985: 9. Según Tallon (1998: 329), la renegociación es un paso preliminar útil frente a una solución más radical. Sin embargo, por sí misma es insuficiente, incluso en el caso de que la parte que rechaza la renegociación o provoca su ruptura sea responsable por los daños causados.

<sup>285</sup> En cuanto al Derecho italiano cfr. Gallo (1998: 290-291): En Italia está ampliamente admitida la posibilidad de modificar y ajustar las relaciones contractuales. En opinión del autor, si se admite la posibilidad de obtener un ajuste del precio, se elimina la necesidad de integrar expresamente el contrato con cláusulas sobre el cambio de circunstancias y ello puede evidentemente reducir los costes de transacción. Por otro lado, en el Derecho griego, por influencia de la jurisprudencia alemana, el art. 388 del Código Civil establece que el juez se encuentra facultado para resolver el contrato o para modificarlo adaptándolo a las nuevas circunstancias cuando se ha producido un cambio excepcional e imprevisible y en atención a este cambio de circunstancias, la prestación del deudor se ha hecho especialmente difícil. Si se produce la extinción del contrato las partes quedan liberadas para el futuro del cumplimiento de sus respectivas obligaciones y en su caso, deben restituirse las ya efectuadas según las normas que regulan el enriquecimiento injusto. En cuanto a las consecuencias jurídicas, en

circunstancias como un motivo de liberación de responsabilidad contractual, menos todavía proporciona mecanismos de adaptación<sup>286</sup>. Como se ha visto, en el Derecho británico, la consecuencia normal de la frustración es la terminación del contrato. En cuanto al Derecho alemán, la consecuencia normal no es la terminación del contrato, sino su adaptación a las nuevas circunstancias. En el Derecho italiano, por su parte, cuando sucede un evento (“sopravvenienza”) que convierte en excesivamente onerosa la prestación de una de las partes (“eccessiva onerosità”), ésta puede exigir la terminación del contrato. En este caso, la otra parte puede proponer una adaptación justa y razonable como alternativa a la terminación.

No estamos tratando aquí el caso en el que ambas partes voluntariamente acuerdan discutir y renegociar el contrato, sino la situación en la que la ley concede a una de las partes el derecho a requerir a la otra la adaptación del contrato. Así, se distingue entre si la parte perjudicada está legitimada para solicitar del tribunal una adaptación del contrato o si las partes deben negociar de buena fe en primer lugar y solamente si esas negociaciones fallan, acudir al tribunal.

---

opinión de Papanikolaou (1988: 315) la resolución del contrato es la solución más radical, se debe preferir, pues, la adaptación a las nuevas circunstancias. Por otro lado, en el Derecho portugués, el art. 437 del Código Civil permite la resolución o la modificación del contrato cuando se produce un cambio de circunstancias si el cumplimiento estricto del contrato va contra las exigencias de la buena fe y ello no forma parte de los riesgos contractuales. En la doctrina portuguesa Monteiro y Gomes (1998: 329 y ss.), tomando como referencia la doctrina alemana, llegan a la conclusión de que a pesar de la existencia en el contrato de “hardship clauses”, es posible un cambio de la base del negocio, porque las mencionadas cláusulas no están encaminadas a establecer un término contractual sino más bien a mantener el equilibrio entre las prestaciones de las partes. Lo que sucede en estos casos es que tiene preferencia la aplicación de las mencionadas cláusulas con el correspondiente deber de las partes de proceder a una renegociación del contrato, porque aquéllas conocen mejor que nadie cuál es su verdadera situación. Los autores se muestran partidarios de la renegociación, incluso en aquellos casos en los que no existen cláusulas de este tipo en los contratos de larga duración. Ello sería una reinterpretación del principio “pacta sunt servanda”. Respecto al Derecho sueco vid. Lehrberg (1998: 265): Existe la posibilidad de introducir en el contrato cláusulas de renegociación (o “hardship clauses”) que dan a una de las partes el derecho a renegociar el contrato en los casos en que se produzca un cambio de las circunstancias. Fuera de estos casos el principio “pacta sunt servanda” rige estrictamente en este Derecho. Frente al argumento de que la renegociación sería una confirmación del principio “pacta sunt servanda”, en opinión del autor (Lehrberg, 1998: 274), ello sería así solamente en el caso de que las cláusulas de renegociación estuviesen sabiamente construidas. En su opinión, las cláusulas de renegociación están para ajustar la relación contractual entre las partes.

<sup>286</sup> Sobre la revisión del contrato por imprevisión cfr. Ghestin et alii, 1994: 310 y ss. La “imprévision” en Derecho francés entraña un desequilibrio, apreciado en el momento de la ejecución del contrato, entre las prestaciones contractuales. Sin embargo, la “imprévision” es una teoría que concierne solamente a los contratos de los que surgen obligaciones expresadas en una unidad monetaria. “L'imprévision est une question d'ordre économique et financier”. Asimismo vid. Esmein, 1931: 345 y ss.

Al analizar la excesiva onerosidad sobrevenida en el Derecho italiano veíamos que la doctrina legal italiana sostiene que es un deber de la parte que exige el ajuste hacer una propuesta equitativa sin que ello deba dejarse en manos del tribunal. Éste solamente decide sobre la justicia de la oferta si no se logra alcanzar ningún acuerdo.

En cuanto al Derecho alemán, en opinión de Horn<sup>287</sup>, aunque la ley permite al tribunal modificar el contrato, existen dos razones para prevenirse frente a la realización de tal actividad por los tribunales. En primer lugar, los tribunales deben fundamentar su decisión en la ley y no hacer planes sobre la futura cooperación de las partes en general. En segundo lugar, en el intento de planificar la futura cooperación entre las partes, el tribunal es incapaz de tomar en consideración todos los factores relacionados con el trato, al contrario de lo que sucede con las partes contratantes. En consecuencia, si el problema de la adaptación no es simplemente un cambio en el precio o una medida similar de ajuste del mismo, el tribunal no se encuentra capacitado para redactar un nuevo contrato adaptado, sustituyendo así a las partes. Sin embargo, esta no es la opinión mayoritaria en la doctrina alemana<sup>288</sup>.

### 5.3. Cláusulas estándar para la adaptación del contrato en el comercio internacional.

Dada la variedad de contratos y de problemas no resulta fácil establecer una tipología de cláusulas de adaptación. Las cláusulas de adaptación en sentido estricto

---

<sup>287</sup> Horn, 1985: 23. Existe un trabajo anterior de este autor sobre el deber de renegociar, cfr. Horn, 1981: 256 y ss. El autor propone para los supuestos de pérdida de la base del negocio exigir a las partes un deber de renegociación con sanciones precisas para el caso de su incumplimiento (consistentes en la indemnización de daños y perjuicios), para no dejar de este modo en manos de la autoridad judicial la configuración de las relaciones entre los particulares. Además, en su opinión, muchas veces los jueces no están en condiciones de adaptar el contrato porque existen diferentes circunstancias relevantes para el contrato, diferentes intereses dignos de tutela de las partes que los jueces no siempre pueden apreciar. La esencia de ese deber de negociar consiste en la emisión de una declaración de voluntad con la finalidad de adaptar el contrato a las nuevas circunstancias.

<sup>288</sup> La tesis de Horn ha sido duramente criticada por Martinek (1998: 330 y ss.), ya que en su opinión, aquel autor quiere establecer el deber de renegociar como una consecuencia necesaria de la pérdida de la "Geschäftsgrundlage". Sin embargo, no existe ningún precepto legal que así lo exija. Ni siquiera de *lege ferenda*, ya que la Comisión para la reforma del Derecho de obligaciones en Alemania ha rechazado el deber de renegociar de las partes para los supuestos de pérdida de la "Geschäftsgrundlage".

están diseñadas para cubrir una laguna o para cambiar los términos o previsiones del contrato. Estas cláusulas son de dos tipos, el primer grupo se refiere a acontecimientos que las partes expresamente anticiparon, pero que son inciertas en cuanto a detalles concretos; el segundo a una serie de acontecimientos imprevistos de carácter fundamental capaces de generar un cambio en la base del contrato<sup>289</sup>.

Entre las diferentes cláusulas de adaptación se encuentran las “review clauses”, según las que las partes llegan al acuerdo de negociar con buena fe donde parece existir una necesidad de ajustar el contrato. Estrictamente hablando, tal cláusula no es en sí misma una cláusula de adaptación, sino simplemente una regla que señala el procedimiento a seguir sin que exista obligación de conseguir un determinado resultado. En muchas ocasiones las partes introducen un mecanismo de adaptación, como la inclusión de fórmulas, esquemas, etc<sup>290</sup>.

Estas fórmulas generales de revisión se podrían usar en el caso de que las partes en el contrato de larga duración son conscientes de que el equilibrio original de derechos y deberes podría cambiar de modo radical por acontecimientos futuros que, sin embargo, no se podrían cualificar como “force majeure” o “hardship”.

Respecto a las cláusulas “force majeure” o “hardship”, son cláusulas de enorme importancia en el tráfico internacional, mucho mayor que en los contratos regidos por una sola ley nacional, ya que las relaciones comerciales internacionales son más favorables a la ocurrencia de acontecimientos que las partes no previeron y por lo tanto, no pudieron tratar directamente en el contrato, bien porque una de las partes no estaba bien informada respecto al sistema político y legal del otro o bien porque este tipo de relaciones comerciales generalmente no se desarrollan en un ámbito político, económico y legal estable, que normalmente es propio en las relaciones comerciales dentro del mismo país<sup>291</sup>. Además, estos problemas serán mucho más graves en los contratos de larga duración, dado que en éstos, la posibilidad de las partes de prever

---

<sup>289</sup> Horn, 1985: 122.

<sup>290</sup> Böckstiegel, 1985: 164. Estas cláusulas pueden contener tanto aspectos sustantivos como aspectos procesales. En cuanto al proceso, las reglas de adaptación vienen proporcionadas por el “ICC Rules for the adaptation of contracts (1977)”.

<sup>291</sup> De ahí que el concepto de imprevisibilidad en la fuerza mayor sea más flexible de lo habitual como señala Espluges (1999: 330) en relación con el art. 79. 1 de la Compraventa Internacional de Mercaderías.

ciertos problemas es más reducida, puesto que estos contratos se prolongan en el tiempo y por lo tanto, están sujetos a muchos más factores, cuya ocurrencia o relevancia no se podía haber previsto en el momento de su celebración<sup>292</sup>.

Las primeras (“force majeure clauses”), en el sistema de responsabilidad estricto del “common law”, tienen la virtud de ampliar el restringido ámbito de aplicación de la frustración (“frustration”) para garantizar, de este modo, una excusa por el retraso o por el incumplimiento<sup>293</sup>. En el sistema del “civil law”, donde la responsabilidad contractual requiere la existencia de culpa, las cláusulas “force majeure” se refieren a eventos donde no existe negligencia por parte del deudor.

Por otro lado, las cláusulas “hardship”, cuyo uso es relativamente frecuente en los contratos internacionales, son en parte sustitutivas de las cláusulas “force majeure”, pero más frecuentemente se añaden a las mismas. Se refieren

---

<sup>292</sup> Böckstiegel, 1985: 160. Según el autor, en la práctica resulta muy difícil para un abogado la introducción de tales cláusulas en los contratos comerciales internacionales. Ello es debido a la presión a la que se encuentra sujeto el abogado en tales negociaciones, sobre todo teniendo en cuenta que tales cláusulas se refieren a circunstancias que, en el momento de celebrarse las negociaciones, las partes no desean que ocurran y tampoco pueden prever en todos sus detalles. Cuando las partes negocian el contrato a menudo comienzan con la actitud positiva de que se va a producir el cumplimiento del contrato por ambas partes, así como que ambas actuarán de buena fe en el caso de que surjan problemas. En este sentido, no existe la cláusula perfecta capaz de comprender todas las posibles situaciones, aceptable para todas las partes, capaz de satisfacer sus intereses divergentes. Cuanto más largo es el plazo del contrato, mayor es la incertidumbre y la especulación.

<sup>293</sup> Sin embargo, las cláusulas “force majeure” no excluyen la aplicación de la doctrina de la “frustration” según Yates (1991: 193). Por otro lado, en opinión de Kotzur (1998: 346), dada la escasa aplicación de la mencionada doctrina en el Derecho británico, las partes podrían estar interesadas en incluir cláusulas “force majeure” en sus contratos. En cuanto al diseño de tales cláusulas, señala Yates (1991: 202) que habitualmente contienen un catálogo de eventos constitutivos de “force majeure” junto a una cláusula general que incluye asimismo, todos aquellos acontecimientos que están fuera del control de las partes. En cuanto a los efectos, normalmente las partes dispondrán que se prolongue el período de cumplimiento cuando tenga lugar un acontecimiento de tales características, y subsidiariamente en el caso de que tales eventos persistan, se pondrá fin al contrato. Sobre la función y el diseño de las cláusulas “force majeure” vid. Furmston, 1991: 21 y ss.; McInnis, 1991:139 y ss.; Diamond, 1991: 165 y ss.; Swadling, 1995: 3 y ss. y Berg, 1995: 63 y ss. Según este último autor, dos de los eventos generadores de fuerza mayor más usuales en el tráfico comercial internacional son los “actos de autoridad” y las huelgas. Respecto de los primeros, además de los actos de autoridad en sentido estricto, la cláusula también se refiere a actos específicos de naturaleza no legislativa, como la concesión de una licencia, la denegación de la concesión, su mantenimiento o su renovación. Respecto de las huelgas, el verdadero concepto de huelga no está claro, comúnmente se entiende por tal la cesación en el trabajo de un grupo de hombres con la esperanza de obtener concesiones por parte del empresario. Sin embargo, hay algunos ejemplos en los que se utiliza un concepto amplio de huelga (por ejemplo, cuando los cargadores del puerto que se niegan a cargar el barco del deudor, aunque continúan su trabajo respecto de otros barcos). La huelga no puede ser causa de liberación en aquellos casos en los que era posible una determinada acción que la hubiera resuelto y la compañía no realizó tal actividad de un modo no razonable.

principalmente a eventos que hacen que el cumplimiento del contrato sea no imposible, sino más gravoso para una de las partes<sup>294</sup>. Muchas veces estas cláusulas están diseñadas para proporcionar una solución más flexible que la terminación del contrato, normalmente prevén la adaptación de aquél e incluso en ocasiones, una distribución de los costes. Además, estas cláusulas modernas no sólo definen los límites de la responsabilidad contractual, sino también proporcionan un sistema complementario que distribuye ciertos riesgos y deberes entre las partes ayudando a las mismas a alcanzar una solución flexible respecto a los problemas creados por los acontecimientos imprevistos. Esta solución flexible puede venir representada no sólo por la adaptación del contrato a través de la renegociación, sino también por una suerte de distribución de los costes causados por los eventos inesperados.

La consecuencia legal de tales cláusulas es en primer lugar, la continuación del contrato adaptado a las nuevas circunstancias, mientras que la resolución contractual es la última de las posibilidades<sup>295</sup>.

En la literatura legal los elementos esenciales de la “force majeure” o de la “hardship” se definen de este modo: a) circunstancias de carácter fundamental; b) están fuera del control de las partes contratantes; c) totalmente imprevistas en el contrato; d) impiden o retrasan el cumplimiento debido del contrato; e) hacen que el cumplimiento del contrato sea más oneroso para una de las partes, de modo que crea “hardship” para ésta.

Forma parte de la “communis opinio” que una parte no puede invocar “force majeure” respecto a eventos que pudo prever en el momento de la celebración del contrato. Sin embargo, algunas veces incluso un evento imprevisible puede constituir “force majeure”, ya que parece justo, en la interpretación de una cláusula “force

---

<sup>294</sup> Cfr. Yates, 1991: 207. En los Principios UNIDROIT se distinguen claramente ambos conceptos, su regulación se contiene en distintos preceptos, el de “hardship” en el art. 6.2.1 y ss., el de “force majeure” en el art. 7.1.7. Sobre esta distinción vid. Fontaine, 1997: 190 y Bernardini, 1997: 198. Además, la finalidad de ambas instituciones es diferente, por un lado, la “force majeure” pretende regular solamente las causas de exoneración de responsabilidad cuando el incumplimiento es debido a imposibilidad jurídica o material de la prestación, mientras que la “hardship” tiene como finalidad la adaptación del régimen contractual para garantizar la continuidad del contrato en presencia de eventos sobrevenidos que hayan alterado de modo sustancial el equilibrio de las prestaciones recíprocas, sin que la ejecución de las prestaciones haya devenido imposible.

<sup>295</sup> Horn, 1985: 132. Sobre las posibilidades de las cláusulas “hardship” cfr. asimismo, Furmston, 1995: 62 y ss.

majeure” no exigir de modo riguroso el requisito de la previsibilidad, sino más bien centrarse en si las partes habían previsto el acontecimiento en cuestión y lo habían distribuido como un riesgo normal entre ellas<sup>296</sup>.

Por otro lado, existe consenso acerca de que un acontecimiento que puede controlarse o manipularse por una de las partes no puede constituir nunca “force majeure”. Supondría una vulneración grave del principio de buena fe si una parte pudiese primero causar un evento o permitir que sucediera y luego servirse de su ocurrencia para liberarse del cumplimiento amparándose en la “force majeure”<sup>297</sup>.

A diferencia de la “force majeure” que produce la imposibilidad permanente o temporal de cumplir, la “hardship” es un concepto difícil de definir. “Hardship” se define normalmente como excesiva onerosidad que recae sobre una de las partes, un criterio comparable con el concepto germánico de “Unzumutbarkeit” (inexigibilidad). Según la fórmula seguida por el Derecho anglosajón en relación con la “frustration”, para que exista “hardship”, los acontecimientos sobrevenidos deben haber convertido el contrato en algo totalmente diferente de lo que quisieron las partes.

No obstante, la distinción entre ambos conceptos (“force majeure” y “hardship”) se difumina allí donde la excesiva onerosidad se aproxima a la imposibilidad de cumplir, por ejemplo, el deudor puede cumplir sus obligaciones contractuales, pero ello supondría su ruina económica. En este sentido, no es sorprendente que muchos sistemas legales estén divididos en cuanto a la cuestión de si los conceptos de “hardship” y de “impossibility” pueden considerarse siempre como conceptos separados o si ambos criterios podrían comprenderse conjuntamente en el concepto de “commercial impracticability”, como sucede en el Derecho americano<sup>298</sup>.

En cuanto a las consecuencias jurídicas, las cláusulas “force majeure” normalmente liberan al deudor del cumplimiento. Además, las partes tienen derechos y obligaciones respecto a la liquidación del contrato. Sin embargo, las cláusulas contractuales más usadas en la práctica reciente muestran preferencia por el

---

<sup>296</sup> Horn, 1985: 134.

<sup>297</sup> Horn, 1985: 135.

<sup>298</sup> Horn, 1985: 136.

mantenimiento del contrato antes que por su conclusión, de modo que poner fin al contrato se contempla como la última posibilidad. Por otro lado, las cláusulas “hardship” a menudo conceden a las partes el derecho a exigir la renegociación del contrato<sup>299</sup>, en estas negociaciones las partes discutirán si efectivamente ha tenido lugar esa excesiva onerosidad sobrevenida, y si ello es así, procederán a renegociar el ajuste del precio, así como otros términos y condiciones del contrato. Normalmente la cláusula no contendrá la obligación de las partes de alcanzar un acuerdo, ya que éste podría ser difícil de definir y de reforzar. Pero si las partes no llegan finalmente a alcanzar dicho acuerdo, si la cláusula está bien diseñada, podrá llevar consigo otras sanciones como la resolución del contrato o el inicio de un procedimiento arbitral<sup>300</sup>.

Otras cláusulas que se pueden encontrar en el tráfico internacional son cláusulas especiales de distribución de los riesgos (“special risk clause”). Estos tipos de cláusulas pretenden anticipar la ocurrencia de un determinado riesgo, que seguramente caería dentro del ámbito de aplicación de alguna de las dos cláusulas antes señaladas, y distribuirlo entre las partes de alguna manera. Esta cláusula se emplea frecuentemente para anticipar eventos específicos particularmente relevantes en relación con el objeto del contrato celebrado<sup>301</sup>.

En resumen, se podría decir que en el tráfico internacional es más frecuente que se den cambios imprevistos de la situación tenida en cuenta por las partes en el momento de la celebración del contrato. Además, al tener las partes contratantes

---

<sup>299</sup> En opinión de Lehrberg (1998: 267), si una de las partes tiene la posibilidad de prever en el momento de la celebración del contrato que en el futuro van a surgir dificultades que obstaculicen el cumplimiento, podría proponer la inclusión de una cláusula de renegociación que le concede el derecho de renegociar en el caso de que sus previsiones se conviertan en realidad. Depende de la otra parte que esta cláusula llegue finalmente a incluirse en el contrato. Para ello esta parte podría requerir algunas ventajas en la fijación del precio, otra cláusula de renegociación en su favor, etc.

<sup>300</sup> Horn, 1985: 138.

<sup>301</sup> Böckstiegel, 1985: 160-166. Por ejemplo, el autor enumera algunas de ellas: “most-favoured-client clauses”: éstas permiten la adaptación del contrato a un cambio en el mercado, tal adaptación resulta bien de las negociaciones o bien de criterios objetivos de mercado; “price adaptation clauses”: éstas tratan de asegurar, con referencia a una fórmula, una adaptación del precio o de las condiciones de pago en función de un parámetro de carácter objetivo (por ejemplo, el precio de la mano de obra); “tax clauses”: estas se refieren a los supuestos en los que la carga fiscal sea más gravosa de lo que las partes pensaron; “clauses ensuring against future changes in the law”: estas cláusulas, especialmente en los países en vías de desarrollo, distribuirán el riesgo asociado a posibles cambios de las leyes que rigen el contrato, etc. Debido a las profundas diferencias existentes entre los distintos sistemas legales, es deseable un diseño cuidadoso de estas cláusulas si las partes quieren excluir sorpresas desagradables



distintas nacionalidades, los posibles cambios se multiplican, así como la posibilidad de prever disminuye o incluso es posible que una de las partes deba asumir el riesgo al estar más en contacto que la otra parte con la fuente del mismo, a pesar de sus escasas posibilidades de prever (por ejemplo, fuertes lluvias, cambio de gobierno, .. si son habituales en un determinado país, la parte originaria del mismo no podría invocar la aplicación de la institución de “hardship” o “force majeure”). En los contratos internacionales se puede definir el concepto de “fuerza mayor” de un modo más amplio que en los contratos nacionales, como cualquier circunstancia que está más allá del control de las partes, siempre que exista una relación causal entre el hecho invocado como constitutivo de fuerza mayor y el incumplimiento o retraso en el cumplimiento de la obligación. Además, en el tráfico internacional no se puede hablar de imposibilidad absoluta, sino que se debe acudir a conceptos pragmáticos como el de “commercial impracticability”. La liberación del deudor se hace depender de la concurrencia de requisitos tales como la previsibilidad y el carácter y la duración esperada del riesgo según un observador imparcial e informado.

Todas estas circunstancias se pueden observar en la práctica internacional. Por ejemplo, no se da el requisito de la imprevisibilidad en el supuesto del Laudo n. 2139, 1974<sup>302</sup>. En este caso, en respuesta a la expropiación realizada por el gobierno de un país en vías de desarrollo, las compañías extranjeras que hasta entonces habían estado explotando las materias primas en dicho país anunciaron que procederían a embargar dichas mercancías si se vendían en el mercado internacional. Algún tiempo después de las medidas expropiatorias, la empresa estatal responsable de la explotación celebró contratos de compraventa con compradores de distintos países. Algunos de ellos rechazaron el cumplimiento de su obligación de recibir la mercancía con base en que el acuerdo celebrado con las compañías expropiadas constituía un supuesto de fuerza mayor que les liberaba de su obligación. En este caso, en el momento de la celebración del contrato ya había comenzado la crisis que dio lugar a la nacionalización, con lo que no se trata de una circunstancia imprevisible que faculte para la resolución del contrato.

---

en el futuro. Por otro lado, es casi universalmente admitido que determinados riesgos deben ser asumidos por el deudor incluso en el caso de que sean imprevisibles.

Tampoco se considera imprevisible la fluctuación de los precios en el Laudo n. 2708 de 1976<sup>303</sup>. En opinión del tribunal, sobre todo en los contratos de ámbito internacional, la fluctuación de los precios no es una circunstancia imprevisible. Incluso muchas veces esta circunstancia constituye una gran incitación para concluir contratos. A fin de limitar ese riesgo las partes son libres de incluir en su acuerdo cláusulas de escala variable o también cláusulas que provoquen la rescisión automática del contrato para el caso de que el mismo haya devenido ruinoso para una de las partes. En este sentido, el silencio de las partes sobre la inclusión de determinadas cláusulas se puede interpretar como un silencio voluntario, como la decisión razonada de asumir un riesgo. En coherencia con esta argumentación se encuentra el Laudo n. 2291, 1975<sup>304</sup>, según el que la no inclusión de cláusulas “hardship” se debe interpretar como la aceptación de una vigencia absoluta del principio “pacta sunt servanda”, que es otro de los principios fundamentales de la “lex mercatoria”.

Asimismo la fluctuación de los precios no es susceptible de liberar al deudor en el Laudo 26 de agosto de 1989, n. 6281, 1989<sup>305</sup>. En opinión del tribunal, el precio mundial de productos tales como el acero suele fluctuar, como se deduce de la experiencia. En el momento en el que se concluyó el contrato, los precios del acero empezaron a subir ligeramente, una práctica que continuó entre el momento de la conclusión del contrato y el ejercicio de la opción de compra, y que se hizo más

---

<sup>302</sup> Collection of ICC Arbitral Awards (1974-1985), págs. 23 y ss.

<sup>303</sup> Collection of ICC Arbitral Awards (1974-1985), págs. 297 y ss.

<sup>304</sup> Collection of ICC Arbitral Awards (1974-1985), págs. 274 y ss. las partes en litigio habían celebrado un contrato cuyo objeto era el transporte de mercancías desde África tanto por vía terrestre como marítima. El transportista pretende un incremento del precio por una doble razón: porque las piezas a transportar son más voluminosas que las inicialmente previstas, así como que es mayor el número que hay que transportar. La empresa comitente, de nacionalidad inglesa, alega que no procede el incremento del precio, ya que en el contrato se ha incluido una cláusula de revisión del precio en función de las tarifas de los ferrocarriles franceses y belgas, además de que la lista de mercancía a transportar estaba en posesión del transportista.

<sup>305</sup> Collection of ICC Arbitral Awards (1986-1990), págs. 394 y ss. Las partes, una compañía egipcia (comprador) y una compañía yugoslava (vendedor) celebraron un contrato para la venta de 80000 toneladas métricas de barras de acero que se deberían vender a un precio de \$ 190000 por tonelada. El demandante, comprador, tenía la posibilidad de incrementar la cantidad hasta 160000 toneladas con el mismo precio y condiciones, si declaraba su opción de comprar los 80000 toneladas como máximo antes del 31 de diciembre de 1987. El 26 de noviembre de 1987 el demandante informó al demandado que ejercitaría su opción durante la segunda mitad de diciembre. En la reunión celebrada en diciembre de 1987 el vendedor reclamó \$ 215 por tonelada, a lo que no accedió el comprador.

pronunciado hacia finales de 1988. Además de que tal desarrollo de los acontecimientos era incluso predecible. Un vendedor razonable habría de esperar que los precios se incrementasen razonablemente.

Por otro lado, no se cumple el requisito de la imprevisibilidad en el caso resuelto por el Laudo 30 mayo 1979, n. 3099/3100, 1979<sup>306</sup>: el comprador no puede cumplir con su obligación de pago al no obtener la correspondiente divisa extranjera. Para exonerarse de responsabilidad se acoge a la cláusula “force majeure” estipulada en el contrato. Según el tribunal, aparece claramente que según las disposiciones legales del país de origen del demandado, las normas sobre el cambio de moneda ya estaban aprobadas en el momento de conclusión de los dos contratos de compraventa. Se entiende que el demandado actuó negligentemente, ya que no tomó las precauciones de obtener del Banco Central un seguro que garantizase que iba a recibir la moneda extranjera.

Por otro lado, en el caso del Laudo de 25 de junio de 1980 n. 2763, 1980<sup>307</sup> no es imprevisible el impedimento, pero sí su magnitud, con lo que el deudor queda exonerado de responsabilidad.

En opinión del tribunal en el caso del Laudo 17 febrero 1984, n. 4237, 1984<sup>308</sup>, si cada cambio de gobierno y la incertidumbre que lleva consigo fuese constitutivo de fuerza mayor, el tráfico mundial en los tiempos modernos se vería impedido por la incertidumbre. En consecuencia, tampoco se cumple el requisito de la imprevisibilidad en estos supuestos.

---

<sup>306</sup> Collection of ICC Arbitral Awards (1974-1985), págs. 67 y ss.

<sup>307</sup> Collection of ICC Arbitral Awards (1974-1985), págs. 157 y ss. Este laudo tiene su origen en el contrato celebrado entre B y las autoridades libias para construir parte del puerto de Trípoli. El 30 de marzo de 1973 B subcontrató las actividades de drenaje y relleno con A, sujeto a la ley libia. Durante estos trabajos se encontraron explosivos sumergidos en el fondo del puerto, lo que hizo que el cumplimiento fuese mucho más costoso. El contratista pretende liberarse con base en la fuerza mayor.

<sup>308</sup> Collection of ICC Arbitral Awards (1974-1985), págs. 167 y ss. En este caso los demandantes compraron mediante contrato de fecha 15 agosto 1979, 5000 m<sup>3</sup> de madera originaria de Ghana bajo determinadas condiciones. En el contrato expresamente se previó que en el caso de que se pudiera apreciar la concurrencia de “force majeure”, los vendedores deberían comunicar esta circunstancia al comprador inmediatamente, antes de que ésta cesara. De la consideración de fuerza mayor se excluían las fluctuaciones de los precios. Los vendedores no efectuaron la entrega alegando fuerza mayor. En su opinión, los acontecimientos ocurridos en Ghana eran conocidos en todo el mundo y deberían ser también conocidos por los demandantes que disponen de una buena organización informativa, sin que fuese necesario notificar. Según el tribunal, los demandados eran capaces de realizar la entrega, ya que las dificultades eran sólo de tipo económico.

No se considera constitutivo de fuerza mayor en el Laudo n. 3902, 1984<sup>309</sup> la promulgación de una serie de normas gubernamentales que obstaculizaban la presencia de mano de obra extranjera en el país, como consecuencia del conflicto que estalló entre el país del comitente y un país vecino. En opinión del tribunal, el contratista podría emplear trabajadores originarios de un país con el que no existían hostilidades. En el fondo, se trata de una cuestión de distribución de riesgos, al menos en el momento de celebración del contrato en el que las partes tienen plena libertad de distribuir los riesgos inherentes a una gran construcción atribuyéndolos al comitente o al contratista. En principio, ninguno de ellos parece estar más capacitado que el otro para asumir tales riesgos. Se ha dicho que los cambios legislativos constituyen un riesgo difícil de evaluar en cuanto a la fijación de los precios y que no es adecuado atribuir tales riesgos al contratista. De este modo, un contratista diligente incrementará sus precios sustancialmente teniendo en cuenta tales riesgos, mientras que un contratista más descuidado, haciendo una oferta menos cuantiosa, obtendrá el contrato y se las arreglará con posterioridad, para remitir los costes al comitente.

También se produce un cambio de la política de inmigración en el caso del Laudo n. 4462, 1985<sup>310</sup>: una empresa americana debía llevar a cabo un programa de exploración de petróleo en Libia. El contrato incluía una cláusula de fuerza mayor en cuya virtud quedaba excusado el cumplimiento cuando sobrevinieran “acts of God”, insurrecciones, riadas, guerras y cualquier otra circunstancia imprevista y fuera del control de las partes (“any unforeseen circumstances and acts beyond the control of the parties”).

Efectivamente, las partes incluyen una definición amplia de fuerza mayor, lo que prueba la intención de las mismas de extender el fin de la cláusula de fuerza

---

<sup>309</sup> Collection of ICC Arbitral Awards (1985-1990), págs. 450 y ss. El laudo tiene su origen en la controversia suscitada entre una empresa europea (demandante) y una agencia estatal africana (demandado). El contratista era una empresa de construcción que se dedicaba a la manufactura de elementos prefabricados, realización de obras públicas, sistemas de conducción de agua potable, alcantarillado y sistemas de telecomunicaciones. En la cláusula 34 del contrato se hace constar que el contratista tiene el derecho de emplear tal número de mano de obra extranjera como sea necesario para la realización de la obra. En el contrato también se recogía, cláusula 65, el derecho del contratista de obtener del comitente cualquier incremento de los costes o incidentalmente de la ejecución de los trabajos que son el resultado directo o indirecto de riesgos especiales, como actos de guerra o una invasión extranjera.

<sup>310</sup> Collection of ICC Arbitral Awards (1991-1995), págs. 3 y ss.

mayor más allá de los casos tradicionales que constituyen una fuerza irresistible. En este sentido, demuestra una cierta tendencia que puede ser relevante en los contratos internacionales de larga duración para definir fuerza mayor de modo menos estricto que en los contratos domésticos. El tribunal entiende que la cláusula de fuerza mayor incluida por las partes expresa su intención de no aplicar de modo estricto el criterio de fuerza mayor, en particular lo referente a la previsibilidad, pero ello no excluye el requisito fundamental de que el acontecimiento debe haber hecho definitiva o temporalmente imposible el cumplimiento de las obligaciones contractuales. Este requisito no se cumple en el supuesto enjuiciado puesto que la empresa americana podría haber encontrado en el mercado del petróleo o en sus compañías afiliadas o incluso en otras compañías diferentes el apoyo necesario para completar el programa de exploración.

También referido a un contrato de obra es el Laudo n. 5195, 1986<sup>311</sup>, si bien en este caso sí que se considera constitutivo de fuerza mayor el súbito ataque por una organización terrorista que sufrió el contratista, con el resultado del secuestro varios trabajadores. Según el tribunal arbitral, cuando el contrato se concluyó en 1981 un hombre de negocios en la posición del contratista no estaba capacitado para prever los problemas políticos, éticos y económicos del país X. En el tráfico comercial no se puede hablar de imposibilidad absoluta, sino que se debe acudir a conceptos pragmáticos, se debe manejar el concepto de “commercial practicability” antes que el de la posibilidad absoluta. En su opinión, aquellos acontecimientos que van más allá de una excesiva onerosidad para el deudor, y que alcanzan un punto en el que el cumplimiento puede ser peligroso para su vida y su seguridad deben tener carácter liberatorio. Ahora bien, ello se hace depender de la concurrencia de una serie de requisitos como son la previsibilidad y el carácter y la duración esperada del riesgo según un observador informado e imparcial. Estos requisitos se dan en el supuesto litigioso: el contratista se encontraba en una situación de riesgo para su vida y para su seguridad si continuaba su trabajo en el aeropuerto. Este riesgo era apreciablemente

---

<sup>311</sup> Collection of ICC Arbitral Awards (1986-1990), págs. 101 y ss. Mediante contrato de 15 de diciembre de 1981 el contratista de nacionalidad francesa asumió el compromiso de construir y ocuparse del mantenimiento de un edificio civil del ministerio de un determinado país africano situado en el aeropuerto de dicho país.

mayor a cualquiera que pudiera haberse previsto en 1981. Puesto que no se iba a producir un cambio de la situación en un período aceptable de tiempo- podrían pasar posiblemente años- se debía poner fin al contrato como consecuencia de "frustration".

En el Laudo 27 septiembre 1983, n. 3880, 1983<sup>312</sup>, entiende el tribunal que no se puede defender como regla general que el incumplimiento de un proveedor se pueda considerar un supuesto de fuerza mayor para un vendedor de bienes. Además de que en este caso el deudor no ha probado que el incumplimiento de su proveedor haya sido de naturaleza imprevisible (el retraso en el cumplimiento del proveedor es una circunstancia previsible) e irresistible tal y como se requiere para que sea constitutivo de fuerza mayor. Tampoco ha probado que no pudo haber previsto o mitigado las consecuencias de un retraso en la entrega por parte del proveedor.

Por otro lado, no se cumple con el requisito del cambio fundamental de la obligación, imprescindible para la liberación del deudor por el cambio de circunstancias, en el Laudo n. 1512, 1971<sup>313</sup>. Un Banco Pakistaní X se negó a ejecutar una garantía en favor de una compañía india con la que se había comprometido anteriormente. El demandado, el Banco, alegó que el conflicto armado entre India y Pakistán en 1965 había provocado la frustración del contrato. El tribunal arbitral rechaza la aplicación de la cláusula "rebus sic stantibus" al no haberse producido un cambio fundamental en la obligación.

Tampoco se produce un cambio sustancial de la obligación en el Laudo n. 5617, 1989<sup>314</sup>. En opinión del tribunal, el compromiso asumido por la empresa suministradora del fármaco de soportar todas las consecuencias ligadas a la

---

<sup>312</sup> Collection of ICC Arbitral Awards (1974-1985), págs. 159 y ss. El demandante A y el demandado B celebraron el 26 de enero de 1979 un contrato en el que B aceptó suministrar a A 150000 pares de botas de señora entre Abril y Agosto de 1979. En la misma fecha, B celebró un contrato similar con una empresa rumana C que debía suministrar a B la misma cantidad de botas. Cuando C incumplió sus obligaciones, A inició el procedimiento arbitral frente a B reclamando daños causados por la entrega tardía y por defectos de la mercancía. B alegó la existencia de fuerza mayor porque su incumplimiento fue debido al incumplimiento de C.

<sup>313</sup> Collection of ICC Arbitral Awards (1974-1985), págs. 3 y ss.

<sup>314</sup> Collection of ICC Arbitral Awards (1991-1995), págs. 537 y ss. El asunto que enfrenta a las partes tiene su origen en el contrato celebrado entre ellas de suministro y de licencia. En virtud de este contrato, una de las partes se compromete a poner a disposición de la otra determinadas glándulas segregadas por la hormona del crecimiento extraídas de cadáveres humanos para el tratamiento de enanos que sufren una carencia de dicha hormona. El descubrimiento de la enfermedad de Creutzfeldt-Jakob lleva al suministrador a suspender la ejecución del contrato.

utilización del producto por los enfermos no permiten afirmar que exista una situación de fuerza mayor o la aplicación de la cláusula "rebus sic stantibus". En apoyo de este argumento se podría decir que las autoridades nacionales de sanidad pública del país suministrado habían decidido continuar con el empleo de la hormona humana previa fase de purificación a fin de evitar la transmisión de virus por las glándulas infectadas. El contrato de licencia obliga al demandado a garantizar que la hormona extraída es propia para la utilización por el hombre y como la fabricación de cualquier otro medicamento, comporta un riesgo. El tribunal añade en este sentido, la existencia de un uso aceptado por las partes y largamente reconocido en la industria farmacéutica según el que el fabricante debe quedar exonerado de sus deberes contractuales si el medicamento produce efectos secundarios.

Del conjunto de laudos analizados se extraen una serie de conclusiones:

No basta con analizar si han cambiado las circunstancias, se debe ver si ha habido un cambio radical de la obligación (es decir, si ese cambio de circunstancias tiene algún efecto sobre el contrato).

Las circunstancias, para que sean susceptibles de desplegar efectos sobre el contrato, deben ser sobrevenidas. Además, las circunstancias deben ser imprevisibles, ya que en otro caso las partes podrían haberse prevenido frente al riesgo mediante la inclusión de cláusulas "hardship". En este sentido, la fluctuación de los precios no se entiende como una circunstancia imprevisible (a veces incluso constituye un estímulo a la contratación).

Respecto del requisito de la previsibilidad es posible que un determinado hecho sea previsible, pero su magnitud supere a lo que las partes hubieran podido prever. En este caso se ha admitido la aplicación de la cláusula "rebus sic stantibus" (bombas en el puerto de Trípoli).

5.4. Procedimientos para la adaptación del contrato y la renegociación en el comercio internacional.

La mayor parte de las revisiones contractuales tienen lugar por las partes en forma de negociaciones directas e informales. Este método de revisión contractual es más atractivo, ya que es más rápido y flexible, dado que las partes podrían acordar libremente cualquier cambio o decidir cómo colmar las lagunas del contrato. Estas negociaciones se llevan a cabo en su mayor parte de un modo informal, ya que los contratantes se guían más por reglas no escritas de diplomacia y de psicología negocial, que por normas de Derecho procesal<sup>315</sup>. El marco legal para ello lo ofrecen el contrato original y las reglas impuestas por la buena fe, según las que, las partes deben consultarse recíprocamente en el caso de que tenga lugar algún obstáculo, dificultad, etc. Incluso es posible que el propio contrato celebrado entre las partes incluya ciertas formalidades en cuanto a la renegociación, por ejemplo, como se ha visto, algunas cláusulas “hardship” incluyen deberes como el de facilitarse información escrita, encuentros entre las partes, etc. Incluso las partes podrían conceder por adelantado a una de ellas la facultad unilateral de colmar lagunas o realizar cambios. Sin embargo, aquí no estamos en presencia de verdadera negociación, sino simplemente de toma de decisiones por una sola de las partes<sup>316</sup>.

Si las partes no consiguen llegar a un acuerdo, se verán obligadas a acudir a un tercero, que puede ser un tribunal, un tribunal arbitral o una institución o autoridad<sup>317</sup>. En este sentido, “The ICC Rules and Standard Clauses on Adaptation of Contracts” de 1978<sup>318</sup> establece un procedimiento para la adaptación del contrato incluyendo la ayuda de terceras personas, también “The UNCITRAL Conciliation Rules”<sup>319</sup>. La tarea principal de este tercero es asistir a las partes en cuanto a la adopción de un

---

<sup>315</sup> Lehrberg, 1988: 266.

<sup>316</sup> Horn, 1985: 174-175.

<sup>317</sup> Mezger (1985: 210) se pregunta si ese tercero podría ser distinto a un árbitro. El autor responde afirmativamente. El poder de un tercero de llevar a cabo la adaptación está basado en el principio de autonomía privada del Derecho contractual. También, en opinión de Barrigan (1985: 236), si las partes no llegan a adoptar un acuerdo, podrían acudir a una institución conciliadora. Una institución que podría ser de gran utilidad a las partes en su búsqueda de acuerdo sería el ICSID (“International Centre for the Settlement of Investment Disputes”), creado el 14 de octubre de 1966. Este instituto (Barrigan, 1985: 249) ofrece a las partes un foro para conseguir la adaptación del contrato. En cuanto al Derecho aplicable, el art. 42 de las reglas que gobiernan el ICC, permite a las partes su elección. Además, según el art. 43 (2) las partes también podrían facultar al tribunal a decidir la disputa “ex aequo et bono”.

<sup>318</sup> Sobre el procedimiento previsto por la “International Chamber of Commerce” para la adaptación del contrato, vid. Glossner, 1985: 196 y ss.

<sup>319</sup> Sobre estas reglas cfr. Herrmann, 1985: 223 y ss.



acuerdo, y para este fin puede servirse de recomendaciones (art. 12. 1 ICC Rules<sup>320</sup>) o incluso puede formular los términos de un posible convenio (art. 13.1. UNCITRAL Rules<sup>321</sup>).

Si pese a ello tampoco llegan a un acuerdo, deberán acudir a los tribunales o a un árbitro<sup>322</sup>. Muchas veces, una cláusula “hardship” está vinculada a una cláusula de arbitraje. Sin embargo, el árbitro y el tribunal, incluso en el caso de que la ley les permitiese una cierta flexibilidad legal en cuanto a la adaptación del contrato (como por ejemplo, es el caso del Derecho alemán o el Derecho italiano), no tienen tanta flexibilidad como las partes tendrían en la renegociación privada. Ello es debido a que el tribunal o el árbitro, aunque disponen de poderes discrecionales, deben dar una solución basada en la ley, o al menos, en un estándar legal de justicia y equidad<sup>323</sup>.

---

<sup>320</sup> Art. 12 ICC Rules on the Regulation of Contractual Disputes: “1. The third person must formulate a recommendation within a period of 90 days from the date on which the file is delivered to him in accordance with article 8. This period may, however, be extended or reduced by the Standing Committee if that Committee considers that it is necessary to do so in the circumstances of the case. 2. Unless otherwise agreed by the parties, the third person shall give reasons for his recommendation or decision. 3. Where a board of the members has been designated, the recommendation or decision shall be made by a majority vote. Failing a majority vote, the Chairman of the board shall formulate the recommendation or take the decision alone. 4. The third’s person’s recommendation or decision shall be deemed to be issued at the place agreed upon by the parties or, failing such agreement, as determined by the Standing Committee. 5. No recommendation or decision shall be issued until it has been approved as to its form by the Standing Committee. 6. The third person’s recommendation or decision shall be notified to the parties by the Secretariat of the Standing Committee”.

<sup>321</sup> Art. 13 Conciliation Rules of the UNCITRAL: “1. When it appears to the conciliator that there exist elements of settlement which would be acceptable to the parties, he formulates the terms of a possible settlement and submits them to the parties for their observations. After receiving the observations of the parties, the conciliator may formulate the terms of a possible settlement in the light of such observations. 2. If the parties reach an agreement on a settlement of the dispute, they draw up and sign a written settlement agreement. If requested by the parties, the conciliator draws up, or assist the parties in drawing up, the settlement agreement. 3. The parties by signing the settlement agreement put an end to the dispute and are bound to the agreement”.

<sup>322</sup> Según Mezger (1985: 215) si ambas partes están de acuerdo en que en su contrato hay un punto que debe modificarse o una laguna que se debe colmar, así como también coinciden en cuanto al ámbito de la decisión que se debe adoptar, solamente entonces será efectivo el sistema de adaptación contractual. Por otro lado, las partes son incapaces de adaptar el contrato si no están de acuerdo acerca de si la situación que se ha producido justifica la aplicación de la cláusula de adaptación del contrato. La parte que se niega a la adaptación del contrato podría invocar que nada ha sucedido que no hubiese sido anticipado en el momento de la conclusión del contrato. Podría incluso alegar que la falta de previsibilidad por la otra parte no es una razón para la invocación de tal cláusula. En estos casos, la parte que desea la aplicación de la mencionada cláusula podría, según las ICC Rules, obtener una decisión de una tercera persona. Si pese a ello, no es posible llegar a un acuerdo, el litigio deberá resolverse necesariamente por un juez o un árbitro. No obstante, en opinión del autor, la intervención de un tercero en cuanto a la adaptación del contrato es una buena idea, en este sentido las ICC Rules proporcionan el marco legal necesario para ello.

<sup>323</sup> Según Yates (1991: 209), si el árbitro que debe resolver el asunto es inglés, no podrá adaptar el contrato a las nuevas circunstancias, ya que no se lo permite el Derecho inglés. Posibles soluciones a

Además de que el tribunal o el árbitro no es capaz de comprender todas las posibles implicaciones prácticas de un problema de adaptación hasta el punto de redactar un nuevo contrato para las partes<sup>324</sup>. Solamente estaría facultado para una justa distribución de costes y cargas entre las partes, o para poner fin al contrato a la luz de las nuevas circunstancias. En este sentido, en opinión de Horn<sup>325</sup>, cuanto más complejo es un contrato y la cooperación precisa entre las partes es mayor, menor será la eficacia de la solución judicial o arbitral en relación con el conflicto. Recurrir a tales procedimientos es una solución subsidiaria cuando fallan las renegociaciones y desaparece el espíritu de cooperación entre las partes.

---

este problema serían señalar como aplicable para resolver el litigio otro sistema legal o también señalar que la solución del litigio corresponda a una tercera persona y no a un árbitro.

<sup>324</sup> Cfr. Mezger, 1985: 206.

<sup>325</sup> Horn, 1985: 189.



## CAPÍTULO III.

### SUPUESTOS PARTICULARES DE DISTRIBUCIÓN DEL RIESGO POR LA ALTERACIÓN DE LA ECONOMÍA DEL CONTRATO.

#### Introducción.

Como hemos visto hasta ahora, la cuestión de la divergencia entre los presupuestos fácticos que se han tomado como referencia para la conclusión del contrato y el contenido de la regulación contractual da lugar a un conflicto de intereses entre las partes contratantes cuya solución depende del enfoque que se de al problema.

En este apartado nos ocuparemos de las posiciones que interpretan el asunto como una cuestión de reparto de riesgo entre las partes teniendo en cuenta la concreta economía del negocio. Desde esta perspectiva, la alteración de la economía contractual se revela como un problema de distribución de riesgo y daño entre los contratantes en función de toda una amplia gama de circunstancias y eventos, que aun siendo previsibles en abstracto, no siempre se pueden solucionar como un problema de voluntad contractual<sup>1</sup>.

#### I. EL CONTRATO COMO INSTRUMENTO DE DISTRIBUCIÓN DE RIESGO Y GANANCIA.

La conclusión de un contrato queda expuesta al riesgo de toda operación económica<sup>2</sup>. Tanto la oferta como la aceptación parten de una valoración positiva

---

<sup>1</sup> D'Angelo, 1992: 223. En este mismo sentido, según Scognamiglio (1992: 242), el tema de la superveniencia de circunstancias previsibles, y sin embargo, en grado de frustrar los presupuestos de la iniciativa contractual, no siempre se puede resolver mediante la búsqueda de una voluntad de los contratantes no suficientemente explicitada en el contrato.

<sup>2</sup> Fikentscher, 1971: 107. En el contrato las partes han acordado perseguir sus respectivos objetivos mediante la distribución de riesgos vinculando los mismos al sinalagma funcional. En este sentido, el contrato se podría definir como el acuerdo acerca del reparto equitativo de los riesgos entre las partes. ("Im Vertrag sind die Parteien übereingekommen, ihre jeweiligen Geschäftszwecke unter Eingehung eines jeweiligen Risikos zu verfolgen und die beiderseitigen Risiken im funktionellen Synallagma an das gleiche rechtliche Schicksal zu binden. In diesem Sinn war oben der Vertrag definiert worden als die vereinbarte beabsichtigte Gleichbehandlung zweier getrennter Risiken"). En la doctrina italiana más reciente cfr. Besonne, 1975: 273. Para este autor el contrato se

acerca del éxito del negocio. No obstante, pueden darse circunstancias que distorsionen la economía contractual<sup>3</sup>. Para minorar este riesgo las partes disponen de una serie de mecanismos de los que pueden hacer uso en el momento de la conclusión del contrato. Por ejemplo, el comportamiento necesario para evitar que se den circunstancias diversas a las previstas puede hacerse objeto de una obligación, a su vez, el riesgo de daños conectados a eventos previsibles, pero sustraídos a toda posibilidad de control, puede eludirse mediante la inclusión de una condición. Sin embargo, la realidad es muy compleja y las partes contratantes no están siempre en situación de prever todos los posibles eventos<sup>4</sup>.

La exigencia de excluir lo imprevisible del área de riesgo contractual es tal que lleva a atemperar el rigor del principio "pacta sunt servanda"<sup>5</sup>. Como se ha visto, en todos aquellos ordenamientos en los que no existe una norma general al respecto, estos problemas se tratan de salvar con la doctrina de la cláusula "rebus sic stantibus" en España (aunque de modo muy limitado), con la doctrina de la "Geschäftsgrundlage"<sup>6</sup> en Alemania, en Italia, si bien este problema ha sido

---

configura como "l'insieme di questo reciproco accollo di rischi ed obblighi, l'equilibrio di essi ed una correlativa distribuzione dei costi". También Scognamiglio (1992: 240), para quien la hipótesis de trabajo de la que parten las nuevas tendencias doctrinales en punto a los presupuestos viene constituida por una concepción del contrato indudablemente realista. De este modo, el contrato se define como el conjunto de una recíproca distribución de riesgos y obligaciones, el equilibrio entre éstos y una correlativa distribución de los costes.

<sup>3</sup> Por ejemplo, según D'Angelo (1992: 292), los beneficios esperados con el contrato pueden verse reducidos por una serie de circunstancias como un cambio del régimen del bien o de la actividad deducida en el contrato, una modificación del mercado relativo a esas actividades, así como por la pérdida sobrevenida de interés por parte del acreedor por razones atinentes a su economía individual, o, tratándose de relaciones contractuales en las que no es posible valorar la entidad del resultado en el momento de celebrarse el contrato, el beneficio puede resultar inferior a aquel que se podía esperar, asimismo, la pérdida del beneficio puede derivar de haber devenido obsoleto el bien objeto del contrato como consecuencia de la evolución tecnológica.

<sup>4</sup> En opinión de Meder (1993: 270), la posibilidad de prever es mucho menor en las sociedades modernas, también contribuyen a un incremento de los riesgos la internacionalización de las relaciones jurídico-comerciales, así como la intervención estatal en la economía.

<sup>5</sup> Bessone, 1975: 8. También Ahrens, 1998: 178. Este último entiende que el principio "pacta sunt servanda" es un principio que hoy en día sufre correcciones teniendo en cuenta exigencias de justicia contractual así como también en atención a la obligatoriedad social ("Sozialpflichtigkeit"). Por otro lado, en opinión de Henssler (1994: 27), el Derecho civil debe decidir cuál de las partes debe soportar la desventaja que supone una desviación de las circunstancias respecto a sus proyectos. Puede ser que las propias partes contratantes hayan resuelto ya esta cuestión en el propio contrato, en cuyo caso la solución pasaría por una interpretación de su contenido. Ahora bien, para el caso de que ello no sea así, en un segundo nivel debería comprobarse si en virtud del diferente desarrollo de la situación fáctica con respecto a la base del negocio, la vinculación al contrato resulta insoportable, irreconciliable con la justicia material así como inexigible ("Im Rahmen einer zweiten Stufe ist vielmehr zu prüfen, ob aufgrund der Abweichung der tatsächlichen Situation von der Geschäftsgrundlage ein Festhalten am Vertrag untragbar, mit Recht und Gerechtigkeit nicht zu vereinbaren bzw. einfach unzumutbar ist").

<sup>6</sup> Cfr. Rolland (1993) [www.cnr.it/CRDCS/b\\_rolland.htm](http://www.cnr.it/CRDCS/b_rolland.htm): La "Geschäftsgrundlage" es una institución de origen doctrinal y jurisprudencial, sin embargo, la Comisión para la reforma del

parcialmente solucionado mediante la introducción del art. 1467 CC it, también está muy extendida la doctrina de la “presupposizione”, etc.

El problema reside, pues, en que a falta de normas aplicables, no es fácil elaborar una técnica de control acerca de la compatibilidad entre circunstancias y cumplimiento capaz de garantizar la seguridad del tráfico<sup>7</sup>.

En consecuencia, en la doctrina surgen teorías que tratan de encontrar criterios para distribuir entre las partes el daño que se produce cuando una incorrecta apreciación de la realidad impide que el cumplimiento exacto del contrato satisfaga los intereses de ambas partes<sup>8</sup>. El principio “pacta sunt servanda” en sí mismo contiene ya una distribución de riesgos, según este principio cada parte debe soportar el riesgo de que la obligación que resulta del contrato se vea perturbada como consecuencia de acontecimientos imprevistos hasta el límite de la imposibilidad de la prestación. De este modo, el deudor soporta el riesgo de realización de la propia prestación, aunque para ello deba soportar cargas más allá de lo previsto (“Beschaffungs- oder Lieferungsrisiko”, según la terminología alemana), mientras que el acreedor soporta el riesgo de que no pueda extraer de la prestación de su deudor la utilidad esperada

---

Derecho de obligaciones en Alemania se ha mostrado favorable a la regulación positiva de dicha institución. Como se ha visto, en el § 306 KE se contiene una posible regulación de la institución siendo fiel a los principios desarrollados por la doctrina y por la jurisprudencia.

<sup>7</sup> Bessone (1975: 33) propone una formulación del problema que permita reconducirlo a un modelo conceptual al que sean aplicables los principios codificados, para de este modo, organizar el enorme número de casos extraídos de la práctica. En su opinión, existen normas en el ordenamiento jurídico italiano que revelan una tendencia a tener en cuenta lo que podría llamarse “base del negocio”, aunque se trata de disposiciones esporádicas de las que no es posible extraer una teoría general. Por ejemplo, la norma aplicable a la transacción que toma como presupuesto una serie de circunstancias que, en realidad, son inexistentes. En estos casos, el contrato de transacción contiene una regulación de intereses que no se corresponde con la situación que las partes habrían tenido en cuenta en el momento de la conclusión del contrato. Las normas generales del Código no podrían ofrecer ninguna solución fuera del caso en el que alguno de los contratantes hubiese prestado su consentimiento viciado por error siempre que el mismo fuese un error jurídicamente relevante. Sin embargo, la ley en este caso no constriñe a las partes a soportar los efectos de un contrato privado de sus presupuestos porque los arts. 1972-1975 CC italiano establecen la anulabilidad de la transacción. Un ejemplo semejante se puede encontrar en el Derecho alemán, el § 779 BGB que decreta la ineficacia de la transacción cuando el estado de cosas contemplado por las partes no se corresponde con la realidad, de manera que el litigio no hubiese surgido si las partes hubiesen tenido un conocimiento exacto de la realidad.

<sup>8</sup> En opinión de Henssler (1994: 48), para que se pueda proceder a una redistribución del riesgo es preciso que el contrato no haya sido cumplido enteramente por ambas partes. Si se produce un cambio de circunstancias después de este momento, el riesgo debe soportarlo aquella parte a la que afecta tal circunstancia. La razón de esto es que con el total cumplimiento de la prestación queda liberado el deudor. En este caso, la seguridad jurídica se encuentra por encima de la equidad del caso concreto.

(“Verwendungsrisiko”)<sup>9</sup>. Ahora bien, exigencias de justicia económica y social pueden imponer otro criterio de distribución de riesgos. Ello es lo que se pretende con doctrinas tales como la de la “Geschäftsgrundlage”, que en cierto sentido, también es una doctrina de redistribución de los riesgos (ya que analiza cuál es la base relevante del contrato en los casos problemáticos para determinar, de este modo, cuáles de los intereses individuales de una de las partes pueden hacerse valer frente a la otra).

## II. CRITERIOS PARA LA DISTRIBUCIÓN DEL RIESGO CONTRACTUAL.

En la doctrina se han desarrollado una serie de criterios con base en los cuales distribuir el riesgo entre las partes contratantes. Desde mi punto de vista, una posible enumeración podría ser la siguiente:

### 1. La determinación de la “concreta economía negocial”.

Todo contrato sirve para realizar intereses que concuerdan con el programa económico particular de cada uno de los contratantes. Éstos, antes de la conclusión del contrato, valoran la posibilidad de ganancia que el mismo les ofrece. Esta estimación se obtiene comparando el valor atribuido a los intereses que el contrato puede satisfacer con el de los costes necesarios para que se vean realizados tales intereses. Este interés será mayor o menor dependiendo de la importancia que la satisfacción del mismo tenga en la economía individual del sujeto<sup>10</sup>. Resulta ilustrativa, en este sentido, la diferencia entre estos dos ejemplos: En el supuesto de que una novia encargue a un sastre la elaboración de un traje de

---

<sup>9</sup> Henssler, 1994: 41 ss. En la doctrina de la italiana, vid. Bessone, 1992: 385.

<sup>10</sup> Bessone, 1975: 26. Por sentido y finalidad del contrato el autor entiende la adecuación del contrato a la economía individual de las partes contratantes. El contrato no es nunca un hecho aislado, sino más bien un episodio en la ejecución de un plan, un elemento en el engranaje de la economía individual de los contratantes, de modo que el contrato es coherente con el programa sólo si reúne determinadas circunstancias. Cuando las circunstancias son tales que el negocio pierde su sentido y el cumplimiento amenaza perjuicios incompatibles con el equilibrio económico del contrato, no se asiste simplemente a la frustración de la iniciativa de una de las partes, sino que nos encontramos en presencia de una operación económica que no ha conseguido los fines perseguidos por la autonomía privada.

bodas, si la boda no llega a celebrarse porque el compromiso se rompe, la novia no podría servirse de la doctrina de la desaparición de la base del negocio (en sus diferentes modalidades según el sistema jurídico de que se trate) para liberarse de la obligación de pagar un traje que ya no le interesa. Ello porque el sastre contratado para la confección del traje emplea una habilidad normal para este tipo de tareas así como materiales corrientes. Ahora bien, en los llamados “Coronation cases” el arrendador del apartamento establece un precio muy elevado para un uso extraordinario de la vivienda (para ver la coronación) y ese uso se ha visto impedido, de modo que el arrendatario podría verse liberado de su obligación de pagar el precio<sup>11</sup>. No obstante, esta visión no es nueva, ya la tuvo en cuenta por los años veinte el profesor alemán Locher, uno de los fundadores de la corriente objetiva de la doctrina de la “Geschäftsgrundlage”. El autor pone el ejemplo de quien alquila una habitación de hotel, que normalmente cuesta 5000 la noche, por un precio de 15000 porque el propietario del hotel aprovecha la coyuntura de que se celebre un congreso mundial en la ciudad, incluso que en parte se celebre en dicho hotel. Si finalmente no llega a tener lugar el congreso, se habría de admitir la resolución del contrato o cuando menos la reducción del precio tan elevado siempre que ello tenga lugar por razones imprevisibles. En su opinión, quien obtiene un beneficio a cambio de hacer posible que la otra parte obtenga una determinada finalidad (“Erfolg”) asume el riesgo de que ésta vaya a ser posible. Ello no es sino una señal inequívoca de que el mencionado fin pertenece al contenido del negocio, sólo en este sentido se puede hablar de un equilibrio entre las prestaciones (entre el mayor valor de la prestación y la mayor utilidad que obtenga la otra)<sup>12</sup>.

---

<sup>11</sup> Cfr. Perillo, 1996: 16.

<sup>12</sup> Según Locher (1923:68), el hecho de que se cargue sobre los hombros de la contraparte el riesgo de la consecución del fin es la consecuencia derivada de haber hecho formar parte ese fin particular del contenido del contrato, en la medida en que determina el valor de la contraprestación (“die Aufbürdung jener Gefahr auf die Schultern des Geschäftsgegners ist vielmehr die Folge davon, daß der besondere Erfolg zum Geschäftsinhalt gehört, weil er das Maß der Gegenleistung bestimmt”. En este mismo sentido, Fikentscher (1971: 107): en el contrato las partes están de acuerdo en conseguir sus respectivos fines asumiendo los respectivos riesgos, de este modo vinculan los correlativos riesgos al sinalagma funcional. De acuerdo con lo dicho, el contrato se define como el proyecto acordado de un tratamiento equivalente de dos riesgos separados (“Im Vertrag sind die Parteien übereingekommen, ihre jeweiligen Geschäftszwecke unter Eingehung eines jeweiligen Risikos zu verfolgen und die beiderseitigen Risiken im funktionellen Synallagma an das gleiche rechtliche Schicksal zu binden. In diesem Sinn war oben der Vertrag definiert worden als die vereinbarte beabsichtigte Gleichbehandlung zweier getrennter Risiken”).



Otro ejemplo podría ser el siguiente: supongamos que se celebra un contrato de compraventa de un inmueble que el comprador demuestra haber adquirido sólo en cuanto fuese posible edificar sobre él, sin embargo, un cambio de las circunstancias frustra esa finalidad. En principio, es difícil determinar si el riesgo debe hacerse recaer sobre una parte o sobre la otra. Para aclarar esta cuestión es importante averiguar el precio que se ha pagado, porque si éste es el precio normal de mercado de inmuebles de tal naturaleza el riesgo podría hacerse recaer sobre el vendedor<sup>13</sup>, mientras que si el precio pagado es inferior al de mercado podría pensarse que la expectativa de poder construir sobre aquél no puede tener ninguna relevancia respecto a los efectos del contrato.

En consecuencia, como se ha visto en los ejemplos anteriores, muchas veces el precio fijado por las partes en el contrato puede proporcionar una gran información acerca de la distribución de los riesgos, tanto en su cuantía como en la forma en que se ha fijado<sup>14</sup>. En este sentido, la tutela del interés de una de las partes contratantes se traduce en una asunción por el otro contratante de una obligación o de un riesgo, que acepta en la medida en que obtenga una mayor contraprestación.

Respecto al modo de fijarse el precio, esta circunstancia puede ser también un criterio de atribución contractual del riesgo<sup>15</sup>: si se ha fijado un precio global en un contrato de arrendamiento de obra el contratista estaría obligado a soportar

---

<sup>13</sup> Aunque hemos visto en los casos resueltos por los tribunales que también entran en juego otros factores, como la previsibilidad, la posibilidad de conocer debido a la profesión del vendedor (por ejemplo, porque se trata de una empresa constructora), etc.

<sup>14</sup> Fisinger y Simon, 1998: 132. En el precio fijado en el contrato se incluye también un cálculo del riesgo. En la doctrina italiana, Scognamiglio (1992: 243) se muestra partidario de las nuevas corrientes doctrinales según las que, el control de la compatibilidad entre circunstancias sobrevenidas y cumplimiento se resuelve en un juicio de buena fe tendente a evitar que el estado de cosas creado no requiera un sacrificio que vaya más allá del límite implícito en la propia economía negocial. En consecuencia, la interpretación del contrato no se debe entender como introspección psicológica en el querer de las partes, sino como determinación objetiva de la medida de derechos y deberes que competen a aquéllas en la relación jurídica. Para ello se tendrá en cuenta no sólo el comportamiento de las partes sucesivo a la conclusión del contrato, sino también el precio fijado en el contrato en relación con el precio de mercado del bien. Asimismo, sobre la importancia del precio para valorar el riesgo, vid. Gallo, 1992: 317.

<sup>15</sup> Henssler, 1994: 116. Por ejemplo, en el Derecho español, este argumento se encuentra implícito en el art. 1593 CC. Según este precepto, “el arquitecto o contratista que se encarga por un ajuste alzado de la construcción de un edificio u otra obra en vista de un plano convenido con el propietario del suelo, no puede pedir aumento de precio aunque se haya aumentado el de los jornales o materiales; pero podrá hacerlo cuando se haya hecho algún cambio en el plano que produzca aumento de obra, siempre que hubiese dado su autorización el propietario”. Está implícito en la norma un cierto componente de aleatoriedad, en el sentido de que es el contratista quien debe soportar el riesgo de que el coste de la obra supere el previsto e incluso el previsible.

las consecuencias que podrían derivarse de la subida del precio de los materiales, de los salarios, de los impuestos o el incremento del coste del seguro.

En conclusión, de todo lo dicho hasta ahora se puede deducir que la determinación de aquellas circunstancias que son contrarias a los presupuestos del contrato e incompatibles con su equilibrio económico podría resolverse en una averiguación acerca de si las mismas permitirían un cumplimiento coherente con la economía contractual<sup>16</sup>.

Riesgo económico de la iniciativa contractual significa alea a la que uno de los contratantes se sujeta con la esperanza de un resultado útil. Concretamente, el contratante que no se hace cargo del coste de realización de un determinado interés (pagando una contraprestación mayor) es un operador que asume el riesgo de la falta de satisfacción del mismo. Con lo que, el principio de la irrelevancia de los motivos viene a atribuir el valor de sanción jurídica a este riesgo, porque su función es la de impedir que el mismo pueda ser trasladado a la contraparte sin que ésta obtenga la correspondiente contraprestación<sup>17</sup>. En consecuencia, la distinción entre presupuesto contractual y motivo no tiene tanto que ver con la voluntad contractual, como con la valoración del conflicto de intereses en juego en términos de coste y riesgo<sup>18</sup>.

## 2. Criterio de la previsibilidad.

En relación con este criterio, no resulta fácil individualizar pautas que permitan trazar una línea precisa entre lo previsible y lo imprevisible.

La previsibilidad actúa como un criterio de imputación del riesgo en el siguiente sentido: aquellas circunstancias que habrían podido constituir materia de una cláusula del contrato son fuente de riesgo que cada uno puede eliminar o asumir, y por tanto, el daño causado por tales circunstancias debe gravar a quien

---

<sup>16</sup> Henssler (1994:68): puesto que toda programación contractual está rodeada de factores de inseguridad.

<sup>17</sup> Bessone, 1975: 275.

<sup>18</sup> Cfr. Gavidia, 1987: 600. En su opinión, los jueces, en la resolución de los litigios de tal naturaleza, deberán atenerse a la interpretación de todo el reglamento contractual, acudiendo a todas las fuentes de integración del contrato, "para hallar una regla de distribución del riesgo en la operación económica de que se trate o, al menos, un criterio objetivo que pueda fundamentar una solución razonable".

habría podido tomar precauciones y sin embargo no lo hace, dejando una laguna en el contenido del contrato<sup>19</sup>.

En opinión de Henssler<sup>20</sup>, este criterio de imputación de los riesgos está en consonancia con el BGB, al ser la previsibilidad uno de los presupuestos para la responsabilidad por culpa (“Fahrlässigkeit”). En el ámbito del Derecho civil se debe responder, como mínimo, cuando la parte contratante ha infringido el deber de cuidado (“Sorgfalt”) que le era exigible según la buena fe para evitar el riesgo; siendo esta misma conclusión trasladable al Derecho español.

Ahora bien, según el autor citado, para que sean previsibles tales circunstancias debe existir una concreta posibilidad de conocimiento y además, debe ser posible determinar cuáles son los efectos que las mismas van a desempeñar sobre el contrato. En este sentido, en la vida diaria existen una gran cantidad de acontecimientos que no pueden considerarse extraordinarios, tales como daños causados por la avería de máquinas, fenómenos meteorológicos adversos, incendios, prohibiciones administrativas, etc. No obstante, no se puede esperar de las partes contratantes que hayan tenido en cuenta todos ellos a efectos del cálculo de los riesgos. En consecuencia, la previsibilidad solamente puede extenderse a “riesgos calculables”<sup>21</sup>.

Precisando más, solamente cuando es posible prever la influencia del cambio de las circunstancias en la relación coste/ganancia se podrán adoptar medidas para mitigar los efectos de tal cambio. La previsibilidad actúa, pues, como un criterio de imputación únicamente de aquellos riesgos que sean calculables para la parte que debe soportarlos.

### 3. Criterio de la imputabilidad.

---

<sup>19</sup> Henssler, 1994: 43. Esta es también la opinión de Bessone (1975: 17), aunque según este autor el criterio de la previsibilidad no debe entenderse de modo absoluto, de manera que incluso en estos casos, si las circunstancias son tales que pueden despojar al contrato del equilibrio de intereses que el mismo estaba llamado a realizar o privan a la operación de su sentido y de su finalidad, no podría negarse cualquier relevancia sólo porque no se incluye dentro del grupo de lo imprevisible, debiendo sufrir el contratante dañado las consecuencias derivadas de su propia negligencia.

<sup>20</sup> Henssler, 1994: 55.

<sup>21</sup> Henssler, 1994: 54.

De acuerdo con este criterio, aquél que provoca culpablemente el resultado negativo debe soportar las consecuencias derivadas de aquella perturbación. Este principio se extrae de las reglas que en el BGB regulan las perturbaciones del crédito (imposibilidad y mora), así como de instituciones tales como la *culpa in contrahendo*<sup>22</sup>. También sería extrapolable al Derecho español en relación con los arts. 1100 y ss. CC. Éste es un criterio positivo de imputación del riesgo, frente a la previsibilidad, que cumple una función negativa, al excluir cualquier imputación de riesgos a aquella parte que no ha podido prever el desarrollo de los acontecimientos.

#### 4. Criterios de racionalidad económica extraídos de la normativa civil.

Se trata de exponer aquí la tesis de Koller, que extrae criterios para el reparto del riesgo de las normas del BGB, apartándose así de la doctrina de la "Geschäftsgrundlage" o la inexigibilidad de la prestación más allá del límite de sacrificio ("Opfergrenze")<sup>23</sup>. A juicio del autor, la concepción originaria del reparto de los riesgos en el BGB, basada en los principios de imposibilidad sobrevenida y culpa, tiene la ventaja de la claridad y previsibilidad de resultados, pero tiene el inconveniente de que a menudo se pone en peligro la justicia material<sup>24</sup>. Además, en una gran cantidad de preceptos que regulan el reparto del riesgo en los contratos conmutativos se pone de manifiesto una quiebra del reparto de los riesgos tal y como está efectuado en los §§ 275, 279, 323 BGB (estas normas regulan la imposibilidad sobrevenida, las dos primeras como causa de extinción de la obligación, la última en relación con los contratos sinalagmáticos)<sup>25</sup>. En consecuencia, el autor propone una serie de principios para

---

<sup>22</sup> Henssler, 1994: 45.

<sup>23</sup> Henssler, 1994: 61. Precisamente esta teoría surge como reacción frente a la concepción de la justicia del caso en términos moralistas de la doctrina de la base del negocio ("den moralisierenden Billigkeitserwägungen der Geschäftsgrundlagenlehre"). En opinión de este autor, las ventajas que presenta la teoría de Koller es que no se refiere simplemente a aspectos normativos, sino también a principios de racionalidad económica.

<sup>24</sup> Koller, 1979: 74-75. El deudor soporta el riesgo de que sus esfuerzos devengan estériles. Además, según Meder (1993: 263), deben evitarse todos aquellos intentos de resolver la cuestión del riesgo en el contrato prestando atención a fórmulas tales como "casum sentit dominus" propias de la época del liberalismo económico.

<sup>25</sup> Koller, 1979: 245.

el reparto del riesgo, como son el de dominación, absorción y causación del trabajo<sup>26</sup>.

El criterio de la dominación es independiente de la culpa, según éste, como destinatario de la imputación del riesgo se debe considerar aquella de las partes que es capaz de adoptar medidas defensivas con mayor rentabilidad. Normalmente se trata de aquella de las partes en cuya esfera tiene origen dicho riesgo o en cuyo ámbito actúa en primer lugar.

De acuerdo con el criterio de la absorción, se trata de averiguar quien de las dos partes tiene más facilidad para amortiguar o dispersar los efectos del riesgo. Es decir, se debe considerar como destinatario del riesgo a aquella de las partes que, según criterios generales y típicos, dispone de medios organizativos para calcular o para dispersar el riesgo (por ejemplo, contratando un seguro).

Por último, el criterio de la causación del trabajo se presenta como un criterio subsidiario para el caso de que ambas partes puedan dominar o mitigar el riesgo por igual. Según este criterio, el acreedor provoca una serie de inversiones y de riesgos cuando concluye un contrato, que estarían a su cargo cuando él mismo hubiese cubierto su necesidad<sup>27</sup>. De este modo, aquella de las partes que genera el riesgo está obligado a indemnizar el interés contractual negativo cuando demanda la resolución del contrato por imposibilidad sobrevenida (ex § 122 BGB<sup>28</sup>).

En muchas ocasiones, el deudor puede dominar o absorber mejor determinados riesgos vinculados a sus obligaciones contractuales, ya que es capaz de juzgar mejor su capacidad organizativa. De este modo, puede adoptar las precauciones para garantizar la realización de la prestación. Por ejemplo, no puede

---

<sup>26</sup> Koller, 1979: 97. En contra Nicklish (1976: 746), ya que no es posible hablar de reglas generales de atribución de riesgos, así lo entendieron también los redactores del BGB, puesto que ello depende del tipo contractual de que se trate.

<sup>27</sup> En contra, vid. Henssler, 1994: 59. En su opinión, el principio de la causación no es adecuado para el reparto del riesgo entre las partes contractuales, ya que si bien es cierto que el acreedor se sirve del deudor para cubrir una determinada necesidad y de este modo le carga con riesgos que residen en su propio interés, también es verdad que éste asume el riesgo no por razones altruistas, sino porque está interesado en la contraprestación y porque piensa obtener ventajas de la ejecución del contrato. No obstante, el autor reconoce el mérito de la obra de Koller, ya que extrae de las normas del BGB criterios para la distribución de los riesgos próximos al análisis económico del Derecho. Sin embargo, en su opinión, hubiera bastado con el criterio de la previsibilidad, ya que éste convierte en inútiles a los otros dos (el de la dominación y el de la absorción).

<sup>28</sup> Según el § 122 BGB la impugnación del contrato por error hace surgir el deber de indemnizar en el que impugna en favor de su contraparte, por la confianza que ha depositado en la validez del contrato.

excusarse del cumplimiento porque sus almacenes se han incendiado como consecuencia de una defectuosa instalación eléctrica, aunque dicho defecto no se pudiese descubrir mediante el empleo de una diligencia adecuada a las exigencias del tráfico<sup>29</sup>.

Sin embargo, los principios de dominación o de absorción pueden sufrir excepciones derivadas de la imprevisibilidad cuando la causa de la perturbación tiene su origen en una esfera neutral, pues solamente en el caso de que fuesen previsibles los riesgos en el momento de la celebración del contrato hubiera podido el deudor optimizar la relación entre la cuantía del daño y las medidas de protección frente al riesgo. Previsible es aquello que un hombre prudente hubiera sometido a su consideración. Cuando la perturbación tiene su origen en la esfera organizativa del deudor se presume la previsibilidad<sup>30</sup>. No obstante, en opinión de Koller, es posible la liberación del deudor pese a la previsibilidad del riesgo cuando el acreedor tiene un extraordinario poder en el mercado de tal forma que se ha prevenido frente al riesgo incrementando las ganancias esperadas. Por otro lado, se imputan al deudor, a pesar de la imprevisibilidad, todas aquellas dificultades relacionadas con su liquidez financiera<sup>31</sup>.

Tampoco se puede imputar el riesgo al deudor conforme al principio de la dominación o de la absorción en aquellos casos en los que el acreedor se encuentre en la misma posición que el deudor para dominarlo o amortiguarlo. Por ejemplo, es el caso de que la fuente del riesgo resida en su ámbito organizativo o al menos aquél actúe en su esfera, ya que en este caso el acreedor se encuentra normalmente en posición de reconocer de modo más eficaz la posibilidad de que pueda producirse un incremento de los costes en la realización de la prestación. Es

---

<sup>29</sup> Koller, 1979: 211 y ss. Por ejemplo, en el contrato de obra, el comitente desconoce qué materiales o qué cantidad se necesita para la realización del objeto debido. Por el contrario, el contratista, en virtud de su proximidad a la cosa, que resulta de la especialización de su trabajo, se encuentra en mejor posición para valorar las condiciones del mercado.

<sup>30</sup> Koller, 1979: 223 y ss.

<sup>31</sup> Koller, 1979: 233. En un sistema capitalista, el deudor no puede escudarse en que no dispone de patrimonio así como tampoco en que encuentra dificultades de liquidez como consecuencia de la especial estructura de su patrimonio. En el mismo sentido, vid. Henssler, 1994: 47. En la doctrina italiana cfr. Gallo, 1992: 321. Según este autor, en principio, todo aquello que concierne a la financiación, la modalidad de pago y todas aquellas situaciones que afectan a la esfera personal del estipulante no parece que deban tener relevancia jurídica. Sin embargo, en su opinión, no se puede negar que si el deudor se ve privado de medios de pago, se verá impedido de compensar a la contraparte. En consecuencia, desde un punto de vista práctico, sería preferible consentir la disolución de un vínculo contractual que tiene pocas posibilidades de llegar a buen fin, siempre

decir, puede enjuiciar mejor la rentabilidad de las medidas de protección, así como llegado el caso y dada su proximidad a la fuente del riesgo, preocuparse de que el proceso de realización de la prestación no se vea afectado, todo ello con unos costes menores<sup>32</sup>.

En el caso de perturbaciones que tienen su origen en una esfera neutral y que desarrollan sus efectos en la esfera organizativa del acreedor, ambas partes pueden valorar el riesgo por igual y en consecuencia, absorberlo o dominarlo. En estos casos entraría en juego el tercero de los principios enumerados por Koller, el de la causación del trabajo (“arbeitsteilige Veranlassung”), que él extrae de los §§ 293-304 en relación con el § 645 BGB. De acuerdo con este principio, el deudor queda liberado de las consecuencias de un incremento de los costes debido al hecho de que el acreedor no acepte la prestación según lo programado en el contrato o que omita determinados actos que le son exigidos por el mismo<sup>33</sup>.

En cuanto a las consecuencias jurídicas<sup>34</sup>, cuando el riesgo no se le puede imputar al deudor, éste queda liberado para el futuro, ahora bien, cuando el deudor ha cumplido sin objeción alguna, debe obtener indemnización en virtud del principio de la causación del intercambio. En consecuencia, éste tiene derecho a recibir una indemnización por el incremento de los costes en el cumplimiento de la prestación (siempre que la misma satisfaga el interés del acreedor en analogía con el § 683 I BGB, que en la gestión de negocio ajeno, concede indemnización al gestor, cuando el servicio prestado satisfaga los intereses del dueño del negocio).

El acreedor, si la prestación de su contraparte ha devenido excesivamente onerosa, tiene derecho, dentro de un plazo razonable, a resolver el contrato o a

---

que la contraparte no haya iniciado ya la ejecución del contrato. De este modo, la contraparte se ve liberada de invertir tiempo y dinero en un proyecto con escasas posibilidades de llegar a buen fin.

<sup>32</sup> Este mismo pensamiento sobre la atribución del riesgo en relación con el origen de la perturbación se puede ver en Henssler, 1994: 63 y ss.

<sup>33</sup> Koller, 1979: 235 y ss. Según el § 293 BGB, el acreedor se encuentra en mora cuando no acepta la prestación prometida. En estos casos, el § 304 BGB otorga al deudor el derecho a exigir indemnización por los daños y perjuicios que hubiera sufrido debido al mantenimiento o conservación de la cosa debida. Por otro lado, el § 645 BGB, dentro del contrato de obra, establece el deber de indemnizar del comitente en los casos de pérdida de la obra como consecuencia de defectos de los materiales aportados por él o de las instrucciones que hubiese aportado para su realización.

<sup>34</sup> Koller, 1979: 241 y ss. El autor pretende acabar con la inseguridad jurídica que se deriva de la aplicación de las instituciones de la “Geschäftsgrundlage” y de la inexigibilidad de la prestación, ya que con éstas, las consecuencias solamente se pueden determinar *ex post*. Por ello, es más apropiado, en su opinión, encontrar criterios en base a los que el deudor puede liberarse. En su opinión, tratándose de riesgos que no se pueden imputar al deudor, éste debe quedar liberado de todas las consecuencias que se derivan de los mismos.

exigir la prestación que todavía puede realizarse con los medios inicialmente programados. Si opta por resolver el contrato, en cuanto causante, está obligado a indemnizar los gastos que haya podido sufrir el deudor (que debe ser liberado de la mayor onerosidad de la prestación) como consecuencia de las actividades realizadas en vistas al cumplimiento de la prestación.

Sin embargo, a su juicio, estas reglas podrían matizarse según las particularidades de cada contrato, de acuerdo con una interpretación integradora del mismo. Aunque la interpretación integradora sólo interviene cuando existe en el contrato una regla susceptible de esta interpretación<sup>35</sup>.

### III. SUPUESTOS DE DESEQUILIBRIO PRESTACIONAL SOBREVENIDO EN DETERMINADOS TIPOS CONTRACTUALES.

Algunas veces es posible encontrar la solución en el mismo contrato porque una de las partes ha asumido el riesgo de modo expreso o tácito, entonces la solución pasa por la interpretación contractual<sup>36</sup>. Cuando no se ha determinado otra cosa por parte de la voluntad negocial, algunos autores proponen acudir a las normas sobre el reparto de riesgos previstas en cada tipo contractual<sup>37</sup>. Sin ánimo de exhaustividad, haré referencia a las normas típicas del contrato de

---

<sup>35</sup> Koller, 1979: 243 y ss.

<sup>36</sup> En opinión de Henssler (1994: 44), la asunción de riesgos en el contrato no deja espacio para la aplicación de la doctrina de la “Geschäftsgrundlage” o de cualquier otra doctrina que pretenda la corrección del reparto de los riesgos establecido por la ley (“Die vertraglich vereinbarte Risikübernahme läßt keinen Raum für die Anwendung der Geschäftsgrundlagenlehre oder sonstige Formen einer Korrektur des gesetzlichen Verteilungskonzeptes”).

<sup>37</sup> Cfr. Flume, 1979: 495 y ss. Según este autor hay que acudir a las reglas que ofrecen los *naturalia negotii* para los tipos básicos de contratos, ya que las mismas ofrecen muchas veces soluciones que han sido buscadas mediante la doctrina de la “Geschäftsgrundlage”. En la doctrina italiana, Bessone (1975: 349) también comparte esta opinión, ya que en ciertos casos la calificación del contrato constituye ya un medio de agotar el control de la compatibilidad entre circunstancias y cumplimiento, ya que el hecho de que las partes hayan elegido un modelo contractual es señal indiscutible de que al menos en principio, han consentido adoptar la distribución de riesgos implícita en el tipo. Asimismo cfr. D’Angelo, 1992: 303. En opinión de este último autor, la solución en cada caso puede extraerse de las reglas enunciadas en la convención teniendo en cuenta las exigencias impuestas por la buena fe y los modelos normativos ofrecidos por la disciplina de los tipos legales (“la ricerca, con l’ausilio dei modelli nomativi offerti dalla disciplina dei tipi legali, delle regole e dei parametri di giudizio sulla base dei quali risolvere i conflitti di interesse”). En la literatura anglosajona, Posner y Rosenfield (1977: 89) entienden que los contratos tipo economizan los costes de las negociaciones contractuales suministrando un número de normas que deben regir las relaciones entre las partes en el caso de que no existan previsiones explícitas en el contrato. Las decisiones judiciales, el Uniform



compraventa, de arrendamiento y de obra y de transacción y en cuanto a las normas reguladoras tendré en cuenta, junto a las normas españolas, las normas del BGB sobre estos tipos contractuales.

### 5.1. La distribución de los riesgos en el contrato de compraventa.

En el contrato de compraventa la aplicación de la cosa al uso previsto por el comprador se convierte excepcionalmente en contenido del contrato cuando ese fin ha sido traído a colación en las negociaciones contractuales (porque entonces el deudor de la obligación de entrega puede decidir si va a ser capaz de entregar al comprador cosa semejante). En otro caso, es riesgo del comprador la aplicación económica que quiera dar a la cosa. Eso no se dice con claridad en la ley, pero resulta del silencio de la misma, así como de los intereses que subyacen en el contrato de compraventa<sup>38</sup>.

El vendedor solamente debe responder en los casos de evicción y en los casos en que la cosa sea defectuosa (responsabilidad del vendedor por vicios ocultos, § 459 BGB el vendedor debe responder en los casos en los que la cosa adolezca de determinados defectos que disminuyan su valor o su utilidad de acuerdo con el uso previsto en el contrato o según lo que establezcan las costumbres del lugar, también art. 1484 CC español).

Por vicio redhibitorio entiende Morales Moreno “la ausencia de alguna cualidad presupuesta razonablemente en la cosa que, disminuyendo la utilidad que a la misma en el contrato se atribuye, determina en ella un menor valor”<sup>39</sup>. Esa

---

Commercial Code y otras fuentes del Derecho contractual definen las obligaciones de las partes en ausencia de previsiones específicas en el contrato.

<sup>38</sup> Cfr. Gallo (1992: 323): En materia de venta de bienes muebles se ha discutido si la imposibilidad de utilizar el bien como se esperaba puede conducir a la resolución del contrato. Es generalmente admitida la regla según la que el riesgo acerca de la susceptibilidad de utilización de bienes adquiridos grava al comprador. Sin embargo, en su opinión, esta regla puede verse derogada en los casos en los que se hayan adquirido bienes para la exportación y en un momento sucesivo se deniegue la licencia. En este caso se tratará de determinar caso por caso si la exportabilidad del bien ha pasado a formar parte de la base del negocio, teniendo en cuenta el precio de venta, las relaciones entre las partes, la naturaleza del contrato, el grado de probabilidad de que se conceda la autorización, etc. En la doctrina alemana, entre otros, vid. Braunert (1990: 91): En principio, el acreedor soporta el riesgo de que no pueda aplicar la cosa al fin previsto, sólo de modo excepcional esa finalidad puede haberse convertido en base del negocio. Asimismo, Huber, 1972: 59.

<sup>39</sup> Morales Moreno, 1980: 655. Continúa afirmando el autor (1980: 668 y ss.) que esta circunstancia no sirve para caracterizar la naturaleza jurídica de las acciones edilicias, pero ayuda

presuposición de cualidades “es razonable y merece protección en la medida en que, dadas las circunstancias del contrato y la condición del comprador, éste ha podido contar con ellas”. En consecuencia, es el contrato el que marca la utilidad de la cosa.

La equivalencia entre las prestaciones en sentido subjetivo ha sido visto el fundamento de la responsabilidad del vendedor por los defectos ocultos, de manera que tales vicios ocultos impiden la realización del equilibrio de prestaciones fijado por las partes en el contrato.

Esta interpretación de las normas sobre vicios ocultos permite entender mejor el art. 1486 CC, que contiene la acción estimatoria (el comprador podrá (...) rebajar una cantidad proporcional del precio, a juicio de peritos), y que hace posible un reajuste de la equivalencia de las prestaciones del contrato mediante la rebaja del precio. Con ese ajuste se subsana el desequilibrio, en sentido subjetivo, que ha producido la presencia de vicios con los que no contaba el comprador al celebrar el contrato<sup>40</sup>.

---

“a destacar una perspectiva funcional de su supuesto de hecho”. Incluso se han relacionado los vicios redhibitorios con la falta de la presuposición negocial, ya que en la venta de cosa con vicios no se realiza un presupuesto tenido en cuenta por las partes al contratar como es que la cosa esté carente de vicios. Este fundamento tiene su sentido en el Derecho alemán, dada la concepción restringida del error que se tiene en este país, pero no en el Derecho español.

<sup>40</sup> Morales Moreno, 1993a: 960. Sin embargo, otros autores como García Cantero (1980: 349) consideran que la acción estimatoria es una forma limitada y especial de resarcimiento del daño porque “con ella viene resarcido uno de los posibles componentes del interés contractual negativo, si bien, con mucho, el de mayor alcance, a saber, el interés que el comprador hubiera tenido de estipular un menor precio si hubiera conocido los vicios *ad origine*, de modo que la finalidad es colocar al comprador en una situación económicamente equivalente”. En la jurisprudencia, la STSJ Navarra 28 abril 1992 (RJ 1992, 6197) en su Fundamento de Derecho 7º, analiza el alcance de la medida restitutoria en el caso de existencia de vicios ocultos. Afirma el recurrente que «reiterada jurisprudencia acepta como precio que debe rebajarse, el costo de las obras necesarias para dejar la cosa comprada en el estado en que debió ser entregada al comprador». Tal es sin duda, la perspectiva clásica de calificación de la *actio quanti minoris* en la jurisprudencia [SSTS 13-3-1929 y 10-6-1952 (RJ 1952, 1513)] que considera las acciones redhibitorias y *quanti minoris* como supuestos de responsabilidad contractual, afirmándose el carácter indemnizatorio de la obligación de saneamiento [STS 13-2-1989 (RJ 1989, 832)]; sin embargo más recientemente parece distinguir la jurisprudencia entre saneamiento y la indemnización afirmándose que son acciones distintas aunque compatibles [SSTS 26-5-1990 (RJ 1990, 4852) y 1-3-1991 (RJ 1991,1708)], debiéndose valorar el precio de la cosa vendida en el momento de la entrega con el vicio y sin pretender la reparación de todos los daños, pues la acción no tiene finalidad indemnizatoria sino de restablecimiento y equivalencia contractual, pues no tiene sentido que el comprador pretenda la cosa como nueva (reparación extraordinaria) sino el justo precio que debió haber pagado el comprador por la misma, tal como se caracteriza textualmente la acción en el art. 1486 CC que habla de rebaja proporcional del precio, y en relación con el carácter restitutorio de las acciones edilicias por vicios ocultos en el derecho romano (D. 19-1-6-4) y los antecedentes del código (art. 1408 del proyecto de García Goyena), doctrina seguida expresamente por alguna sentencia reciente”.

Este reajuste se llevará a cabo según los parámetros del contrato o según los que tengan establecidos las partes en sus relaciones (por ejemplo, porque se han vendido anteriormente objetos afectados con ese vicio). No existiendo esos módulos concretos, el reajuste tiene lugar mediante la reducción del precio pactado en la misma proporción en que sea menor en el mercado el precio de objetos con ese defecto. Sin embargo, se excluye a tales efectos, la consideración del precio que hipotéticamente hubiera ofrecido el comprador si hubiese conocido el defecto, porque esto implicaría atribuir a las motivaciones o intenciones de una parte fuerza configuradora de la regla contractual. La referencia en el art. 1486 CC al «juicio de peritos» destaca la objetividad del reajuste del precio. Ellos establecen los defectos (carencias) del objeto y señalan la proporción en que deba reducirse el precio, teniendo en cuenta el mercado<sup>41</sup>.

Otro posible riesgo que puede frustrar el contrato de compraventa es el de la pérdida de la cosa debida en el período de tiempo que transcurre entre la conclusión del contrato y el cumplimiento (si el contrato de compraventa no se cumple inmediatamente). Tanto en el Derecho alemán, en los §§ 446, 447 BGB<sup>42</sup>, como en el Derecho español, en el art. 1452 CC<sup>43</sup>, pese a ser distinto el momento en que se traslada el riesgo al comprador<sup>44</sup>, se contiene un reparto de riesgos tal que al comprador corresponde el riesgo del precio cuando sobrevengan

---

<sup>41</sup> En la jurisprudencia vid. STS 4 junio 1992 (RJ 1992, 4992): “Mediante la acción de «*quantum minoris*» el contrato relacionante se conserva, si bien se acomoda a la realidad al modificarse el precio por la concurrencia de las circunstancias determinantes referenciadas y que la Sala fijó, en uso de sus facultades de libre valoración probatoria”. (Fundamento de Derecho 5°).

<sup>42</sup> Según el § 446 BGB en el caso de bienes muebles con la entrega de la cosa se produce el traspaso del riesgo al comprador. Tratándose de bienes inmuebles el riesgo se traslada al comprador con la inscripción de la transmisión en el Registro de la Propiedad. El § 447 BGB regula el traspaso de los riesgos en el caso de que la entrega se realice en un lugar diferente al lugar de cumplimiento. Según esta norma, el riesgo se traslada al comprador en el momento en que el vendedor hace entrega de la misma al porteador. Sobre esta cuestión cfr. el artículo de Brox, 1975: 1 y ss. El autor distingue dos conceptos: el de peligro de la prestación y peligro de la contraprestación. En el primer caso se trata de resolver si, ante la pérdida o deterioro de la cosa debida en el contrato de compraventa, el comprador conserva el derecho a la prestación o si el vendedor resulta liberado de su deber. En el primer caso el peligro de la prestación lo soporta el vendedor, en el segundo el comprador. En cuanto al riesgo de la contraprestación se trata de resolver si en los supuestos de pérdida o deterioro de la cosa debida, el comprador está obligado a efectuar la contraprestación o si el vendedor pierde la pretensión a obtener el precio. En el primer caso el riesgo lo soporta el comprador, en el segundo el vendedor.

<sup>43</sup> Esta norma consagra en nuestro Derecho la regla *periculum est emptoris*. Según el precepto, el riesgo de la pérdida de la cosa debida, sin culpa del vendedor, lo soporta el comprador, que debe pagar el precio de compra a pesar de la liberación del vendedor.

<sup>44</sup> En el Derecho español en el momento de la celebración del contrato, en el Derecho alemán desde el momento de la entrega posesoria o de la inscripción en el Registro de la Propiedad. Un análisis comparativo de los dos sistemas se contiene en la obra de Alonso Pérez, 1972: 386 y ss.

acontecimientos imprevisibles en el tiempo que transcurre entre el momento de la celebración del contrato y el fijado para su cumplimiento. Durante este período el comprador no está legitimado para el uso de la cosa, así como tampoco está en condiciones de hacerlo. Esta distribución del riesgo se debe, en opinión de Koller<sup>45</sup>, a que el vendedor no está capacitado ni para dominar ni para controlar tales riesgos creados por el comprador.

En el Código Civil español se contiene otro posible riesgo que puede afectar a las partes en el contrato de compraventa cual es que la cosa vendida tenga en realidad, una mayor o menor cabida respecto de la estipulada por los contratantes. El art. 1469 CC concede al comprador de un inmueble (si en el contrato se ha hecho expresión de la cabida), la posibilidad de optar por la rescisión del contrato si la diferencia de cabida entre la estipulada y la real es igual o superior a la décima parte de aquélla. Si la diferencia es inferior a esa décima parte, el comprador ha de contentarse con la disminución proporcional del precio<sup>46</sup>.

Este precepto no regula las posibles diferencias entre la extensión efectiva de la finca en el momento de la perfección del contrato y la que es objeto de entrega, ya que esto constituiría un incumplimiento parcial, sino “una discrepancia entre lo expresado al contratar y la realidad”<sup>47</sup>. En consecuencia, se trataría de una falsa valoración por las partes contratantes de la realidad fáctica sobre la que se asienta el contrato, con lo que esta norma lo que pretende es distribuir entre las partes contratantes los riesgos de esa falsa valoración.

Un argumento a favor de la posibilidad de rescindir el contrato en todo caso se ha visto en que el comprador podría haber sufrido un error sobre las cualidades

---

<sup>45</sup> En opinión de Koller (1979: 302) ese riesgo lo provoca el comprador. En cierto sentido esta tesis parece coincidir con la interpretación que hace Cossío (1944: 361) de la regla del art. 1452 CC. En opinión de este último autor, la única solución al problema de los riesgos es que éstos debe soportarlos aquella de las partes en cuyo provecho se ha diferido la entrega de la cosa. De este modo, una vez perfeccionado el contrato e individualizada la cosa vendida, se presume que ésta se encuentra a disposición del vendedor y si no la recoge es porque no le conviene, con lo que resulta injusto que el vendedor deba soportar el riesgo de la pérdida.

<sup>46</sup> Por ejemplo, se hace uso de esta posibilidad de optar en la STS 16 julio 1992 (RJ 1992, 6620). En este caso se había celebrado un contrato de compraventa de inmueble a razón de un tanto por unidad de medida o número, con expresión de su cabida, por lo que el precepto que le es aplicable no es el invocado (art. 1471), sino el 1469. En consecuencia, se considera aceptable la opción ejercitada por la actora en el proceso y que la Sala de apelación, acertadamente ha estimado.

<sup>47</sup> García Cantero, 1993: 922. Sobre la cabida entiende Madrid Parra (1983: 57 y ss.) que en los arts. 1469 y 1470 el Código Civil se refiere a las compraventas de bienes inmuebles con deslinde de los mismos, expresión de la cabida y fijación del precio en función de las unidades de medida que comprende la finca.

esenciales de la finca (art. 1266 CC)<sup>48</sup>. Por ejemplo, puede ocurrir en muchos casos en los que la realización del fin que movió al comprador a adquirir el inmueble viene condicionada por disposiciones de carácter administrativo, que exigen una instalación mínima de los inmuebles para la instalación de industrias, la construcción de terrenos edificables, etc.

En mi opinión, el art. 1469 CC contempla una cierta distribución del riesgo, sirviendo el límite de la décima parte como criterio de distribución del mismo. Es cierto, como ha señalado la doctrina<sup>49</sup>, que el legislador en el art. 1469 CC tiende hacia una cierta objetivización; ya que se quiere evitar la enojosa tarea de entrar a examinar elementos subjetivos, de ahí que se ofrezca la posibilidad de desistir del contrato sobre la base de un criterio objetivo: la diferencia de cabida entre la real y la estipulada, que debe ser igual o superior a la décima parte de aquélla.

Por otro lado, el art. 1470 CC contempla el exceso de cabida. En este caso el límite se fija en la vigésima parte de diferencia de cabida entre la real y la estipulada en el contrato. Hasta ese límite el comprador está obligado a pagar un incremento del precio como consecuencia de la mayor cabida, mientras que si se supera ese límite, el comprador tiene la posibilidad de optar entre pagar el aumento del precio o desistir del contrato.

Con estas normas, el Código Civil se muestra coherente con el principio de conservación del negocio; de ahí que se trate de mantener la eficacia de éste a pesar de no coincidir exactamente la realidad con lo previsto en el contrato<sup>50</sup>.

La regulación es diferente según que la venta de inmuebles se haya hecho a razón de un precio por unidad de medida o si se ha hecho por precio alzado. La compraventa a precio alzado presenta una cierta aleatoriedad, en este caso, ni el

---

<sup>48</sup> Madrid Parra, 1983: 68. En su opinión, más que una acción de rescisión (puesto que según el art. 1294 la acción de rescisión es subsidiaria y en el caso del defecto de cabida se otorga la posibilidad de pedir una rebaja del precio), el Código Civil debería haber establecido la posibilidad de optar por la anulación del contrato como consecuencia de la existencia de un error que vició el consentimiento o afectó a la causa del contrato. Esta tesis parece estar presente en la jurisprudencia, cfr. STS 31 octubre 1992 (RJ 1992, 8359). En opinión del TS (Fundamento de Derecho 2º): “Los arts. 1469 y 1470 CC contienen una específica regulación del error en el contrato de compraventa, cuando este error recae sobre la cabida de la cosa vendida de tal forma que las partes atribuyen una mayor o menor cabida a la finca objeto del contrato, regulación especial que afecta únicamente a aquellos contratos en que el precio se haya fijado por unidad de medida y no en un tanto alzado, requiriéndose además que se trate de inmuebles determinados y que se exprese en el contrato su cabida (...)”.

<sup>49</sup> Madrid Parra, 1983: 71.

<sup>50</sup> Madrid Parra, 1983: 79.

comprador ni el vendedor pueden pretender una disminución o un suplemento del precio cuando las dimensiones del inmueble resulten ser mayores o menores que las indicadas en el contrato (en virtud del art. 1471 CC)<sup>51</sup>.

En el caso de que el comprador manifieste que adquiere el inmueble para un fin determinado que exige que la extensión real de la finca sea igual o superior a la que se le atribuye en el contrato, se plantea el problema de que la diferencia de cabida sea inferior a la décima parte o la compraventa se haya hecho por precio alzado de un cuerpo cierto. Como este supuesto no está contemplado expresamente en el Código Civil, se habrá de acudir a las normas generales sobre contratación, por ejemplo, se podrá pedir la anulación del contrato por la existencia de un vicio del consentimiento, si es que se dan los requisitos para ello<sup>52</sup>.

También en el Código Civil español se trata de resolver otro posible problema como es la existencia de una carga no aparente en el bien. A esta cuestión se refiere el art. 1483 CC<sup>53</sup>. Los requisitos o presupuestos de aplicación del artículo son: 1) que se trate de la venta de una finca gravada con alguna carga

---

<sup>51</sup> En la jurisprudencia se pueden ver decisiones en este sentido: en el caso de la STS 17 julio 1987 (RJ 1987, 5792) el TS entiende que no son aplicables las normas sobre el defecto de cabida de los arts. 1469 y ss. CC. Se considera que en este supuesto en concreto, la fijación del precio está condicionada a la medición del inmueble efectuada por el Ayuntamiento. El contrato celebrado entre las partes es una compraventa a medida. Dicho contrato es perfecto desde el primer momento, si bien, los riesgos corren a cargo del vendedor hasta el momento de la medición, en el que se individualiza la finca. Por otro lado, según la STS 30 junio 1988 (RJ 1988, 5197) no se aplican las normas sobre el defecto de cabida cuando el inmueble se vende a tanto alzado como cuerpo cierto. Entiende el TS que “siguiendo la terminología del artículo 1445, se entregó una cosa determinada por un precio cierto que se señaló indubitadamente en el contrato y que el comprador pagó en su mayor parte y entró en posesión del objeto vendido”. En consecuencia, el vendedor cumplió con su prestación, según el art. 1461 CC.

<sup>52</sup> En la doctrina vid. Madrid Parra, 1983: 109. En la jurisprudencia cfr. STS 16 marzo 1979 (RJ 1979, 873) y STS 31 octubre 1992 (RJ 1992, 8359), entre otras. La STS 16 marzo 1979 hace una interpretación restrictiva del párrafo 2º negando su aplicación en la compraventa de finca con la finalidad de edificar al resultar parte de ella inservible para tal uso, debido a que el precio era bajo y que los compradores eran de profesión constructores que tenían que conocer esa circunstancia. En la STS 31 octubre 1992 el TS rechaza la aplicación de las normas sobre el defecto de cabida en los casos en que el inmueble tenga una edificabilidad distinta a la prevista en el contrato. En su opinión, aquellas normas se están refiriendo a un error sobre la cabida, “concepto este distinto al del volumen de edificabilidad (...), el hecho de que por la aplicación de las ordenanzas municipales, el volumen de edificabilidad de la finca sea distinto al previsto por las partes, podrá tener la eficacia que las partes, en uso de la libertad de pacto, le atribuyan (como se hizo en el ap. 5.º del contrato litigioso) o aquellas otras que se deriven de las reglas generales reguladoras del error como vicio del contrato o de la causa, pero no las establecidas para los supuestos previstos en los arts. 1469 y 1470 CC”.

<sup>53</sup> En opinión del profesor de Angel (1971: 1370), el precepto del art. 1483 CC solamente se entiende inserto en el Proyecto de 1851 y dentro de su modo de entender la publicidad registral. En el mismo sentido, Díaz de Lezcano, 1993: 141.

o servidumbre no aparente; 2) que tal carga o servidumbre no se mencione en la escritura de transmisión; y 3) que sea de tal importancia que de haberla conocido el comprador deba presumirse que no la habría adquirido<sup>54</sup>.

Para que se aplique el precepto, el gravamen tiene que ser oculto, desconocido por el comprador al celebrar contrato, y ha de ser importante<sup>55</sup>.

El artículo en estudio concede al comprador una doble posibilidad: la acción rescisoria o la indemnización correspondiente. La elección corresponde al comprador pero, aunque el Código no lo diga, si el vendedor ofrece al comprador la liberación del gravamen no debería haber lugar a estimar la acción rescisoria, pues ello podría ser contrario a la buena fe<sup>56</sup>.

*Ejemplos extraídos de la jurisprudencia española sobre frustración del fin del contrato de compraventa:*

Según se desprende de la SAP Pamplona 18 mayo 1990 (Act. C. 1990, 182) las partes en litigio habían celebrado un contrato de compraventa de un solar. Como consecuencia de ciertos rumores relativos a la posible incidencia en el Polígono donde se ubica el solar acerca de un nuevo Plan Urbanístico, la parte compradora solicita una moratoria de tres meses que acepta la vendedora, a cambio del interés del 15% anual del precio convenido. Entre tanto el Ayuntamiento de San Sebastián acuerda suspender por un año las licencias de construcción. En consecuencia, la compradora pretende la resolución del contrato, ya que resulta imposible cumplir lo convenido por la vendedora. La vendedora formula demanda reconvenzional solicitando asimismo la resolución del contrato. La compradora recurre en apelación ante la AP.

---

<sup>54</sup> Conforme a la definición dada por el Tribunal Supremo en su Sentencia de 25 de abril de 1983 (RJ 1983, 2125).

<sup>55</sup> En opinión de Díaz de Lezcano (1993: 137), el art. 1483 CC se aplica si la carga o servidumbre no figura inscrita en el Registro de la Propiedad en el momento de la venta y el comprador tampoco ha inscrito su adquisición; también si la carga es anterior a la venta, pero se inscribe después de perfeccionada y antes de su inscripción perjudique al comprador. Díaz de Lezcano razona (siguiendo a De Angel, 1971: 139) que una carga o servidumbre no aparente, inscrita en el Registro de la Propiedad con anterioridad a la compra, no mencionada en la escritura y desconocida por el comprador, autoriza a éste para entablar las acciones del artículo 1483 CC.

<sup>56</sup> Díaz De Lezcano (1993: 152) opina que la solución será distinta según se tome en cuenta o no la buena o mala fe del vendedor. El plazo para el ejercicio de las acciones que contempla el artículo 1483 del Código Civil será de un año desde la fecha del contrato o, en caso de indemnización, desde el día en que el comprador haya descubierto la carga o servidumbre.

En opinión de la AP, la condición de edificable del mencionado solar no era esencial y determinante para la perfección del contrato (no se deduce que el objeto de la venta fuese un solar edificable, sino un solar para edificar dado las características del mismo, ya que de otro modo se hubiese estipulado claramente en el contrato mediante la inclusión de una cláusula al efecto). Ello se desprende de la conducta de la propia compradora, quien pretende la existencia de tal condición, contraria a dicha afirmación, pues celebra el contrato no obstante tener conocimiento de ciertos rumores -y no hay que olvidar que la compradora es una entidad que se dedica profesionalmente y de forma habitual al negocio inmobiliario-, sobre la incidencia de un plan urbanístico parcial que marginaría la actuación inmobiliaria privada.

En cuanto a la frustración del fin perseguido en el contrato, en opinión de la AP debe estimarse. “En el caso que enjuiciamos, la extemporaneidad (en el cumplimiento que hace que la prestación sea ineficaz para satisfacer el fin previsto por los contratantes) viene ligada a la fecha del otorgamiento de la escritura, fijada a raíz de la prórroga el 20 de enero de 1988, y la incidencia precedente del acuerdo del pleno del Ayuntamiento, de suspender el otorgamiento de licencia (27 de octubre de 1987), lo que sin ser imputable a ninguna de las partes, por proceder de un acto administrativo de una tercera persona jurídica, ajena a la relación contractual, motiva sin embargo, la frustración de los fines económicos que pretendía conseguir la compradora. El acuerdo de suspensión de otorgamiento de licencias, se enmarca en el acuerdo entre el Gobierno Vasco y el Ayuntamiento de San Sebastián, de 29 de octubre de 1987, sobre promoción del desarrollo de un conjunto de viviendas de protección oficial. Dicho proyecto de modificación, que afecta al polígono en que se encuentra el solar objeto de la venta, prevé la construcción de un conjunto de viviendas de protección oficial, a realizar mediante promoción pública, utilizando como sistema de actuación la expropiación forzosa. Si bien el proyecto no estaba todavía aprobado, ello no obsta para entender justificada la creencia de la parte compradora en que sus fines se han frustrado, en el peor de los casos porque se lleve a cabo el Proyecto de promoción oficial, que vedaría la promoción privada, o porque, simplemente, y dada la suspensión cautelar de otorgamiento de licencias, hoy por hoy resulta igualmente imposible la edificación, promoción y venta de viviendas, que es a lo que se dedica la compradora. Dicha frustración justifica, por tanto, la pretensión de resolución, y ello a pesar de ser físicamente posible el cumplimiento del contrato, pues puede otorgarse la escritura pública y transmitirse la propiedad sobre el solar”.

Esta sentencia es un tanto confusa, ya que pese a afirmar que la condición de edificable del solar no era esencial y determinante para la perfección del contrato, admite



la resolución por frustración del fin del contrato al no ser posible la edificación. Además de que la empresa compradora se dedica a la construcción y para ella no era totalmente imprevisible el posible cambio de la normativa urbanística, ya que tuvo noticias del posible cambio del Plan urbanístico en el momento de la celebración del contrato.

El origen de la SAP Murcia 4 octubre 1997 (Elder. 1997, 12903) hay que buscarlo en la demanda interpuesta por D<sup>a</sup>. María Dolores de resolución del contrato de permuta celebrado con "Promociones y Desarrollos I., S.L.". El JPI estima en parte la demanda declarando resuelto el contrato privado otorgado por las partes y absuelve a la demandada de la pretensión de condena a indemnización de daños y perjuicios formulada en su contra. Según el JPI existe una imposibilidad de hacer efectiva la entrega de las prestaciones por ambas partes, pues ni la actora cedió la finca de su propiedad a la demandada ni esta pudo entregar el triplex nº 7 a la actora, y que iba a construir aquella, al tener que operarse una modificación del proyecto inicial por razones urbanísticas.

La parte demandante interpone recurso de apelación. En opinión de la AP (Fundamento de Derecho 2º): "la causa del incumplimiento contractual es que han sobrevenido unas circunstancias que impiden a la demandada el cumplimiento de la prestación pactada, esencialmente debido a que ha desaparecido la causa negocial como consecuencia de la denegación de la licencia urbanística, pues, siendo la causa la finalidad común perseguida por ambos contratantes, cual es la construcción del triplex nº 7 en la forma y manera que figuraba en los planos, que se adjuntaban al contrato, si dicha causa no se mantiene durante el tiempo de la relación contractual en virtud de la aparición de acontecimientos imprevisibles para las partes en el momento de la perfección contractual, no puede sostenerse jurídicamente el mantenimiento del contrato, porque existe una imposibilidad material de cumplir la prestación tal como se convino. Todo ello nos conduce a que se ha producido una frustración del fin del contrato (...). Por ello, debe darse lugar a la resolución contractual solicitada, pero sin que deba otorgarse indemnización alguna por daños y perjuicios en favor de la actora, ya que no se ha llevado a cabo ninguna contraprestación, ni existe un perjuicio real efectivo, como dice la sentencia de instancia, que se pretende justificar mediante una oferta que se le hizo a la actora para comprarle su finca y que dejó pasar como consecuencia del contrato que ya había otorgado; pero ello no supone una concreción precisa del perjuicio, sino una mera hipótesis".

A esta sentencia podría objetarse que la denegación de la licencia urbanística no es una circunstancia imprevisible, sobre todo por la constructora, que debería haber incluido una cláusula para prevenirse frente a tal riesgo y como no lo ha hecho así se podrá

entender que existe una asunción tácita del mismo, con lo que procede la resolución del contrato.

Por otro lado, la SAP Las Palmas 13 octubre 1999 (Elder. 1999, 41615) se refiere al contrato de compraventa celebrado entre D<sup>a</sup> Josefa y D. Diego. Dicho contrato tenía por objeto un autobús asociado a una tarjeta de transporte. Con posterioridad a la celebración del mismo, el comprador no puede dedicar el autobús al transporte de viajeros. En consecuencia, la parte compradora pretende la resolución del contrato, a la cual se opone la parte vendedora, que había entregado por tradición civil el vehículo y percibido el precio de la compraventa. El JPI estima la demanda interpuesta. La AP estima parcialmente el recurso de casación.

En opinión de la AP (Fundamento de Derecho 2º): “la frustración del fin del negocio impidió, por causas no imputables a ninguna de las partes, el cumplimiento de los fines contractuales, si bien pese a todo durante todos estos años, desde fines de 1992, el actor ha disfrutado de la posesión del autobús, aunque sin poder dedicarlo de modo legal al transporte de viajeros. Pero por otra parte, el contrato de compraventa establecía la dedicación del objeto al transporte, al señalar como característica de la cosa su asociación con una tarjeta autorizatoria de transporte público, que fue revocada. Sin embargo, la imposibilidad de la subrogación en dicha tarjeta se debió a que el comprador no tenía los cinco autobuses adicionales que exigía la legislación administrativa (...). En resumen, si bien por una parte el vendedor no entrega la cosa en todas las condiciones pactadas para dedicarla al fin contractual, también es imputable al comprador el no reunir las condiciones necesarias para que esta dedicación hubiera sido factible, aunque tales condiciones eran gravosas -adquisición de varios autobuses más- y previsiblemente conocida por el vendedor, -como profesional del ramo- lo cual hace imputable, en parte, la frustración del contrato a los vendedores. La situación corresponde a un incumplimiento parcial o cumplimiento defectuoso de la prestación, lo cual debe conducir, por la *actio non rite adimpleti contractus*, no a la resolución, dado que la falta de condiciones de la cosa es en parte imputable al propio comprador, sino más bien, a la concesión de una indemnización de daños y perjuicios conforme al artículo 1101 del C.C., que puede cifrarse en la devolución del 30% del precio”.

La aplicación de la doctrina de la frustración del fin del contrato es en este caso un tanto excepcional, porque no se trata de un contrato pendiente de ejecución, sino que en el momento en que se interpone la demanda por el comprador ya habían transcurrido dos años desde el cumplimiento del contrato. De hecho, en una sentencia más reciente del TS de 20 abril 2001 (2001, 842), entiende el tribunal que, cumplido el contrato de

compraventa de un local sito en unas galerías comerciales, no procede la resolución por el cierre por la autoridad administrativa de las galerías varios años después. Además, desde mi punto de vista se trata de un riesgo que debe asumir el comprador que no pueda aplicar la cosa al uso previsto, teniendo en cuenta que ese uso sería posible mediante una actividad del propio comprador (si comprase cinco autobuses adicionales). Pero por otro lado, también se podría apreciar un cierto dolo por parte del vendedor al no informar de la necesidad de disponer de varios autobuses para obtener la licencia (dice el tribunal que se trataba de una circunstancia previsiblemente conocida por el vendedor). Todo ello es tenido en cuenta por el tribunal, puesto que no decreta la devolución de las prestaciones, sino que el vendedor debe restituir el 30% del precio (se trata de una solución salomónica).

### 5.2. En el contrato de donación.

Dentro del contrato de donación, las donaciones por razón del matrimonio (arts. 1336 y ss. CC) se han visto como ejemplo en el que el legislador, en un supuesto de disposición patrimonial, permite poner fin al mismo cuando no es posible el cumplimiento de la finalidad para la que esa disposición se efectuó. En consecuencia, se ha dicho que el motivo de la donación es el próximo matrimonio del donatario que adquiere naturaleza causal.

En opinión de Cobacho<sup>57</sup> y también de Lacruz<sup>58</sup>, el futuro matrimonio es un motivo causalizado de la donación, que le sirve de justificación de forma que si el matrimonio no se lleva a efecto, la donación no tendría razón para ser efectiva.

---

<sup>57</sup> Cobacho, 1993: 617.

<sup>58</sup> Lacruz, 1989: 366. En la jurisprudencia, cfr. SAP Girona 17 abril 1996 (RJ 1996, 641): “La naturaleza jurídica de las donaciones extraordinarias hechas en contemplación a un determinado matrimonio que se regulan actualmente en el artículo 13 de la Compilación que hemos transcrito (se refiere a la Compilación catalana, hoy la donación por razón del matrimonio es objeto de regulación en los arts. 31 y ss. Ley 9/1998, de 15 de julio, del “Codi de família”), es creación de la doctrina jurídica catalana de los siglos XVI y XVII durante los que se elaboró la figura jurídica de la donación «ob causam matrimonii». Es el propio Fontanella que en su obra «De pactus nuptialibus» distingue esta figura de la simple donación con ocasión del matrimonio ya que en ella la celebración es la causa final de la donación, puesto que en otro caso, aun cuando sea un motivo la causa accidental queda fuera de la regulación que se contempla. Es preciso que, como elemento esencial y expresamente convenido en la donación, exista la celebración del matrimonio. Asimismo, Luis de Paguera, en el capítulo 22 de su obra «Decisiones aureas», señala la necesidad de que su causa o razón sea la celebración del vínculo conyugal. Por tanto, aunque la donación se hiciera con motivo del matrimonio, sería simple donación cuando éste es más la ocasión de hacerla que la razón por la que se hace, o sea cuando la causa no es final sino impulsiva. Únicamente pueden ser incluidas en el ámbito de aplicación del artículo 13 de la Compilación las donaciones que sean otorgadas «ob causam matrimonii».

Para Díez-Picazo<sup>59</sup>, por su parte, el proyectado matrimonio es el factor determinante e impulsivo de la liberalidad, sin entrar a discernir en sentido técnico si es la causa o la base del negocio o un motivo cualificado que se eleva al rango de causa. En él el negocio jurídico encuentra su soporte y apoyo y justifica las reglas que el legislador les dedica.

Prueba de ello es el art. 1342 CC: “Quedarán sin efecto las donaciones por razón de matrimonio si no llegara a contraerse en el plazo de un año.” De este modo, si el matrimonio no llega a celebrarse, la donación no debe desplegar efectos<sup>60</sup>. En opinión de Díez-Picazo, en este precepto se contempla un supuesto de ineficacia provocada mediante la acción resolutoria por frustración del fin, no se trata de una ineficacia automática<sup>61</sup>.

El artículo siguiente contempla la revocación de la donación: “Estas donaciones serán revocables por las causas comunes, excepto la supervivencia o superveniencia de hijos. En las otorgadas por terceros, se reputará incumplimiento de cargas además de cualesquiera otras específicas a que pudiera haberse subordinado la donación, la anulación del matrimonio por cualquier causa, la separación y el divorcio si al cónyuge donatario le fueren imputables, según la sentencia, los hechos que los causaron. En las otorgadas por los contrayentes, se reputará incumplimiento de cargas, además de las específicas, la anulación del matrimonio si el donatario hubiere obrado de mala fe. Se estimará ingratitud, además de los supuestos legales, el que el donatario incurra en causa de desheredación del artículo 855 o le sea imputable, según la sentencia, la causa de separación o divorcio”.

Señala De los Mozos que antes de la reforma de 1981 “la subsistencia del matrimonio no tenía, en general, ninguna relevancia, ya que el verdadero

---

<sup>59</sup> Díez Picazo, 1992: 157 y ss.

<sup>60</sup> Cfr. SAP Zamora 28 mayo 1999 (RJ 1999, 5570): “Por consiguiente, si estimamos que estamos en presencia de donación entre cónyuges por razón del matrimonio, dado que el matrimonio no se había celebrado en el mes de septiembre de 1997, cuando la donación se había consumado en el mes de octubre de 1996, y teniendo en cuenta que no existe voluntad de ninguno de los cónyuges para contraer matrimonio, es obvio que le es aplicable el artículo 1342 del Código Civil, quedando sin efecto la donación con obligación de la donataria de devolver el dinero recibido con los intereses desde la demanda, según el artículo 651 en relación con el artículo 1342”. Además, “no es necesario que el donante espere a que transcurra el año desde la fecha de la donación para instar la acción del artículo 1342 del Código Civil, pues existen supuestos ya analizados, entre ellos la falta de acuerdo de los cónyuges para contraer el matrimonio o la negativa del donatario a contraerlo, que no exigen agotar el plazo del año previsto en la norma para instar la acción pues se sabe anticipadamente que será imposible la celebración del matrimonio”.

presupuesto de la donación por razón de matrimonio es que éste se celebre, no que subsista”<sup>62</sup>. Esta cuestión cambia con la inclusión del art. 1343 CC. Según la doctrina, en las donaciones otorgadas por terceros, la subsistencia del matrimonio no es, en términos jurídicos, una carga impuesta por el donante, aunque la ley le otorgue este valor<sup>63</sup>. En las donaciones otorgadas por los contrayentes, la separación y el divorcio por causa imputable al cónyuge donatario dan también lugar a la revocabilidad de la donación, pero no como si la crisis matrimonial fuera equivalente al incumplimiento de cargas, sino a la ingratitud. En este sentido, es necesario determinar cuál de los cónyuges dio lugar a la separación<sup>64</sup>.

### 5.3. La distribución de los riesgos en el contrato de obra.

En el contrato de obra la prestación del deudor debe estar dirigida a la consecución de un resultado. Ese resultado no es solamente un motivo interno del que encargó la obra, sino que forma parte del contenido del contrato.

En este contrato, como en el de compraventa, es difícil que el deudor se libere de las consecuencias de una mayor onerosidad de la prestación alegando la imprevisibilidad del riesgo, ya que no todo acontecimiento excepcional es imprevisible y, por tanto, incalculable.

En opinión de Koller<sup>65</sup>, en estos contratos, los riesgos que provocan un incremento de los costes resultan normalmente de la esfera organizativa del

---

<sup>61</sup> Díez Picazo, 1992: 160.

<sup>62</sup> De los Mozos, 1982: 298.

<sup>63</sup> Cfr. Cobacho, 1993: 630 y Lacruz, 1989: 369. Por ejemplo, un verdadero incumplimiento de cargas impuestas al donatario se puede ver en la SAP Barcelona 16 junio 1992 (RJ 1992, 831). Esta sentencia es interesante porque conjuga el tema de la causalización de motivos (de la donación) y el cambio subsiguiente de la normativa urbanística que impide el cumplimiento del fin del donante. El propietario de una finca había donado el inmueble al Ayuntamiento de Arenys de Mar con el fin de ser destinado a la edificación de un Centro Escolar. La actual heredera, a la vista del incumplimiento de la carga expresada en el referido acto de liberalidad, interesa revocación de la donación. El Ayuntamiento alega imposibilidad sobrevenida. El argumento no cabe prosperar, según la AP, ya que el donatario al aceptar la liberalidad, era consciente de que el cumplimiento de lo ordenado por el donante no dependía de su exclusiva voluntad, sino de la concurrencia de otros condicionantes. “Debido a la naturaleza modal de la donación, se asumía desde un primer momento que para el caso de imposibilidad de realización de lo pactado y asumido, se debía producir la reversión en favor de quien contempló como causa, entendida como fin empírico/práctico, en su negocio la realización de una obra de carácter educacional”.

<sup>64</sup> Lacruz, 1993: 370. En la jurisprudencia vid. STS 5 noviembre 1993 (RJ 1993, 8611), SAP Navarra 21 marzo 2000 (RJ 2000, 1118).

<sup>65</sup> Koller, 1979: 263.

deudor o si surgen de una esfera neutra, surten efectos en primer lugar sobre su ámbito de poder. En consecuencia, el deudor puede pronosticarlos con mayor facilidad en cuanto a su probabilidad y dimensiones. Por lo tanto, es el deudor quien puede dominar mejor el riesgo, por ejemplo, contratando un seguro.

Pese a ello, el contratista podría liberarse si la perturbación es imprevisible (con la excepción de las dificultades que surgen de la estructura del patrimonio del deudor, que nunca le liberan). Cuando los riesgos residen en la propia esfera del deudor, la imprevisibilidad se debe valorar de modo riguroso, es decir, para que se produzca la liberación del deudor es preciso que el acontecimiento sea totalmente insólito, de acuerdo con los criterios de previsión específicos de cada contrato o de la profesión del deudor.

En el caso del contrato de obra, lo determinante para la atribución del riesgo al comitente es que se le pueda reprochar un comportamiento objetivamente irregular porque los materiales aportados son defectuosos o porque sus indicaciones son falsas (§ 645 BGB y art. 1589 CC). En otro caso, cuando la prestación del contratista es inservible para el comitente por razones personales, es decir, por razones ajenas a la cualidad de la obra o a sus caracteres, no se puede decir que haya devenido imposible.

Haciendo uso de las normas típicas sobre el contrato de obra, Flume<sup>66</sup> trata de resolver los ejemplos puestos por Larenz como justificativos de la aplicación de la doctrina de la base del negocio. Así por ejemplo, el ejemplo propuesto por Larenz del encargo a una empresa para que remolque un barco que puede por sí sólo navegar (aunque esto se descubre cuando el barco-remolque ya se ha trasladado hasta el lugar donde se encuentra el barco que debía remolcarse)<sup>67</sup>, en opinión de Larenz, el comitente quedaría liberado en base a la doctrina de la "Geschäftsgrundlage". Frente a ello entiende Flume que la razón que impide al ejecutante de la obra realizar la prestación pactada es que el substrato que pone a su disposición el contratista es inadecuado para la realización de la misma (el barco que debe ser remolcado). En consecuencia, sería aplicable el § 645 BGB que contempla los supuestos de impracticabilidad de la obra como consecuencia

---

<sup>66</sup> Flume, 1979: 507 y ss.

<sup>67</sup> Larenz, 1957: 99 y ss.

de una circunstancia de la que deba responder el que la encargó, como dentro de la esfera de riesgo del mismo.

De la misma manera debe resolverse el caso propuesto por Larenz de que se encargue a un artista la realización de un portal para una iglesia y antes de terminarse, la iglesia se queme o el propietario de un perro inserte un anuncio en un periódico porque se ha perdido, pero poco después el perro aparece. La prestación no es imposible, la puerta puede seguir realizándose, el anuncio puede seguir publicándose. En este caso, se habría de aplicar el principio según el que el que encarga la obra asume el riesgo de que no vaya a poder aplicar la prestación al fin por él previsto. Además, el que encargó la obra puede resolver el contrato en cualquier momento anterior a su terminación, en este caso deberá pagar la totalidad del precio estipulado con deducción de aquellas cantidades que correspondan a gastos que haya podido ahorrarse el contratista, de acuerdo con las exigencias de la buena fe (§ 649 BGB y art. 1594 CC<sup>68</sup>).

No obstante, esta interpretación podría plantear problemas y es que en opinión de Flume, la regulación legal del reparto de riesgos entre el que encarga la obra y el que la ejecuta es incompleta. Esta tesis es compartida por Koller<sup>69</sup>, quien opina que el § 645 BGB es demasiado reducido desde dos puntos de vista: por un lado no tiene en cuenta suficientemente aquellos supuestos en los que la perturbación no repercute inmediatamente en la esfera organizativa del contratista, sino en la del comitente sin que se pueda hablar de “materiales defectuosos aportados por el comitente” (por ejemplo, es el caso decidido por la sentencia del BGH (NJW 1973, 318), el llamado caso de la vacunación antivariólica: el comitente no pudo emprender el viaje contratado con una agencia porque las autoridades españolas prohibían, después de la conclusión del contrato, la entrada en el país de quien no se hubiese vacunado. El comitente se vio obligado a

---

<sup>68</sup> El art. 1594 CC concede al contratista la posibilidad de desistir unilateralmente de la construcción de la obra con la obligación de indemnizar al contratista de todos sus gastos, trabajo y utilidad que pudiera obtener de ella. De este modo no se le irroga perjuicio alguno al contratista, ya que el comitente deberá indemnizar el interés contractual positivo, al mismo tiempo que se permite al comitente una asignación más eficiente de sus recursos que la resultante de la realización de la obra (vid. Salvador Coderch, 1993: 1202). En cuanto a las consecuencias jurídicas en el caso del § 649 BGB, en su párrafo 2º establece “si desiste el comitente, el contratista está legitimado para exigir la ganancia estipulada, ahora bien, de esta cantidad se deben descontar los gastos que se haya ahorrado el contratista como consecuencia de la resolución del contrato, así como la aplicación que de otro modo haya hecho de su capacidad productiva o bien que haya dejado de hacer por su comportamiento doloso”.

<sup>69</sup> Koller, 1979: 288.

rechazar el viaje porque uno de los miembros de la familia no toleraba las vacunas). Por otro lado, la medida con que se grava al comitente es demasiado reducida (el autor propone acudir mejor al principio de la causación).

En el Derecho español, dentro del contrato de obra, el art. 1595 CC se enfrenta al problema que se presenta en aquellos casos en los que la obra se encarga a cierta persona por razón de sus cualidades personales y esta persona muere o no puede acabar la obra por causas independientes de su voluntad. En este caso el contratista queda liberado y el comitente estaría obligado a indemnizar de acuerdo con el criterio propuesto por Koller de la causación, ya que el comitente deberá abonar al contratista o a sus herederos la parte de obra que se haya realizado y para su valoración se tendrá en cuenta la economía contractual (en tanto sea posible, en otro caso se habrá de acudir al precio de mercado)<sup>70</sup>.

Otro posible riesgo que afecta a este contrato es el incremento del precio de la obra al que se refiere el art. 1593 CC. La finalidad de esta norma es la de impedir un posible abuso del contratista en la ejecución de las obras, de ahí que se contemple expresamente la posibilidad de modificar el precio si concurre el consentimiento del comitente. Pero también está implícito en la norma un cierto componente de aleatoriedad, en el sentido de que es el contratista quien debe soportar el riesgo de que el coste de la obra supere el previsto e incluso el previsible. En el contrato de obra, el riesgo de un aumento de los costes es inherente a la función empresarial del contratista, además de que puede prevenirse frente a tal riesgo en el momento de la celebración del contrato.

Para la aplicación de dicha norma, la doctrina viene exigiendo una serie de requisitos<sup>71</sup>. En primer lugar, conviene tener presente que se trata de un precepto que tiene carácter dispositivo, de manera que su aplicación puede ser sustituida por la voluntad de las partes. Debe tratarse de una obra convenida por un precio alzado: así, es preciso que quede clara la voluntad de las partes de fijar definitivamente un precio invariable. Además, el ajuste del precio debe realizarse en vista de un plano convenido con el propietario del suelo. Podría entenderse respecto de este último requisito que el precepto se refiere a la existencia de una

---

<sup>70</sup> Cfr. Salvador Coderch, 1993: 1205.

<sup>71</sup> Cfr. Lucas, 1997: 380 y ss. y Salvador, 1993: 1200 y ss.



suficiente determinación de la obra a realizar; de este modo, sería suficiente un presupuesto detallado o una descripción precisa de la obra.

Según la jurisprudencia, el art. 1593 CC no resulta aplicable en aquellos supuestos en los que se introduzcan cambios en la ejecución de la obra alterando el proyecto primitivo, produciendo con ello un «aumento de obra», bien por el incremento de la construida, bien por un mayor valor de la ejecutada como consecuencia de la mejor calidad de los materiales empleados, pero siempre que para ello concorra la autorización del dueño de la obra, que puede prestarse verbalmente o incluso de modo tácito<sup>72</sup>.

También se pronuncian acerca de esta cuestión otros ordenamientos de nuestro entorno cultural, como el italiano. En el art. 1659 CC it se contiene la regla general en cuya virtud el contratista no puede introducir variaciones en la modalidad convenida de obra, a no ser que medie autorización del comitente. Dicha autorización debe constar necesariamente por escrito. Además, salvo pacto en contrario, aun cuando medie autorización del dueño de la obra, el contratista no tendría derecho a un incremento del precio si éste se pactó globalmente. No obstante, el art. 1660 CC it contiene una excepción a la norma anterior para el caso de que dichas variaciones en la obra proyectada sean de carácter necesario, cuestión que será decidida por el juez en el caso de que las partes estén en desacuerdo. Ahora bien, cuando las variaciones necesarias sean de tal entidad que superen la séptima parte del precio pactado, se concede al contratista el derecho a resolver el contrato obteniendo una indemnización adecuada, según las circunstancias. Facultad que también se concede al comitente, con la obligación en este caso de indemnizar equitativamente al contratista<sup>73</sup>.

---

<sup>72</sup> Vid., entre otras muchas STS 6 abril 2000 (RJ 2000, 2871), STS 20 marzo 1998 (RJ 1998, 1710), STS 29 julio 1996 (RJ 1996, 6407), STS 28 marzo 1996 (RJ 1996, 2199), también entre la jurisprudencia menor se pronuncia en este sentido la SAP Lleida 20 octubre 1999 (AC 1999, 2064), SAP Segovia 10 julio 1998 (AC 1998, 6787), SAP Madrid 19 enero 1998 (AC 1998, 7134), SAP Zamora 4 julio 1996 (AC 1996, 1260)), siempre que las partes no hayan estipulado otra cosa en el contrato, como es el caso de la STS de 13 de octubre de 1999 (RJ 1999, 7424). Recientemente, en la STS 26 septiembre 2001 (LaLey 2001, 7733) uno de los motivos del recurso de casación es la infracción del art. 1593 CC. En opinión del TS (Fundamento de Derecho 4º): “Si existió autorización no hay duda de que se produjo una novación modificativa del contrato de obra originario, el pago de las certificaciones no pueden tener sólo el significado de acto de cumplimiento de una obligación; al pagar voluntariamente durante nueve certificaciones una cantidad que supera en más de 50 millones el presupuesto de la obra sin ningún tipo de reclamación durante tanto tiempo, es racional y no arbitrario deducir que consiente en el aumento de la misma”.

<sup>73</sup> Sobre estas cuestiones vid. Tartaglia, 1983: 114 y ss.

El BGB admite asimismo la resolución del contrato por el comitente siempre que el incremento de los costes sea necesario para la ejecución de la obra y el contratista no haya asumido el riesgo expresamente. A cambio deberá indemnizar los daños que haya sufrido el contratista. Si no hace uso de esta facultad, el comitente deberá satisfacer el mayor valor de la obra. El precepto que se refiere a esta cuestión es el § 650 I BGB: “Si el contrato toma como referencia un determinado cálculo de los costes, sin que el contratista haya garantizado que ese cálculo sea correcto, y de ello resulte que la obra devenga irrealizable sin un incremento de los costes, el contratista, cuando el comitente resuelva el contrato por ese incremento de costes, puede hacer uso de la pretensión contenida en el § 645 (indemnización por el trabajo realizado y los daños que haya podido sufrir)”.

*Ejemplos en la jurisprudencia española:*

Entre la jurisprudencia menor merece prestar atención, a pesar de su antigüedad, a la SAP Zaragoza 9 de julio de 1964<sup>74</sup>. Los antecedentes de esta sentencia son los siguientes: el 21 de marzo de 1962 Papeleras del Maestrazgo SA celebró un contrato de compraventa con Talleres Martín SL, mediante el que esta última compañía debía construir para la primera una turbina hidráulica que tenía que ser instalada en un salto de agua en el río Cenia. La turbina se pagaría en cuatro plazos de 17.875 ptas. cada uno. El primero pagadero a la firma del contrato. El día 23 del mismo mes la compradora fue notificada de que se había iniciado un procedimiento de expropiación forzosa por causa de utilidad pública y con carácter de urgencia de la concesión sobre el salto de agua sobre el que se había de instalar la turbina. Como consecuencia, la parte compradora se dirigió a la vendedora para que no se comenzasen los trabajos para la construcción y la entrega de la mencionada turbina.

Papeleras del Maestrazgo demandó en primera instancia la devolución del plazo ya pagado así como la confirmación de la anulación del contrato. La vendedora, por su parte, alegó que se habían efectuado una serie de gastos para la ejecución de la prestación tales como envío de un técnico, acopio de materiales, así como el consumo de actividades de su taller.

El JPI falló estimando totalmente la demanda interpuesta con base fundamentalmente en los arts. 1105 CC y 1253 CC.

---

<sup>74</sup> Espert Sanz, 1968: 33.

Apelada la sentencia ante la AP de Zaragoza, ésta resolvió en el siguiente sentido: a juicio del comprador supondría el cumplimiento una manifiesta lesión ante el hecho totalmente imprevisible que varía totalmente las circunstancias del contrato. La cláusula “rebus sic stantibus” es aplicada por los tribunales en el sentido de que es posible la revisión, resolución y hasta la suspensión de los contratos por acaecimientos sobrevenidos después de su celebración. La existencia de esta cláusula en nuestro ordenamiento se deduce del art. 1258 CC, de los arts. 1261, 1274, 1275 CC (por falta de causa), así como del art. 6 CC que admite la aplicación de los principios generales del Derecho a falta de ley y de costumbre (dicha cláusula pertenece al acervo de principios generales de nuestro sistema jurídico).

El Tribunal no descarta la posible aplicación de la cláusula “rebus sic stantibus” en nuestro Derecho, no obstante, debe procederse a su aplicación con extremada cautela, porque en otro caso, podría quedar enormemente afectada la seguridad jurídica. En este caso descarta la AP la aplicación de la mencionada cláusula porque “no se dan los supuestos de aplicación ni existen circunstancias extraordinarias ni imprevisibles ni se da el imprescindible desequilibrio” puesto que la parte compradora no se cuidó de precisar que la turbina iba a ser aplicada a los saltos expropiados y que, por otro lado, se vería privada la vendedora, sin razón bastante, “de un derecho que a costa de prestaciones no poco onerosas había consolidado a través del tiempo para hacerlo valer con oportunidad”.

La razón de esta solución hay que buscarla en que sin que exista ningún deber de prever por ninguna de las partes (en este caso puede ser que el deber de prever esté a cargo incluso de la comitente porque está más próxima que el contratista a la fuente del riesgo), se trata de un riesgo que debe asumir la parte compradora que no pueda dedicar la prestación al fin que había previsto. Por otro lado, se podría acudir por analogía a las normas típicas del contrato de obra, de este modo, el art. 1594 CC permite al comitente desistir por su sola voluntad de la construcción de la obra indemnizando al contratista todos los gastos, trabajo y utilidad que pudiera extraer de ella.

En el caso de la STS 21 junio 2000 (RJ 2000, 5297), «Construcciones y Promociones Arsenio's, S.A.» encargó a «Demoliciones Técnicas, S.A.» la realización de una obra. En la cláusula 7ª del contrato de obra se expresó lo siguiente: «... no se reconocerá ningún aumento de la cantidad estipulada; el precio estipulado se entiende fijo y sin ningún tipo de variación». «Demoliciones Técnicas, S.A.» demandó a «Construcciones y Promociones Arsenio's, S.A.» solicitando en su demanda que esta última sociedad fuese condenada al pago de 38.588.536 ptas. más los gastos de conservación y custodia de las obras hasta su recepción, intereses legales y costas. El JPI

desestimó la demanda, considerando que la demandada había satisfecho ya adelantadamente a la actora, según el presupuesto cerrado base del contrato de obra, lo que ésta llevaba hecho hasta que se resolvió dicho contrato. La AP revocó en grado de apelación la sentencia de primera instancia, condenando a la demandada a pagar a la actora la cantidad de 330.345 ptas. más intereses legales, diferencia que halla entre lo que la propia demandada reconoció que debía y lo que llevaba entregado. Contra la sentencia de la Audiencia interpuso recurso de casación la actora por infracción del art. 1594, 1285 y 1593 CC y jurisprudencia que interpreta los respectivos preceptos. El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación.

Uno de los motivos de casación resulta de la infracción del art. 1594 CC y jurisprudencia que lo desarrolla. En opinión de la recurrente, la sociedad demandada desistió unilateralmente del contrato de obra concertado con la recurrente, lo que pudo legalmente hacer, pero dejando indemne al contratista, sea cual hubiese sido la característica de aquel contrato (riesgo y ventura del contratista, etc.). Concluye la fundamentación del motivo diciéndose que si la sentencia recurrida fijó un importe de obra realmente realizado de 79.264.080 ptas., y un total de abonos por la comitente de 46.024.750 ptas., la diferencia debió incluirse en el fallo como adeudada por la misma, que debía de ser condenada a su pago. Este motivo se desestima porque introduce una cuestión nueva en casación.

Otro de los motivos de casación es la infracción del art. 1593 CC y jurisprudencia que lo interpreta. “El motivo se desestima, pues vuelve otra vez a una interpretación subjetiva y parcial del contrato. No se ha puesto en duda que hubo modificaciones, aunque no se ha declarado su imputación a la comitente. Pero el contrato de obra era bien claro y expresivo de que se hacía a riesgo y ventura del contratista. En su cláusula 7.ª se expresó: “... no se reconocerá ningún aumento de la cantidad estipulada; el precio estipulado se entiende fijo y sin ningún tipo de variación”. Esta estipulación es válida porque el citado art. 1593 tiene carácter dispositivo, no imperativo”.

De la sentencia comentada no se extrae demasiada información al respecto (el motivo se desestima por introducir una cuestión nueva en casación), pero si la contratista demandante hubiese fundado su demanda en el art. 1594 CC y realmente concurriesen los presupuestos para la aplicación de tal precepto, el comitente tendría el deber de indemnizar la diferencia entre el importe de obra realmente realizada, pero atendiendo al presupuesto pactado y no al pretendido por «Demoliciones Técnicas, S.A.» (cantidad que esta empresa cifra en 79.264.080 ptas.), y la cantidad abonada por la comitente. La

contratista podría incluso solicitar el beneficio que hubiese obtenido con la terminación de las obras<sup>75</sup>.

#### 5.4. La distribución de los riesgos en el contrato de arrendamiento.

##### a) Contrato de arrendamiento de cosas:

En el contrato de arrendamiento de cosas, la regla del reparto de riesgos aparece claramente formulada en el BGB. De acuerdo con el § 537 BGB<sup>76</sup> el arrendatario no ha de pagar la contraprestación cuando la cosa objeto del contrato no es adecuada para el fin previsto en el mismo (en nuestro Derecho se podría interpretar de este modo el art. 1554 CC, el arrendador está obligado a realizar las reparaciones que sean pertinentes para conservarla en estado de servir para el uso a que ha sido destinada). Por el contrario, si el arrendatario se ve impedido, por razones que residen en su persona, de aplicar la cosa al fin previsto, entonces queda obligado al pago del precio del arrendamiento, según el § 552 BGB (en nuestro Derecho no existe norma similar).

Los casos dudosos en el Derecho alemán son aquellos que se encuentran en el medio: el fin estipulado no puede realizarse por causas que no residen en la cosa arrendada en su materialidad, pero tampoco se incluyen en el ámbito de actuación del arrendatario. Es el caso de que entren en vigor determinadas normas administrativas que impidan un determinado uso de la cosa, por ejemplo, se alquila una fábrica para realizar un determinado producto, que luego resulta prohibido por las autoridades.

Según el § 538 BGB, en el caso de que la cosa esté afectada de los defectos contemplados en el párrafo precedente, que ya existían en el momento de la celebración del contrato o estos defectos se deben a una circunstancia de la que el deudor debe responder, el arrendatario puede exigir indemnización de daños y

---

<sup>75</sup> Cfr. entre otras, STS 28 noviembre 1997 (RJ 1997, 8431), SAP Castellón 18 febrero 1999 (RJ 1999, 4297), SAP Alicante 17 diciembre 1998 (AC 1998, 2416), SAP La Coruña 11 marzo 1997 (AC 1997, 428).

<sup>76</sup> Según esta norma, si la cosa arrendada adolece de determinados defectos que no permiten aplicarla al uso estipulado en el contrato, el arrendatario puede optar por una disminución del precio del arrendamiento o denunciar el contrato, sin atenerse para ello a los plazos previstos en la ley.

perjuicios por el incumplimiento. Koller<sup>77</sup> da a esta norma la siguiente interpretación: el legislador hace recaer sobre el deudor la totalidad del riesgo en el caso de una valoración errónea de las circunstancias concurrentes al momento de la celebración del contrato.

Por otro lado, en el Derecho español, en cuanto a la pérdida sobrevinida de la cosa objeto del contrato, según el art. 1563 CC el arrendatario no debe responder del deterioro o la pérdida de la cosa arrendada que se ha ocasionado sin su culpa<sup>78</sup>. Si la cosa no desaparece, sino que se ve dañada, el arrendatario puede exigir su reparación (art. 1554. 2º CC)<sup>79</sup>.

*Ejemplos extraídos de la jurisprudencia española:*

En el caso de la SAP Madrid 16 enero 1996 (Act. C. 1996, 63) el arrendatario no puede destinar la cosa arrendada al fin previsto. La sentencia tiene su origen en el contrato de arrendamiento celebrado entre las partes litigantes, en una de cuyas estipulaciones se establecía que "si derivado de cualquier resolución de organismos oficiales, relacionada con la normativa vigente, impidiera el normal ejercicio de las actividades profesionales de la sociedad arrendataria en el inmueble arrendado, se debe entender rescindido el contrato sin el requisito de preaviso ni las obligaciones derivadas del mismo que se mencionan en la cláusula séptima".

La entidad arrendataria solicitó a la Compañía Telefónica el traslado de sus anteriores teléfonos al nuevo local arrendado. Como consecuencia de dificultades técnicas, sólo se pudo ofrecer la instalación de una sola de las líneas. La arrendataria pretende la resolución del contrato por la alteración sobrevinida de la base del negocio. En opinión de la AP, "la expresada doctrina sólo es aplicable en caso de notorio desequilibrio entre las prestaciones, pudiendo ser la imposibilidad de la prestación no sólo física o legal, sino económica, como cuando no produce ningún beneficio al que ha de recibirla o cuando es totalmente ruinoso para él recibirla. En tal caso, existe una

---

<sup>77</sup> Koller, 1979: 278.

<sup>78</sup> Aunque según Lucas Fernández (1993: 1118) podría entenderse que el precepto establece una presunción de culpa, según alguna jurisprudencia del TS, el art. 1563 CC contiene una declaración de responsabilidad que no deriva de una presunción de culpa, sino de la circunstancia de encontrarse el arrendatario en posesión de la cosa, de manera que le será más fácil demostrar que el evento dañoso se produjo por causa a él no imputable.

<sup>79</sup> Lucas Fernández, 1993: 1092. Según este autor, en cuanto al origen del deterioro, puede ser cualquiera (por lo tanto también el caso fortuito), salvo los originados por dolo o culpa del arrendatario, en este caso con posible causa de resolución.

frustración del fin del contrato, que impide jurídicamente su mantenimiento y faculta para resolverlo. Pero en el caso contemplado ni se probó por la apelante la imposibilidad de tener varias líneas telefónicas y sí, tan sólo, la del traslado de los números que ya tenía antes en otro local, ni se ha producido, en su consecuencia, la meritada frustración negocial imprevista”.

En este caso el tribunal realiza una interpretación de una cláusula contractual, que distribuye los riesgos en el contrato. Sin embargo, la entidad de las circunstancias no es tal como para que opere tal cláusula, con lo que el arrendatario debe soportar el riesgo de la realidad.

La SAP Tarragona 24 marzo 1993 (Elder. 1993, 12211) no tiene por objeto un contrato de arrendamiento de cosa, pero sí un supuesto parecido como es la cesión de uso y disfrute de una vivienda. Los demandantes pretenden recuperar el uso y disfrute de la vivienda de cuyo usufructo son titulares, frente a ello invoca la demandada su derecho a permanecer ocupándola al haber constituido la vivienda familiar mientras duró la convivencia matrimonial con el hijo de los demandantes y haberle sido atribuido su uso en la sentencia de separación conyugal.

Con anterioridad a dicha separación, el mencionado piso fue cedido por los demandantes a su hijo quien, junto con su esposa e hija menor, lo ocuparon como vivienda familiar durante el escaso tiempo que duró la convivencia matrimonial. El JPI estima la demanda. Interpuesto recurso de apelación, la AP declara no haber lugar al recurso interpuesto. Según la AP (Fundamento de Derecho 4º), la “mera voluntad de ceder el piso, adquirida por los demandantes en usufructo, a su hijo para que estableciera allí su vivienda familiar, es una decisión que no puede vincularles para el futuro, por ser un acto de mera liberalidad alterable por quien lo ha efectuado al tratarse tanto de una posesión tolerada (art. 444 CC), como de una ocupación sin título oponible al titular de este derecho sobre el inmueble, quien tiene la facultad de recuperarlo, bien por aplicación del art. 1750 CC o bien en atención a la finalización referida en el art. 1749 del uso para el que se cedió, conforme a la doctrina contenida en la STS 2-12-92, pues el fin atendido por los padres para ceder su derecho sobre el piso al hijo fue que éste estableciera allí su convivencia matrimonial y familiar, concluida al poco tiempo”.

La SAP Asturias 26 junio 2000 (Act. C. 2001, 208) se refiere a un contrato de arrendamiento de negocio, siendo el arrendatario una clínica médico-quirúrgica celebrado entre las partes. Dicha clínica contaba con autorización municipal y venía funcionando

desde 1973, como tal fue arrendada y poseída desde la fecha del contrato por el demandante, realizándose actos médicos diversos. Durante la vigencia del contrato la autoridad administrativa dicta orden exigiendo la realización de obras de adecuación en la zona de quirófanos para el desempeño de esta actividad. El arrendatario ejercita demanda ante el JPI reclamando indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento de la obligación contenida en el art. 1554.1.º CC. El JPI estima parcialmente la demanda. Contra la misma se interpone recurso de apelación.

En opinión de la AP (Fundamento de Derecho 1º): “Tiene razón la parte al indicar la incoherencia en que incurre el juez, al establecer que el arrendador incumplió la obligación de entrega que señala el art. 1554.1.º y desestimar la demanda, pero la temporal incongruencia expuesta no significa la acogida del recurso, pues otros argumentos de la sentencia indican claramente que dicha obligación ha sido cumplida”. Se debe entender de acuerdo con la jurisprudencia (Fundamento de Derecho 2º) “que solo la privación del uso del ejercicio de la actividad, como ocurre con el precinto administrativo (TS S de 4 Nov. 1997), implica el incumplimiento del principal deber del arrendador y recordar igualmente con la TS S de 26 Jul. 1996, que si se ha verificado la explotación y dirección del negocio por el arrendatario, resulta con rotundidad cumplimentada la obligación del art. 1554.1.º En el caso enjuiciado las alegaciones expuestas en la sentencia que esta Sala ratifica al valorar la prueba son explícitas al revelar que la clínica contaba con autorización municipal y venía funcionando desde 1973 y que como tal fue arrendada y poseída desde la fecha del contrato por el demandante, realizándose actos médicos diversos en su beneficio, sin que la decisión administrativa interrumpiese, suspendiera o clausurase el ejercicio de las actividades médicas para la que fue arrendada, limitándose a imponer obras de adecuación que han podido hacerse manteniendo la posesión y la plena vigencia del contrato.

El recurso de apelación debe ser desestimado, sin que el arrendatario tenga derecho a indemnización, ya que la causa de pedir no se prueba y no es posible concederla al amparo del art. 1554.2.º del CC, como sería en principio razonable, toda vez que el contrato había sido resuelto por las partes con anterioridad a la presentación de la demanda y entregadas asimismo las llaves, limitándose la sentencia a convalidar la resolución de hecho existente para dar cobertura a la reclamación de rentas que se pide en la demanda reconventional hasta noviembre de 1998, fecha en que el locatario abandonó la industria y devolvió las llaves de la clínica al demandado.

De esta sentencia merece destacarse que la superveniencia de un cambio de circunstancias representado por una nueva normativa administrativa solamente daría lugar a la resolución del contrato cuando el ejercicio de la actividad del arrendatario quedase



totalmente impedida y no como sucede en este caso, donde solamente se produce una frustración parcial.

b) Contrato de arrendamiento de servicios:

En los contratos de arrendamiento de servicios, el § 626 BGB contempla la posibilidad de denunciar el contrato por cualquiera de las partes sin atenerse al plazo de denuncia, cuando de acuerdo con las circunstancias del caso y según una valoración de los intereses de ambas partes, no se puede exigir al denunciante el cumplimiento del contrato durante el período inicialmente estipulado. En este caso, el § 628 BGB concede al deudor del servicio la posibilidad de exigir que se le indemnice la parte de servicio realizada. En consecuencia, una alteración sustancial de la economía del negocio facultaría a cualquiera de las partes para poner fin al contrato indemnizando al deudor del servicio los esfuerzos desplegados en el cumplimiento de la prestación.

También en el Derecho español, el art. 1586 CC (*sensu contrario*) permite denunciar con justa causa. Mientras que el art. 1584 CC obliga a indemnizar pagando el salario devengado y el de quince días más.

En este tipo de contratos, según Koller<sup>80</sup> si el riesgo procede de la esfera del acreedor, el deudor normalmente no se encuentra en situación de dominarlo. Por ejemplo, es el caso de que se contraten los servicios de un profesor particular y el estudiante enferme durante la totalidad del período de cumplimiento. En este caso el profesor no debe responder.

Muchos de los riesgos surgen de una esfera neutral y son para ambas partes igualmente previsibles, por ejemplo, en el caso de cambios meteorológicos. En este sentido, si un profesor de tenis se ha comprometido a dar clases en un determinado lugar, debe asumir el riesgo de que no se pueda jugar como consecuencia de la lluvia (no podría exigir el precio del arrendamiento). Sin embargo, acontecimientos meteorológicos totalmente imprevisibles pueden conducir a una liberación del deudor. Por ejemplo, el jornalero que ha sido contratado para la recolección puede reclamar el salario estipulado también cuando no ha podido cumplir porque un temporal ha destruido la cosecha. Ello es

---

<sup>80</sup> Koller, 1979: 298 y ss.

debido a que el deudor no se encuentra en una situación de privilegio en cuanto a la dominación del riesgo. En otro caso, por ejemplo, si la prestación deviene imposible porque un aparato que pertenece al deudor sufre una avería que no va a poder repararse dentro del período de cumplimiento, el deudor se encuentra en mejor posición para mitigar los efectos o para controlar el riesgo, es el deudor quien debe, pues, asumirlo. Lo mismo sucede cuando el deudor dispone de unos conocimientos especializados para minorar el riesgo. En conclusión, hay que ver en primer lugar en la esfera de cuál de las partes tiene su origen el riesgo y si éste se sitúa en una esfera neutral y fuera de toda probabilidad, el acreedor del servicio debe indemnizar al deudor todos aquellos gastos que haya realizado infructuosamente, sin que ninguna de las partes sea capaz de dominar o absorber dicho riesgo.

*Ejemplos extraídos de la jurisprudencia española:*

En este apartado conviene hacer referencia a varias sentencias (STS 3 noviembre 1983, STS 9 diciembre 1983, STS 27 octubre 1986) que tienen como supuesto de hecho el arrendamiento de servicios de arquitecto en las que básicamente, el problema que se plantea es que en el momento de elaborarse el proyecto, éste no es posible aplicarlo al fin previsto, debido al cambio de la normativa urbanística. Asimismo expondré una sentencia en la que se celebra un contrato de arrendamiento de servicios profesionales en atención a las cualidades personales de uno de los miembros de la sociedad arrendataria que fallece sobrevenidamente (SAP Madrid 30 noviembre 1993). En todos estos casos los tribunales admiten la resolución por frustración del fin del contrato, lo que implica una cierta concepción del reparto de los riesgos por parte del tribunal.

La primera de las citadas sentencias la STS 3 noviembre 1983 (RJ 1983, 5953) tiene su origen en el contrato celebrado entre Pedro G. O. y el arquitecto Vicente B., que obligaba al arquitecto a la realización de un proyecto de edificio plurifamiliar a favor de Pedro G. O.

D. Vicente demandó ante el JPI el pago de los honorarios por la realización de tal proyecto. El JPI dictó sentencia desestimando la demanda. Apelada la sentencia por la parte actora, la Audiencia estimó parcialmente el recurso. El TS declaró haber lugar al recurso interpuesto contra la sentencia de la Audiencia, confirmando la pronunciada por el JPI.

Son hechos relevantes de este litigio que en el momento en que el proyecto cuestionado obtuvo su obligado visado por el Colegio Oficial de Arquitectos de Barcelona -abril de 1974-, había ya devenido irrealizable, por haber variado el 29 marzo del mismo año el Plan General de Ordenación Urbana y Territorial de la Comarca de Barcelona. En opinión del demandado, el mencionado proyecto, en tal momento, no podía ya ser reputado viable y, en consecuencia, no respondía a la finalidad contemplada por las partes en el momento en el que se suscribió el contrato de arrendamiento de obra, por lo que, correspondiendo al arquitecto correr con los riesgos de perecimiento del proyecto hasta el momento mismo de su entrega al comitente, no cabe duda de que habrá de estimarse no entregado válidamente y, consiguientemente, cesará la correlativa obligación de pago por parte del demandado recurrente. En opinión del TS, como acertadamente razona la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, el actor no puede reclamar válidamente los honorarios devengados por el proyecto al demandado puesto que, al ser irrealizable la posible edificación objeto de aquél, y por lo tanto, no haberse realizado la contraprestación útil que le correspondía, no puede ser exigible el importe de los honorarios, razón por la que procede la desestimación de la demanda.

En este caso el tribunal estima que, por analogía con el art. 1590 CC, el contratista debe correr con el riesgo del perecimiento de la obra antes de su entrega. Por otro lado, resulta también lógico atribuir el riesgo al contratista puesto que es él quien tiene un acceso más fácil a la información relevante acerca de las circunstancias que pueden provocar la frustración.

Referente a un supuesto de hecho análogo es la STS 9 diciembre 1983 (RJ 1983, 6925). En ésta, la compañía "X, S.A." encargó a los arquitectos D. Ricardo y D. José Luis la realización de determinados trabajos profesionales, que realizaron fijando sus honorarios en la cantidad de 3.152.046 ptas. Es de gran importancia en este caso, que el proyecto de edificación encargado se llevó a cabo simultáneamente a la desestimación por la Corporación Municipal del Estudio de Detalle presentado por los arquitectos, al modificar la obra proyectada la situación urbanística de la zona de emplazamiento del solar.

Como la compañía "X, S.A." no satisface el importe de tales honorarios, los arquitectos ejercitan demanda ante el JPI que la estima íntegramente. La AT confirma la sentencia de instancia. El demandado interpone recurso de casación. El TS declara haber lugar al recurso de casación interpuesto y revoca la sentencia de instancia.

En opinión del TS: "Los arquitectos demandantes sabían antes de presentar el proyecto de edificio en el Colegio para su visado, que el edificio no se podía construir en

el lugar convenido para su emplazamiento. (...) Esta circunstancia era del todo decisiva para la eficacia del contrato entre arquitectos y recurrente, de modo que denegada la edificación, este contrato carecía de finalidad. (...) De todo ello dimana que la relación de equivalencia entre las prestaciones quedó rota a consecuencia de actos simultáneos al otorgamiento del defectuoso contrato de 13 Feb. 1978, lo que hizo que deviniera inexigible la prestación pactada por resultar no equitativo que, frustrada la finalidad natural e implícita del contrato para el recurrente, se le exija a éste su cumplimiento íntegro, ya que ello resulta contrario a la buena fe contractual, exigida por el art. 1258 CC. Aunque el Código Civil español no contiene una regulación del supuesto de frustración del fin del contrato por devenir inexigible, salvando con ello la equidad de sus consecuencias, tal supuesto se halla previsto en códigos más modernos como el alemán (§ 323) y el italiano (art. 1463), en el sentido de que si la prestación que incumbe a una parte derivada de un contrato bilateral, se hace imposible o inexigible a consecuencia de una circunstancia de la que no ha de responder ni ella ni la otra parte, pierde la pretensión a la contraprestación, debiendo restituirse las prestaciones ya efectuadas; esta solución sería adaptable a nuestro derecho, no sólo por las expuestas razones evidentes de equidad y las deducidas de los arts. 1256 y 1258 CC, sino también al amparo del principio que veda el enriquecimiento injusto y de las ideas en que se han inspirado algunas sentencias del TS que se pronuncian en este sentido”.

En esta segunda sentencia la inviabilidad de la edificación era todavía más notoria que en el supuesto anterior (el resuelto en la STS 3 noviembre 1983) porque en aquel supuesto el nuevo plan de ordenación era por poco tiempo posterior al encargo, mientras que en ésta se había redactado un proyecto de construcción en base a un encargo que, cuando fue visado por el Colegio de Arquitectos, era ya de imposible ejecución por haber precedido la negativa del Ayuntamiento a aprobar el estudio de detalle que es precedente necesario del proyecto en sí.

Respecto de la primera sentencia, según Angel Yagüez y Zorrilla Ruiz<sup>81</sup>, es la primera vez que el TS formula que «corresponde al arquitecto correr con los riesgos del proyecto» para el concreto supuesto de servicios profesionales de arquitecto. Esta solución está de acuerdo con el art. 1590, según el cual, en el contrato de obra el contratista corre con los riesgos de perecimiento de la cosa. Además, el recurrente cita como violado el art. 1258 CC alegando con ello que la realización del proyecto había sido extemporánea. De ello parece desprenderse que si el profesional se retrasó en su trabajo está obligado a responder de la imposibilidad sobrevenida de ejecutar la obra proyectada (criterio de la imputabilidad). Argumento éste que no es citado por el TS, de lo que se

---

<sup>81</sup> Angel Yagüez y Zorrilla Ruiz, 1985: 198 y ss.

deduce que la Sala adopta su criterio (de atribución de riesgo al arquitecto) independientemente del hecho de que su trabajo fuera realizado tempestiva o extemporáneamente.

Además, a juicio de los comentaristas, habría que tener en cuenta otra circunstancia, cual es la de que los planes de ordenación urbanística van precedidos de un período de gestación o preparación. En consecuencia, se podría basar la demanda en la doctrina del incumplimiento del contrato y en el art. 1101 CC, ya que, siendo deber del arquitecto actuar conforme a la *lex artis*, dentro de las reglas de su profesión se encontraba la de estar informado acerca de las normas jurídicas o de proyectos de las mismas que pudieran afectar a la edificabilidad de los terrenos. Con este razonamiento no hubiese sido necesario acudir a la doctrina de la frustración del fin del contrato.

Consideran criticable la afirmación que se hace en la sentencia según la que la prestación era imposible, ya que de hecho, el arquitecto la cumplió; así como tampoco parece correcto afirmar que la prestación fuese inexigible, dado que, en la teoría de la frustración del fin del contrato, la inexigibilidad que está en juego es la de la otra parte contratante (en este caso la de los dueños del solar y comitentes del contrato de obra concertado con el profesional). Además de que lo que deviene imposible es la satisfacción del interés o fin económico perseguido por la otra parte.

No les parece adecuada a los autores la apoyatura de la doctrina de la frustración del fin del contrato en el art. 1258 CC porque dicho precepto determina cómo un contratante debe cumplir su prestación, pero en la sentencia no se trata de fijar cómo ha de cumplir el arquitecto, sino que teniendo en cuenta que ya ha cumplido, habría que ver por qué el comitente o el dueño de la obra no tenía que cumplir su contraprestación de pago del precio.

Comparten, sin embargo el criterio del TS en cuya virtud, frustrada la finalidad natural e implícita del contrato para el recurrente sería contrario a la buena fe exigir el pago de la contraprestación. La duda es si la buena fe es la del art. 1258 o la del art. 7. 1 CC.

Sin embargo, a la segunda de las sentencias no podría ser de aplicación la doctrina de la frustración del fin del contrato, opinión que comparto, puesto que desde la fecha misma de celebración del contrato se sabía que el terreno no iba a ser edificable (en este caso no existe deber de prever, sino de conocer). En este sentido, no hubo juego de circunstancias sobrevenidas, sino de actos simultáneos al otorgamiento del contrato o anteriores a él, lo que excluye en su opinión la aplicación de la doctrina de la frustración del fin del contrato.

Hubiera sido más correcto acudir a otras soluciones. De este modo, hubiera sido posible acudir a la teoría de la inexistencia o de la nulidad del contrato por falta de objeto cierto, al ser la inexigibilidad originaria (se daba ya en el momento de la celebración del contrato). Asimismo otra solución posible hubiera sido la anulabilidad del contrato por vicio del consentimiento (por error o incluso por dolo) o también la resolución del contrato por incumplimiento, por cuanto que el arquitecto violó la *lex artis* al confeccionar un proyecto conociendo la imposibilidad jurídica de su ejecución, quedando sujetos a la indemnización de los daños causados en virtud del art. 1101 CC. También podría aplicarse en este caso la infracción por parte del arquitecto de la buena fe *in contrahendo*, que se ha de manifestar en la noticia que debe tener el comitente de las posibilidades con que cuenta el proyecto de convertirse en obra edificada. Asimismo, incluso sería posible plantear la posible existencia de un *dolo in contrahendo* (art. 1269 CC), ya que nadie discute el engaño consistente en silenciar o no plantear la indisponibilidad de un dato que, de haberse conocido por el comitente, le habría llevado a desistir de las conversaciones previas o al menos, a suspenderlas en tanto que no se aclarase esta cuestión de modo satisfactorio.

Asimismo, relativa a un contrato de arrendamiento de servicios de arquitecto es la STS 27 octubre 1986 (RJ 1986, 5960). En este caso, el Colegio Oficial de Arquitectos de Aragón presentó ante el JPI demanda contra el Patronato de la Escuela de Aprendizaje o Formación Profesional “San V. y D. Rafael Ch. del M.” sobre reclamación de cantidad. Los demandados se opusieron y formularon reconvención interesando que se declarase resuelto el contrato y, subsidiariamente, para el caso de que se estimara la demanda principal, que se condenara al Colegio demandante a indemnizarles por daños y perjuicios. El JPI desestimó la demanda y declaró resuelto el contrato, con estimación de la demanda reconvencional. Ésta fue íntegramente confirmada por AT. El Colegio Oficial de Arquitectos de Aragón interpuso recurso de casación, que fue desestimado.

Son circunstancias relevantes que: La «hoja de encargo», fechada el 3 de agosto de 1978, tuvo entrada en el Colegio al siguiente día y el proyecto básico fue entregado por el Arquitecto en las oficinas colegiales el 15 de febrero de 1972. La demora del Colegio en el otorgamiento del preceptivo visado del proyecto fue debida a las discrepancias surgidas entre el citado técnico y el Colegio por entender éste que los Arquitectos Superiores al Servicio de la Hacienda Pública eran incompatibles para el desarrollo de la actividad profesional libre. Finalmente, la Inspección General del Ministerio de Hacienda resolvió declarando la compatibilidad, pero con tales dilaciones acaeció, que el visado del «Proyecto del Edificio Residencial destinado a Viviendas de Protección Oficial» y el

consiguiente aviso al Patronato demandado para retirar el trabajo y proceder a su pago no tuvo lugar hasta el 6 de Agosto de 1979, es decir, casi seis meses después de la entrega por el Arquitecto en el Colegio.

Por otro lado, mediante Acuerdo de 10 de mayo de 1979, el Ayuntamiento de Zaragoza decidió suspender durante un año a partir del día 18 del propio mes, las licencias de parcelación de terrenos, edificación y demolición, medida que, por razón del sector donde está ubicado, alcanzó al «Colegio Profesional San V.». Asimismo, el 15 de mayo de 1980, la misma Entidad Local modificó el «Plan General de Ordenación Urbana de la ciudad consistente en cambio de usos para una serie de terrenos y edificios entre los que se encontraba la mencionada Escuela. A ello hay que añadir la modificación del régimen de la vivienda de protección oficial, con lo que el Ministerio de Obras Públicas declaró en 2 de enero de 1980 la caducidad del expediente. Como consecuencia de todo lo expuesto, resultaba que el Proyecto redactado por D. Juan Carlos U. carecía ya de toda utilidad para los demandados.

En opinión del TS (Fundamento de Derecho 2º): “Al tratar el tema de la frustración de los fines del contrato, con cierre de toda posibilidad de cumplimiento cuando por su extemporaneidad es eficaz para satisfacer el fin previsto por los otorgantes, tiene declarado la jurisprudencia que una vez desaparecida la legítima expectativa de la parte en cuanto al resultado previsto e ínsito en la causa, la prestación, aunque físicamente posible, ya no es satisfactoria para el acreedor, que se ve privado de alcanzar el logro económico perseguido con el vínculo negocial, cuya conservación no procede y sí la resolución por incumplimiento a tenor del artículo 1124 CC -sentencias de 4 de octubre y 18 de noviembre de 1983 (RJ 1983, 5227 y RJ 1983, 6488), 31 de mayo de 1985 (RJ 1985, 2837) y 28 de febrero de 1986 (RJ 1986, 862), entre otras-. Y en el caso debatido es patente, conforme a lo relatado, la incuestionable realidad de un cumplimiento hasta tal punto tardío, que se produjo la frustración del fin del contrato, pues el Proyecto fue puesto a disposición del Patronato recurrido cuando ya no era susceptible de aprovechamiento, de manera que, según admite el propio Arquitecto al prestar confesión, la tardanza anormal del visado por el Colegio, que prolongó a cerca de seis meses los veinte días reglamentarios (posición 4.ª), con un cúmulo de «incidencias y dificultades surgidas» por la insospechada actitud de la Corporación que el Técnico puso en conocimiento del Patronato (posición 7.ª), provocó a la postre la inservibilidad del trabajo realizado «con los perjuicios consiguientes para su cliente», por cuanto «teniendo como objetivo la Escuela de San V. la construcción de una nueva con los recursos procedentes de la venta del solar de las viviendas, proyecto de escuela que habían

encargado al confesante, al no poder llevarse a cabo éste se ha impedido que se pueda construir la nueva escuela».”

Por otra parte, referida a un supuesto de arrendamiento de servicios es la SAP Madrid 30 noviembre 1993 (AC 1993, 2595). En este caso se admite la resolución por frustración del fin del contrato porque el contrato se había celebrado en atención a las cualidades personales del arrendatario. La sociedad «Acnisa», formada por D. J. Ch. F. (Consejero Delegado), su esposa y sus dos hijas había celebrado un contrato con «Telefónica» que tenía por objeto la prestación por la primera de asesoramiento y experiencia en la gestión de alto nivel para la introducción o el refuerzo de la presencia de «Telefónica» en el extranjero. La duración del contrato era indefinida. Mediante carta de 27-12-1990 «Telefónica» comunicó a «Acnisa» su decisión de rescindir el contrato ante la imposibilidad de cumplimiento del objeto del mismo, con motivo del fallecimiento de D. J. Ch.F. La sociedad «Acnisa» formuló ante el JPI demanda de reclamación de cantidad frente a «Telefónica». El JPI dictó sentencia absolutoria sin entrar en el fondo del asunto. La AP estimó parcialmente el recurso de apelación interpuesto condenando a «Telefónica» a pagar a la apelante la suma de 4.200.000 ptas. (contraprestación económica de octubre a diciembre de 1990, momento en que fue resuelto el contrato). La AP aclara cuál es la causa del contrato celebrado (Fundamento de Derecho 4º): “La relevancia de las razones particulares de los contratantes, cuando dan un especial sentido al negocio jurídico afectando el resultado o fin para el que aparece utilizado, ha sido puesta de manifiesto tanto doctrinalmente, como por la propia Jurisprudencia del nuestro Tribunal Supremo que las ha venido destacando como «los motivos incorporados a la causa», señalando que, si bien el art. 1274 atribuye a la causa un sentido objetivo, ajeno a la intención meramente subjetiva de los contratantes, está admitida la posibilidad de que los móviles o motivos particulares puedan llegar a tener trascendencia jurídica cuando se incorporan a la declaración de voluntad viniendo a constituir parte de aquélla a modo de causa impulsiva o determinante, tanto de su licitud, como de su ilicitud, requiriéndose que sean reconocidos por ambos contratantes y exteriorizados o relevantes. Patentada la existencia de una causa concreta en el presente supuesto, al haberse puesto de manifiesto que el fin del contrato mismo eran los servicios singulares de don José Ch., debe también significarse que en absoluto probó «Acnisa» que, tras el fallecimiento de aquél, contase la sociedad con persona alguna capacitada para prestar los especialísimos servicios de «gestión de alto nivel» recabados por «Telefónica»”).

En esta sentencia, en sus Fundamentos de Derecho aparecen intercalados argumentos tales como la resolución por aplicación de la doctrina de la cláusula “rebus



sic stantibus”, por imposibilidad sobrevenida de la prestación o por desaparición de la causa concreta. Todas estas razones vendrían a justificar la resolución del contrato por telefónica, dada la superveniencia de la muerte de D.J. Ch., con la consiguiente frustración del fin del contrato, ya que el contrato se estipuló con D. J. Ch. por razón de sus cualidades personales. Este reparto de riesgos se contiene en el contrato de obra previsto en el Código Civil, en este sentido, el art. 1595 CC prevé la rescisión del contrato de obra cuando se encarga la misma a una persona por razón de sus cualidades personales. En este caso el comitente está obligado a indemnizar el valor de la parte de obra ejecutada y de los materiales preparados. Esta norma se podría aplicar análogicamente al contrato de arrendamiento de servicios celebrado entre las partes.

#### 5.5. La distribución de los riesgos en el contrato de transacción.

En este contrato, un posible riesgo que puede afectar a las partes es la falsa valoración de la realidad, lo que determina la existencia de la situación litigiosa. El BGB contiene un precepto que establece las consecuencias jurídicas derivadas de esa situación, mientras que en el Código civil español existe una remisión a las normas sobre el error.

El § 779 BGB contempla la ineficacia de la transacción cuyo contenido se refiere a circunstancias que no se corresponden con la realidad, de manera que las partes no se encontrarían en litigio si tuviesen un fiel conocimiento de la situación litigiosa. Esas circunstancias, según el tenor del § 779 BGB, pueden ser anteriores o coetáneas al momento de celebrarse el contrato. Esa restricción se debe a razones de seguridad jurídica; de este modo, no podría impugnarse la transacción cuando el error se refiere a acontecimientos futuros. Como hemos visto, hubo un tiempo en el que este precepto se consideró por la doctrina alemana como fundamento de la vigencia de la "Geschäftsgrundlage" en el ordenamiento jurídico alemán.

En el Derecho español, de acuerdo con el art. 1817 I CC la transacción en la que intervenga error está sujeta a lo dispuesto en el art. 1265 CC. Al mismo tiempo el Código Civil ofrece reglas especiales sobre el error en la transacción contenidas los arts. 1817 II, 1818 y 1819. La razón de la especialidad del régimen hay que buscarla en el carácter aleatorio del contrato, ya que la transacción supone un riesgo que voluntariamente se acepta, por la ventaja que supone el dar por

finalizada la cuestión litigiosa. Como consecuencia de ello, la doctrina ha pretendido restringir la impugnabilidad de la transacción como consecuencia del error. De ahí que se distinga entre el error *in caput controversum*, que incide sobre lo que es objeto de la transacción y el error *in caput non controversum*, referidos a los presupuestos tenidos en cuenta al contratar y que no son objeto de disputa. El primero se consideraría irrelevante, mientras que el segundo conserva todo su valor<sup>82</sup>.

En contra de esta interpretación se encuentra Ruiz-Rico<sup>83</sup>, ya que esta distinción ni es acorde con la norma legal, ni produce unos resultados prácticos tan diferenciados y peculiares del art. 1266 CC. Es más, desde su punto de vista con esta interpretación se consigue una mayor flexibilidad, una mejor adaptación a las circunstancias del caso, con la posibilidad de obtener soluciones más equitativas. En consecuencia, esta tesis implica tener en cuenta todos los datos, el comportamiento de las partes, su intención contractual y los intereses en juego, lo determinante no es que el error sea *in caput controversum* o *in caput non controversum*, sino que sea esencial y excusable.

En contra de esta distinción se encuentra “la complejidad de la indagación sobre lo que sea en cada hipótesis el punto objeto de discusión y transacción, y sobre todo, el dato fáctico de su escasa (por no decir nula) utilización por parte de jueces y tribunales”. Sin embargo, esta dicotomía puede seguir jugando un papel relevante en el ámbito de las transacciones como un criterio no exclusivo al que puede acudir la autoridad judicial en el caso de que se invoque el error en la transacción<sup>84</sup>.

En cuanto a los tipos de error que afectan a la transacción, se puede distinguir entre error de hecho y de derecho. Respecto del primero, en aquella transacción en la que uno de los transigentes tenga dudas sobre sus derechos por las opuestas pretensiones que mantienen, habrá un error de hecho si se refiere a circunstancias fácticas que principalmente han llevado al que lo alega a mantener

---

<sup>82</sup> Vid. Morales, 1988: 166 y ss., asimismo Gullón, 1993: 1775 y ss. Según este último, trasladar los requisitos del error a la transacción no resulta fácil, ya que este contrato dirime un choque de pretensiones sobre un determinado objeto o realidad social. “En la transacción no se declara normalmente el motivo real que ha llevado a efectuarla, por lo que si uno de los transigentes impugna la transacción alegando error, si no se restringe su aplicación se corre el peligro de que se dé como circunstancia determinante a la que quiera el impugnante”.

<sup>83</sup> Ruiz-Rico, 1991: 1146-1147.

<sup>84</sup> Ruiz-Rico, 1991: 1184-1185.

esas pretensiones. Es decir, su derecho no sería incierto si hubiese valorado correctamente la realidad. Por otro lado, existirá error de derecho, si el fundamento jurídico de su pretensión en la controversia se debe a ignorancia o mal entendimiento de las normas. En opinión de Gullón<sup>85</sup>, el error de derecho no anula la transacción, ya que dar a las partes la posibilidad de impugnar la transacción por error de derecho supone que pueda volver a abrirse la controversia ante el juez. La jurisprudencia lo rechaza por no cumplirse con el requisito de la excusabilidad, ya que el transigente pudo asesorarse jurídicamente. Además está el argumento literal del art. 1817 II CC.

#### IV. LA DISTRIBUCIÓN DEL RIESGO DERIVADO DE LAS CIRCUNSTANCIAS IMPREVISTAS EN LA DOCTRINA ANGLOSAJONA.

El tratamiento de la alteración de la economía contractual en términos de riesgo es bastante común en la doctrina anglosajona.

En el Derecho americano, el § 2-615 UCC<sup>86</sup> excepciona el cumplimiento del contrato en los supuestos de pérdida sobrevenida de las circunstancias presupuestas en el mismo con la consecuencia de que aquél devenga impracticable (“impracticable”). Se ha venido exigiendo para la aplicación de este precepto que el promitente no haya asumido el riesgo, implícita o explícitamente, de la ocurrencia de tal contingencia<sup>87</sup>.

---

<sup>85</sup> Gullón, 1993: 1777.

<sup>86</sup> § 2-615 UCC: “Except so far as a seller may have assumed a greater obligation and subject to the preceding section on substituted performance: (a) Delay in delivery or non-delivery in whole or in part by a seller who complies with paragraphs (b) and (c) is not a breach of his duty under a contract for sale if performance as agreed has been made impracticable by the occurrence of a contingency the non-occurrence of which was a basic assumption on which the contract was made or by compliance in good faith with any applicable foreign or domestic governmental regulation or order whether or not it later proves to be invalid.

(b) Where the causes mentioned in paragraph (a) affect only a part of the seller’s capacity to perform, he must allocate production and deliveries among his customers but may at his option include regular customers not then under contract as well as his own requirements for further manufacture. He may so allocate in any manner which is fair and reasonable.

(c) The seller must notify the buyer seasonably that there will be delay or non-delivery and, when allocation is required under paragraph (b), of the estimated quota thus made available for the buyer”.

<sup>87</sup> Cfr. el trabajo de Wladis, 1988: 503 y ss. Según este autor, ya antes de la UCC los tribunales, en la solución de este tipo de litigios, basaron sus decisiones en criterios de distribución de los riesgos. También Joskow, 1977: 158; Hurst, 1976: 570 y Hubbard, 1982: 88. A juicio de Gillette

No obstante, esta cuestión es compleja, ya que muchas veces, teniendo en cuenta el contrato no está claro cómo quisieron las partes distribuir el riesgo derivado del acontecimiento de determinadas circunstancias que obstaculizan del cumplimiento<sup>88</sup>.

En este sentido, es necesaria alguna regla para cubrir la laguna creada por las partes en el contrato, al no haber distribuido el riesgo entre ellas. Al respecto surgen una gran variedad de reglas en la doctrina y en la jurisprudencia, sin que se pueda decir que alguna de ellas sea dominante frente a las otras<sup>89</sup>.

### **1. El análisis económico de Posner y Rosenfield sobre el reparto del riesgo en ausencia de norma expresa en el contrato.**

Según Posner y Rosenfield, el problema que se presenta tanto en los casos de “impracticability” como de “frustration of contract” es el de decidir quién debe soportar el riesgo surgido como consecuencia del acontecimiento que ha hecho que el cumplimiento contractual devenga antieconómico. En su opinión, uno de los fines fundamentales del contrato es distribuir los riesgos entre las partes contratantes<sup>90</sup>.

Ahora bien, si el contrato no contiene una expresa distribución de riesgos, como el objetivo de la mayor parte de los intercambios comerciales es el de incrementar la eficiencia, se puede asumir que las partes contratantes desearán un conjunto de normas contractuales que maximicen el valor del intercambio.

En consecuencia, desde el punto de vista del análisis económico, se debe permitir la liberación del deudor en aquellos casos en los que el acreedor es el “superior risk bearer” (el que mejor soporta el riesgo), al contrario quien debe

---

(1985: 534-535), los riesgos se pueden imputar de modo implícito, extraído de las circunstancias y de los usos negociales. Catalogar un riesgo como imprevisible o inesperado no debe llevar a la conclusión de que las partes no distribuyeron el riesgo, sino más bien, ello indica cómo fue distribuido el riesgo (es decir, de modo implícito).

<sup>88</sup> Hurst, 1976: 573.

<sup>89</sup> Gillete, 1985: 526. En contra, vid. Triantis (1992: 456) que cuestiona la premisa según la que las partes contratantes son incapaces de distribuir un riesgo que no han podido prever y que, como resultado de ello, necesariamente hay una laguna en el contrato. En su opinión, la distribución judicial de los riesgos a través de instituciones del Derecho contractual, como es la “impracticability”, constituye una interferencia en la libertad contractual injustificable sobre la base de la eficiencia económica.

<sup>90</sup> Posner, Rosenfield, 1977: 88.

liberarse es el deudor. “Superior risk bearer” es aquella de las partes que puede soportar de modo más eficiente el riesgo en cuestión, dadas las circunstancias particulares del intercambio<sup>91</sup>.

Según los autores citados, una parte puede ser “superior risk bearer” por dos razones: en primer lugar, porque se encuentra en mejor posición para prevenir el riesgo de su materialización. En segundo lugar, porque ha podido conseguir un seguro a un coste más bajo (la prevención es solamente una forma de tratar el riesgo, la otra es el seguro), en consecuencia, para soportar el riesgo, el deudor debe ser el “superior risk insurer”.

Para ilustrar esta distinción ponen el siguiente ejemplo<sup>92</sup>: A, un empresario que se dedica a fabricar máquinas de imprenta, contrata con B, dueño de una imprenta, un contrato de compraventa e instalación de una máquina en las dependencias de B. Dicha máquina se ha diseñado exclusivamente teniendo en cuenta las necesidades de B. Después de la terminación de la misma, pero antes de su instalación, un incendio destruye el local de B, lo que le impide aceptar su entrega. A exige el pago del precio a lo que se opone B alegando que el incendio se produjo sin culpa por su parte. El hecho de que el incendio sucediese en los locales de B sugiere que éste tuvo una mayor posibilidad de prevenirlo. Este argumento podría tener algún peso, aunque el perito demostró que B, de hecho, no pudo haberse prevenido frente al fuego.

En este caso se puede apreciar que mientras B se encontraba en mejor posición para prevenir la posibilidad del incendio, A se encontraba en mejor posición para valorar la magnitud de la pérdida, en el caso de que el incendio tuviese lugar.

Resta por analizar quién hubiese obtenido un seguro a un precio más bajo. Dependiendo del volumen de producción de A y de su mayor experiencia en relación a contingencias tales como las ocurridas en el contrato con B, A puede

---

<sup>91</sup> Posner, Rosenfield, 1977: 90. En la doctrina española se muestra partidario de estas ideas Paz-Ares, 1995: 2849. Según este último autor, si el contrato no distribuye el riesgo del incumplimiento debido a una determinada contingencia y ésta llega a producirse, deberá soportar la pérdida aquella de las partes que objetiva y típicamente hubiese podido dominar el riesgo a menor coste. Al juez no le quedará más remedio que operar con independencia de las circunstancias o motivos individuales que no hayan sido causalizados en el contrato. Los particulares ya sabrán a que atenerse, si les incomoda la regla establecida judicialmente, tendrán que pactar otra más adecuada a sus preferencias particulares e idiosincrásicas.

<sup>92</sup> Posner, Rosenfield, 1977: 93.

ser capaz de eliminar el riesgo de tales contingencias fijando un precio más elevado a todos sus clientes. Sus posibilidades de conseguir un seguro a un precio más bajo son mayores que las de B. En este sentido, A debe considerarse el “superior risk bearer” y B debe quedar liberado.

Incluso en opinión de estos autores, este criterio de decisión se encuentra implícito en muchas sentencias judiciales<sup>93</sup>. Por ejemplo, en los contratos de suministro de productos agrícolas los tribunales proponen una solución económicamente eficiente sobre la base de una distinción aparentemente semántica. A, suministrador, celebra un contrato que tiene por objeto una determinada cantidad y calidad de un producto agrícola, con posterioridad tiene lugar un acontecimiento inesperado, como una riada, que impide la entrega. En consecuencia, el comprador reclama indemnización de los daños y perjuicios causados. Los tribunales normalmente liberan al deudor cuando éste es un agricultor, pero le hacen responder cuando es una gran empresa dedicada a la venta de productos agrícolas. Esta decisión, según los autores es económicamente eficiente, coloca el riesgo sobre el “superior risk bearer”, ya que cuando el vendedor es un gran almacén tiene una mayor posibilidad de eliminar el riesgo representado por un tiempo atmosférico adverso.

En los casos dudosos, desde su punto de vista<sup>94</sup>, se debe defender que la parte deudora es la “superior risk bearer”, ya que normalmente, aunque no siempre, estará en mejor situación para prevenirse frente a los eventos que convierten al cumplimiento en antieconómico y si no puede prevenirlos a un coste razonable, para estimar la probabilidad de su ocurrencia. De este modo, la parte cumplidora puede asegurarse a un coste más bajo, simplemente diversificando el riesgo entre el conjunto de sus obligaciones contractuales. Sin embargo, el deudor no es siempre el “superior risk bearer”, ya que de otra forma no habría lugar para la doctrina de la imposibilidad u otras doctrinas para la liberación del deudor<sup>95</sup>.

---

<sup>93</sup> Posner, Rosenfield, 1977: 106. Comparte esta opinión Hasen (1990: 404) para quien el análisis económico no es extraño al Derecho, ya que los jueces se sirven de razonamientos de tipo económico en la toma de decisiones.

<sup>94</sup> Posner, Rosenfield, 1977: 110.

<sup>95</sup> A juicio de Posner, Rosenfield (1977: 117) se deben valorar tres circunstancias para que una parte sea “superior risk bearer”: conocimiento de la magnitud de la pérdida, conocimiento de la probabilidad de que ocurra, y el coste del seguro.

## 2. Críticas al modelo económico de Posner y Rosenfield.

### a. Tesis de Goldberg.

En contra del análisis económico sobre la imposibilidad realizado por Posner y Rosenfield se encuentra Goldberg<sup>96</sup>. En opinión de este autor, como regla general, las partes son más propensas a excusar el cumplimiento por razones que no tienen relación con el cambio de las condiciones del mercado, sin que para ello sea importante su relativa aversión al riesgo<sup>97</sup>. Por ejemplo, puede ser que las partes incluyan en el contrato una cláusula “force majeure” que liberaría al vendedor de su obligación si su fábrica se incendiase. Pero si el vendedor no quisiera entregar por otras razones, como es el caso de que pudiera conseguir un mejor precio de algún otro comprador, entonces no quedaría liberado. Incluso no todos los contratos liberarían al deudor en la primera de las situaciones, por ejemplo, si el objeto del contrato fuese un bien fungible.

Según el autor citado, se debe ver si el suceso constitutivo de fuerza mayor está o no en relación con las condiciones del mercado. Si no lo está, el cambio esperado en el valor del bien es cero y en consecuencia, los beneficios anticipados en la formación del contrato por considerar al deudor responsable son propensos a ser bajos. Sin embargo, si el vendedor rehusa cumplir porque eventos subsiguientes a la formación del contrato han demostrado que el precio del contrato es demasiado bajo, el comprador puede sufrir pérdidas<sup>98</sup>.

Por ejemplo, si un incendio destruye la fábrica del vendedor y éste es liberado de su obligación de entrega, aun soporta los costes del incendio. El comprador por su parte, soporta el riesgo derivado de un cambio del precio del

---

<sup>96</sup> Cfr. el trabajo de Goldberg, 1990: 217 y ss. El autor critica que los economistas formulen el principio de que “people really are risk adverse” y al mismo tiempo, construyan suposiciones irrealistas sobre la capacidad de los individuos para hacer complejos cálculos. Desde su punto de vista, esos presupuestos tan poco realistas niegan las conclusiones. Para la literatura económica la gente contrata un seguro porque es adverso al riesgo, sin embargo, hay muchas más razones por las que las partes contratarían un seguro. En su opinión, no existe razón para creer que las funciones relevantes están vinculadas de alguna manera con el comportamiento implícito de las partes frente al riesgo. Las personas que son adversas al riesgo pueden comportarse como si fueran neutrales en unos contextos y favorables al riesgo en otros. Las preferencias de las partes en cuanto al riesgo deberían ser ignoradas para centrarse en elementos más significativos de la estructura institucional. Este mismo pensamiento se refleja en un trabajo anterior, vid. Goldberg, 1985: 529.

<sup>97</sup> Goldberg, 1988: 101.

bien y los posibles daños causados. Además, hay que tener en cuenta que la etiqueta de la imposibilidad induce a confusión, podría ser imposible para el deudor cumplir lo que había prometido, pero no es imposible para él pagar los “expectation damages” (indemnización que le colocaría al acreedor en la misma situación en que se encontraría de haberse cumplido el contrato). La justificación de la liberación es que el valor esperado de la cuantía indemnizatoria en el momento de la formación del contrato es posible que sea baja comparado con los costes asociados a hacer responsable al vendedor.

El autor aplica su análisis a los llamados “Suez Cases”<sup>98</sup>: En 1956 y de nuevo en 1967, como consecuencia de operaciones militares en el Medio Oeste, tuvo lugar un cierre del Canal de Suez al tráfico marítimo. Las partes que habían celebrado el contrato con anterioridad se encontraron con que su cumplimiento había devenido mucho más oneroso. En consecuencia, los transportistas y los vendedores, que se habían comprometido a transportar los bienes a un precio fijo, intentaron poner fin a sus obligaciones contractuales. En muchas instancias los tribunales exigieron el cumplimiento del contrato, ya que decidieron que el cierre del Canal no era una de las excusas enumeradas en las cláusulas “force majeure” de los contratos. Posner y Rosenfield justificarían esta solución en que el dueño del barco es el “superior risk bearer” porque es más capaz de valorar la magnitud de la pérdida, así como la posibilidad de que suceda un evento inesperado. Además, como aquél estará normalmente comprometido con terceros a transportar a través de otras rutas, puede sortear los riesgos derivados del cierre de alguna de las rutas sin tener que conseguir un seguro. Al mismo tiempo, la compañía marítima podría si lo quisiera, contratar un seguro que cubriese todos sus distintos viajes.

---

<sup>98</sup> Goldberg, 1988: 103.

<sup>99</sup> Por ejemplo, uno de estos casos fue el *Tsakiroglou & Co. Ltd. v. Noble Thorl GmbH* [1962] A.C., págs. 93 y ss., en el que las partes habían celebrado un contrato de compraventa de cacahuetes procedentes de Sudán. El precio estipulado debía cubrir el coste de la mercancía, el seguro y el transporte hasta Hamburgo. Cuando se celebró el contrato ambas partes pensaron que el transporte se realizaría por el Canal de Suez, pero no se hizo ninguna previsión contractual al respecto. El tribunal estimó que el contrato no se había frustrado por el cierre del Canal de Suez de modo que el deudor debía haber enviado las mercancías por el Cabo de Buena Esperanza. Aunque ello hubiese supuesto el doble de tiempo y el doble de costes, la diferencia entre ambos métodos no era suficiente para la frustración del contrato. Se sugirió que el contrato no se hubiese frustrado incluso en el caso de que se hubiese estipulado expresamente en el contrato que el transporte debía realizarse por el Canal de Suez. De hecho, así sucedió en un gran número de casos. En consecuencia, los transportistas se vieron obligados a realizar el transporte sin poder obtener un incremento de la contraprestación a su cargo.



En opinión de Goldberg, esta tesis sirve para dar respuesta a la cuestión de cómo se hubiesen enfrentado las partes al problema del cierre del puerto de destino. Sin embargo, en su opinión, la clave hay que buscarla en si la ocurrencia del evento sobrevenido tiene alguna relación con las condiciones del mercado. A su juicio<sup>100</sup>, el cierre del Canal de Suez tuvo una gran importancia en el precio de mercado del transporte de mercancías por mar. En esta situación, se produjo un incremento de la demanda a corto plazo para el transporte por barco que, unido a la inelasticidad de la oferta de naves, tuvo como resultado un incremento del precio en más del doble. En este sentido, el hecho de que el viaje fuese más largo y más costoso de lo que se previó en un principio es irrelevante, lo importante es que se incrementó el coste de oportunidad del barco. En consecuencia, excusar al deudor en este caso donde los eventos sobrevenidos están en relación con el mercado, supondría unos costes elevados para ambas partes.

En conclusión, según Goldberg<sup>101</sup>, puesto que la incertidumbre sobre el futuro es un elemento central del problema de la imposibilidad, se puede apreciar una tentación de invocar actitudes frente al riesgo (aversión frente al riesgo y capacidad de minoración de sus efectos) en relación con el análisis del problema. El autor defiende la infructuosidad de tal análisis. En su opinión, la distinción entre la superveniencia de circunstancias que afectan a las condiciones del

---

<sup>100</sup> Goldberg, 1988: 106.

<sup>101</sup> Goldberg, 1988: 114-115. Con este análisis coincide Veljanovski (1988: 117 y ss.), ya que es necesario desarrollar una explicación económica alternativa a la "impossibility defences". El uso de actitudes y de capacidades para hacer frente al riesgo proporciona una teoría enferma. Esta teoría de la eficiencia ha sido criticada por ser no más que una racionalización de las doctrinas legales. Está expuesta de un modo informal y los datos de los que se sirve son una amalgama de reglas jurídicas y especulaciones sobre costes relevantes y beneficios. El autor está de acuerdo con Goldberg en que la función fundamental del Derecho contractual es la de reforzar la distribución de riesgos acordada por las partes. Pero discrepa en cuanto a la interpretación de los casos del "Canal de Suez". Él compara este caso con el del bloqueo del puerto de destino expresamente contemplado en el contrato de transporte marítimo, así como en la ley. En este caso, la incapacidad del transportista de entregar el bien sería una defensa porque está expresamente previsto en el contrato, así como en la ley. Según Goldberg, se trataría de una regla eficiente, ya que los costes del deudor se han incrementado, pero no las condiciones del mercado (el precio del transporte no se ve afectado por el concreto bloqueo). Sin embargo, en el caso de bloqueo del puerto de destino no está claro que las condiciones del mercado no se vayan a ver afectadas. La guerra entre Irán e Iraq llevó al bloqueo de rutas marítimas, impidiendo el transporte de bienes hasta Iraq vía puerto de Jordán en el Mar Rojo. Ello alteró los costes relativos de los distintos tipos de transportes. Además, la pérdida derivada del bloqueo del puerto de destino no es cero, sino relativamente elevada para el acreedor. El autor sugiere que la razón por la que la ley trata los dos casos de forma diferente no es por un elaborado análisis de los costes del deudor en relación con las condiciones del mercado, sino por una simple y obvia razón: en el caso del bloqueo del puerto de destino la ley libera al deudor porque no puede físicamente hacer la entrega (todavía más si el contrato es "executory"); en el caso del cierre del Canal de Suez la entrega es posible, pero a un precio más elevado, con lo que el transportista ha hecho un mal trato.

mercado en general y aquellas que afectan a los costes del cumplimiento de un contrato en particular, es la clave para comprender el *case law* y las decisiones acerca de cuándo debería excluirse el cumplimiento del contrato. Las partes disponen de un gran número de instrumentos para ajustar el precio del contrato al cambio de condiciones del mercado. Además, si las partes diseñan el contrato de modo eficiente no utilizarán cláusulas “force majeure” indiscriminadamente, sino en función de las condiciones del mercado. Por otro lado, los tribunales deberían ser cautelosos a la hora de estimar demandas de resolución por imposibilidad sobrevenida.

#### **b. Tesis de Trimarchi.**

En contra del análisis de Posner y Rosenfield, pero por otras razones, se encuentra Trimarchi. Según este autor<sup>102</sup>, cuando ocurre un evento extraordinario e imprevisible después de la celebración del contrato que incrementa de modo importante los precios de mercado de los bienes o servicios prometidos, el principio según el que la pérdida debe soportarla el “superior risk bearer”, resulta inapropiado. La regla legal no puede razonablemente resolver estos problemas de modo eficiente valorando el comportamiento de las partes en el momento de la celebración del contrato o en cualquier otro momento anterior al acontecimiento de tales eventos. Ello es debido a que la superveniencia de tales acontecimientos constituye una incertidumbre absoluta antes que un riesgo calculable, en consecuencia, las partes no pueden asegurarse contra dichos acontecimientos debido a su carácter imprevisible, irrepetible (“non-recurring”) y la generalidad de sus consecuencias. A su juicio, la regla legal debe basarse exclusivamente en la situación resultante del evento inesperado.

#### **c. Tesis de Speidel.**

También en contra del modelo de Posner y Rosenfield se encuentra Speidel, para quien el análisis económico proporciona un remedio insatisfactorio en cuanto

---

<sup>102</sup> Trimarchi, 1991:81.

a la búsqueda de remedios frente al cambio sobrevenido de circunstancias<sup>103</sup>. Este modelo tiende a generar excesivas demandas en abstracto, pero es muy difícil de concretar por los tribunales en la decisión de los litigios. Además, resulta especialmente insatisfactorio en los contratos de larga duración<sup>104</sup>. En estos contratos, las lagunas que se presentan como consecuencia de la superveniencia de acontecimientos imprevisibles son demasiado variadas como para ser resueltas con un modelo abstracto de eficiencia. Asimismo, el análisis económico hace recaer sobre una de las partes la totalidad de las consecuencias del cambio de circunstancias. En su opinión, en estos contratos, sería mejor proceder a una redistribución de pérdidas y ganancias entre las partes.

#### **d. Tesis de Kull.**

También en contra del modelo económico se encuentra Kull<sup>105</sup>. Este autor considera criticable la aserción según la que la atribución del riesgo de la frustración al “superior risk bearer” puede ser el sustituto judicial de lo que las partes no previeron por sí mismas. Esta afirmación pasa por alto que el contrato es sometido a la consideración del tribunal solamente después de que el riesgo ya se ha materializado. Las partes, en su momento, desaprovecharon la oportunidad de hacer una distribución de los riesgos *ex ante*. En vez de ello, el tribunal, cuando se enfrenta a un contrato frustrado, está necesariamente limitado a una distribución *ex post* de las pérdidas. Además, en su opinión, esta regla tampoco serviría para ahorrar en costes de transacción por su posible influencia en transacciones futuras. Ello se debe a que la concreción de quién sea en cada caso el “superior risk bearer” depende de tantas variables adicionales que será prácticamente imposible valorar por las partes contratantes cómo decidirán los tribunales la cuestión en el futuro. En consecuencia, la regla según la que el riesgo debe soportarlo el “superior risk bearer”, en tanto que se concreta por los jueces una vez los hechos ya han ocurrido, es una regla que no aporta información a las partes contratantes. Al contrario, la imposición de una regla supletoria cuyo efecto es incierto, contribuirá a incrementar los costes de transacción; ya que las partes tratarán de

---

<sup>103</sup> Speidel, 1981: 397 y ss.

<sup>104</sup> Speidel, 1981: 420 y ss.

evitar en el contrato la incertidumbre añadida de una intervención judicial de resultados imprevisibles.

#### **e. Tesis de Triantis.**

En este mismo sentido, Triantis<sup>106</sup> entiende que la identificación judicial del “superior risk bearer” es incierta e imprevisible y por tanto, no tendrá el impacto deseado en cuanto a la distribución y el manejo eficiente de los riesgos. En su opinión, el hecho de que el riesgo sea atribuido *ex post* al “superior risk bearer” no cumple una función preventiva si esa parte no conoce en el momento en el que el riesgo se materializa que se le va a hacer responder del mismo. Por ejemplo, esta función la cumplen mejor las normas que distribuyen los riesgos en el contrato de compraventa (una regla de este tipo se contiene en el art. 2 UCC: si las partes no acuerdan otra cosa el riesgo pasa del vendedor al comprador con la posesión de la cosa).

### **3. La liberación del deudor y el logro de la mayor eficiencia económica.**

#### **a. Tesis de la mitigación eficiente del daño.**

Dentro del modelo económico, hay autores que han defendido que la cuestión de la “impracticability” es solamente un aspecto de un problema mayor como es el diseño de remedios eficientes frente al incumplimiento.

Por ejemplo, en opinión de Bruce<sup>107</sup>, el fin del Derecho contractual es el de incentivar a las partes a adoptar las precauciones necesarias para la reducción de las pérdidas que puedan derivarse del contrato y no distribuir el riesgo asociado a una única pérdida, que sería el fin de un mercado de seguros. En consecuencia, el autor propone un modelo económico capaz de distinguir aquellos sucesos en los que la superveniencia de acontecimientos imprevisibles excusaría al deudor de

---

<sup>105</sup> Kull, 1991: 45 y ss.

<sup>106</sup> Triantis, 1992: 477.

<sup>107</sup> Bruce, 1982: 314.

cumplir de aquellos otros en los que no dispondría de tal defensa. El “common law” debe fomentar la realización de actividades tendentes a mitigar los daños.

Por lo tanto, según el autor, el deudor no debería liberarse de sus obligaciones en aquellos supuestos en los que ha adoptado precauciones inadecuadas para garantizar el cumplimiento y para mitigar daños. En segundo lugar, la defensa de la imposibilidad debería descartarse en el caso de que el acreedor hubiese adoptado las medidas adecuadas para mitigar los daños y los costes del acreedor para contraer un seguro fuesen mayores que los del deudor<sup>108</sup>.

Desde su punto de vista de la mitigación de los daños, el autor reinterpreta los casos de la Coronación:<sup>109</sup> En el caso *Krell v. Henry*<sup>110</sup> la minoración del daño hubiese requerido que una de las partes realquilase el piso. Como es posible asumir que el acreedor (el propietario del piso) estaba en mejor posición para hacer eso que el deudor (éste solamente hubiese podido realquilarlo por dos días, mientras que el acreedor podría haberlo realquilado por un período más prolongado), la solución más eficiente es la liberación del contrato. En el caso *Herne Bay Steamboat Co. v. Hutton*<sup>111</sup> el tribunal no aceptó la liberación del deudor, ya que, en este caso, la reducción de los daños consiste en la utilización del barco para otro uso mejor y el deudor ya había adoptado ese segundo uso (la realización de un crucero). Por lo tanto, el deudor debe considerarse responsable del cumplimiento de su obligación, porque Hutton ya había planeado un uso alternativo para el barco y no por la razón que alega el tribunal.

En consecuencia, el autor comparte básicamente la tesis de Posner y Posenfield, pero hace hincapié en la mitigación de los daños y de este modo, la regla general es que el incumplimiento será considerado como una infracción contractual en todo caso, a menos que el deudor pueda demostrar que ha realizado todas las actividades necesarias para encontrar soluciones alternativas, así como que sus costes para conseguir un seguro son mayores que los del acreedor<sup>112</sup>.

---

<sup>108</sup> Bruce, 1982: 322.

<sup>109</sup> Bruce, 1982: 326-327.

<sup>110</sup> *Krell v. Henry* [1900] All E.R., págs. 20 y ss.

<sup>111</sup> *Herne Bay Steam Boat Co. v. Hutton* [1900] All E.R., págs. 627 y ss. Este caso y el anterior ha sido objeto de análisis en otra parte de este trabajo.

<sup>112</sup> Bruce, 1982: 332.

En esta misma línea se encuentra Polinski<sup>113</sup>, para quien cuando se produce un cambio de circunstancias sobrevenido a la celebración del contrato, es posible que una de las partes deseara incumplir, por ejemplo, el vendedor podría recibir una oferta mejor por parte de un tercero o enfrentarse a unos costes de producción más elevados de los esperados. También podría suceder que el comprador ya no necesitase el bien que le llevó a celebrar el contrato. En estos casos, el objetivo principal del Derecho contractual no es el de la distribución óptima de los riesgos, sino valorar de entre los distintos remedios previstos para los casos de infracción contractual, cuál puede ser más eficiente económicamente. En este sentido, las partes siempre elegirán el remedio que distribuye el riesgo de acuerdo con su correspondiente aversión al mismo (no existe un remedio que sea el mejor en todo caso)<sup>114</sup>.

Asimismo, en opinión de White<sup>115</sup>, los tribunales deben centrarse en analizar cuál es el mejor remedio indemnizatorio antes que decidir si ha habido o no infracción contractual. A su juicio, siempre se habrá de imponer la obligación de pagar daños a la parte no cumplidora cuya cuantía dependerá de las circunstancias concretas de cada caso. La tesis del autor es que los tribunales deben tratar todos los casos de contratos incumplidos como casos de infracción contractual antes que como supuestos de liberación (en base a doctrinas como la imposibilidad, impracticabilidad o frustración). Ahora bien, las reglas para determinar el nivel económicamente eficiente de daños serán distintas dependiendo de factores tales como las preferencias en cuanto al riesgo de las partes contratantes; el grado de control o de influencia que tiene la parte deudora respecto al acontecimiento del evento que obstaculiza el cumplimiento; si dicho

---

<sup>113</sup> Polinski, 1983: 427. Ésta es también la opinión de Rea (1982: 42), para quien el Derecho contractual conseguirá eficiencia en aquellos casos en los que los daños contractuales reflejan la medida del daño que las dos partes hubiesen incluido en el contrato en ausencia de costes de transacción.

<sup>114</sup> Los diferentes remedios para la infracción del contrato en el "common law" se podrían enumerar del siguiente modo: según el "expectation remedy", si el vendedor incumple el contrato, el comprador puede exigir una cantidad de dinero que le coloque en la misma situación en que se encontraría si se hubiese cumplido el contrato; "specific performance remedy", según el cual el comprador puede exigir el cumplimiento específico del contrato; "reliance remedy", el comprador puede exigir del vendedor una cantidad de dinero que le coloque en la situación en que se encontraba antes de la celebración del contrato; "restitution remedy", el comprador puede exigir la restitución de las cantidades satisfechas al vendedor, por ejemplo, si el comprador pagó el precio por adelantado, podrá recuperarlo; "liquidated damage remedy", el comprador puede exigir del vendedor la cantidad de dinero que las partes hubiesen acordado previamente a la celebración del contrato.

<sup>115</sup> White, 1988: 374 y ss.

evento afecta a un contrato en particular o por ejemplo, es debido a una inflación generalizada; los costes que sufre la parte deudora (si son fijos o variables), etc.

En este sentido, la indemnización eficiente del daño es menor cuando la parte que cumple es adversa al riesgo (porque ha adoptado precauciones) y la otra parte es neutral frente al mismo. Por el contrario, es mayor cuando la parte deudora es neutral frente al riesgo, independientemente de cómo sea su contraparte. También es mayor cuando la mayor parte o la totalidad del precio estipulado en el contrato se ha pagado por adelantado.

#### **b. Tesis de la liberación del deudor si se consigue la eficiencia económica.**

Frente a esta teoría existe otro sector en la doctrina que defiende la liberación del deudor siempre que sea económicamente eficiente. Según Perloff<sup>116</sup>, los autores de la teoría económica defienden que en un mundo donde existe plena información y equilibrio general (“in an Arrow-Debreu, first-best, full-information, general-equilibrium world”), los tribunales deberían hacer cumplir todos aquellos contratos en los que todas las posibles contingencias han sido previstas explícitamente. Por el contrario, el autor trata de demostrar que en un segundo mundo mejor (“second-best world”) con información asimétrica y limitada, la liberación del contrato puede, bajo determinadas circunstancias, mejorar la riqueza.

En esta línea, Sykes trata de averiguar las condiciones bajo las que la liberación de las obligaciones contractuales podría ser eficiente cuando sobreviene un acontecimiento que hace que el cumplimiento sea “impracticable”<sup>117</sup>. En consecuencia, se ha sugerido que la defensa de la “impracticability” debería estar justificada como un modo de trasladar el riesgo al acreedor en aquellos casos en que el promitente es relativamente más adverso al mismo o menos capaz para la minoración de sus consecuencias. Por lo tanto, la defensa de la “impracticability”

---

<sup>116</sup> Perloff, 1981: 231. En contra, vid. Goldberg (1985: 529) a quien no le convence el análisis de Perloff. También, Fridman (1989: 23), para quien esta tesis supondría privar al acreedor de su derecho de crédito sin su consentimiento, con evidente vulneración del principio de autonomía privada sobre el fundamento de la eficiencia económica.

<sup>117</sup> Sykes, 1990: 45 y ss.

puede ser un remedio útil para mejorar la eficiencia que supone compartir el riesgo entre las partes. Sin embargo, en su opinión, resulta extremadamente difícil formular una regla de Derecho contractual que limite la liberación del deudor en aquellos supuestos en los que la misma sea eficiente. Para aplicar dicha regla los tribunales requerirían más información de la que razonablemente disponen.

Prueba de ello es que la experiencia jurisprudencial demuestra que este remedio de la “impracticability” no se admite frecuentemente, ya que en la decisión de este tipo de controversias, los tribunales se suelen centrar en la mayor onerosidad que el cumplimiento supone para el deudor y la previsibilidad de la contingencia que hace el cumplimiento más oneroso. Factores importantes que los tribunales omiten son la capacidad de las partes para soportar los riesgos, el estado de la información relevante, etc. En opinión del autor, ello no quiere decir que la liberación del contrato bajo la defensa de la “impracticability” sea siempre ineficiente, sino simplemente que la eficiencia de la liberación es extraordinariamente difícil de averiguar. Para ello sería conveniente desarrollar reglas claras en cuanto a la aplicación de dicha institución<sup>118</sup>.

**c. Tesis de la interpretación estricta de la regla de la “impracticability” sobre la base de la mayor eficiencia económica.**

Con anterioridad a Sykes, Joskow<sup>119</sup> había afirmado que una interpretación estricta de la regla de la “impracticability” contribuye a mejorar la eficiencia, ya que de este modo, los riesgos se colocan sobre el deudor, lo que le llevará a redactar un contrato más detallado, incluyendo cláusulas defensivas frente a tales riesgos. En su opinión, tal y como está redactado el § 2-615 UCC y como se viene interpretando por la jurisprudencia (de modo restrictivo), se fomentan los intercambios eficientes, reduciendo costes de transacción, ya que se promueve un uso eficiente de la información sobre posibles acontecimientos futuros. En conclusión, establece un estándar mínimo según el que los contratos deben

---

<sup>118</sup> Sykes, 1990: 94. Por ejemplo, la justificación de liberación es especialmente débil en el caso de grandes compañías (ello implica tener en cuenta las características del demandado). Además estos entes están asesorados en las negociaciones contractuales por consejeros experimentados de modo que, pueden asumir más fácilmente la obligación de especificar expresamente las contingencias bajo las que se debe excusar el cumplimiento.



cumplirse a no ser que ocurran determinados acontecimientos improbables. Asimismo, según esta norma, no es posible la liberación del deudor en el que caso de que éste no haya actuado eficientemente<sup>120</sup>.

Esta misma opinión la comparte Vandegrift en un trabajo más reciente. Para este autor<sup>121</sup>, la defensa de la “impracticability” causa costes elevados, ya que las normas sobre la liberación del deudor son instrumentos inadecuados para forzar a los contratantes a mitigar los daños. Además, someter la controversia a la decisión judicial puede llevar consigo costes muy elevados porque la posibilidad de una solución impuesta por el tribunal reduce la eventual negociación entre las partes (en su opinión, estas negociaciones habrían producido una paz más rápida).

#### **4. El análisis económico como método de integración de contratos incompletos.**

Otras veces el análisis económico sirve para explicar la razón de la existencia de contratos incompletos y en función de ello, averiguar si el juez puede integrar o no tales contratos.

Según Seita<sup>122</sup>, el riesgo se introduce en el contrato siempre que es incierto que llegue a ocurrir un evento desfavorable. Esta incertidumbre se puede trasladar a la configuración del contrato. Por ejemplo, en un contrato de compraventa de productos manufacturados, si se pacta un precio fijo, el fabricante debe soportar el riesgo de que suba de modo extraordinario el precio de las materias primas, pero por otro lado, el comprador se ve favorecido porque recibe bienes más valiosos en

---

<sup>119</sup> Joskow, 1977: 153 y ss.

<sup>120</sup> Joskow, 1977: 163. Por el contrario, según el autor, si la regla sobre la liberación del deudor se interpreta de modo amplio, ello contribuirá a crear distorsiones en el mercado, sobre todo si continuamos viviendo en una situación económica en la que es frecuente la inflación, la inseguridad en cuanto a los precios, etc. En relación con la seguridad en las transacciones Hubbard (1982: 90) sostiene que el promitente debe asumir aquellos riesgos que obstaculizan el cumplimiento, haciendo también una interpretación estricta de la regla de la “impracticability”. Asimismo, en opinión de Seita (1984: 130), una de las razones que podría justificar la existencia de reglas contractuales estrictas frente al incumplimiento es que éstas favorecen la eficiencia económica.

<sup>121</sup> Vandegrift, 1996: 48 y ss.

<sup>122</sup> En opinión de Seita (1984: 77 y ss.), existe incertidumbre porque los hombres tienen una visión incompleta de la realidad que les rodea. Al hombre le falta información acerca de lo que ocurrió en el pasado, lo que sucede en el presente y lo que ocurrirá en el futuro.

relación con el precio de compra<sup>123</sup>. En consecuencia, la parte adversa al riesgo tiene que estar vigilante respecto a los posibles riesgos contractuales<sup>124</sup>. En este sentido, si las partes saben que pueden darse determinados acontecimientos desfavorables, pueden protegerse pagando menos por un contrato sujeto a riesgo que por un contrato libre de aquél.

Los individuos racionales realizan intercambios con la esperanza de obtener del contrato más de lo que aportan (una transacción exitosa entre dos partes tiene lugar cuando cada una cree que ha recibido más de lo que ha dado). De este modo, el conocimiento que cada una de las partes pueda tener respecto a la posibilidad de un riesgo es crucial a la hora de evaluar correctamente la ganancia esperada con la celebración del contrato. Cuanto mayor sea la información relevante que adquiera el contratante antes de la celebración del contrato, será más capaz de prevenirse frente a acontecimientos peligrosos<sup>125</sup>.

A juicio de Seita, no se debe tener gran simpatía por aquella parte que, con pleno conocimiento de los riesgos que rodean la operación, pierde una fortuna cuando sucede un acontecimiento adverso. Al contrario, uno siente mayor comprensión por aquella de las partes que acepta celebrar un contrato no rentable sin tener ninguna razón para sospechar acerca de la existencia del riesgo. Entre estos dos casos extremos existen situaciones intermedias, por ejemplo, la parte contratante es consciente de la superveniencia de un determinado riesgo, sin embargo, valora erróneamente la posibilidad de que ocurra. En opinión del autor citado<sup>126</sup>, si cualquier persona razonable también hubiera valorado erróneamente la probabilidad de tal riesgo, es difícil hacer recaer el mismo sobre dicha parte contratante.

En consecuencia, un defecto de información puede dar lugar a contratos incompletos<sup>127</sup>. Incluso es posible que el contrato sea sólo aparentemente

---

<sup>123</sup> Sobre esta cuestión vid. Polinski, 1987: 43. Según este autor, qué tipo de contrato es preferible (con precio fijo o con precio variable) depende de la aversión relativa de las partes respecto al riesgo.

<sup>124</sup> Por ejemplo, vid. Mackaay y Claude, 1984: 751. El acreedor de una obligación dineraria debe prevenirse en el contrato frente a los efectos de la inflación. Si no lo hace así debe sufrir sus consecuencias.

<sup>125</sup> Cfr. el trabajo de Chami, 1996: 171 y ss., que analiza cómo influye la información privada y el riesgo del mercado a la hora de adoptar decisiones eficientes.

<sup>126</sup> Seita, 1984: 93.

<sup>127</sup> Según Rasmusen y Ayres (1993: 309) la razón de la existencia de contratos incompletos se debe a que redactar contratos es costoso (si no fuera así las partes señalarían expresamente cuáles

completo. Por ejemplo, un mayorista y un fabricante podrían estipular el precio del contrato de compraventa de dos formas diferentes: a) el precio de cinco unidades es \$ 20 si la demanda del mayorista es elevada y \$ 10 si no lo es, b) el precio es de \$ 20 por unidad o por cinco unidades. El segundo contrato es aparentemente completo, establece un precio y una cantidad. El mayorista, sin embargo, nunca se ve incentivado para incumplir el contrato a) porque el precio será apropiado para cada eventualidad, mientras sí que tiene un incentivo para incumplir el contrato b) si la demanda tiende a decrecer, ya que el precio será demasiado alto. Este ejemplo demuestra, en opinión de Schwartz<sup>128</sup>, que la frase “contrato incompleto” debería incluir más allá de los casos de lagunas contractuales.

Es posible que las partes celebren este tipo de contratos porque estén asimétricamente informadas sobre un hecho importante<sup>129</sup>, pero también es

---

de sus creencias fueron esenciales para la conclusión del contrato y condicionarían el cumplimiento del contrato a esas creencias). En consecuencia, los tribunales colman las lagunas que se derivan del contrato, incorporando términos omitidos, preguntando qué hubiesen acordado las partes *ex ante* si la redacción del contrato no hubiese sido costosa.

<sup>128</sup> Schwartz, 1992: 272 y ss. Como ejemplo de contrato incompleto Smith, (1985: 174) propone el de arrendamiento de servicios de un abogado. Estos contratos son parcialmente incompletos porque el esfuerzo que la firma despliega para realizar el servicio puede ser excesivamente costoso de medir y por tanto, de especificar contractualmente. La empresa no puede prever las horas necesarias para completar el trabajo con absoluta certidumbre. Por otro lado, podría ser que el cliente no quedase satisfecho con la cualidad del servicio. También el modo de fijar el precio puede tener trascendencia a la hora de analizar cómo se distribuyen los riesgos. Si se estipula un precio fijo, el abogado soporta el riesgo de que surjan costes adicionales, de manera que este tipo de contratos será preferido por clientes adversos al riesgo. Por otro lado, si se estipula un precio por horas, este contrato será más adecuado para abogados adversos al riesgo. Sobre este tema, cfr. Spier, 1992: 432 y ss. que llega a la conclusión de que la existencia de información asimétrica y costes de transacción conducen a la celebración de contratos incompletos. Se tienen en cuenta dos tipos de costes de transacción, los que surgen con anterioridad (*ex ante*): gastos de negociación; y los que aparecen con posterioridad: costes de verificación o derivados de reforzar el cumplimiento del contrato. Por ejemplo, en la negociación de un contrato entre un atleta y un equipo determinado, el agente del atleta le aconsejará que omita hacer referencia a la inclusión de una cláusula para el caso de lesiones, porque el director del equipo podría interpretar que es propenso a lesionarse y en consecuencia, se mostraría cauteloso en cuanto a la redacción del contrato. A juicio del autor (1992: 442), determinado comportamiento estratégico de las partes durante la formación del contrato puede llevar a que éste sea incompleto.

<sup>129</sup> Cfr. Bellatuono, 1995:1907 y ss. La asimetría en cuanto a la información que disponen las partes no es necesariamente consecuencia del hecho de que una de las partes se esté aprovechando de la otra, sino que representa simplemente el punto de partida de una investigación que tiene por objeto el desarrollo concreto de las relaciones precontractuales. Desde el punto de vista de la lógica económica tiene gran importancia la consideración de los costes vinculados a la adquisición y a la transmisión de la información. En este sentido, numerosos autores han tratado de articular reglas de gestión de los riesgos en relación con asimetría informativa. En relación con este tema, vid. asimismo, Kronman, 1979: 114. Según este último, todo acuerdo contractual se refiere a una serie de asunciones básicas del mundo exterior. Alguna de éstas son compartidas por las partes en el momento de la celebración del contrato y otras no. Desde un punto de vista económico el riesgo de tal error representa un coste. La información es el antídoto frente al error. Aunque normalmente

posible que no estén dispuestas a asumir el riesgo que un contrato completo puede llevar consigo. En este último caso, los tribunales no están capacitados para completar el contrato mejor que las partes experimentadas pudieron haberlo hecho (las partes responden del riesgo de que los costes de oportunidad del cumplimiento excedan las ganancias que podrían obtenerse del cumplimiento del contrato. Por eso, en los contratos de larga duración las partes tratan de prevenirse frente a tal riesgo, por ejemplo, mediante la inclusión de cláusulas que adecuan el precio del contrato al precio de mercado del bien en el momento de la entrega o también mediante las cláusulas llamadas “market-out”. Éstas excusan al comprador de cumplir si el precio en el mercado de reventa cae muy por debajo del precio del contrato. O también mediante la inclusión de cláusulas “force majeure”). Si los tribunales estuvieran para crear doctrinas de liberación que hiciesen referencia a los costes, estarían completando el contrato con reglas no deseadas por las partes.

Según Schwartz<sup>130</sup>, la habilidad de los tribunales para completar el contrato depende parcialmente de la causa en cuya virtud el contrato adolece de esa laguna. El análisis económico del Derecho no es útil cuando la información relevante no es verificable ni observable. En este caso, este análisis es más útil para los que toman decisiones públicas y para los contratantes potenciales.

En su opinión, los tribunales desestimarán la pretensión de liberación con fundamento en la “frustration” a menos que la misma sea total y que las pérdidas sean el resultado de eventos sobrevenidos sobre los que la parte que alega la frustración no haya podido influir<sup>131</sup>. Ello concuerda con la tesis sostenida por el

---

la información es costosa, un individuo podría obtenerla a un precio más bajo que otro. Si las partes contratantes actúan de modo razonable minimizarán los costes unidos a un error potencial asignando el riesgo de su ocurrencia a la parte que pueda obtener información a un precio más bajo. Si las partes han efectuado una distribución de los riesgos en el contrato de modo implícito o explícito, se debe respetar esa distribución del riesgo realizada por las partes. Si ello no es así, existe una laguna en el contrato que el tribunal colmará atribuyendo el riesgo a aquella de las partes que pudo obtener la información a un coste más bajo. De esta manera se reducen los costes de transacción.

<sup>130</sup> Schwartz, 1992: 294.

<sup>131</sup> Según Schwartz (1992: 286), cuando el vendedor no puede cumplir como consecuencia de un evento sobrevenido (por ejemplo, riadas, incendios, guerras, embargos, huelgas), el comprador debe asumir el riesgo siempre que: 1) el vendedor no pueda influir en la probabilidad o en el impacto del evento que obstaculiza el cumplimiento, 2) en el caso de que existan sustitutos, el vendedor no se encuentra en una situación mejor frente al vendedor a la hora de encontrar sustitutos (de este modo, la liberación ahorra costes de transacción), 3) el comprador no es significativamente más adverso al riesgo que el vendedor, 4) el vendedor desconoce los beneficios que el comprador obtendrá del cumplimiento (porque en otro caso, sería él el “superior insurer”).

autor según la que los tribunales excusan cuando pueden completar el contrato con reglas exoneradoras (“excuse terms”) que condicionan en información verificable (por ejemplo, el precio contractual, el precio de mercado, la totalidad de las ventas de una de las partes, etc).

Otros casos son litigiosos porque las partes normalmente omitieron o encontraron útil ignorar el riesgo de la superveniencia de determinados acontecimientos que pudiesen frustrar sus propósitos. En estos casos, los tribunales siguen la táctica de reforzar el cumplimiento del contrato cuando la exoneración debería fundamentarse en una información inverificable (el coste que supone para una de las partes, la intención de las partes, etc).

### **5. Influencia del análisis económico sobre la doctrina alemana acerca de la "Geschäftsgrundlage".**

El análisis económico del Derecho acerca de la liberación del cumplimiento contractual ha tenido cierto impacto sobre la doctrina alemana de la “Geschäftsgrundlage”.

En este sentido, desde la perspectiva del análisis económico del Derecho, para algunos autores la doctrina de la “Geschäftsgrundlage” resulta ineficiente, ya que según esta doctrina, en los casos en los que surjan dificultades en el cumplimiento de la prestación el deudor va a verse liberado sin que tenga el deber de indemnizar a la otra parte los gastos que haya tenido que soportar en el cumplimiento (“Beschaffungskosten”)<sup>132</sup>. En consecuencia, en opinión de Fisinger y Simon<sup>133</sup>, para que la doctrina de la “Geschäftsgrundlage” alcanzase el requerido nivel de eficiencia habría de ir acompañada de una pretensión de indemnización del interés contractual positivo a favor de la contraparte para el caso de que la excesiva onerosidad de la prestación liberase al deudor del cumplimiento. Sin embargo, el principio “pacta sunt servanda” tampoco es un principio eficiente, ya que obliga a las partes al cumplimiento del contrato aun

---

<sup>132</sup> Fisinger y Simon, 1998: 148.

<sup>133</sup> Fisinger y Simon, 1998: 151. Esta opinión la comparte Brockmeyer, 1993: 93.

cuando los gastos para realizar la prestación son mucho mayores que los costes derivados del incumplimiento<sup>134</sup>.

Frente a esta concepción hay quien entiende que no siempre lo que es bueno económicamente también lo es jurídicamente, de modo que la doctrina del análisis económico del Derecho no siempre consigue una formulación jurídica practicable<sup>135</sup>.

Por otro lado, hay algunos autores dentro de la doctrina alemana que no pretender crear nuevos criterios de distribución del riesgo, sino reinterpretar los ya existentes desde el punto de vista del análisis económico del Derecho<sup>136</sup>. De este modo, la regla según la que no cabe la aplicación de la doctrina de la “Geschäftsgrundlage” si existe una expresa distribución de riesgos en el contrato, se puede interpretar, desde el punto de vista del análisis económico, como que el libre intercambio de recursos en un libre mercado entre partes completamente informadas que actúan de modo egoísta debe ser en sí mismo eficiente. Por el contrario, si se aprecia la existencia de una laguna contractual, ésta se podría cubrir mediante una interpretación integradora del contrato. Para ello, junto a los criterios interpretativos que suelen emplearse el juez podría servirse también del criterio de eficiencia anteriormente analizado. En este sentido, se produce una aproximación de la doctrina tradicional acerca de la “Geschäftsgrundlage” y de las teorías del análisis económico del Derecho, convirtiéndose la eficiencia en la distribución de los recursos en un elemento más para la interpretación integradora del negocio.

También es posible interpretar la teoría del llamado “Opfergrenze” desde el punto de vista económico. Esta teoría, como he analizado anteriormente, establece un límite por debajo del que el deudor debería soportar todo sacrificio. Por el contrario, si las nuevas circunstancias quedan fuera de la esfera de riesgo del deudor (por tanto, por encima de aquel límite) haciendo que la prestación sea excesivamente onerosa, la prestación del deudor deviene inexigible. Desde el punto de vista económico, este límite solamente estaría justificado en aquellos casos en los que hace posible un ahorro de costes de transacción entre las partes.

---

<sup>134</sup> Brockmeyer, 1993: 75. También en este sentido Fisinger y Simon, 1998: 148.

<sup>135</sup> Deggau, 1998: 235 ss.

<sup>136</sup> Brockmeyer, 1993: 73 ss.

El principal problema de la doctrina de la base del negocio es el de resolver la cuestión de cómo debe distribuirse entre las partes una superveniencia de riesgos contractuales. El criterio mayormente utilizado por la jurisprudencia es el de la exigibilidad, a él se le añaden el de la aplicación de normas dispositivas sobre el reparto de riesgos, el criterio de la previsibilidad<sup>137</sup> o el de la imputabilidad<sup>138</sup>, entre otros. Sin embargo, no existe una regulación exacta acerca de los presupuestos necesarios para la aplicación de la doctrina de la “Geschäftsgrundlage”. A fijar esos presupuestos podría ayudar la doctrina económica según la que: la regla jurídica en cuya virtud se debe resolver el reparto de los riesgos debe estar en coherencia con el principio de la consecución de la mayor eficiencia. Por lo tanto, se debe probar en cada caso cuál de las partes se encuentra en una mejor situación para soportar el riesgo. Para ello se parte de un análisis del comportamiento de las partes en relación al mencionado riesgo (“Risikoverhalten”). Como hemos visto anteriormente, el análisis económico diferencia entre comportamientos dispuestos al riesgo, neutros al riesgo o adversos al mismo<sup>139</sup>.

Además, el análisis económico también tiene en cuenta los costes de información, ya que mediante la información es posible averiguar la posibilidad de un daño inevitable así como cuál sería su cuantía<sup>140</sup>. La parte informada podría, en consecuencia, reaccionar frente al riesgo aumentando el precio del contrato para de este modo, poder hacer frente a los daños.

---

<sup>137</sup> Este criterio ha sido utilizado tanto por la jurisprudencia como por la doctrina para la imputación del riesgo. Según este principio aquél que ha podido prever la perturbación es quien debe soportar el riesgo de la misma. No obstante, este principio no tiene nada que ver con la culpabilidad, ya que parte de la posibilidad de prever, pero no de la obligación de prever el riesgo futuro. Sobre este criterio vid. Henssler, 1994: 49-50; Schwartze, 1998: 161.

<sup>138</sup> De acuerdo con el criterio de la imputabilidad, quien provoca culpablemente el resultado negativo debe soportar las consecuencias derivadas de aquella perturbación.

<sup>139</sup> Sobre esta cuestión en la doctrina alemana vid. Spindler, 1998: 307.

<sup>140</sup> En este sentido resulta interesante el trabajo de Ott (1991: 142 ss.) sobre los deberes contractuales de información (“Aufklärungspflichten”) desde la perspectiva del análisis económico del Derecho. El deber de información como tal no está regulado en el BGB, sino que ha sido estatuido por la jurisprudencia teniendo en cuenta las exigencias impuestas por la buena fe, de modo que su vulneración puede conducir a la indemnización de daños y perjuicios, incluso a la posterior corrección o anulación del contrato. Estos deberes de información, desde su punto de vista, satisfacen exigencias propias del principio de eficiencia, en la medida en que posibilitarían la conclusión de contratos eficientes, así como la evitación de contratos ineficientes. Sobre todo el deber de información puede tener importancia en todos aquellos casos en los que existen circunstancias que pueden llevar consigo un incremento de gastos o de los riesgos en el momento de la ejecución, o cuando el resultado del contrato es una menor ganancia o un ahorro fiscal menor.

Los criterios analizados pueden aplicarse a los ejemplos que se dan en la práctica. Por ejemplo, podría aplicarse a la compraventa de un terreno sobre el que el comprador espera poder construir. Este contrato, desde el punto de vista del análisis económico del Derecho, tiene por objeto una posibilidad de superveniencia de un riesgo, ahora bien, éste se debe valorar de modo diferente para cada una de las partes. Normalmente en la práctica, el precio de los terrenos sobre los que cabe la esperanza de poder construir es más bajo que el precio de los inmuebles urbanizables. De este modo, la ganancia para el vendedor (que es adverso al riesgo “risikoavers”) es la diferencia entre el precio de mercado de los bienes sobre los que no se puede construir y el precio que el comprador (que es propenso al riesgo “risikofreudige”) está dispuesto a pagar por ese terreno, mientras que el comprador ostenta simplemente una expectativa de ganancia<sup>141</sup>. El reparto de riesgos se encuentra, pues, implícito en el precio estipulado: el comprador asume el riesgo voluntariamente en la medida en que está dispuesto a pagar un precio superior al precio de mercado para terrenos sobre los que no se puede construir, pero inferior al precio de terrenos urbanizables. Otra cosa sucedería si se hubiese introducido en el contrato una cláusula resolutoria para el caso de que las expectativas del comprador se viesen frustradas.

Según Brockmeyer<sup>142</sup>, el modelo del “superior risk bearer” lo utiliza la jurisprudencia del BGH de una forma abstracta en la medida en que en la solución de los litigios trata de averiguar la procedencia del riesgo y la posible influencia que el mismo tiene sobre las partes contractuales.

---

<sup>141</sup> Brockmeyer, 1993: 126 y ss. Este autor analiza con criterios de tipo económico una sentencia del BGH (sentencia de 8-08-1972) sobre esta cuestión. Sobre este tema cfr. asimismo Adams (1986: 481), según quien en el caso de compraventa de terreno para construir, si el objeto de compraventa es “Bauerwartungsland”, la futura edificabilidad del terreno no está garantizada al 100%, en consecuencia, el riesgo se convierte en contenido del contrato. Se entiende que las partes hubiesen estipulado un precio más elevado si se hubiera presumido la edificabilidad, o un precio más bajo para una escasa probabilidad.

<sup>142</sup> Brockmeyer, 1993: 157.





## CAPÍTULO IV

### LA INTERPRETACIÓN Y LA INTEGRACIÓN COMO MECANISMOS DE REEQUILIBRIO DE LAS PRESTACIONES.

#### I. LA INTERPRETACIÓN Y LA INTEGRACIÓN DEL CONTRATO.

##### 1.1. Introducción.

En muchos supuestos, decidir si el juez puede servirse de la interpretación del contrato para hacer frente a los problemas derivados del cambio o de la falsa valoración de los presupuestos fácticos tenidos en cuenta por las partes en el momento de contratar, implica averiguar si el juez está facultado, en determinadas hipótesis, para sustituir la voluntad de las partes por su propia voluntad<sup>1</sup>.

A fin de evitar esos inconvenientes se prefiere acudir a criterios objetivos de integración del contenido del contrato para determinar cuáles son sus efectos. En ciertas hipótesis, se considera que, en atención a la naturaleza del contrato y al alcance de la obligación en función de disposiciones contractuales y legales, debería interpretarse, en cierto modo, la prestación a cargo del deudor cuando sobreviene un cambio de circunstancias.

Como veremos a continuación, no existe unanimidad en la doctrina sobre este tema.

---

<sup>1</sup> Kotz, Flessner, 1997: 120. Cuando acontecen determinados impedimentos que obstaculizan el cumplimiento (el autor hace referencia al cierre del Canal de Suez) y las partes no han realizado previsión alguna en cuanto a sus consecuencias, se debe decidir si el deudor queda liberado de su obligación como consecuencia de la "frustration" o pérdida de la "Geschäftsgrundlage". Sin embargo, también se podría afirmar que la cuestión a resolver es cómo cubrir la laguna contractual mediante una interpretación constructiva del mismo o en atención a los términos implícitos en el contrato. Se trata, en otras palabras, de averiguar cómo hubieran distribuido el riesgo de la realidad unos contratantes razonables. También según Philippe (1985: 112 y ss.), siempre que las partes no hayan determinado claramente el régimen jurídico que se deba aplicar a una hipótesis que tiene lugar durante el curso de ejecución del contrato, cuando el juez pretende encontrar el régimen jurídico adecuado sobre la base de la interpretación de la voluntad de las partes, a menudo lo que hace es sustituir la voluntad de las partes por su propia voluntad (en el caso de cambio imprevisto de las circunstancias, el juez elegirá la

En todo caso, la interpretación del contrato por el juez e incluso la integración del mismo según la buena fe pueden ser técnicas muy útiles para solucionar los problemas derivados de la alteración de la economía contractual. Será objeto de análisis cómo el recurso a estas técnicas es frecuente en el Derecho alemán, en el Derecho angloamericano, en el ámbito internacional (Principios UNIDROIT, Principios de Derecho europeo de Contratos, Convenio de Viena para la Compraventa Internacional de Mercaderías) e incluso se pueden encontrar ejemplos en este sentido en la jurisprudencia española.

### 1.2. La interpretación del contrato y su relación con la doctrina de la “Geschäftsgrundlage” en el Derecho alemán.

En la doctrina alemana, la interpretación integradora (“ergänzende Auslegung”) tiene por objeto, como su nombre indica, completar las lagunas del contrato. Su fundamento jurídico reside en el § 157 BGB. De acuerdo con este tipo de interpretación, se debe determinar qué es lo que las partes hubieran acordado si hubiesen tenido en cuenta el supuesto carente de regulación expresa en el contrato, valorando justamente los intereses en juego según las exigencias impuestas por la buena fe y los usos comerciales.

Sin embargo, en la doctrina y en la jurisprudencia las opiniones divergen en cuanto al objeto exacto de este tipo de interpretación. ¿Puede referirse la interpretación a elementos objetivos que las partes no han tenido en cuenta? Algunos autores, así como la mayoría de las decisiones de la jurisprudencia<sup>2</sup>, responden

---

solución más justa). Con lo que parece más conveniente acudir a otros criterios interpretativos de la voluntad de las partes, como la ley, los usos o la equidad.

<sup>2</sup> V.gr. Zeiss (1964: 477 y ss.) comenta una sentencia del OLG Bremen (NJW 1963, 1455) cuyo supuesto de hecho era el siguiente: el demandado compró mediante un empleado suyo (G.), que no tenía conocimientos especializados, chatarra como carga para su remolque. La compraventa se perfeccionó del modo siguiente: G. quería comprar la chatarra al precio de mercado. La representante de la parte demandante fijó el precio entre 250 DM y 290 DM por tonelada, ya que se hallaba en la creencia de que se trataba de hierro aprovechable. G. aceptó en la creencia de que dicho precio era el normal para la chatarra. El demandado aceptó la recepción de la mercancía, pero pagó solamente 98 DM por tonelada, porque este era el precio de mercado de la misma. La demandante exigió que se le devolviese la diferencia. El OLG estimó la demanda fijando el precio de 225 DM por tonelada (que no

afirmativamente. En la doctrina alemana, como se verá a continuación, hay quien defiende que la interpretación del contrato (determinación de su contenido y, por tanto, de sus consecuencias jurídicas) debe preceder a la aplicación de la doctrina de la "Geschäftsgrundlage", porque mediante ella es posible determinar cuándo un contrato está necesitado de adaptación. Otros autores entienden que la distinción entre el contenido del contrato y la "Geschäftsgrundlage" es infructuosa, así como si la solución para determinados grupos es la prevista en el § 157 o en el § 242 BGB<sup>3</sup>.

En definitiva, en el doctrina alemana es una cuestión discutida si la interpretación integradora ("ergänzende Vertragsauslegung") del § 157 BGB es verdadera interpretación o si realmente lo que está haciendo el juez es introducir una nueva cláusula en el contrato para resolver la controversia.

Pasaré a exponer las distintas teorías que, al efecto, se pueden encontrar en la doctrina alemana, para demostrar que no se trata de una cuestión pacífica.

#### 1.2.1. Distintas posiciones doctrinales.

##### **a) Tesis de Flume.**

En opinión de Flume<sup>4</sup>, el fin de la interpretación es la búsqueda de la verdadera voluntad de las partes. Para ello el juez tendrá que tener en cuenta las circunstancias

---

es ni el precio fijado por la demandante ni el precio de mercado). El tribunal realiza una interpretación del contrato según los §§ 133, 157 BGB. La interpretación del contrato según el § 133 BGB hace posible la averiguación de la verdadera voluntad, en tanto en cuanto se ha plasmado en la declaración. El OLG hace una interpretación del contrato según la que el precio debía ser de 225 DM por tonelada. Sin embargo, en opinión del autor, la decisión del OLG no es afortunada ya que ni el precio de 225 DM ni el precio de mercado de la chatarra (98 DM) se corresponden con la verdadera voluntad declarada. En consecuencia, la solución no hay que buscarla en el § 133 BGB. La interpretación integradora del § 157 BGB se aplica en todos aquellos casos en los que existe una laguna. De este modo, este precepto sería aplicable al caso enjuiciado si se acepta que la laguna contractual consiste en la falta de acuerdo sobre el precio. No obstante, esta solución tampoco es aceptable, ya que si existe una laguna contractual en cuanto al precio lo que debería hacer el juez es declarar la nulidad del negocio, al tratarse el precio de un elemento esencial del mismo. En realidad, en este caso el juez lleva a cabo una modificación del contrato en base a criterios de tipo objetivo.

<sup>3</sup> Roth, 1979: 194.

<sup>4</sup> Flume, 1979: 321 y ss.

que rodean a las partes, pero no la voluntad individual del declarante, ya que en muchos casos el receptor de la declaración de voluntad es susceptible de protección. En este sentido, la interpretación debe ser de tipo objetivo, ya que en los negocios jurídicos, la protección de la confianza puede ser de tal importancia que no se deba prestar atención a la verdadera voluntad del declarante, de modo que su declaración deba valer en el sentido en que el receptor de la misma lo haya entendido según los medios de los que dispone<sup>5</sup>.

En cuanto a la interpretación integradora del contrato, el autor rechaza la tesis de aquellos que defienden que, en aquellos casos en los que exista una laguna en el contrato, la misión del intérprete es determinar qué es lo que hubiesen acordado las partes, respetando las exigencias impuestas por la buena fe y las costumbres del lugar, si hubiesen querido regular la situación omitida. En su opinión, no se trata de determinar ninguna hipotética voluntad, sino que se ha de fijar el contenido del contrato para incluirlo dentro de uno de los tipos legales, ya que precisamente las normas dispositivas del BGB tienen la función de integrar el contenido del contrato.

Especial interés cobran las explicaciones de Flume en cuanto a la doctrina del cambio o de la pérdida de la "Geschäftsgrundlage". Al contrario que la opinión dominante, el autor rechaza esta doctrina porque los casos clasificados son de naturaleza tan dispar que no pueden incluirse dentro de un grupo homogéneo. La ley ha regulado el problema de la "Geschäftsgrundlage" en normas dispersas en el BGB. Entre ellas, en las normas sobre la imposibilidad inicial y la imposibilidad sobrevenida, en algunos preceptos que tienen en cuenta el cambio sobrevenido de las circunstancias como el § 610 BGB (según el que el prestamista puede desistir del contrato cuando la situación patrimonial de su contraparte empeora después de la celebración del mismo), en las normas que regulan la responsabilidad del vendedor en el contrato de compraventa, el derecho de denuncia por causas justificadas, etc. En consecuencia, entiende Flume, que la solución concreta para los supuestos de pérdida de la "Geschäftsgrundlage" se debe encontrar en la regulación del tipo contractual de que se trate. En vez de tratar de encontrar una solución única para todos los casos que

---

<sup>5</sup> En contra de la teoría sobre la interpretación de la declaración de voluntad de Flume se encuentra

se presentan en la práctica, se trata de buscar en las reglas de cada tipo contractual cuál de las partes debe soportar el riesgo de la realidad.

Sin embargo, la tesis de Flume presenta el inconveniente de que no sea posible encontrar la solución en las reglas de los *naturale negotii*.

#### **b) Tesis de Schmidt-Rimpler.**

Opuesta a la tesis de Flume es la de Schmidt-Rimpler<sup>6</sup>. Para este autor, los supuestos de pérdida o cambio de la "Geschäftsgrundlage" se deben clasificar como supuestos en los que falta la voluntad negocial ("Willensmängel"), puesto que aquí la voluntad de uno o de ambas partes en el contrato se encuentra viciada, en la medida en que ha valorado incorrectamente la realidad. Debido a esa carencia en el proceso de formación de la voluntad, el contrato no ofrece ninguna garantía en cuanto a la rectitud de sus consecuencias jurídicas, por ello debería considerarse como un contrato enfermo ("kranker Vertrag") que debe sanarse mediante la interpretación integradora y si ello no es posible, poniendo fin al mismo. Dado que la necesaria seguridad del tráfico impide conceder relevancia jurídica a todos los casos de valoración errónea de la realidad, es preciso aislar en cada composición de intereses cuándo la contraparte es digna de protección y, en consecuencia, es posible atribuir efectos jurídicos a esa falsa valoración de la realidad. Ello se consigue mediante la interpretación integradora del contrato. En este sentido, la doctrina de la "Geschäftsgrundlage" es una aplicación de la interpretación integradora del contrato.

#### **c) Tesis de Brox.**

Brox se muestra más partidario de la tesis de Schmidt-Rimpler que de la tesis de Flume. En su opinión, la interpretación de la declaración de voluntad debe estar

---

Wieacker (1967: 397).

<sup>6</sup> Schmidt-Rimpler, 1955: 1 y ss.

por encima de cualquier otro método<sup>7</sup>. Si la interpretación da como resultado que una determinada valoración de la realidad fue determinante en el proceso de formación de la voluntad, se puede hablar de un supuesto de pérdida de la base del negocio. Sin embargo, no se consideran casos de pérdida de la base del negocio aquellos en los que el receptor de la declaración no está necesitado de tutela, porque se encuentra en situación de apreciar esa valoración incorrecta de la realidad de su contraparte (el autor pone como ejemplo el ya comentado caso del Rublo)<sup>8</sup>.

#### **d) Tesis de Danz.**

Frente a esta tesis, Danz<sup>9</sup> considera que al intérprete no le debe interesar la voluntad interna, salvo en el caso de que las partes reclamen la anulación del contrato por error. Solamente entonces el juez valorará los propósitos internos de las partes en el momento de emitir la declaración de voluntad.

En su opinión, la misión de la interpretación no es fijar un hecho, sino más bien, un determinado efecto jurídico. En consecuencia, la interpretación sólo puede versar sobre declaraciones de voluntad y su efecto inmediato es la sentencia en la que el juez proclama que se ha producido el efecto jurídico correspondiente a la interpretación. Por declaración de voluntad entiende el autor la que se infiere de la conducta de la misma en atención a lo que es normal en el tráfico según las circunstancias que la rodean. Esta declaración de voluntad es independiente de la voluntad interna del declarante y debe perseguir un fin económico social. Por lo tanto, el juez, en la tarea de la interpretación, se coloca en el lugar de dos personas razonables y se pregunta cómo éstas hubieran concebido y entendido la conducta que constituye la declaración de voluntad. Ello supone dejar de lado todas aquellas

---

<sup>7</sup> Brox, 1960: 179 y ss.

<sup>8</sup> En contra de Brox, vid. Bickel, 1976: 59. Según este autor, no queda claro qué es lo que quiere decir Brox cuando habla de búsqueda de la verdadera voluntad en el sentido del § 133 BGB.

<sup>9</sup> Danz, 1955: 263 y ss.

intenciones no manifestadas, todos los pensamientos internos de las partes, a menos que esos pensamientos internos se exteriorizasen de algún modo<sup>10</sup>.

Según Danz<sup>11</sup>, el juez, en los casos de lagunas contractuales, no está facultado para colmar tales lagunas mediante la interpretación, fijando así el contenido del negocio jurídico. Ello es debido a que el juez no está legitimado para crear un nuevo contrato en sustitución de las partes. En consecuencia, mediante la interpretación no se trata de determinar la verdadera voluntad interna del declarante, sino el significado usual de la declaración de voluntad en el tráfico jurídico. Es decir, el juez debe tener en cuenta el fin económico que persiguen las partes con el negocio de acuerdo con el § 133 BGB y para ello, se deben valorar las circunstancias que se daban en el caso concreto.

En cuanto a la relación existente entre la interpretación y las normas dispositivas de los distintos tipos contractuales, en opinión del autor citado<sup>12</sup>, las normas jurídicas contenidas en los §§ 157 y 242 BGB se anteponen a los preceptos supletorios y dispositivos de la ley. En este sentido, el juez mediante la interpretación averiguará cuál de los diferentes tipos de contrato del BGB contiene como *essentialia* los mismos derechos y obligaciones que se contienen en el contrato, para luego, determinar los efectos jurídicos producidos.

#### e) Tesis de Larenz.

Por otro lado, según la tesis de Larenz<sup>13</sup>, cuando existe una laguna legal en el contrato el juez tiene a su disposición dos posibles instrumentos para colmar esas lagunas. Uno de ellos es la interpretación integradora del contrato contenida en el § 157 BGB. Este proceso tiene su punto de partida en el sentido y finalidad del concreto negocio jurídico y trata de determinar la regla aplicable, integrando el contenido del contrato con los principios derivados de la buena fe. El otro camino es

---

<sup>10</sup> Danz, 1955: 96.

<sup>11</sup> Danz, 1955: 173.

<sup>12</sup> Danz, 1955: 179.



la aplicación de las normas dispositivas. Aquí subsume el juez el concreto contrato dentro del tipo legal o también dentro de las normas generales del Derecho de los contratos y aplica la regla resultante. Ambas formas de colmar lagunas están sometidas al mismo principio, el de buena fe contenido en el § 242 BGB.

En opinión de Larenz, en realidad, la interpretación integradora es la integración del Derecho por el juez. Éste tiene que colmar las lagunas mediante las normas dispositivas y si ello no es posible mediante la norma especial del § 242 BGB. En la interpretación del contrato, el juez debe seguir el mismo método que en la interpretación de la ley, ya que el contrato (al contrario de los que piensan que está compuesto por dos declaraciones de voluntad coincidentes) es una norma que regula las relaciones futuras entre las partes y que tiene carácter vinculante.

Por otro lado, en cuanto a los motivos subjetivos, éstos no desempeñan ningún papel en la interpretación del contrato, sino que se debe atender al sentido y a la finalidad del mismo<sup>14</sup>. Con razón ha dicho el BGH que el fin del contrato cobra el significado de elemento objetivo para la determinación de su contenido. En consecuencia, para la interpretación integradora del contrato se debe tener en cuenta aquello que las partes no han expresado, pero que atendiendo al contenido del contrato, hubiesen acordado si la cuestión omitida hubiese sido tratada por las partes, respetando el principio de buena fe y las exigencias impuestas por el tráfico. En este sentido, desempeña un papel muy importante el fin del contrato, éste cumple la misma función que el fin de la norma en la interpretación legal. La interpretación integradora del contrato no tiene en cuenta la voluntad en sentido psicológico, sino la voluntad jurídica de las partes que da lugar a la regulación contractual<sup>15</sup>.

---

<sup>13</sup> Cfr. Larenz, 1983: 338 y ss.

<sup>14</sup> Larenz, 1963: 739.

<sup>15</sup> En opinión de Wieacker (1967: 391), se puede apreciar una evolución en la tesis de Larenz, con una mayor tendencia al subjetivismo. Ese cambio en la teoría de Larenz se incluye en una nueva corriente en la doctrina jurídico-civil de los últimos tiempos. Estos cambios son apreciables de manera significativa en el ámbito de la interpretación. La esencia de la doctrina del negocio jurídico y del contrato ha sufrido cambios propios de las transformaciones sociales y económicas y que han encontrado acomodo en construcciones jurídicas como los contratos fácticos o el comportamiento social típico ("die faktischen Verträge oder das sozialtypische Verhalten"). En conclusión, según la tesis de Larenz, la declaración de voluntad ("Willenserklärung") ya no puede ser entendida en el sentido de emisión de la interna voluntad de las partes, sino que la intención social del negocio jurídico se actualiza de modo inmediato en el acto de la declaración. La razón que lleva a Larenz a no

En conclusión, según Larenz<sup>16</sup> ni la interpretación integradora tiene preferencia sobre el derecho dispositivo, ni al revés. Sino que más bien, depende de si un contrato de ese tipo ha sido regulado por la ley o no. Si el contrato tipo no ha sido regulado por la ley, se debe realizar una interpretación integradora del mismo.

#### f) Tesis de Wieacker.

Toda esta discusión doctrinal se debe, a juicio de Wieacker, a que la cuestión de la interpretación en el Derecho alemán es difícil debido a la aparente contradicción entre los §§ 133 y 157 BGB<sup>17</sup>. No obstante, en opinión del autor, ambos párrafos

---

abandonar la interpretación solamente en el § 157 BGB es (junto a las reservas frente una libre modificación judicial del contrato según el § 242 BGB) la esperanza de extraer un sentido objetivo del contrato de la voluntad racional de las partes y no de la voluntad empírica. Esta misma concepción se hace patente en su teoría del fin del contrato en la base del negocio en sentido objetivo, y en última instancia, se encuentra en su filosofía jurídica. Larenz ha demostrado que la interpretación no tiene nada que ver con la voluntad ni con su relación con la declaración, sino solamente con el significado de la declaración de voluntad. Asimismo cfr. Bickel, (1976: 32 y ss.): La interpretación de la declaración de voluntad, según Larenz, es la actividad de determinación del significado normativo de la declaración, por tanto, no se trata de la aprehensión de una realidad, sino de la dotación de sentido de la declaración de acuerdo con parámetros jurídicos. Estos parámetros son los siguientes: las negociaciones previas de las partes, el uso del lenguaje, las manifestaciones anteriores del declarante o del receptor, etc. Esta es la tesis que sostiene Larenz hasta 1965 en que la cambia para valorar en cierto modo, el sentido interno de la declaración.

<sup>16</sup> Larenz, 1963: 740.

<sup>17</sup> Los §§ 133 y 157 BGB reflejan la discusión existente entre los representantes de la "Willenstheorie" y de la "Erklärungstheorie". El § 133 BGB (según esta norma, mediante la interpretación de la declaración de voluntad se debe buscar la verdadera voluntad de las partes sin que el intérprete deba limitarse al sentido literal de las palabras) es propio de la primera teoría y el § 157 BGB (los contratos deben interpretarse según las exigencias de la buena fe y en atención a las costumbres del lugar) propio de la segunda. En ellos se manifiesta la antinomia entre la verdadera voluntad y las costumbres del tráfico. En este mismo sentido, cfr. Hanau (1965: 221): El Derecho de la declaración de voluntad fue muy discutido en la ciencia jurídica del s. XIX. Se preguntaban si debía ser preferente la voluntad interna del declarante o la manifestación de esa declaración de voluntad. Los redactores del BGB hubieron de buscar una solución de consenso. Sin embargo, a pesar de la regulación legal, no es pacífica hoy en día la cuestión del significado de la voluntad y la declaración en punto a la declaración de voluntad negocial. En opinión del autor citado (1965: 257), la jurisprudencia se sirve para conseguir los resultados deseados de la ficción de fundamentarlos en la declaración de voluntad concluyente ("schlüssigen Willenserklärung"), aunque no se trate de una cuestión de manifestación de la voluntad. Toda esta problemática arranca, como apunta Mestmäcker, de la concepción del contrato de Savigny como el acuerdo de al menos dos declaraciones de voluntad mediante el que configuran sus relaciones jurídicas. Sin embargo, la dogmática civil no ha tenido en cuenta la cuestión de la cualidad jurídica de la realidad social derivada de la ejecución de la autonomía privada mediante el negocio jurídico. En este sentido, en opinión de Mestmäcker (1964: 441), la jurisprudencia de intereses ha supuesto un avance, en la medida en que el juez toma en consideración un concreto conflicto de intereses. En su mayoría, esta jurisprudencia se tiene que contentar con los principios derivados de la interpretación de

muestran simplemente aspectos diferentes de un mismo trabajo hermenéutico en cuanto a la declaración de voluntad y el contrato. El § 133 BGB exige, siguiendo a Betti<sup>18</sup>, el “Kanon der Totalität”, es decir, se debe tener en cuenta el contexto total de la declaración de voluntad. Mientras que el § 157 BGB tiene en cuenta el “Kanon der Objektivität”, o sea, se trata de valorar el contrato en sentido objetivo. En opinión de Wieacker, es criticable el objetivismo extremo de Danz para quien la declaración no tiene nada que ver con la voluntad interna, pero también se debe rechazar el subjetivismo extremo, ya que no está de acuerdo con los §§ 116 I BGB (una declaración de voluntad no es nula en los casos en los que el declarante ha hecho la reserva mental de no querer lo declarado), 119 BGB (referido al error) y 133 BGB (referido a la interpretación).

Además, en opinión del autor citado, la declaración de voluntad es un acto social, no es simplemente un acto en sentido físico, ya que tiene una finalidad cual es la celebración de un determinado negocio<sup>19</sup>. En cuanto a la interpretación integradora del contrato, ésta debe realizarse de un modo objetivo según el § 242 BGB. En conclusión, mediante la interpretación del negocio en su totalidad se descubre el sentido objetivo del contrato y no el sentido individual de cada una de las declaraciones de voluntad de las partes.

#### **g) Tesis de Fikentscher.**

Otros autores, como Fikentscher, entienden que la interpretación integradora solamente puede desarrollar la voluntad real de las partes<sup>20</sup>. Según este autor, dentro

---

la declaración de voluntad negocial. El juez debería tener en cuenta la realidad configurada por el contrato, la cual es objeto de reconocimiento por la ciencia económica. Esa relación jurídica, que adopta la forma de contrato, es un comportamiento voluntario en el que se refleja un comportamiento de tipo económico.

<sup>18</sup> Cfr. Betti, 1954: 79 y ss., y Betti, 1967: 1 y ss.

<sup>19</sup> Esta opinión la sostiene Wieacker (1967: 386) siguiendo las tesis de Larenz y Nipperdey.

<sup>20</sup> En este sentido, el autor sigue los pasos de Oertmann quien considera que el § 157 BGB tiene por objeto la fijación de la realidad (“sein”), mientras que el § 242 BGB es una disposición de orden normativo (“sollen”). Si la “Geschäftsgrundlage” sirve para averiguar los efectos del contrato, no es posible que la misma sea contenido del contrato. La “Geschäftsgrundlage” se sitúa al margen del

de lo que normalmente se ha conocido como "Geschäftsgrundlage" se incluyen dos realidades distintas. Por un lado, cada contrato lleva consigo una determinada distribución de los riesgos. El contrato parte de una realidad determinada, cuyo cambio cae normalmente dentro de la esfera de riesgo de una de las partes. En este sentido, la interpretación cobra gran importancia como método para determinar cómo han distribuido las partes determinados riesgos. Por otro lado, la "Vertrauensgrundlage" (base de la confianza) comprende todas aquellas circunstancias que no forman parte de la esfera de riesgo propia de cada una de las partes. Sin embargo, su importancia es tan decisiva para los contratantes, que cualquier desviación de la realidad con respecto a cómo la pensaron aquéllos en el momento de fijación del fin del negocio, hace inexigible su vinculación al contrato. En consecuencia, la interpretación integradora del contrato no puede dar como resultado la inexigibilidad del mismo, porque la base del negocio no es contenido del negocio o al menos, no de un modo directo<sup>21</sup>.

En conclusión, según el autor<sup>22</sup>, cada declaración de voluntad con efectos jurídicos se refiere a una determinada "Vertrauensgrundlage" y en los casos en que ésta desaparezca, es posible una adaptación del contrato a la nueva realidad, según el § 242 BGB.

#### **h) Tesis de Medicus.**

Medicus<sup>23</sup> rechaza la idea según la que la interpretación integradora del contrato puede servir para limitar el reparto de los riesgos, porque ello supondría excepcionar el principio de obligatoriedad del contrato. Sin embargo, la interpretación del contrato puede ser de gran importancia para averiguar si un cambio

---

contrato. Querer determinar los efectos del contrato sobre la base de la voluntad de las partes constituye, en opinión de Oertmann (1921: 134), una ficción.

<sup>21</sup> Fikentscher, 1971: 35 y ss.

<sup>22</sup> Fikentscher, 1971: 41.

<sup>23</sup> Medicus, 1978: 631 y ss.

o una falsa valoración de las circunstancias ha sido importante para la voluntad contractual y, en consecuencia, podría considerarse relevante en sentido jurídico.

En opinión de Medicus, el fallo de Fikentscher reside en que éste se sirve del contrato para determinar las consecuencias derivadas de la pérdida de la "Geschäftsgrundlage". La impresión que se desprende de la tesis de Fikentscher es que cada negocio tiene una única base negocial y lo único que importa es si ésta falta ("fehle") o desaparece ("wegfalle"). Medicus rechaza la tesis de Fikentscher según la que es posible adaptar el contrato a la nueva realidad según el § 242 BGB, ya que son muchas las circunstancias que componen la llamada "base del negocio", de manera que con la adaptación del contrato no siempre se consigue el fin previsto en el mismo. En su opinión, es más correcto afirmar que el contrato está afectado de una laguna que se puede salvar mediante la interpretación integradora. Con este método se trata de dar respuesta a la pregunta de qué es lo que hubiesen acordado las partes si hubieran tenido conocimiento o si hubieran previsto correctamente el desarrollo de los acontecimientos futuros.

#### **i) Tesis de Mayer-Maly.**

Esta opinión es compartida por Mayer-Maly<sup>24</sup>, para quien la interpretación integradora del contrato es necesaria en aquellos casos en los que existe una laguna contractual, es decir, cuando una situación no se ha comprendido dentro del contenido del negocio jurídico, dándose en consecuencia una situación necesitada de regulación según el sentido y la finalidad de tal negocio jurídico. Cuando el derecho dispositivo no contiene regulación específica para esta situación o cuando las partes han excluido expresamente la regulación legal, entonces se debe acudir a la interpretación integradora del contrato. Mediante ésta se trata de averiguar qué es lo que las partes hubieran decidido respecto a una determinada cuestión, en caso de que hubiesen llegado a plantearse su existencia. Por otro lado, mediante la interpretación

---

<sup>24</sup> Mayer-Maly, 1978: 624 y ss.

integradora no se puede ampliar el contenido del contrato, sino que con ella simplemente se trata de colmar lagunas contractuales.

#### **j) Tesis de Nicklisch.**

Por otro lado, Nicklisch<sup>25</sup> hace hincapié en la necesidad de separar la interpretación integradora y la doctrina de la base del negocio, aunque ambas instituciones se relacionan frecuentemente en la literatura y en la jurisprudencia. Por un lado, la interpretación integradora tiene su fundamento legal en el § 157 BGB, que exige tener en cuenta el contrato en particular para determinar su contenido, mientras que la "Geschäftsgrundlage" tiene su fundamento en el § 242 BGB y exige acudir a circunstancias del exterior para adaptar el contrato a la realidad.

Entiende Nicklisch que la doctrina de la "Geschäftsgrundlage" tiene la función de adaptar el contenido del contrato a las nuevas circunstancias, salvo que el contrato, según se deduce de una interpretación integradora del mismo, tenga una norma para resolver esta cuestión. Es cierto, en su opinión, que existe un cierto parentesco entre los institutos jurídicos de la interpretación integradora del contrato y la doctrina de la "Geschäftsgrundlage", en la medida en que para determinar el ámbito de aplicación y las consecuencias derivadas de la doctrina de la "Geschäftsgrundlage" se recurre siempre al método de la interpretación integradora del contrato. En este sentido, las semejanzas entre ambas instituciones residen en que tanto la interpretación

---

<sup>25</sup> Nicklisch, 1980: 949 y ss. A favor de Nicklisch se encuentra Littbarski, 1981: 9 y ss. y Müller, 1981: 337 y ss. Estos autores reaccionan frente a las críticas sostenidas por aquellos que consideran la doctrina de la "Geschäftsgrundlage" como innecesaria, siendo sus efectos sustituibles por la interpretación integradora del contrato. Al contrario, las consecuencias que se derivan de ambos métodos son diferentes y sus métodos incomparables. Los límites de la interpretación integradora del contrato consisten en que no puede conducir a un cambio del contrato celebrado, así como tampoco a una ampliación inadmisibles de su objeto. Por el contrario, la doctrina de la "Geschäftsgrundlage" debe servir para adaptar el contrato a las circunstancias falsamente valoradas, así como a las circunstancias sobrevenidas. Ambos remedios tienen el mismo punto de partida cual es el de la existencia de una laguna contractual. La diferencia fundamental reside en que en los casos de pérdida de la "Geschäftsgrundlage" las partes sí que han regulado una cuestión determinada, pero la laguna contractual se presenta en cuanto a las consecuencias jurídicas de un determinado aspecto, normalmente la laguna consiste en que no se han regulado cómo se van a repartir determinados riesgos que no fueron previstos en la convención.

integradora del contrato como la doctrina de la "Geschäftsgrundlage" presuponen la existencia de una laguna, en ambos casos se trata de una mutación de la realidad para la que el contrato no ha previsto una regla inmediata. La diferencia reside en cuanto a la determinación de las consecuencias jurídicas, es decir, en los supuestos en los que es posible la interpretación integradora del contrato las lagunas se colman mediante un sistema de "interpolación" de la regulación contractual existente. Mientras que la doctrina de la "Geschäftsgrundlage" actúa mediante una técnica de "extrapolación" de las cláusulas contractuales, de manera que en este caso sí que se tienen en cuenta las normas legales.

#### **k) Tesis de Stumpf.**

Entre la literatura más reciente, Stumpf<sup>26</sup> entiende que con la interpretación integradora del negocio jurídico, en la medida en que tiende a una ponderación de intereses, se corre el peligro de que se sustituya la voluntad real por la voluntad hipotética de las partes.

La doctrina de la "Geschäftsgrundlage" (con fundamento jurídico en el § 242 BGB) permite partir del contrato entre las partes y adaptarlo allí donde sea necesario, puesto que esta doctrina no deja fuera de juego la autonomía privada de las partes, sino que simplemente la corrige allí donde es necesario (por ejemplo, en los supuestos de error común en los motivos), el ámbito de aplicación de la misma, así como de la interpretación integradora del contrato debe ser restringido. Sin embargo, no está tan claro cuáles deben ser esos límites.

En opinión del autor<sup>27</sup>, la principal función de la interpretación integradora del contrato (con fundamento jurídico en el § 133 BGB) es la de ampliar la declaración de voluntad o el negocio jurídico de modo que sea posible aplicar una norma jurídica a la situación erróneamente ignorada por las partes. En consecuencia, esa declaración de voluntad cobraría un significado que no tendría si se hubiera realizado una

---

<sup>26</sup> Stumpf, 1991: 199.

<sup>27</sup> Stumpf, 1991: 216.

interpretación literal de la misma. Como consecuencia de esta función, puede ser que se produzca una concurrencia entre la interpretación integradora del contrato y las normas dispositivas previstas en el BGB para cada tipo contractual, cuya finalidad reside precisamente en la integración del contenido de un negocio concreto.

En cuanto a las relaciones existentes entre la interpretación integradora y la doctrina de la "Geschäftsgrundlage", entiende el autor que son más o menos estrechas dependiendo del concepto de interpretación integradora que se mantenga<sup>28</sup>. Si se sostiene un concepto amplio de interpretación integradora, es difícil señalar los límites que existen entre ambas instituciones, ya que las dos tienen la función de adaptar la declaración de voluntad o el negocio jurídico a las nuevas circunstancias. Tanto en los casos de interpretación integradora como en los de pérdida de la "Geschäftsgrundlage" se trata de determinar la verdadera voluntad de las partes y de este modo, adaptar el contrato a esas nuevas circunstancias. Sin embargo, para aquellos que defienden un concepto restringido de interpretación integradora, como método de averiguación de una hipotética voluntad de las partes, no existe concurrencia entre ambas figuras.

A juicio del autor citado<sup>29</sup>, el supuesto de hecho de la interpretación integradora del contrato y la doctrina de la "Geschäftsgrundlage" es el mismo, en ambos casos existe un error común de las partes sobre la base del negocio, es decir, existe un error común en los motivos. La diferencia reside en el método: mientras que la interpretación integradora siempre está orientada a la voluntad negocial de las partes, en el caso de la adaptación del contrato por pérdida de la "Geschäftsgrundlage" se realiza en base a criterios de naturaleza heterónoma, como el principio de la buena fe.

Puesto que la interpretación determina el "querer" en sentido jurídico y el § 242 BGB el "deber" en sentido jurídico, la interpretación debe tener preferencia frente a la aplicación de la doctrina de la "Geschäftsgrundlage", ya que previamente a la aplicación de esta doctrina el juez debe realizar una valoración normativa del contenido del negocio jurídico.

---

<sup>28</sup> Stumpf, 1991: 219.

<sup>29</sup> Stumpf, 1991: 220.



### **l) Tesis de Henssler.**

Otros autores dentro de la doctrina más reciente, como Henssler, proponen abandonar la doctrina de la “Geschäftsgrundlage” sustituyéndola en todo caso por la interpretación integradora del contrato. En su opinión, en los casos en los que exista una laguna contractual, siguiendo las indicaciones del § 157 BGB se debe proceder del siguiente modo: 1) determinación y valoración del componente volitivo, 2) aplicación de las reglas concretas contenidas en los preceptos dispositivos, 3) aplicación del principio general de justicia, según se desprende del § 242 BGB.

La interpretación integradora del contrato goza de preferencia respecto de la aplicación del sistema legal del reparto de riesgos, ahora bien, la misma queda excluida cuando del contrato no se puede extraer ningún indicio relevante acerca de la voluntad de las partes sobre el fin del mismo o sobre otras cuestiones tales como el reparto del riesgo<sup>30</sup>.

#### 1.2.2. Conclusiones.

A pesar de la discusión existente, lo cierto es que el principio de buena fe contenido en el § 242 BGB ofrece a los tribunales el fundamento jurídico para decisiones de equidad, lo que aproxima, en cierto sentido, el sistema alemán al sistema del “common law”.

No obstante, según el tenor literal del § 242 BGB, parece que el precepto debe tener un ámbito de aplicación reducido, ya que solamente se refiere al modo en el que se debe cumplir. En el Derecho alemán, la buena fe en cuanto a la determinación del contenido del contrato, se contiene en el § 157 BGB y se considera como una especie

---

<sup>30</sup> Henssler, 1994: 111. En opinión del autor, sería más conveniente que la doctrina científica concentrase sus esfuerzos en proporcionar a los aplicadores del Derecho instrumentos para la interpretación integradora del contrato, así como que se desarrollase un concepto preciso acerca de la distribución legal de los riesgos.

de interpretación. No está del todo claro si los redactores del BGB quisieron dar a estas normas (§§ 157 y 242 BGB) un ámbito de operatividad tan reducido<sup>31</sup>. En la primera redacción del BGB, el § 359 I de la propuesta establecía “el contrato obliga a las partes contratantes al cumplimiento de lo pactado, así como también a todas aquellas consecuencias que se deriven de la ley, de los usos y de la buena fe” (como vemos, es muy parecido al art. 1258 CC). Esta redacción estaba en consonancia con la *exceptio doli generalis* tal y como había sido reconocida por la literatura pandectística y aplicada por los tribunales en el siglo XIX. Después de la promulgación del BGB afloró un debate doctrinal acerca de si la *exceptio doli* continuaba siendo aplicable. Los tribunales, por su parte, continuaron operando como con anterioridad a la promulgación del BGB. El RG no dudó en conceder protección frente al ejercicio impropio de los derechos. La aplicación del § 242 BGB se convirtió en el centro de discusión de las disputas metodológicas de la primera parte del siglo pasado (positivismo, movimiento de creación libre del derecho, jurisprudencia de intereses, etc).

Como señalan Whittaker y Zimmermann<sup>32</sup>, a día de hoy la doctrina alemana no ha encontrado una fórmula mágica para diferenciar lo que es interpretación de lo que es libre creación del Derecho por el juez. Este último fenómeno no se permite abiertamente, pero se considera como indispensable. Desde la promulgación del BGB, gran cantidad de decisiones jurisprudenciales han tenido su fundamento en el § 242 BGB. Sin embargo, la doctrina ha tratado de poner límites a esta creación jurisprudencial del Derecho señalando distintos ámbitos de aplicación de la norma. Uno de ellos, el más problemático, es el § 242 BGB como fundamento de la doctrina de la “Geschäftsgrundlage”. Está claro que otorgándose a los jueces la potestad de modificar el contrato, los tribunales interfieren con la ley tal y como fue diseñada por los redactores del BGB. De modo semejante al pretor romano, los tribunales alemanes han actuado corrigiendo la ley civil (*iuris corrigendi causa*).

Sin embargo, la doctrina de la “Geschäftsgrundlage” es hoy en día en Alemania una doctrina sofisticada con su propia construcción jurídica, aunque con fundamento

---

<sup>31</sup> Whittaker y Zimmermann, 2000: 18.

jurídico, para evitar problemas, en el § 242 BGB<sup>33</sup>. De alguna manera, la responsabilidad por *culpa in contrahendo* se podría considerar también una emanación del § 242 BGB, dada la relación que existe entre el deber de negociar con buena fe y el surgimiento de deberes especiales de tal deber.

También el § 157 BGB se refiere a la buena fe en la interpretación del contrato. En muchas ocasiones resulta difícil establecer si una decisión judicial tiene su fundamento en el § 157 o en el § 242 BGB. Desde un punto de vista práctico, la decisión no importa, ya que si el § 242 no se hubiese incluido en el BGB, posiblemente los tribunales hubiesen acudido al § 157. En particular, la interpretación integradora del contrato se encuentra en esa frontera confusa entre la verdadera interpretación y la integración de lagunas basada en el estándar normativo de la buena fe. En opinión de los autores citados<sup>34</sup>, el § 242 BGB es una invitación a los jueces para que especifiquen, complementen y modifiquen la ley, en especial, para que la desarrollen según las necesidades de su tiempo.

### 1.3. Las operaciones de “implication of terms” y de “construction of contract” en el Derecho anglosajón.

#### 1.3.1. Introducción.

A diferencia de los sistemas de Derecho continental, en los de tradición anglosajona es frecuente la formulación de textos contractuales muy articulados y detallados, tendentes a la previsión y reglamentación de todos los eventos posibles. Ello facilita la tarea del Juez en virtud de la técnica de inclusión de pactos implícitos (“implication of terms”) y de operaciones de construcción del contrato (“construction of contract”). Por otro lado, en los de Derecho continental se presupone la capacidad integradora del ordenamiento jurídico, en este sentido, los efectos del contrato deben

---

<sup>32</sup> Whittaker y Zimmermann, 2000: 22.

<sup>33</sup> Whittaker y Zimmermann, 2000: 26.

<sup>34</sup> Whittaker y Zimmermann, 2000: 32.

reconducirse a la ley, de la que la convención extraerá todos los resortes normativos para integrar el enunciado de las cláusulas<sup>35</sup>.

En la doctrina anglosajona, un caso pionero en la actividad judicial de “implication of terms” es el caso “The Moorcock”<sup>36</sup>: el demandante tenía que descargar la carga transportada en su barco en el embarcadero del demandado en el río Támesis. La obligación no pudo cumplirse porque la marea subió y el barco se hundió como consecuencia de la inestabilidad del río. Se entendió que existía una laguna contractual en cuanto a si el demandado estaba o no contractualmente obligado a avisar al demandante (si es que lo sabía) acerca de la inestabilidad del cauce del río. En este caso no existían reglas dispositivas o “terms implied by law” que pudieran emplearse para cubrir las lagunas que se planteaban en el contrato. En tales supuestos el tribunal se pregunta si el contrato incompleto se puede colmar mediante un “term implied in fact”. Ello se hace solamente cuando el acuerdo implícito (“implied term”) es tan obvio que cualquier tercero, valorando la intención de las partes, se hubiera mostrado de acuerdo sobre la inclusión de tal cláusula. En la decisión del litigio el tribunal estimó que el demandado estaba mejor informado que el demandante acerca de las condiciones del río en las proximidades de su propiedad, en consecuencia, debía haber comunicado esta circunstancia al demandante, con lo que estaba obligado a soportar los daños.

Según Flessner y Kötz<sup>37</sup> en la decisión de este litigio los jueces alemanes se hubieran preguntado si tal laguna se podría colmar mediante la interpretación integradora (“ergänzende Vertragsauslegung”) con la siguiente fórmula: donde las partes han omitido decir algo el juez debe descubrir, según el fin del contrato, lo que aquéllas hubieran decidido respecto a la cuestión suscitada, actuando según las exigencias de la buena fe y del tráfico comercial. En efecto, es una cuestión discutida si tal interpretación constructiva es realmente “interpretación” o si el juez simplemente lo que está haciendo es incluir una cláusula en el contrato para resolver la disputa. Como hemos visto, las teorías son variadas, aunque según los autores

---

<sup>35</sup> D’Angelo, 1992: 293 y ss.

<sup>36</sup> [1889], P.D., págs. 64 y ss.

<sup>37</sup> Flessner y Kötz, 1997: 118.

anteriormente citados, normalmente es imposible, así como innecesario realizar una distinción. Ciertamente, el juez no debe alcanzar una solución en discordancia con lo que hubiesen acordado las partes, ni debe leer una cláusula en el contrato de una determinada manera porque considera que es lo apropiado. El juez tampoco debe intentar salvar a una parte de su negligencia al no incluir una cláusula que le hubiese liberado del riesgo. La función del juez es la de hacer hablar al contrato, antes que hablar el mismo. La interpretación integradora no es el medio para alterar la economía interna del contrato, para falsear el equilibrio entre prestación y contraprestación como ha sido visto por las partes o para extender el fin del contrato más allá de lo que las mismas habían pensado en el momento de su celebración<sup>38</sup>.

Volviendo al Derecho anglosajón, el recurso a fórmulas como la del “implied term” tiene su origen en la inexistencia de un principio general de buena fe hasta prácticamente el s. XX. En este sentido, el proceso de completar las lagunas del contrato, aunque finalmente justificada sobre la teoría de la voluntad (porque lo que hace el tribunal es conceder a la transacción la eficacia que ambas partes querían que tuviera), es un buen ejemplo de teoría creada para tratar situaciones en las que se podía haber invocado la buena fe en el sentido de “honesty”, “fair dealing”, “reasonableness”, etc. Por ejemplo, según la doctrina del caso “Moorcock”, cuando el juez completa la laguna del contrato, parece claro que aquél está realmente imponiendo un estándar de justicia en la formación o en el cumplimiento del contrato. Las limitaciones de este sustituto de un principio general de buena fe en este ámbito se manifiestan en que no se podría integrar una cláusula del contrato de tal forma que sustituyese a una cláusula expresa del mismo<sup>39</sup>.

Como se ha señalado, no fue hasta bien entrado el siglo XX que la defensa exagerada del principio de libertad contractual (que en muchos casos permitía la imposición de obligaciones injustas e irrazonables sobre la parte más débil) dio paso a la imposición del principio de buena fe por el legislador. Sin embargo, la imposición judicial de la buena fe en la contratación es, incluso hoy en día, un principio limitado

---

<sup>38</sup> Cfr. asimismo Kötz, 1998: 279.

<sup>39</sup> O'Connor, 1990: 19.

que los tribunales aplican de modo cauto. Ello es debido a que el Derecho inglés contiene un concepto de contrato muy técnico y estricto<sup>40</sup>.

En cuanto al concepto de buena fe en el Derecho contractual americano, antes de 1960, fecha en la que se promulga el UCC, no se podía decir que los distintos estados americanos reconociesen un deber general de negociar con buena fe. En la sección 1-203 UCC se establece que cada contrato u obligación que se celebre en el ámbito de esta norma, debe cumplirse según la buena fe. Sin embargo, esta norma solamente era aplicable a los contratos regulados por el Code, como contratos de compraventa de mercancías, pero no por ejemplo a los contratos de compraventa de inmuebles.

Con posterioridad a esta norma, en 1979, el “Restatement of Contracts Second” (promulgado oficialmente en 1981)<sup>41</sup>, en la sección 205, establece que cada contrato impone sobre cada parte el deber de negociar con buena fe<sup>42</sup>.

### 1.3.2. Distinción entre interpretación y construcción del contrato por el juez.

En cuanto a la interpretación en el Derecho americano y también en el Derecho británico, se distingue entre dos tipos de actividades que puede llevar a cabo el juez: “interpretation” y “construction”<sup>43</sup>. Mediante la interpretación del contrato el juez

---

<sup>40</sup> O'Connor, 1990: 20.

<sup>41</sup> El concepto americano de Restatement es el de una ley especial, no está promulgado por el parlamento y tampoco es “common law” elaborado por los tribunales. Es fruto de la labor del “American Law Institute”, una organización privada de profesores universitarios, jueces y abogados, cuyo objetivo es el de formular con alguna precisión, las reglas y principios básicos de los ámbitos jurídicos más importantes del Derecho americano. Los Restatement americanos comenzaron en los años 20. El primer Restatement del Derecho contractual aparece en 1932 y el segundo en 1981. Hubo varios cambios entre el primero y el segundo y el § 205 representa uno de esos grandes cambios. Cfr. sobre esta cuestión Summers, 2000: 120.

<sup>42</sup> En opinión de Summers (2000: 135), en el Derecho contractual hay leyes especiales que se fundamentan en el principio de buena fe. Por ejemplo, la prohibición de negociar de modo fraudulento, los términos contractuales implícitos (“implied terms”), principios generales de interpretación, etc. ¿Podrían estas otras formas posibles de ley, por sí solas o por separado satisfacer la necesidad de un principio general de buena fe? ¿Es redundante un principio general de buena fe? En opinión del autor, la respuesta debe ser negativa. Ello es debido a que el mundo del Derecho contractual es un mundo imperfecto, con un legislador (“lawmaker”) imperfecto y con partes contratantes que no pueden prever y prevenirse por adelantado frente a todas las formas posibles de mala fe que podrían darse.

<sup>43</sup> Cfr. Kniffin, 1998: 8 y ss., Lord, 1999: 2 y ss. y Patterson, 1964: 833 y ss.

determina qué significado quisieron dar las partes al lenguaje usado cuando contrataron. El juez analiza el significado de las palabras empleadas por las partes y de otras manifestaciones objetivas de las mismas para concretar qué es lo que aquéllas deben hacer para cumplir sus respectivas obligaciones según los términos del acuerdo.

La interpretación del contrato debe buscar el propósito común de las partes (Restatement Second of Contracts, § 202 “Words and other conduct are interpreted in the light of all the circumstances, and if the principal purpose of the parties is ascertainable it is given great weight”). En la determinación de ese propósito común el juez se sirve tanto de elementos de tipo objetivo como subjetivo<sup>44</sup>.

Por otro lado, mediante la construcción del contrato, el tribunal determina el significado legal de la totalidad del contrato, cuáles son los derechos y deberes de las partes según aquél.

En el Derecho americano, a diferencia del británico, la construcción del contrato por el juez es una operación compleja que comienza con la interpretación, pero que puede dar como resultado una apreciación de la voluntad de las partes distinta a la efectivamente querida aquéllas en el momento de contratar. Para la realización de esta actividad los jueces se sirven del criterio de lo que hubiera decidido una persona razonable (“reasonable person”) en el caso concreto en el lugar de las partes. Un ejemplo de “construction” se da en aquellos casos en los que los tribunales deben cubrir una laguna en el contrato debido a la superveniencia de un acontecimiento no previsto por las partes y en relación con el que no incluyeron ninguna cláusula contractual.

En el Derecho americano es frecuente también acudir al término “reformation” para la modificación judicial de las obligaciones en los casos en los que tales acontecimientos sobrevenidos alteren el equilibrio de las prestaciones (por ejemplo, es el instrumento del que se sirvió el tribunal para modificar el contrato en el famoso caso “Alcoa”)<sup>45</sup>.

---

<sup>44</sup> Cfr. Kniffin, 1998: 25 y ss.

<sup>45</sup> Treitel, 1994: 529.

En principio, el remedio de la “reformation” estaba pensado para dos clases de supuestos: 1) para los casos en los que existe un error de tipo mecanográfico en el contrato, etc.; 2) cuando las partes no han elegido los términos apropiados en la redacción del contrato lo que provoca que no se produzcan los efectos pretendidos, quedando una de las partes en desventaja frente a la otra<sup>46</sup>. La “reformation” exige una previa labor de interpretación por parte del juez.

A pesar de que muchas veces los tribunales se muestran cautelosos en las tareas de “interpretation”, “reformation” o “imply a term”, sobre la base de que el juez no puede celebrar contratos por las partes<sup>47</sup>, muchas veces, cuando ocurren circunstancias imprevistas, los tribunales exigen el cumplimiento del contrato como lo exigirían individuos que se comportan de modo razonable y de buena fe (“who deal fairly and in good faith”). De este modo, los riesgos imprevistos se distribuyen justamente entre las partes impidiendo que una de ellas obtenga una ganancia desproporcionada a costa de la otra. En este sentido, en opinión de Kniffin<sup>48</sup>, no se puede decir que el tribunal realice un contrato en el lugar de las partes. Al contrario, aquél declara cómo será la operación legal del propio contrato entre las partes en atención al actual desarrollo de los acontecimientos según las exigencias impuestas por la buena fe en la contratación. Incluso mediante actividades tales como “interpretation”, “implication” o “construction” puede ser que los tribunales lleguen a la conclusión de que el cumplimiento estaba sujeto a una determinada condición, de modo que aquél no puede exigirse a menos que tal condición se cumpla.

En relación con el principio según el que los jueces no pueden realizar contratos por las partes, en un primer momento (como se ha visto antes en los países del “common law” hasta el S.XIX se pensaba que la imposibilidad sobrevenida no representaba un límite válido a la eficacia vinculante del contrato) en relación con la doctrina de la “impossibility”, los jueces empleaban la ficción de la condición implícita (“implied term”) incluida en el acuerdo, según la que las partes presuponían que determinadas circunstancias esenciales para el cumplimiento, existentes en el

---

<sup>46</sup> Cfr. Kniffin, 1998: 177.

<sup>47</sup> Cfr. Kniffin, 1998: 184.

<sup>48</sup> Cfr. Kniffin, 1998: 191.



momento de la celebración del contrato, se mantendrán en el futuro<sup>49</sup>. En este sentido, el contrato se debe considerar sujeto a condición porque así lo requiere la justicia del caso en atención a los usos comerciales, la buena fe en la contratación, etc. En esta tarea los jueces se servían de expresiones tales como la “presumed common intention of the parties”, “implied condition”, “implication”, “basic assumptions”, etc.

Sin embargo, la doctrina se muestra crítica con esta interpretación jurisprudencial. Así, según Corbin<sup>50</sup>, si realmente no existe esa condición se debe abandonar esta fórmula, ya que la doctrina de la imposibilidad fue creada por los tribunales para suplir los defectos del contrato, al no haber incluido las partes previsión expresa en cuanto al acontecimiento sobrevenido. Si las partes hubiesen previsto tal situación hubiesen tratado de preservar sus intereses configurando el contenido de las recíprocas prestaciones de determinada forma. Pero esa forma concreta no puede adivinarla el tribunal, que deberá limitarse a decidir si el contrato debe seguir vinculando a las partes o no.

### 1.3.3. La actividad judicial de “imply a term” en el contrato.

---

<sup>49</sup> Vid. Jaeger, 1978: 28 y ss. Como apunta Treitel (1994: 579), éste es el criterio del que se sirvió la jurisprudencia en la decisión del caso *Taylor v. Cadwell* [1863] E.R., págs. 309 y ss. Por otro lado, entiende Collins (1997: 275) que los jueces anglosajones no siempre acceden a la aplicación de la doctrina de la “frustration of contract”. Muchas veces prefieren decidir los litigios con base en la construcción de términos contractuales, en consecuencia, en los casos de cambios de circunstancias, los tribunales interpretan el contrato de modo que en su verdadera formulación aquél contiene una previsión para tales contingencias. En teoría existe una profunda diferencia por un lado, entre las reglas que permiten la revisión judicial del contrato con base en la “frustration of contract” y por otro lado, entre las técnicas de reconstrucción del contrato, que tienden a garantizar la voluntad implícita de las partes. Sin embargo, en la práctica estos dos métodos resultan difíciles de distinguir.

Existe un principio según el que el riesgo es asumido por aquella de las partes sobre la que recae la pérdida. No obstante, en los casos de frustración del contrato los tribunales entienden que algunos riesgos están cubiertos por una cláusula implícita que automáticamente pone fin al contrato liberando a las partes de sus obligaciones futuras. Por ejemplo, es la decisión que subyace en el caso “*Taylor v. Cadwell*”. Otra forma de reconstrucción contractual es la de interpretar que el fin de la distribución de los riesgos contractuales no incluye los acontecimientos que han tenido lugar. Esta solución se puede ver en el caso “*Davis Contractors*”. En este caso, el cambio de circunstancias no alteró el significado de la obligación del contratista, sino que lo convirtió en más oneroso. La tercera de las técnicas de “construction of contract” parte de la base de que cada contrato descansa sobre la asunción básica de determinados hechos compartida por las partes. Si dicha asunción resulta ser falsa, el tribunal concluye que se debe poner fin al contrato. Por ejemplo, es la decisión del tribunal en el caso “*Krell v. Henry*”.

<sup>50</sup> Corbin, 1962: 357 y ss.

En el Derecho británico, la interpretación debe estar también encaminada a la búsqueda de la verdadera voluntad contractual. En este sentido, los términos del contrato deben interpretarse según su verdadero significado. Sin embargo, el proceso de imputación de una determinada intención a las partes puede ser complicado, ya que puede estar mediatizada por la propia visión del tribunal acerca de cuál es la intención de aquéllas<sup>51</sup>.

Como se ha señalado anteriormente, también se admite en el Derecho británico la actividad judicial de colmar lagunas en el contrato (“imply a term”). Para ello se puede acudir a las normas legales (“terms implied by law/by statute”<sup>52</sup>), a las costumbres (“terms implied by costum”) e incluso a los precedentes judiciales (“terms implied by courts”)<sup>53</sup>. Asimismo los tribunales pueden realizar una actividad de “imply in fact” en aquellos supuestos en los que las partes no hayan expresado su voluntad respecto a una cuestión determinada. En este caso se debe dar a la transacción la eficacia pretendida por las partes. Pero esta actividad judicial debe cumplir una serie de requisitos<sup>54</sup>: 1) debe ser razonable y satisfacer exigencias de

---

<sup>51</sup> McKendrick, 1997: 168 y ss.; Treitel, 1999: 149; Collins, 1997: 212 y ss. Según este último autor, aunque se ha dicho que el objetivo de la interpretación es la búsqueda de la verdadera voluntad de las partes, es necesario un test de tipo objetivo para averiguar cuál es el contenido del contrato (ya que de otro modo una de las partes siempre podría alegar que el acuerdo escrito no se corresponde con sus verdaderos intereses). Puede ser que las partes celebren el contrato movidas por determinados motivos, pero estos se deben considerar irrelevantes. La interpretación según criterios de tipo objetivo consiste en el análisis del contenido del contrato en el contexto en que el mismo se celebró. Así como también se habrá de tener en cuenta el valor que la declaración de voluntad tuvo para la contraparte, según el significado objetivo de las palabras, etc.

<sup>52</sup> Según Kötz (1998: 276), el concepto anglosajón de “terms implied by law” no es sino la aplicación del Derecho dispositivo a un supuesto no regulado por las partes (como sucede en los países de Derecho continental). No obstante, en el Derecho anglosajón no es muy frecuente que existan normas de derecho dispositivo. En su ausencia, los jueces aplican reglas que han desarrollado en relación a contratos típicos como la compraventa, el transporte o el seguro. Por ejemplo, si el contrato de obra no contiene ningún acuerdo explícito en cuanto a la calidad de la misma, los tribunales sostienen que existe un pacto implícito según el que la obra debe realizarse correctamente, el constructor debe proporcionar bienes de determinada calidad y el inmueble debe reunir las condiciones de habitabilidad adecuadas en el momento de la conclusión de la obra.

<sup>53</sup> Cfr. Cheshire et alii (1991: 133 y ss.): “Terms implied by costum” (el contrato queda sujeto a cláusulas sancionadas por una costumbre), “terms implied by statute” (por ejemplo, la Sale of Goods Act sería aplicable a menos que las partes dispongan otra cosa), “terms implied by the courts” (por ejemplo, desde hace años se viene incorporando al contrato de arrendamiento de vivienda una cláusula según la que la misma debe estar en condiciones de habitabilidad en el tiempo previsto para el comienzo del arrendamiento).

<sup>54</sup> Vid. McKendrick, 1997: 173; Fridman, 1999: 501 y ss.; Grubb, 1999: 457. En opinión de Collins (1997: 221 y ss.) el poder que tienen los jueces de incluir cláusulas en el contrato se debe ejercer de modo cauteloso en la medida en que se puede poner en peligro la libertad de las partes de creación de

equidad; 2) debe ser necesaria para dar eficacia al contrato; 3) el pacto incluido debe ser tan obvio que prácticamente es innecesaria su introducción (“it goes without saying”); 4) debe formularse de modo preciso; y 5) no debe contradecir ninguna cláusula expresa del contrato. Aunque en el Derecho británico rige también la regla según la que los tribunales no pueden celebrar contratos en lugar de las partes, al menos están capacitados para colmar lagunas contractuales (mediante la actividad de “imply a term”) en tanto en cuanto las partes hayan manifestado una mínima intención contractual<sup>55</sup>.

Para esa actividad de completar lagunas contractuales los jueces tratan de averiguar lo que hubiese sugerido un “officious bystander”, es decir, aquella persona ajena a la relación contractual que está presente en el momento en el que las partes realizan sus negociaciones. En este momento, este “officious bystander” hubiese formulado una regla contractual para un aspecto determinado que hubiera sido aceptada sin reservas por los contratantes. Además con la inclusión de esa cláusula contractual los tribunales tratan de conceder “business efficacy” al contrato. Con ello, los tribunales examinan los objetivos de las partes cuando celebran el contrato y tratan de inferir su intención a la luz de aquellos objetivos. Entonces incluyen cláusulas en el contrato para hacer efectivos esos objetivos o al menos, para que los mismos no se vean frustrados (este último criterio es el que guió la decisión del tribunal en el caso “Moorcock” )<sup>56</sup>.

Los “implied terms” se presentan como “default rules”, es decir, reglas que las partes hubiesen aceptado si los costes de negociación hubiesen sido nulos o muy bajos. En este sentido, se entiende que si las partes no han alcanzado ningún acuerdo

---

sus obligaciones contractuales. De ahí la necesidad de fijar límites a esa actividad judicial. Entre ellos, que dichas cláusulas incluidas por los tribunales no contradigan el acuerdo expreso de las partes. Además es necesario que los jueces consideren la inclusión de la cláusula como justa y razonable.

<sup>55</sup> Fridman, 1999: 515.

<sup>56</sup> Según Brown et Chandler (2001: 73-74), el tribunal puede ser requerido para incluir una cláusula en el contrato cuando las partes se han puesto de acuerdo solamente en cuanto a los aspectos esenciales del contrato. Hay dos tipos esenciales de “implied terms”: 1) los tribunales tratan de completar la voluntad inexpresada de las partes, para ello es necesario que a) sea imprescindible para dar eficacia jurídica al contrato, b) debe ser tan obvio que ambas partes pretendieron que formase parte del acuerdo (“the officious bystander test”), c) existe una costumbre que es cierta, notoria y jurídica; 2) En determinadas relaciones contractuales la ley tiende a imponer un modelo o a estandarizar un conjunto

respecto a esta cuestión ha sido por falta de tiempo o de recursos o porque simplemente no quisieron entrar en tanto detalle por temor a no alcanzar un acuerdo.

De lo que antecede se puede extraer que, para completar las lagunas del contrato, el juez puede servirse de distintas fuentes de integración<sup>57</sup>. Una de ellas es la intención común de las partes en el contrato. En este caso, la cláusula incluida por el juez debe ser tan obvia y esencial para el acuerdo que no hizo falta estipularla expresamente en el mismo<sup>58</sup>.

Otra de ellas es acudir a las normas que regulan los distintos tipos contractuales o a las transacciones estándar que se dan en el tráfico comercial (por ejemplo, en los contratos de arrendamiento de servicios el que realiza el servicio tiene el deber de comportarse diligentemente, este deber se considera como un “implied term” o en los contratos de compraventa se contiene una cláusula implícita según la que los bienes deben tener una calidad adecuada según su uso normal<sup>59</sup>).

---

de cláusulas como una forma de ordenación. Vid. asimismo, Elliot et Quinn, 2001: 92 y ss.; Guest, 1994: 619 y ss.; Collins, 1997: 224 y ss.; Cheshire et alii, 1991: 143 y ss.

<sup>57</sup> Fridman, 1999: 675 y ss.; Collins, 1997: 222 y ss. En opinión del segundo autor, mediante la actividad de “imply a term”, el juez no debe realizar un análisis de tipo subjetivo, ya que no se trata de buscar la intención particular de cada contratante, sino que la investigación debe ser de tipo objetivo, desde el punto de vista de un observador razonable o del observador con conocimiento de lo que las partes han dicho o hecho.

<sup>58</sup> Vid. Upex (1995: 66 y ss.): se puede incluir una cláusula en el contrato allí donde sea necesario para poner el contrato de acuerdo con la intención de las partes. Lo que se pretende entonces es la búsqueda de la intención presunta de aquéllas. Para ello es necesario un estudio de la totalidad de las circunstancias de la transacción. En relación con tal acuerdo implícito, no basta con que sea razonable, sino que debe ser obvio y necesario. “Prima facie that in which in any contract is left to be implied and need not to be expressed is something so obvious that it goes without saying; so that, if, while the parties were making their bargain, an officious bystander were to suggest some express provision for it in their agreement they would testily suppress him with a common: “Oh, of course”.

<sup>59</sup> Un ejemplo de “implied term” se puede ver en el caso *Liverpool City Council v. Irwin* [1977] A.C., págs. 239 y ss. En este caso “Liverpool City Council” era propietario de un bloque de apartamentos que fue arrendado a Irwin. El contrato contenía una serie de cláusulas relativas a las obligaciones del arrendatario, pero decía poco respecto a las obligaciones del arrendador. Los arrendatarios se negaron a pagar las rentas porque el arrendador había incumplido su obligación de mantener los lugares comunes del inmueble (ascensores, escaleras, etc.). En este sentido, se planteó si el dueño había incumplido una cláusula implícita en el contrato acerca del mantenimiento de los lugares comunes del inmueble. El tribunal estimó que se debía completar el contenido del acuerdo teniendo en cuenta que en los contratos de arrendamiento de edificios existe una cláusula implícita según la que el dueño está obligado a realizar actividades de mantenimiento de los elementos comunes del inmueble. Esta previsión contractual coloca los costes de mantenimiento sobre el dueño. El tribunal eligió esta solución porque parece ser la más eficiente, ya que sería difícil y costoso para los arrendatarios realizar esas actividades de mantenimiento.

El análisis económico del Derecho justifica la actividad judicial de incluir cláusulas en el contrato en que mediante la misma se consigue mejorar la eficiencia económica. Las “default rules” sirven para ahorrar costes de transacción, ya que permiten a las partes evitar los costes de negociar cada detalle de su acuerdo cada vez que celebran un contrato, puesto que son conscientes de que los tribunales colmarán las posibles lagunas del modo usual<sup>60</sup>.

En consecuencia, según el análisis económico del Derecho, los tribunales deberán seleccionar aquellas cláusulas implícitas que las partes hubiesen acordado en ausencia de costes de transacción. Sin embargo, esta regla resulta difícil de concretar en la práctica<sup>61</sup>. Más bien lo que los tribunales hacen mediante la “implication of terms” es estructurar los contratos de modo que incorporen una distribución justa de los riesgos. Por lo tanto, la justificación de los “implied terms” no descansa tanto en la intención de las partes, cuanto en la visión del tribunal acerca de cuáles son las expectativas razonables de los contratantes<sup>62</sup>.

---

<sup>60</sup> Sobre esta cuestión cfr. Collins, 1997: 227; Riley, 2000: 382 y ss.

<sup>61</sup> En contra de esta justificación se encuentra Collins (1997: 230), ya que difícilmente los que participan en el mercado son conscientes de esta oportunidad de ahorrar costes de transacción. En el fondo de ese proceso parece esconderse el deseo del tribunal de estructurar el contrato de modo que incorpore una distribución del riesgo justa y práctica.

<sup>62</sup> Según Riley (2000: 367 y ss.), las “default rules” podrían fundamentarse, desde un punto de vista subjetivo, en el consentimiento de las partes contratantes, o desde un punto de vista objetivo, en criterios de eficiencia económica. En su opinión, resulta más correcta la combinación de ambos argumentos. Por otro lado, como señala Fridman (1999: 686), en la práctica jurisprudencial no está claro si el juez debe “imply a term” en el contrato desde un punto de vista objetivo (según el parámetro del hombre razonable) o desde un punto de vista subjetivo (búsqueda de la voluntad real de las partes). El problema es que no existe ninguna opinión unánime al respecto. Los tribunales en distintas épocas y en distintas jurisdicciones han proporcionado opiniones diversas al respecto, de modo que no se puede decir que exista una tendencia dominante frente a otra. A pesar de que se puede observar cierta tendencia a la objetividad mediante el empleo de la fórmula del “reasonable man” o “the reasonable officious bystander”, algunas de las decisiones, y también algunos *obiter dicta*, parecen sugerir que el tribunal decide el litigio tratando de construir la voluntad de una de las partes contratantes o de ambas en el momento de la celebración del contrato, o a veces, incluso realizan contratos por las partes según lo que el tribunal considera que es lo justo, teniendo en cuenta las circunstancias que rodean el contrato. A juicio de Brownsword (1993: 262 y ss.), cuando los tribunales realizan la actividad de “imply a term” muchas veces los términos implícitos no tienen fundamento en el propio contrato. Ello demuestra que el contrato, según un modelo moderno, es una manifestación de buena fe y trato razonable, en el sentido de que una de las partes no puede obtener ventaja de la otra. De este modo, el modelo moderno de tipo contractual difiere del modelo clásico. Podría decirse que la ética contractual en el modelo moderno evoluciona desde la competición hasta la cooperación.

#### 1.4. La interpretación del contrato según la doctrina española: acerca de las posibilidades de la “autointegración” y de la interpretación integradora del contrato.

##### 1.4.1. Concepto de interpretación contractual.

Según voces autorizadas en la doctrina española, interpretar el contrato consiste en determinar el sentido y alcance de la reglamentación intersubjetiva que nace de la concorde voluntad de las partes sobre un objeto y un concreto fin económico-social (art. 1261 CC). Como las reglas de interpretación del contrato están dirigidas a la fijación del contenido de la concreta reglamentación contractual, en la actividad de interpretación se debe conceder primacía a la voluntad de los contratantes<sup>63</sup>.

En cuanto a la polémica existente acerca del predominio del valor de la declaración frente a la voluntad interna, en opinión del profesor Ángel López<sup>64</sup>, debe

---

<sup>63</sup> Esta es la definición de interpretación que aporta López, 1995: 2 y ss. Muy próximo a este autor se encuentra Díez-Picazo (1996: 403 y ss.), que propone como medios interpretativos útiles: la interpretación finalista del contrato y la función del tipo contractual. En su opinión, para conocer el sentido de un contrato, se debe averiguar con anterioridad el sustrato económico sobre el que se funda, el juego de intereses que en él subyace y el intento práctico de la regulación que mediante el contrato las partes han tratado de dar a esos intereses. La interpretación finalista tiene en cuenta la función económico-social que la regulación legal otorga al tipo, pero también ha de valorarse la causa concreta del contrato. Esta interpretación finalista está sancionada en distintos preceptos del Código civil: art. 1286, 1284. Por otro lado, según Cano (1971: 194) una definición de interpretación sería la siguiente: “es un proceso mental que conduce al intérprete, a través de las reglas dadas por el legislador, a declarar el sentido y alcance de lo querido por las partes, y subsiguientemente, las normas jurídicas y efectos que le son de aplicación”.

<sup>64</sup> López, 1995: 4. En relación con esta polémica entiende el profesor Miquel (1981: 790), que ha resultado estéril. En la jurisprudencia del TS, la línea común discurre por la teoría de la voluntad con numerosas atenuaciones en favor de teoría de la declaración. En su opinión, (Miquel, 1985: 803) es conveniente distinguir entre el hablar concreto y la lengua abstracta, es un error creer que lo hablado es lengua, el no advertir que la lengua consignada en la gramática y en el diccionario es sólo el instrumento del hablar y su marco histórico de posibilidades. Así el lenguaje no dice las condiciones contextuales, porque no es necesario que las elija, pero las utiliza, y por tanto, la expresión real las indica y las contiene. Asimismo Betti (1975: 356) critica a la teoría de la voluntad y la teoría de la declaración que ambas pecan de unilateralidad en la visión del problema, aunque sea en sentido opuesto. La teoría de la voluntad está mal planteada, ya que la voluntad interna no adquiere relevancia jurídica a menos que sea reconocible bajo la forma de declaración o de comportamiento. Cuando la ley (art. 1362 CC italiano: “Nell'interpretare il contratto si deve indagare quale sia stata la comune intenzione delle parti e non limitarsi al senso letterale delle parole. Per determinare la comune intenzione delle parti, si deve valutare il loro comportamento complessivo anche posteriore alla conclusione del contratto”) exige dar relevancia a la común intención de las partes frente al sentido literal de las palabras, entiende por tal la intención común, no la voluntad inexpresada de cada una de las partes que permanece en el ámbito interno de la conciencia. Esta voluntad común debe interpretarse

prevalecer la voluntad real sobre la declarada, lo que sucede es que ello debe matizarse, ya que para el Derecho sólo es reconocible una voluntad exteriorizada y protegible una conducta jurídicamente significativa si se amolda al principio general de la buena fe. De este modo, la divergencia entre la voluntad real y la declarada deberá probarse. Según el autor, esta tesis está de acuerdo con la impronta espiritualista de nuestro Derecho, consagrada por el Ordenamiento de Alcalá<sup>65</sup>.

El intérprete debe buscar la común intención de los contratantes. Así, el autor anteriormente citado se muestra partidario de la tesis de Betti<sup>66</sup>, de modo que la intención se objetiva en la medida en que es común. Sin embargo, no hay que extremar esa objetivación, ni entender que queda vetada al intérprete una investigación del particular modo de entender la declaración, ya que tal limitación privaría de la posibilidad de averiguar la eventual existencia de una discordancia entre declaración y voluntad, o un vicio de ésta. Además de que una indagación del querer real de cada contratante, de su voluntad psicológica, puede ser muy útil para determinar el verdadero contenido de la comunidad de intención que constituye el eje principal del contrato. La declaración de voluntad no tiene una vida independiente que necesite ser explicada según referencias objetivas exclusivamente (como sería el modo habitual de entender la declaración en el tráfico). Esa común intención se debe apreciar en el contexto subjetivo de los interesados, tal como especifica la jurisprudencia al declarar que los términos de las declaraciones de voluntad han de ser comprendidos como las partes concordemente quisieron que se entendieran, aunque en el caso concreto difieran de lo que es usual en el tráfico o de lo que resulta según el sentido literal de las palabras. Cuando el Código habla de actos coetáneos a la celebración del contrato se refiere al entorno donde el contrato se desenvuelve, que

---

no según la letra de las palabras, sino según su espíritu, en función del comportamiento de las partes de que procede y de la situación de hecho en que se encuadra.

<sup>65</sup> En este mismo sentido, cfr. Cano, 1971: 196.

<sup>66</sup> López, 1995: 40. En cuanto al objeto de la interpretación, en opinión de Betti (1975: 347) no es la voluntad interna, cuando permanezca oculta, sino la declaración o el comportamiento encuadrado en el marco de circunstancias que le conceden significado y valor. Lo que hay que tener en cuenta no es el tenor de las palabras o la materialidad del significado, sino la situación objetiva en que aquéllas vienen pronunciadas, es decir, el conjunto de circunstancias que en las que tal declaración o comportamiento se encuadran como en su natural marco, asumiendo, de acuerdo con la conciencia social, su típico significado y relieve.

no es necesariamente el entorno social u objetivo, sino el constituido por su especial conducta. En este sentido, entiende gran parte de la doctrina española que los actos antecedentes pueden ser de gran relevancia para determinar la voluntad contractual de las partes<sup>67</sup>.

#### 1.4.2. Distinción entre interpretación e integración.

Por otro lado, según López<sup>68</sup>, la integración del contrato tiene como finalidad buscar reglas de la disciplina contractual que la declaración de voluntad no suministra, bien porque aparece lagunosa en un punto o puntos concretos, bien porque el ordenamiento ha predispuesto la entera reglamentación contractual a través de un concurso de fuentes normativas, sin conceder la exclusiva de la regulación a la autonomía de los particulares. La norma que se refiere a la integración del contrato en el CC, art. 1258, nos pone en conexión con criterios de integración de tipo objetivo.

---

<sup>67</sup> Según entiende López (1995: 42) siguiendo a Lacruz (1999: 502). En opinión de este último, los actos que más luz pueden arrojar son los anteriores al contrato, aunque el precepto los omita. Se trata de aquellos actos realizados cuando las partes se hallan en los tratos precontractuales, en los que la contraposición de intereses viene planteada en otros términos, ya que aquí ambas partes quieren llegar a un acuerdo, mientras que a partir del momento de la conclusión del contrato, cada parte pretenderá con sus actos obtener del acuerdo concluido el resultado más favorable para ella. En este mismo sentido, en opinión de Díez-Picazo (1996: 403): “Lo que hemos llamado comportamiento interpretativo ha de conjugarse con lo que hemos llamado también interpretación histórica del contrato y en modo alguno puede decirse que una de las vías de interpretación excluya a la otra, pues una y otra han de ser tenidas por complementarias. En este sentido, (...) el art. 1282 manda atender, para interpretar el contrato, a los actos de los contratantes coetáneos y posteriores al contrato, si bien la jurisprudencia, con buen sentido, ha señalado que en la misma línea han de valorarse también los actos anteriores”. También según Traviesas (1925: 45) para juzgar cuál sea la intención común de los contratantes se debe prestar atención a los actos coetáneos y posteriores al contrato. “Esos actos pueden servir a modo de interpretación auténtica del negocio, pueden revelar cuál es la voluntad de las partes. Pero no se excluye que se tengan en cuenta, al interpretar, los actos anteriores al contrato”.

<sup>68</sup> López, 1995: 7 y ss. En cuanto a las diferencias entre la interpretación y la integración cfr. Lacruz (1999: 505): la primera está encaminada a discernir las dificultades de expresión de los contratantes, mientras que la segunda a resolver las planteadas por la falta de voluntad respecto a un problema concreto. La integración opera necesariamente en todos aquellos supuestos en los que las partes no han previsto en el texto del acuerdo cuál es el comportamiento que las partes y especialmente el deudor, deben adoptar frente a una determinada situación. Esto puede darse frecuentemente en la práctica, ya que es muy difícil que las partes puedan tener presente todas las implicaciones de lo convenido en el momento de otorgar, así como tampoco podrán prever todas las contingencias que puedan surgir en el futuro. Cfr. asimismo Betti, 1975: 224 y ss.: la integración de un acto jurídico es una operación subsiguiente a la interpretación en cuanto destinada a colmar las lagunas que ésta ha puesto de relieve y que no acierta a colmar con éxito partiendo del desarrollo lógico de su significado objetivo.



Uno de los criterios de integración del contrato previstos en el art. 1258 CC es la buena fe<sup>69</sup>. Mediante la buena fe se trata de integrar y corregir la voluntad privada que ha dado vida al negocio, produciendo de este modo efectos que no derivan de ella porque la voluntad privada no es siempre capaz de prever todas las posibilidades que derivan del contenido del contrato. En este sentido, es inútil recurrir a una hipotética voluntad de las partes, ya que la buena fe como criterio de integración del contrato supone la inexistencia de disposiciones expresas de las partes (aunque la buena fe también puede actuar como criterio de interpretación de la declaración de voluntad).

*Ejemplos de integración en la jurisprudencia española.*

En la jurisprudencia, la buena fe como fuente de un pacto implícito se puede observar en la STS 5 enero 1980 (RJ 1980, 19) en la que el TS accede a modificar el contrato de compraventa celebrado por las partes.

Las partes litigantes habían celebrado un contrato de compraventa de un inmueble para construir un chalet. En este caso, el emplazamiento de dicha parcela era de importancia fundamental, ya que precisamente la parcela se había elegido por la vista panorámica al Peñón de Ifach y la bahía de Calpe. En consecuencia, los compradores exigieron al vendedor garantía de que no se iba a edificar en la parcela colindante. Finalmente el vendedor incumplió aquella obligación de garantía, determinante de un mayor precio de la indicada parcela. En consecuencia, el tribunal estima procedente la reducción del precio estipulado (40.000 marcos alemanes) en la mitad (20.000 marcos).

En opinión del TS, “esa reducción de precio es ineludible consecuencia de la situación de buena fe contractual derivada de una recíproca confianza, debido a la expresada fijación de un mayor precio con base en la efectividad de la tan citada

---

<sup>69</sup> En relación con la buena fe como medio de integración del contrato, vid. Roca Guillamón, 1982: 456. El autor define la buena fe *ex art. 1258* “como un deber de comportamiento, de manera que, aun de acuerdo con los usos, la ley y los pactos, en determinadas circunstancias no se lesione el interés de la otra parte conscientemente al quedarse en los límites de la tutela del interés propio, dejando

obligación asumida y no acreditada como cumplida hasta ahora por el tan aludido vendedor, productor de una justa equivalencia en las respectivas prestaciones, porque la normativa contenida explícitamente en el art. 1258 CC y genéricamente en el art. 7.º del propio Cuerpo legal sustantivo, en cuanto reconocen que los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe, determina que en todo negocio jurídico lo esencial a tener en cuenta, en orden a sus efectos, sea conocer la voluntad de los en él intervinientes, con el fin de autenticar cuál fuere la inspiración y propósito a que responde, como para decidir sus consecuencias en derecho, función de la llamada interpretación, que lo mismo puede versar sobre el texto o convenciones escritas o verbales, en que la voluntad se hubiese exteriorizado, que respecto al comportamiento contractual, y más en cuanto afecta al fin económico, que tiene tan constante aplicación y trascendencia en la esfera del derecho privado y que frecuentemente ilumina con potente luz la conducta de las personas en sus relaciones de índole jurídica, toda vez que, según ya ha tenido ocasión de declarar esta Sala en sentencia de 16 noviembre 1979 (RJ 1979, 3850), en virtud de la regla de derecho procesal «da mihi factum, ego dabo tibi ius», en toda relación jurídica, como revelación objetiva que es la esencial indagadora de la voluntad reflejada en el consentimiento, lo fundamental que hay que proteger es la confianza, ya que el no hacerlo es atacar a la buena fe, que ciertamente se basa en una coherencia de comportamiento en las relaciones humanas y negociales, dado que cuando unas determinadas personas, dentro de un convenio jurídico, han suscitado con su conducta contractual una confianza mutua fundada, conforme a la buena fe, en una determinada situación, no debe defraudar esa confianza suscitada, y es inadmisibles toda actuación incompatible con ella, por la sencilla razón que, como ya viene dicho, la exigencia jurídica del comportamiento coherente está vinculada de manera estrecha a la buena fe y a la protección de la confianza, y concretamente a que en el caso ahora examinado el vendedor vea reducido el precio de la compraventa cuestionada por causa del incumplimiento de la tan repetida obligación asumida, puesto que si precisamente el precio convenido venía determinado cual queda expresado, con base

---

incumplidos ciertos deberes secundarios, de actuación o de omisión que puedan afectar positiva o negativamente al interés contractual de la otra parte”.

en la efectividad de tal obligación del vendedor, la lógica, y por derivación el derecho, imponer que dicho precio se reduzca en tendencia al logro de un justo equilibrio entre las respectivas prestaciones de vendedor y comprador”.

Por otro lado, en el caso de la STS 8 noviembre 1983 (RJ 1983, 6068) el TS se sirve de la interpretación para modificar el contrato. En este supuesto en cuestión el TS añade a un contrato verbal de obra una cláusula no pactada de revisión de precios.

Las partes litigantes habían celebrado un contrato, en cuya virtud el contratista se comprometía a efectuar unas obras de urbanización. Tanto el JPI como el Tribunal de apelación niegan que durante los diez años de vigencia del contrato de ejecución de obra rigieran los precios originarios y consideraron de equidad aceptar, al menos como tácitamente convenida, la revisión de precios. En opinión del TS (Considerando 3º de la sentencia): “es criterio de equidad impuesto por la buena fe y el uso a que alude el art. 1258 CC estimar que los precios se elevaron y son de aplicar al caso controvertido en la forma que la Sala de instancia apreció a tenor de las pruebas periciales practicadas en la litis; pues de seguir otro criterio se daría lugar a un enriquecimiento injusto por parte de la recurrente”. Además, “la interpretación admisible es la que atiende a la común intención de los contratantes, que no es la unilateral de la recurrente, sino la basada en la voluntad bilateral de ambos, quedando por tanto excluida la mera voluntad interna de cualquiera de los contratantes, que puede servir no obstante para concretar aquella voluntad común, como ha hecho la Sala «a quo», pues como declaró la sentencia de 13 abril 1981 y la de 30 abril 1982 (RJ 1982, 1970), para concretar la voluntad común no tendrá efecto la voluntad interna de un contratante si por su manifestación o declaración el otro contratante entendió cosa distinta según los usos y la buena fe, tal como pudo ocurrir en la fijación de precios en el contrato verbal originario; de modo que la intención en este caso de los contratantes, al haber de atender a una voluntad «común», no es lo que cada uno de ellos quiso sino lo que decida un observador imparcial, es decir, el Tribunal «a quo», con arreglo a lo pactado, a la buena fe, al uso y a la Ley, como se deduce del art. 1258, y en esa operación, como manifiesta la regulación legal, hay un predominio de elementos objetivos. (Es posible) por analogía, asignarse a los

contratos verbales, y entonces el uso y la costumbre del país a que se alude en su texto, según lo anteriormente razonado, sirven para suplir en contra de los intereses de la recurrente la omisión de cláusula o pacto sobre revisión de precios, tenidas en cuenta las circunstancias de tiempo y sobre todo la realidad social en que se han venido desarrollando los contratos de ejecución de obras de larga duración". En consecuencia, el TS declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto<sup>70</sup>.

Una sentencia muy interesante en relación con este tema es la STS 26 mayo 1990 (1990, 4852). En este caso, el TS extrae del principio de buena fe ex art. 1258 CC el deber del vendedor de entregar el inmueble en condiciones tales para ser destinado al fin previsto en el contrato.

Los antecedentes de hecho de la sentencia son los siguientes: las partes habían celebrado un contrato de compraventa de local de negocio (Cafetería-Heladería). Con posterioridad, el comprador ejerció acción de indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento contractual al no poder destinar el local al fin para el que fue adquirido, dadas las imposibilidades administrativas de orden urbanístico. El JPI estimó en parte la demanda. La AP confirmó la sentencia de instancia, si bien cambió las bases para el cálculo de la indemnización. El TS declaró no haber lugar al recurso de casación interpuesto.

---

<sup>70</sup> Se incluye una cláusula de actualización de los precios también en la STS 16 mayo 1984 (RJ 1984, 2416), que más que sobre interpretación contractual versa sobre integración del contrato. Las partes litigantes habían celebrado un contrato de renta vitalicia en el que se había pactado una actualización de la renta en un determinado porcentaje. El padre cedente ejercita demanda ante el JPI solicitando la revisión de las rentas puesto que el coste de la vida se había incrementado en un 243,5% y no había sido posible actualizar las rentas. Los demandados recurren en casación por infracción de las normas sobre interpretación de los contratos, ya que el juzgador de instancia había interpretado el contrato más allá de lo que las partes quisieron de modo claro (solamente fijaron la actualización para un período determinado y en un determinado porcentaje). El TS declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto. En opinión de Clavería (1984: 1669 y ss.) el sentido de esta sentencia hay que buscarlo en que en nuestro Derecho está vigente el principio nominalista (sobre este tema, en relación con la admisión por la jurisprudencia de las cláusulas de estabilización, cfr. Rojo, 1987: 4413 y ss.) en supuestos de deuda de dinero. En esta sentencia, el TS prescinde del texto del contrato e integra el mismo siguiendo criterios de justicia material informados por el valorismo. El TS rechaza la aplicación al caso de criterios de interpretación subjetiva porque no es posible, ante la oscuridad del clausulado llegar a conocer la verdadera voluntad de las partes. Además, porque no es claro que las dos partes quisieran lo mismo. De este modo, el Tribunal acudió a la integración, actividad, a juicio de Clavería, totalmente distinta de la hermeneútica.

Ante el motivo del recurso por falta de aplicación de los artículos 1281 y 1282 CC, entiende el TS (Fundamento de Derecho 3º) “que la función exegética contractual es privativa de la Sala de instancia y sólo puede combatirse y revisarse en casación cuando la realizada haya devenido ilógica, desorbitada, contradictoria o vulneradora de algún precepto legal, extremos que no pueden predicarse del presente caso, es lo cierto que tampoco se puede hablar de normas interpretativas cuando el fallo se sustenta en la prueba y no en la interpretación del contrato (...) como ocurre en el caso que nos ocupa, en el que, además la adquisición de un local comercial en primera línea de playa, de ciudad turística en época estival como Peñíscola, conlleva su entrega al comprador en condiciones tales que pueda explotarlo y obtener de él oportuno rendimiento económico, cual enseñan elementales máximas de experiencia y acreditó la prueba practicada, no ajustándose, por el contrario, a las normas de la sana crítica el pretender que su única finalidad era mantenerlo cerrado y obtener plusvalías en posterior transmisión, supuesto meramente hipotético carente del menor sustento probatorio, por lo que ha de decaer el motivo”.

Además (Fundamento de Derecho 4º), “idéntica suerte desestimatoria debe alcanzar el motivo cuarto, en el que, con el mismo amparo procesal, se denuncia «falta de aplicación de los arts. 1254, 1255, 1445 y 1461 del C. C., y aplicación indebida del 1258», al entender el recurrente que cumplió con la entrega del local y que el mismo era apto para realizar en el operaciones comerciales, al admitirse así por el Plan General de Ordenación Urbana del Municipio, pues, sobre hacer supuesto de la cuestión e ir en contra de lo sentado por el juzgador de instancia, olvida que constituye jurisprudencia consolidada que la obligación de saneamiento impuesta por el art. 1461 y desarrollada en los arts. 1484 y siguientes no es opuesta o incompatible con las reglas generales sobre obligaciones y contratos, entre las que se encuentra el citado art. 1258, que extiende la responsabilidad contractual a todas las derivaciones lógicas e incluso sobrevenidas que no pudo prever el comprador, pero hubo de conocer el vendedor, al que ha de exigírsele un comportamiento justo y honrado, conforme al principio general de la buena fe, no observado al conocer, sin advertirlo la suspensión de las obras y la imposibilidad de apertura del local y su explotación por el comprador”.

### 1.4.3. Las posibilidades de la autointegración en el Derecho español.

En otro orden de ideas, en cuanto a las posibilidades de la autointegración en el Derecho español, según la doctrina, son bastante reducidas. La búsqueda de lo que hubieran querido las partes, si se hubieran ocupado del problema, es casi imposible traducirlo en términos de intención común, ya que cada contratante lo hubiese resuelto del modo más favorable a sus intereses. La autointegración, en cuanto búsqueda de lo que las partes hubieran previsto como personas razonables y honradas, “sólo puede ser subsumido en esa peculiar fuente de integración que es la buena fe”<sup>71</sup>.

Asimismo, según el profesor Lacruz<sup>72</sup>, el principal problema de la autointegración reside en que cada una de las partes si hubiera previsto el problema lo hubiera resuelto del modo más favorable a sus intereses. En general, ese pretendido querer común se suele corresponder con el interés de uno solo de los contratantes. De ahí la necesidad de la heterointegración.

Como hemos visto, los tribunales americanos, en estos casos tratan de rehacer el contrato como lo hubiera hecho un hombre justo y razonable. Sin embargo, en estas situaciones se suele pasar de la autointegración a la integración del contrato por el juez, porque la figura del hombre justo y razonable implica una cierta concepción de la justicia por parte del tribunal<sup>73</sup>. En opinión de Lacruz<sup>74</sup>, la modificabilidad del

---

<sup>71</sup> En opinión de López (1995: 10 y ss.), no es posible una asimilación exclusiva del contrato al acuerdo de voluntades, ya que hay fuentes distintas a la voluntad de los particulares que tienen el papel de determinación de la reglamentación contractual. Desde su punto de vista, en la reglamentación contractual hay autodeterminaciones y heterodeterminaciones, y la técnica y el tratamiento interpretativo de unas y otras son absolutamente distintas. Ésta es también la tesis de Díez-Picazo (1993: 437) según quien “(e)l contrato no se integra porque las partes hayan dejado en él lagunas, ni se integra tampoco a partir de la voluntad presumible de las partes en relación con la ordenación de la laguna. Se trata de una ordenación objetiva de la relación contractual, introduciendo en ella reglas de conducta independientes en su origen de la voluntad de las partes”.

<sup>72</sup> Lacruz, 1999: 507.

<sup>73</sup> A favor de esta posibilidad parece encontrarse De Castro (1967: 78). Según este autor, una de las funciones de la interpretación es la función complementaria según la que se debe salir del ámbito estricto de la interpretación y pasar al de la conjetura. Cuando lo declarado es insuficiente para reglar debidamente la relación negocial, se hace necesario llenar las lagunas que se revelan existentes en el negocio. En este caso, se acude en primer lugar a la llamada «voluntad hipotética» o «interpretación

contrato sería consecuencia de la heterointegración. Según el autor citado, en los casos de alteración de las circunstancias, el juez estaría facultado para integrar las lagunas del contrato en función de las directrices trazadas por la voluntad de las partes, pero también del ambiente socioeconómico en el que se inserta aquella regulación, y de la función que cumple el contrato. De la combinación de los arts. 1258 y 1289 CC se desprende que la vigencia del contrato no puede quedar suprimida por la existencia de lagunas sobre circunstancias accidentales suyas, y entonces el Juez deberá resolver tales lagunas con arreglo al sistema y finalidad del contrato y a la buena fe, inspirándose en último término, en los criterios del art. 1289 CC.

*Ejemplos extraídos de la jurisprudencia española.*

Así, en la jurisprudencia, la mayor reciprocidad de intereses como criterio interpretativo se tiene en cuenta en la STS 24 octubre 1983 (RJ 1983, 5340). Las partes litigantes habían celebrado un contrato de permuta de solar por obra futura según el cual la parte de obra que se adjudicaría a cada uno de los propietarios del solar sería proporcional a sus respectivas aportaciones, sin que se aclarase exactamente cuáles iban a ser las respectivas superficies. Finalmente, uno de los cedentes percibió menos metros de los que había cedido. Ante la negativa del constructor de otorgar escritura por la que se cediese ese terreno edificado o compensarle económicamente, el cedente interpuso demanda que fue estimada por el JPI. Interpuesto recurso de apelación, la AT lo desestimó. El TS declaró no haber lugar al recurso de casación interpuesto.

Según el TS (Considerando 5º de la sentencia): “Que el motivo tercero imputa a la sentencia recurrida interpretación errónea del art. 1538 CC, argumentando que en el contrato celebrado con el constructor nada se expresó en punto a que los locales y pisos de los cedentes del solar tendrían distinta superficie con arreglo a las

---

objetiva», presumiendo que se quiso lo que hubiera sido la voluntad de un hombre razonable y prudente, si hubiera previsto la cuestión planteada, cuando ello no resulte posible, se acudirá a la integración de la regla negocial con las normas jurídicas supletorias.

<sup>74</sup> Lacruz, 1999: 507.

aportaciones, por lo que al disponer lo contrario la Sala «a quo» vulnera los términos de lo pactado; impugnación asimismo ineficaz, pues sobre que no se trata de problema que pueda ser resuelto con la estricta invocación de una norma limitada a definir la permuta, absteniéndose de acudir a las pautas de la exégesis negocial contenidas en los arts. 1281 y siguientes del propio Código, tanto el Juez como la Sala entienden correctamente que ante la no demostración de un acuerdo de los contendientes sobre el particular, supremos imperativos de justicia no consienten adjudicar a los interesados la misma superficie en el inmueble construido cuando tan acusada es la diferencia que presentaban los primitivos solares aportados para integrar el terreno edificado, solución igualitaria odiosa que estaría en decidida pugna con el principio cardinal que prohíbe el enriquecimiento injusto en perjuicio de otro, a lo que puede añadirse que en el ámbito patrimonial no son presumibles los actos de liberalidad ni la renuncia de derechos”.

Se desprende de la sentencia que el contrato de permuta de solar por obra futura no estaba claramente redactado. Parece que no se pacta expresamente que la superficie de los pisos y locales deba ser proporcional a la de los solares, tampoco se contienen las medidas exactas de éstos, pero sí que existe remisión a documentos. En opinión de Clavería<sup>75</sup>, “(p)ara indagar la reglamentación jurídica total de un determinado contrato es necesario llevar a cabo las siguientes operaciones: interpretación subjetiva, calificación, interpretación objetiva e integración”. Una vez determinada la voluntad de las partes en cuanto al contrato a celebrar (interpretación subjetiva), se procede a realizar una interpretación objetiva (arts. 1286 y ss). En el caso enjuiciado la calificación no es de tanta importancia. Los efectos del contrato no variarán si se trata de una permuta típica, etc. “No siendo claros los términos del contrato y dejando, por ello, serias dudas sobre la intención de los contratantes (o de algunos de ellos), no es admisible la interpretación- literal o contraria o diversa de la literal- que conduzca a efectos irregulares, carentes de razón de ser sin un motivo específico”. Si no consta un ánimo de liberalidad de uno de los contratantes a favor del otro, no se explica un enriquecimiento del segundo a costa del primero. En este

---

<sup>75</sup> Clavería, 1983: 1027.



caso no cabe duda acerca del deber del señor R.G. de entregar metros de inmueble o de dinero, deber derivado de la buena fe de los arts. 7º y 1258 CC, “este último destinado a regular la integración del contrato”. Podría también citarse el art. 1289 CC a favor de la mayor reciprocidad de intereses, el 1285 CC en cuanto a la remisión a las medidas a memorias y planos, o también del 1282 CC en relación con la posibilidad de utilizar el documento público como elemento interpretativo.

De la STS 12 noviembre 1984 (RJ 1984, 5548) se deduce que el intérprete debe buscar la finalidad del contrato, para lo que resulta de interés el análisis de las circunstancias que lo rodean. Los antecedentes de hecho de la sentencia son los siguientes: El Cabildo insular de Tenerife, tras haber declarado desierto el concurso para adjudicar en arrendamiento un inmueble e instalaciones hoteleras, lo otorgó a la entidad demandada mediante contrato con sujeción al pliego de condiciones económico-administrativas de dicho concurso. En éste se establecían que eran de cargo del arrendador las reformas y mejoras que necesitaba el hotel. En el contrato se estipuló una renta mínima que se devengaría desde la entrega del inmueble en tanto las obras no estuviesen terminadas. Transcurridos dos años, como la demandada no pagó renta alguna, el Cabildo reclamó una cantidad global equivalente al importe de la misma. A esto se opuso la demandada por entender que la renta le era exigible una vez las obras se hubieran terminado totalmente y reconvino contra el actor suplicando se le condenase a realizarlas. El JPI desestimó la demanda y la reconvención, la AT estimó la demanda y confirmó la desestimación de la reconvención. Interpuesto recurso de casación el TS declaró no haber lugar al mismo.

En opinión del TS (Considerando 2º de la sentencia): “la escritura pública, en la que se plasma el contrato de arrendamiento concertado entre las partes, así como el pliego de condiciones económico-administrativas que se incorpora a la misma, error que dice se produce, al establecer la Sala de instancia la afirmación de que «la renta señalada en porcentajes se debe desde la entrega a la arrendataria del negocio o industria, en las condiciones en que se encontraba, susceptible de explotación, como efectivamente ha hecho la arrendataria, sin subordinación alguna a la terminación de las obras de reforma y mejora, previstas en la condición posterior, que solamente

operan que entre en juego o no un límite mínimo al «quantum» de la participación en que la renta consiste», entendiéndose que tal error se produce, a la vista del contenido de la estipulación tercera del contrato, que determina el día «a quo», en que la renta comenzará a devengarse, y que viene supeditado a la realización total de las obras de reforma y mejoras a que se refieren las primeras y quinta condiciones económico-administrativas del citado pliego; motivo que ha de perecer, pues la consecuencia a la que la sentencia impugnada llegó, no lo fue por vía de una valoración probatoria, sino a través de la interpretación, tanto del contrato, como de las condiciones económico-administrativas al mismo incorporadas, en la integridad de su clausulado de aquí que la única vía para atacar tal exégesis, lo sea por la del número primero del dicho artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley Adjetiva, denunciando la infracción de las normas de hermenéutica contractual que, a su juicio, hubieran sido violadas, erróneamente interpretadas o indebidamente aplicadas”. De aceptarse la tesis de la recurrente, de acudir a una literal interpretación del contrato, prescindiendo del pliego de condiciones, por ella expresamente aceptado, ello conduciría al absurdo de que el tal arrendatario, hasta que las obras no se realicen, no está obligado a satisfacer renta de ningún tipo, después de recibir y explotar una industria hotelera, pese a las deficiencias de sus instalaciones, cuyo acomodo a la categoría del Hotel, es obligación impuesta al arrendador y que tampoco el arrendatario ha urgido, pensando en que mientras tal situación se dilate, no habrá, de acuerdo con su particular interpretación del contrato, de pagar merced alguna.

La labor exegética “ha de llevarse a cabo, tras un examen pormenorizado del contrato, en su clausulado, como un conjunto orgánico, sin detenerse exclusivamente en su literalidad, sino tratando de llegar al convencimiento de qué fue lo realmente convenido y querido por las partes, mas aún en aquellos casos en los que el sentido literal no sea lo suficientemente claro y explícito, o que la aparente claridad de unas cláusulas, sea desvanecida por otras, de aquí que para alcanzar cuáles hayan sido el espíritu y finalidad perseguido por el negocio, deba acudirse al examen y valoración de las circunstancias concurrentes, anteriores, coetáneas y posteriores, reveladoras de la total conducta de los interesados, que contempla el art. 1281 CC”.

En opinión de Vattier<sup>76</sup>, que comenta esta sentencia, son de importancia dos cuestiones: por un lado, la visión de la jurisprudencia sobre los arts. 1281 a 1289 CC, y por otro lado, la aproximación que hace entre la voluntad real de los contratantes y el «espíritu y finalidad del contrato». En este sentido, el espíritu y la finalidad del contrato es un criterio interpretativo de índole subjetiva, que procede del art. 3.1 CC “el cual representa la causa típica de dicho contrato y se debe asimilar, por tanto, a la naturaleza y objeto del mismo” según el art. 1286 CC “precepto que es el eje en torno al que gira la interpretación objetiva”.

Por último, en la STS 3 julio 1990 (1990, 5769) el TS acude a la interpretación para la actualización del precio convenido en el contrato de obra a pesar de que se trataba de un contrato de obra a precio alzado, ya que surgen necesidades imprevistas, en base a la buena fe contractual y el conocimiento del dueño de la obra del incremento de la misma.

Los antecedentes de hecho de la sentencia son los siguientes: «Construcciones San Martín, S. A.» ejercita demanda frente a la entidad «Alcampo, S. A.» solicitando el pago de la suma de 41.342.677 ptas. por obras realizadas por la misma que fue estimada en parte por el JPI. La AT revoca en parte la sentencia de primera instancia. El TS declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto.

Uno de los motivos de casación es el de infracción del art. 1255 CC, ya que lo pactado entre las partes en los contratos de 15-10-1981 era que para cualquier incremento de precio debían cumplirse los requisitos de estar debidamente numerada la orden de servicio, firmada por la demandada y aprobada por «Gesprad, S. A.». El motivo decae, según el TS (Fundamento de Derecho 4º) “tanto porque la Sala «a quo» al calificar el contrato y su condicionado expresa que «existen ciertas dificultades de interpretación de esas cláusulas contractuales sobre todo al no preverse de forma expresa las consecuencias de una realización urgente sin previa aprobación de Gesprad», lo que conduce a lo dispuesto en el art. 1288 del CC sobre la interpretación de las cláusulas oscuras, aparte de que no debe olvidarse el principio

---

<sup>76</sup> Vattier, 1985: 2145 y ss.

general del alcance de los efectos de todo contrato según prescribe el art. 1258 en cuanto que obligan además de lo expresamente pactado a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la Ley», siendo claro, por lo demás, que las obras imprevistas realizadas sin que se apartasen del fidelísimo diseño marcado para su aprobación, respondían a unas necesidades imprevistas y por ello ubicando su ejecutor, la actora en ese contratante de buena fe, y sin que, como se ha constatado, fuese en momento alguno desconocida su realización por la propia interesada”. Se rechaza igualmente la infracción de los arts. 1281-2 y 3 del C.C., “pues ante la claridad de las cláusulas contractuales transcritas insertas en los contratos de 15 octubre 1981, el desvío se ha producido al no respetarse por la Sala sentenciadora: sin perjuicio de que el problema de la interpretación de los contratos, es tarea reservada a la Sala de instancia y que en casación sólo puede acceder con éxito su impugnación cuando el resultado obtenido por el Tribunal sea ilógico o claramente vulnerador de la legalidad instituida, lo que no ha ocurrido en el litigio por lo antes razonado, ha de reiterarse que precisamente el uso de la norma de interpretación «ad hoc» antes seleccionada, el art. 1288 junto, entre otras, la de los arts. 1284 y 1285 del mismo C.C., conducen a ratificar el criterio sostenido en la sentencia y refutar por tanto el motivo; en el 4.º se denuncia la infracción del art. 1593 del C.C. en cuanto que el contrato causante es un contrato de obras a un precio alzado para la construcción de un edificio y entonces, sólo cabe el aumento del precio por aumento de la obra cuando exista autorización del propietario: La misma aquiescencia implícita y que se obtiene del conocimiento que en todo momento tuvo la demandada de la ejecución de las obras adicionales, con la presencia de sus equipos técnicos y especializados que se ha acreditado sin impugnación alguna por el 1692-4 cumplen de modo razonable ese requisito de la previa autorización, pues de lo contrario, se culminaría en una situación tan injusta que, pese a ese conocimiento, sin oposición alguna, y por la mera carencia hipotética de la formalidad autorizante, se privase al ejecutor o contratista de reclamar lo que legítimamente le corresponde frente al beneficiado por ese aumento de la obra”.

En conclusión, según Lacruz<sup>77</sup> y coincidiendo con él, el profesor Ángel López<sup>78</sup>, un cambio sobrevenido de las circunstancias con respecto a las tenidas en cuenta por las partes en el momento de la celebración del contrato debe resolverse de acuerdo con el principio de buena fe del art. 1258 CC, pero “no para considerar al contrato como un ente *a se*, desprendido de la intención de las partes y en busca del mayor equilibrio de intereses, sino, de acuerdo con la indudable voluntad del legislador y con el significado de los arts. 1091, 1255 y 1258 CC, respetando el equilibrio subjetivamente establecido por las partes y poniendo a cargo de cada una de ellas un *alea* de cualquier cambio de circunstancias mientras la alteración de éstas no exceda de aquellos límites que tales contratantes o uno de ellos pudieron tener presente en el momento de contratar, sin mengua de la buena fe”. En consecuencia, la resolución o la modificación del contrato debe relacionarse con la voluntad implícita de las partes según cada contrato. En este sentido, cuando la alteración de las circunstancias excede absolutamente a la normal previsión de aquéllas, sería absurdo defender el mantenimiento del contrato.

#### 1.4.4. La interpretación integradora del contrato en la doctrina española.

Dentro de la doctrina española, autores como Vattier defienden que es posible hablar de un concepto de interpretación integradora en nuestro Derecho<sup>79</sup>. En su opinión, la interpretación se distingue de la integración en que “se encamina, no sólo a descubrir la voluntad real de las partes en el caso concreto, sino a la reconstrucción del significado objetivo del acto o contrato y se extiende hasta puntos que no fueron objeto de reflexión consciente por los contratantes, mientras que la integración opera, en cambio, exclusivamente sobre los efectos del negocio y por aplicación de las

---

<sup>77</sup> Lacruz, 1999: 515.

<sup>78</sup> López (1995: 8): “Reconducir la autointegración, para evitar este escollo, no a lo que las partes hubieran previsto para sí, sino como personas razonables y honradas, no es otra cosa sino fabricar un estándar abstracto que no puede ser desenvuelto, dice Lacruz, sino como trabajo de los Tribunales: «Es en último término una descripción antropomórfica de la Justicia y del propio tribunal». O añado yo, sólo puede ser subsumido en esa peculiar fuente de integración que es la buena fe”.

<sup>79</sup> Vattier, 1985: 502.

normas supletorias”. La diferencia entre ambas reside en el objeto: la interpretación se refiere al supuesto de hecho, mientras que la integración a sus efectos. De ahí que la interpretación integradora pertenezca a la interpretación propiamente dicha, ya que se trata de averiguar el contenido implícito de la declaración de voluntad, independientemente de la inexistente voluntad presunta de los contratantes. De este modo, es posible colmar las lagunas existentes, previamente a la integración<sup>80</sup>.

Entiende el autor que la interpretación integradora “constituye una categoría autónoma de importante sustantividad normativa, que se distingue de la interpretación objetiva, además del objeto o materia de interpretación, por el carácter integrador de las normas que la regulan y por los medios interpretativos que cada una de ellas predispone”<sup>81</sup>. En el Código civil, de entre las normas dedicadas a la interpretación, los arts. 1286 y 1287 CC pertenecen a la interpretación integradora, porque la actuación de buena fe y de los usos les reviste de carácter integrativo, la última parte del art. 1287 CC hace tránsito de la interpretación a la integración, incluso el 1289 CC sería una norma de integración, más que una norma de interpretación, ya que “no indica un camino o un método de interpretación, sino que determina por sí mismo el alcance que ha de darse a la declaración negocial, precepto que, aun colocado bajo la rúbrica de la interpretación, tiene un significado casi exclusivamente integrativo”<sup>82</sup>. Los criterios de integración de los que se sirven estos preceptos son los siguientes: la naturaleza del tipo y los efectos típicos del contrato (art. 1286), los usos interpretativos y las cláusulas usuales que según el art. 1287 han de tenerse en cuenta tanto para interpretar como para integrar el contrato, la buena fe objetiva que, según el art. 1288, impide favorecer al contratante que ha ocasionado la oscuridad, el

---

<sup>80</sup> En su opinión (1985: 509 y ss.), de un análisis de la doctrina alemana se desprende que la interpretación integradora (con ella se trata de atender a las exigencias que la buena fe impone a un contratante razonable y honesto) no tiene nada que ver con la extensión analógica de los términos acordados expresa o tácitamente por los contratantes y por ello se distingue e incluso se opone a la autointegración del contrato. La doctrina italiana, por su parte, rechaza esta clase de interpretación, por una razón de Derecho positivo. “En el Código civil italiano, en efecto, dadas las abundantes normas de integración y las relativas a la interpretación objetiva, la interpretación integradora resulta o bien confundida por las primeras o bien absorbida por las últimas; pero se trata, en concreto, de normas que contemplan no sólo la interpretación del contrato según la buena fe- art. 1366-, sino la posibilidad de rectificar el contrato oneroso para «realizar una atemperación equitativa de los intereses de las partes»- art. 1371”.

<sup>81</sup> Vattier, 1985: 518.

equilibrio de las prestaciones recíprocas y la menor extensión de las unilaterales o gratuitas (art. 1289).

Vattier<sup>83</sup> distingue entre lagunas propias, que se dan en los casos contemplados por los arts. 1286 a 1287 CC, que han de suplirse mediante la aplicación del Derecho dispositivo o del uso, y lagunas impropias, que son las presupuestas en los arts. 1288 y 1289 CC y que facultan para modificar el contrato injusto en contra de la parte dominante o a favor de la reciprocidad de las prestaciones o de la reducción de la prestación única.

En cuanto a la interpretación integradora, tanto los medios interpretativos que comprende como las normas que la rigen son de naturaleza heterónoma. Sólo se aplican cuando se dan los supuestos de hecho de los arts. 1286 a 1289 (cuando sea preciso adaptar el contrato al Derecho dispositivo, esclarecer o completar lo pactado conforme a los usos, determinar el alcance de las cláusulas oscuras en contra de quien las impuso y reequilibrar o reducir las prestaciones). Por otro lado, mientras los arts. 1286 y 1287 son de Derecho dispositivo, los 1288 y 1289 son de *ius cogens*<sup>84</sup>.

En su opinión, el análisis de la jurisprudencia permite comprobar la operatividad de la interpretación integradora, pues los tribunales, cuando interpretan el contrato, no sólo despliegan su contenido implícito y determinan sus efectos, sino incluso a veces, llegan a modificar lo acordado por los contratantes<sup>85</sup>.

En contra de Vattier o también Díez-Picazo<sup>86</sup>, entiende el profesor Ángel López<sup>87</sup> que no tiene sentido discutir si la integración es un concepto distinto de la

---

<sup>82</sup> En opinión de Vattier (1985: 518) siguiendo a Luna Serrano (1977: 267).

<sup>83</sup> Vattier, 1985: 518-519.

<sup>84</sup> Vattier, 1985: 521.

<sup>85</sup> Según Vattier (1985: 521): Sobre todo esto se puede apreciar en la práctica de los tribunales ingleses, que a pesar de tener unas reglas de interpretación parecidas a la nuestras, han desarrollado la "doctrina de los términos implícitos", cuyo objetivo es el de llenar los vacíos dejados por las partes en lo pactado o suplir contingencias no previstas por ellas. Esta práctica parte de una ficción, ya que se trata de auténticos contratos hechos por el juez, en aplicación de deberes exigibles a las partes de acuerdo con los precedentes judiciales y según disposiciones concretas de la legislación especial. Estos deberes se refieren tanto a la formación del contrato (no ocultar información de hecho, evitar actos que generen una representación equívoca, no abusar de situaciones de confianza), como a la ejecución o cumplimiento del mismo- error común, alteración de las circunstancias, frustration, etc.

<sup>86</sup> Díez-Picazo, 1996: 406. Según el autor que "en nuestro Código civil existen reglas que conducen a una interpretación integradora es algo que no puede dudarse a la vista de lo que establece el párrafo segundo del art. 1288". Sin embargo, a su juicio, Vattier "ha expresado la idea de que constituyen

interpretación o si hay un sentido genérico de interpretación que abarque ambas figuras, así como tampoco es útil el concepto de interpretación integradora. Según aquellos autores, cuando existan lagunas en el contrato derivadas de una imprevisión absoluta de las partes, sería posible, mediante la interpretación integradora, encontrar una voluntad contractual apta para cubrir tales lagunas. Por el contrario, en opinión del profesor López, en estos casos se debe acudir al art. 1258 CC (los usos, la ley y la buena fe son Derecho objetivo), en consecuencia, la solución que de su aplicación derive, será debida a la integración del contrato y no a su interpretación. No puede haber interpretación “cuando no hay material hermenéutico”. Además de que muchos de los casos propuestos por la interpretación integradora del contrato son supuestos conexos con la doctrina del error (pero irrelevante desde el punto de vista jurídico, ya que el error relevante debe estar referido a una voluntad real y concreta, no conjetural o analógica). A su juicio, “(m)ás allá de estos confines entraríamos en la doctrina de la presuposición”. Por lo tanto, el recurso a la interpretación integradora sería un mecanismo instrumentador de una faceta de la eficacia de la presuposición, pero no su fundamento<sup>88</sup>.

En conclusión, parece más acertado defender que la interpretación integradora no es un concepto útil, ya que la interpretación del contrato en su conjunto dotándola de conexión y sentido se puede conseguir también mediante las normas de la interpretación objetiva. Además, frente al intento de la interpretación integradora de excluir la aplicación de las normas dispositivas, para obviar su aplicación es preciso que haya un mínimo de voluntad de los contratantes, sin que la interpretación integradora se pueda considerar como remedio frente a su envejecimiento o inadecuación.

La tesis de Ángel López encuentra su fundamento normativo en el art. 1283 CC, que veta la aplicación analógica de la reglamentación contractual a un caso que

---

módulos de interpretación integradora todos los que en el Código pueden reconocerse como criterios de interpretación subjetiva. Conclusión probablemente demasiado radical, que será necesario ir enjuiciando al examinar cada uno de los concretos criterios”.

<sup>87</sup> López, 1995: 10 y ss.

<sup>88</sup> López, 1995: 13.



el propósito común no hubiera previsto, lo cual es consecuencia, en su opinión<sup>89</sup>, del carácter distinto que tiene la reglamentación contractual en cuanto intersubjetiva y dictada para un supuesto distinto. Este precepto se utiliza a veces por la jurisprudencia para no aceptar la modificación del contrato por alteración sobrevenida de las circunstancias, ya que sobre ellas los interesados no se propusieron contratar. La integración del contrato con cláusulas en las que no pensaron o en las que no pudieron pensar los contratantes por desconocerlas o respecto de las que, en todo caso, no se puede averiguar con probabilidad de certeza si fueron por ellos tenidas en cuenta, entra dentro del ámbito de aplicación del art. 1258 CC. Pero también los usos, según el art. 1287 CC, pueden cumplir una función interpretativa.

La labor del intérprete será la de discernir la regulación que debe valer entre las partes porque viene determinada por la composición de unas declaraciones de las que éstas son responsables, si bien, aunque el sentido de una de ellas, según aparece ante la contraparte y con el cual se la entiende y vale en el tráfico, no coincida con la voluntad psicológica del declarante<sup>90</sup>. Sin embargo, el conocimiento de la voluntad psíquica de cada declarante no obsta a que a su declaración frente a la contraparte y a falta de otros datos, se la interprete tal y cómo lo haría una persona de cualidades medias, colocada en la real situación en la que se encontraba el destinatario de ella, una persona de instrucción y diligencia normales, conocedor de las circunstancias que no habrían escapado a un hombre corriente y capaz de enjuiciarlas.

En contra de la posibilidad de la interpretación integradora en nuestro Derecho también se manifiesta Lasarte<sup>91</sup>, para quien la vinculación del art. 1258 CC a las reglas sobre la interpretación se debe a la influencia de la doctrina alemana, “que ha llegado a imponer doctrinalmente un concepto de interpretación generosamente ampliado y, lo que es peor, desacorde con las que convencionalmente se denominan

---

<sup>89</sup> López, 1995: 46 y ss.

<sup>90</sup> Cano (1971: 206) se muestra contrario a la fijación de límites al arbitrio judicial en punto a la interpretación del contrato. “Lo único en que quiebran las normas legales de interpretación es en conceder un arbitrio judicial excesivamente limitado, lo que encajona la discrecionalidad dentro de límites estrechos, en algunos casos, y que quizá se podía salvar con una ligera modificación del art. 1287, que- incluso- cabría defender que no hubiera sido necesaria si el Tribunal Supremo y los tribunales de instancia hubiesen interpretado el precepto citado con criterio más progresivo y sin trabas procesales”.

legislaciones latinas, en las cuales la existencia de normas legales de interpretación haría innecesaria tan profusa investigación dogmática”. En opinión del autor, el 1258 CC no es un precepto interpretativo, en la medida en que no tiene la función de descubrir el significado del acuerdo contractual. Con este precepto se trata de extender los efectos del contrato más allá de lo expresamente pactado. “La aplicación del art. 1258 y la función modalizadora de los criterios de integración del contrato no requiere, pues, de forma necesaria, la preexistencia de una laguna contractual, que lleve a inducir la voluntad conjetural o hipotética de las partes, en el sentido de integrar el acuerdo contractual”<sup>92</sup>. El art. 1258 CC presupone la existencia de un acuerdo contractual y en este sentido, su contenido consiste no solamente en lo expresamente pactado sino también en aquello que se deriva de las fuentes heterónomas de integración del contrato. Además, la buena fe es “el más evanescente de los medios integradores del contrato, pero no por ello el menos importante”. Esta regla de carácter abierto permite una constante adecuación del contrato a la realidad y su modalización, considerando la buena fe como criterio normativo.

En mi opinión, en los supuestos de alteración de la economía contractual, el Juez, sirviéndose de las normas sobre interpretación de la voluntad contractual, tendrá que ver cómo han distribuido las partes los riesgos en el contrato. Si existe expresa distribución de riesgos en el contrato se habrá de decidir si las nuevas circunstancias entran dentro de la esfera de riesgo de una o de ambas partes, y en el caso de que no exista expresa distribución de los riesgos, se podrá acudir a las normas contractuales típicas para ver cómo éstas distribuyen los riesgos entre las partes contratantes. Sin embargo, es posible que, pese a existir expresa distribución del riesgo, la gravedad del cambio de circunstancias llegue a ser tal que resulte injusto atribuirlo enteramente a una de las partes; entonces, de acuerdo con la buena fe (art. 1258 CC), el Juez podría proceder a integrar el contrato, teniendo siempre en cuenta el equilibrio entre las prestaciones tal y cómo fue establecido inicialmente por las partes.

---

<sup>91</sup> Lasarte, 1980: 68 y ss.

<sup>92</sup> Lasarte, 1980: 73.

### 1.5. La interpretación y la integración del contrato en el Derecho internacional.

*Las reglas de interpretación e integración del contrato en los principios UNIDROIT, en los Principios de Derecho Europeo de Contratos, en la Convención de Viena sobre la Compraventa Internacional de Mercaderías:*

En los principios UNIDROIT, el art. 5.2 se refiere a la integración del contrato. De acuerdo con esta norma, las obligaciones implícitas dimanar de: a) la naturaleza y la finalidad del contrato; b) las prácticas establecidas entre las partes y los usos; c) la buena fe y la lealtad negocial; d) el sentido común.

En consecuencia, el art. 5.2 describe las fuentes de los pactos implícitos (“implied terms”). Las razones de la no inclusión de tales pactos pueden ser variadas. Es posible que tales pactos sean tan obvios, dada la naturaleza o el propósito de la obligación, que las partes pensaron que su inclusión no era necesaria. Alternativamente, es posible que hayan incluido tal cláusula en las prácticas entre ellas o que ya estén prescritas en los usos comerciales de acuerdo con el art. 1.8. de los Principios<sup>93</sup>. Incluso podrían ser una consecuencia de los principios de la buena fe, de la honestidad y de la razonabilidad en las relaciones contractuales<sup>94</sup>.

Según Pulido, los criterios para la integración del contrato previstos en los Principios UNIDROIT, se trata de fuentes heterogéneas cuya enumeración no puede considerarse exhaustiva, ya que son todas reconducibles al principio de buena fe. El precepto, en su opinión, no es de gran utilidad, ya que la buena fe también opera como una regla de interpretación del contrato en el art. 4.8 (que analizaremos

---

<sup>93</sup> Según este precepto: (1) Las partes están vinculadas por cualquier uso que hubiesen consentido o por cualquier práctica que hubiesen establecido entre ellas.

(2) Las partes están vinculadas por cualquier uso que es ampliamente conocido y observado por el comercio internacional excepto en el caso de que la aplicación de tal uso fuese irrazonable.

<sup>94</sup> Cfr. <http://www.unidroit.org/english/principles/pr-main.htm>. Por ejemplo, A y B entran en negociaciones para un contrato de cooperación, que incluye la obligación de A de llevar a cabo un estudio de viabilidad. Antes de que se concluya tal estudio, B decide que no quiere continuar con el acuerdo de cooperación. Aunque no se ha estipulado nada en relación con tal situación, la buena fe exige a B a que comunique sin demora tal decisión a A.

seguidamente)<sup>95</sup>. Entiende el autor que las fuentes de las obligaciones son esencialmente dos, la ley y la autonomía privada. En consecuencia, no puede aceptarse “que el sentido común o la lealtad negocial sean hechos jurídicos productores de relaciones obligatorias”. El precepto está mal redactado, debería sustituirse el término obligación por el de deber. Además de que “(j)unto a los usos se mencionan otros elementos como el sentido común, la buena fe, etcétera, que si bien pueden constituir criterios para interpretar la voluntad de las partes, en ningún caso cabe considerarlos como fuente de obligaciones”.

Desde mi punto de vista, estas críticas no son demasiado acertadas, ya que cuando el texto de los principios dice “obligations” se está refiriendo efectivamente a deberes contractuales. Por otro lado, no cabe duda de que la buena fe es una fuente de integración del contrato, precisamente en el Derecho español (art. 1258 CC) ésta constituye un criterio de determinación del alcance de las obligaciones contractuales, así como de la forma y modalidades de cumplimiento, además puede servir para crear deberes accesorios del deber principal de prestación<sup>96</sup>.

En cuanto al mencionado art. 4.8: 1) Cuando las partes no se hayan puesto de acuerdo acerca de una disposición importante para la determinación de sus derechos y obligaciones, se considerará integrada al contrato aquella disposición que resulte más apropiada a las circunstancias. 2) Para determinar cuál es la disposición más apropiada, se tendrán en cuenta, entre otros factores, los siguientes: a) la intención de las partes; b) la naturaleza y la finalidad del contrato; c) la buena fe y la lealtad negocial; d) el sentido común.

En todos los sistemas jurídicos se plantea el problema de distinguir entre interpretación en sentido estricto, interpretación integradora e integración del contrato. Los principios UNIDROIT siguen estas líneas directrices que son comunes a los distintos sistemas. Los arts. 4.1 al 4.7 se ocupan de la interpretación de los contratos en sentido estricto, es decir, tratan de determinar el significado que debería

---

<sup>95</sup> Pulido, 1998: 248 y ss. En este mismo sentido, vid. Gorriz, 1998: 487. En su opinión, dada la similitud que existe entre el 4.8 de los Principios y el art. 5.2, fundados esencialmente sobre los mismos criterios, se podría pensar que el art. 5.2 es un duplicado inútil de los arts. 4.3 y 4.8.

<sup>96</sup> Cfr. Díez-Picazo, 1993: 437.

darse a los términos del contrato cuando son inciertos. De este modo, el art. 4.1 hace referencia a la búsqueda de la voluntad común de las partes, y subsidiariamente se recoge el criterio de la razonabilidad. El art. 4.4 acoge la regla de la consideración unitaria del reglamento contractual, el art. 4.5 de la conservación del contrato.

Por otro lado, el art. 4.8 se refiere a la interpretación integradora del contrato<sup>97</sup>. Este último precepto lo que pretende es proporcionar reglas acerca de cómo colmar las lagunas contractuales. Las lagunas existen cuando, después de la conclusión del contrato, surge una cuestión que las partes no han incluido en el acuerdo, bien porque prefirieron no tratarla, bien porque simplemente no la previeron<sup>98</sup>.

Muchas veces los propios principios proporcionarán una solución al asunto: arts. 5.6, (fijación de la cualidad de cumplimiento), 5.7 (determinación del precio), 6.1.1 (tiempo del cumplimiento), 6.1.4 (orden de cumplimiento), 6.1.6 (lugar de cumplimiento) y 6.1.10 (para el caso de que no se haya señalado la divisa).

Los pactos que se incluyen en el contrato deben ser los apropiados a las circunstancias del caso. Para averiguar qué es lo apropiado, se debe prestar atención en primer lugar, a la intención de las partes tal y como se infiere de los términos del acuerdo, a las negociaciones previas o a cualquier conducta subsiguiente a la conclusión del contrato<sup>99</sup>.

Si no es posible fijar cuál es la intención de las partes, el pacto que se ha de incluir se determinará de acuerdo con la naturaleza y el fin del contrato, así como con los principios de buena fe, honestidad y razonabilidad<sup>100</sup>.

---

<sup>97</sup> Gorriz, 1998: 470.

<sup>98</sup> Vid. en la doctrina española Clavero, 1998: 242. A la interpretación del contrato se destinan los primeros siete artículos del Capítulo 4, sin embargo, el objetivo del art. 4.8 es diferente, ya que contiene la integración del contrato y no su interpretación. En este último caso, el contrato afronta el problema de una regulación incompleta, porque los contratantes no previeron o no quisieron regular alguno de sus extremos. En definitiva, se trata de llevar a cabo una "reconstrucción objetiva de la relación contractual" independiente de la voluntad de las partes.

<sup>99</sup> Por ejemplo, las partes han celebrado un contrato de obra en el que se prevé un interés para el caso de que el comitente se retrase en el pago del precio. Antes de que se comiencen los trabajos, las partes deciden poner fin al contrato. Cuando el contratista se retrasa en la restitución del pago realizado por adelantado surge la cuestión acerca de cuál es el interés aplicable. En ausencia de pacto expreso en el contrato que trate esta cuestión, se entiende que es aplicable el mismo interés que el pactado para el caso de que se retrase el comitente en el pago.

<sup>100</sup> Por ejemplo, las partes han celebrado un contrato de franquicia, de modo que el cesionario no debe celebrar negocios de este tipo un año después de que se haya puesto fin al contrato. Aunque el contrato

En relación con la integración del contrato, los Principios de Derecho europeo de contratos en su art. 6:102 disponen que además de los pactos explícitos, el contrato podría contener acuerdos implícitos derivados de: a) la intención de las partes; b) la naturaleza y el fin del contrato; c) la buena fe y la honestidad en las transacciones.

El precepto trata de solucionar los problemas derivados de la existencia de lagunas contractuales. La existencia de las mismas es independiente de que las partes hayan discutido o no acerca de las posibilidades de incluir una cláusula en el contrato<sup>101</sup>.

De acuerdo con esta norma, los criterios para la integración del contrato son los siguientes:

1) El juez debe establecer lo que las partes, de acuerdo con la buena fe, hubiesen razonablemente acordado si hubiesen tratado la cuestión omitida.

2) Se debe tener en cuenta la naturaleza y el propósito del contrato, se trataría de ver los términos que usualmente se contienen en otros contratos o en los Convenios Internacionales que tratan contratos parecidos.

3) La buena fe y el trato honesto. Este último criterio requiere que el tribunal tenga en cuenta, de un modo objetivo, las exigencias de la buena fe. En este sentido, si el contrato supone demasiado riesgo para una de las partes, se debe integrar una cláusula a su contenido para otorgar protección a la otra parte. El juez además podrá tener en cuenta otras circunstancias como: el modo en el que la obligación se expresa en el contrato, el precio estipulado y otras cláusulas contractuales, el grado de riesgo normalmente vinculada a la consecución del resultado, a la habilidad de la otra parte para influir en el cumplimiento de la obligación, etc.

Como se ha visto, el término “implied term” (la versión inglesa del art. 6:102 contiene esa terminología) deriva del “common law” y se refiere al proceso mediante el que los tribunales anglosajones colman las lagunas del contrato. Dicha norma está de acuerdo con el Derecho inglés excepto en que este último no se refiere a la buena

---

guarda silencio en cuanto al ámbito territorial de esta prohibición, se considera apropiado que dicha prohibición quede restringida al territorio en el que el cesionario ha explotado la franquicia.

<sup>101</sup> Lando et Beale, 2000: 302-303.

fe, además de que los jueces anglosajones se muestran desconfiados en cuanto a la inclusión de este tipo de cláusulas, ya que, como se ha visto, se incluye sólo si es necesaria para conceder eficacia jurídica al contrato o es tan obvia que no hizo falta estipularla expresamente.

Por otro lado, el art. 8 del Convenio de Viena sobre la Compraventa internacional de mercaderías trae causa inmediata del proyecto UNIDROIT para la unificación de Reglas sobre la Validez del Contrato<sup>102</sup>. Según esta norma:

(1) A los efectos de esta Convención las declaraciones y comportamientos realizados por una de las partes deben interpretarse de acuerdo con su verdadera intención siempre que la otra parte conociese o debiera haber conocido cuál fue esa intención.

(2) Si el párrafo anterior no es aplicable las declaraciones y comportamientos realizados por una de las partes deben interpretarse de acuerdo con lo que un hombre razonable hubiese interpretado en las mismas circunstancias.

(3) Para determinar la intención de una parte según la interpretación que hubiese hecho una persona en las mismas circunstancias se debe prestar atención a todas las circunstancias relevantes del caso incluidas las negociaciones, cualquier práctica que las partes hayan establecido entre ellas, los usos y la conducta subsiguiente de las partes.

Este precepto contiene las reglas que deben aplicarse para los actos unilaterales de cada una de las partes, así como para la interpretación del contrato.

La norma reconoce que la otra parte, a menudo, conoce o podía ser consciente de la intención de su contraparte. En este caso, esta intención es la que prevalece, ya que “la voluntad que debe considerarse exteriorizada para constituirse en el objeto de la interpretación es aquella que se determina a la luz de los principios de autorresponsabilidad y protección de la confianza”<sup>103</sup>.

---

<sup>102</sup> López, 1998: 113.

<sup>103</sup> López, 1998: 120.

En otro caso, se entiende que la intención de las partes se debe interpretar del mismo modo que una persona razonable la hubiese interpretado en las mismas circunstancias.

En primer lugar, es necesario analizar las palabras usadas o la conducta vinculada a tales manifestaciones de voluntad (si, por ejemplo, una parte ofrece vender una cantidad de bienes por un precio de 50.000 francos suizos y es obvio que la contraparte sabía o podía haber conocido que el precio era de 500.000, se debe entender que el precio del contrato es este último). Además el precepto ordena tomar en consideración las circunstancias relevantes del caso. Estas circunstancias incluyen las negociaciones, cualquier práctica que las partes hayan establecido entre ellas, los usos y la conducta subsiguiente de las partes<sup>104</sup>.

El art. 8 en su párrafo 2º contiene una norma de interpretación objetiva, ya que apela a un canon como el de la razonabilidad. Este parámetro valorativo es extraño al mundo de la “civil law”, ya que su mundo nativo es el del “common law”. “Ahora bien, ello no significa, o al menos no lo significa en términos absolutos, que los juristas de la tradición romano-canónica no lleguen en muchos casos a los mismos resultados prácticos a que los juristas del mundo angloamericano llegan con la utilización de dicho juicio de razonabilidad, pero utilizando su propio instrumental conceptual y valorativo”<sup>105</sup>.

El art. 8 CV está destinado a la interpretación, no a la integración del contrato, ya que su finalidad es la de resolver dudas o ambigüedades de una declaración de voluntad. No obstante, como se ha podido observar anteriormente, en el “common law” no se perciben grandes diferencias entre procedimientos hermenéuticos e integrativos, debido a la gran relevancia que tienen los poderes del juzgador. El estándar del hombre razonable “trasciende a operaciones interpretativas puras y

---

<sup>104</sup> Cfr. <http://www.jura.uni-freiburg.de/ipr1/cisg/>.

<sup>105</sup> López, 1998: 121-123. El autor se pregunta si el “reasonable man” es equivalente al “bonus pater familias” o si la buena fe en sentido objetivo es equiparable a la “reasonableness”. “El canon interpretativo es sumamente objetivo, y refleja sólo un aspecto de una parte instrumental de lo que habitualmente entendemos en el área de la “civil law” como buena fe objetiva: el referente a una diligencia estándar que en nuestro Derecho interno de origen nacional (art. 1104 CC) es subsidiaria a las concretas circunstancias de las personas, el tiempo y el lugar, y que se canaliza a través del



suscita la duda de si en este papel también está contemplado en el párrafo segundo del art. 8 CV”. Además se hace referencia a la persona razonable de la misma condición, por ejemplo, en relación con materias como el lenguaje lingüístico, la capacitación técnica, el conocimiento de anteriores pactos y negociaciones entre las partes, la información sobre los mercados y sus fluctuaciones, etc<sup>106</sup>.

Además, la norma objeto de análisis, en principio, no aporta novedades a nuestro Derecho, ya que la apelación a las «circunstancias pertinentes del caso» podría comprenderse dentro del art. 1283 CC; la referencia a las negociaciones, dentro de los actos del art. 1282 CC, que la jurisprudencia extiende, pese a no estar nombrado en el texto, a los «actos anteriores», y concretamente, a los tratos preliminares, las «cualesquiera prácticas que las partes hubieran establecido entre ellas» se podrían encuadrar dentro de los «actos coetáneos» del art. 1282 CC. Por otro lado, la referencia a los usos en este precepto sería comparable a la función interpretativa que les adjudica a los mismos el art. 1287 CC. A los usos con misión integrativa se refiere el art. 9 CV<sup>107</sup>.

*El valor de la buena fe como instrumento de integración del contrato en los distintos sistemas de Derecho privado:*

En cuanto al papel de la buena fe en los distintos sistemas de Derecho privado, en sentido objetivo es un concepto normativo, se trata de una norma abierta, cuyo contenido no puede fijarse en abstracto, sino que depende de las circunstancias del caso. Esta norma, una de las más importantes del Derecho contractual, está relacionada de algún modo con los cánones morales, ya que significa honestidad, lealtad, etc. e impone a una de las partes tener en cuenta el interés de la otra. Sin

---

concepto de “bonus pater familias” que sólo tendencialmente podemos considerar equivalente al del “reasonable man”.

<sup>106</sup> López, 1998: 124-125.

<sup>107</sup> López, 1998: 130.

embargo, muchos sistemas no distinguen entre equidad y buena fe, lo tratan como si fuera el mismo estándar objetivo<sup>108</sup>.

Como se ha visto anteriormente, en Alemania la buena fe es tanto un criterio que sirve para la interpretación como para la integración del contrato. En este sentido, a la buena fe del § 242 BGB se le reconoce una triple función: 1) fuente de deberes; 2) limitación de derechos; 3) fundamento de la doctrina de la pérdida de la base del negocio. Además, según el § 157 BGB la buena fe es un criterio a tener en cuenta para la interpretación del contrato.

Por otro lado, en Holanda tiene una función de complemento del contrato y una función limitadora de derechos, así como también desempeña un papel importante en la interpretación. Entre las innovaciones más importantes del Código Civil holandés destaca precisamente, la importancia que adquiere el principio de buena fe, no solamente para integrar la voluntad de las partes, como contemplaba el antiguo art. 1375. 3 del antiguo Código, sino también para corregir y modificar los términos de la obligación. En este sentido, el Juez puede modificar los efectos del contrato, o resolverlo o rescindirlo a instancia de una de las partes, según criterios de razonabilidad y de equidad<sup>109</sup>.

Ello es debido a que el nuevo Código Civil holandés trata de conceder preeminencia a las normas abiertas, atribuyendo al juez una posición predominante. En consecuencia, una de las reglas más importantes es la de la “razón y de la equidad” (art. 6.248) deducida del principio de que todos los Derechos contractuales deben ejercitarse según la buena fe: el acreedor y el deudor deben comportarse entre sí conforme a la razón y la equidad. Esta norma abierta no sólo establece una regla de conducta entre las partes, sino también proporciona al Juez un importante papel (el legislador es consciente de que no puede preverlo todo y por esta razón, concede al Juez un instrumento para llegar al resultado justo para las partes en el caso concreto).

Este pensamiento se manifiesta sobre todo en una disposición especial en relación con la equidad, se trata del art. 6.258 según el que, cuando sobrevengan

---

<sup>108</sup> Hesselink, 1998: 287-288.

<sup>109</sup> De los Mozos, 1995: 147.

circunstancias imprevistas, a instancia de una parte, el Juez podrá adaptar el contrato a las nuevas circunstancias según las exigencias impuestas por la buena fe y la equidad.

Antes de la promulgación del nuevo Código Civil holandés, los tribunales hubieron de resolver el siguiente problema: un gran supermercado quería abrir una nueva sucursal en la ciudad de Utrecht. La ciudad estaba interesada y ofrecía un extenso terreno para su instalación. Los trámites necesarios para ello se realizaron en un plazo de cinco años, pero transcurrido este tiempo, las oportunidades para un supermercado habían disminuido mucho, ya que los habitantes más pudientes se habían mudado. Con ello, la empresa perdió todo interés en la instalación del supermercado. Por otro lado, la ciudad continuaba interesada en ello, sin perjuicio de que la empresa no fuese a obtener los beneficios esperados. Ante esta situación, el juez ordenó a las partes que negociasen de nuevo. El resultado fue que las partes celebraron un nuevo convenio con la obligación a cargo del empresario de fundar una sucursal de menor tamaño en comparación con la idea original. Al fin, los dos contratantes estuvieron de acuerdo con esta solución. Con el nuevo Código Civil, si así lo solicitara una de las partes, el Juez podrá ordenar directamente una solución tal, en vez de ordenar a las partes que negocien un compromiso. Ello se debe a que el nuevo Código Civil permite al Juez modificar la relación contractual en el caso de presentarse circunstancias imprevistas<sup>110</sup>.

El ámbito de aplicación de la buena fe ha ido creciendo considerablemente en los últimos tiempos en Europa<sup>111</sup>.

---

<sup>110</sup> Vid. Hijma et Zwitter, 1997: 362 y ss. Respecto a esta cuestión en el Proyecto del nuevo Código se suscitó una discusión sobre las normas abiertas, ya que podrían poner en peligro la seguridad jurídica, valor al que sirve el principio *pacta sunt servanda*. En opinión de los autores, no se trata de que los respectivos artículos digan que se pueden derogar los contratos dejándolos al arbitrio de las partes, el contrato es plenamente vinculante, sólo si la ejecución del contrato fuese inaceptable se habría de optar por otra solución. En su opinión, se trata de un instrumento beneficioso, como se observa en el ejemplo del supermercado, en el que sólo un compromiso es la solución adecuada en vez de una resolución en la que se ordenase la ejecución del contrato en toda su dureza u ordenando la rescisión del contrato en detrimento de la ciudad de Utrecht. Por ello, el nuevo Derecho no se manifiesta como una revolución, sino que es fruto de una evolución. De ahí que el nuevo Derecho tenga el mérito de mostrar mejor los instrumentos de los que el Derecho Civil dispone para llegar a un buen resultado.

<sup>111</sup> Hesselink, 1998: 290-291.

En opinión de Lando, en Europa existen importantes diferencias en cuanto a la interpretación de la buena fe como principio legal. Ello se aprecia con claridad si se comparan los Derechos alemán y holandés con el sistema del “common law”. En el Derecho alemán, el § 242 BGB se ha empleado para promover la moralización de todo. Próximo al Derecho alemán se encuentra el Derecho holandés en este punto. En este sentido, como hemos visto, el art. 6:248 del CC de 1992 establece que la buena fe no sólo completa las obligaciones de las partes, sino que puede modificarlas o extinguirlas. Esta norma constituye una previsión inusual. Otros países de tradición codificadora de la UE contienen disposiciones que reivindican el principio de buena fe en las relaciones contractuales (por ejemplo, los arts. 7 y 1258 CC y el art. 57 del Ccom). Sin embargo, el principio de buena fe no ha impregnado las leyes de estos países en el mismo sentido que en el Derecho alemán y el holandés<sup>112</sup>.

En conclusión, tanto en el “common law” como en el “civil law” se puede establecer una clara distinción entre términos autónomos y heterónomos o efectos autónomos y heterónomos del contrato. A la determinación de los efectos heterónomos se llama integración, mientras que la interpretación queda reservada para la determinación de los efectos autónomos.

En el Derecho americano, en el UCC y en el Restatement (second) of Contracts la buena fe se enuncia en relación con la ejecución del contrato (sec. 1-203; 1-201 UCC; sec 205 Rest.). En el CC alemán, la buena fe se refiere tanto a la ejecución como a la interpretación del contrato (§§ 242, 157 BGB), lo mismo sucede en el Derecho italiano (Art. 1366, 1374, 1375 CC it<sup>113</sup>). En el ordenamiento jurídico español, a falta de una previsión específica en cuanto a la buena fe en el ámbito exegético, la doctrina llega a conclusiones análogas, con base en el art. 1258 CC<sup>114</sup>.

En muchos sistemas la buena fe se considera una de las más importantes fuentes de los efectos heterónomos o “implied terms”, como le llaman los Principios

---

<sup>112</sup> Lando, 2000: 20-21.

<sup>113</sup> Art. 1366 CC it: El contrato debe interpretarse según la buena fe. Art. 1374 CC it: El contrato obliga a las partes no sólo a lo expresamente estipulado, sino también a todas las consecuencias que derivan de la ley, o en su defecto, de los usos o la equidad. Art. 1375 CC it: El contrato debe cumplirse según la buena fe.

de Derecho Europeo de Contratos. En consecuencia, el deber de lealtad que se deriva de la buena fe protege las expectativas de las partes y obliga a una de ellas a garantizar a la otra que va a obtener lo que razonablemente espera<sup>115</sup>.

Como se extrae del capítulo anterior, en el transcurso de este siglo muchos sistemas legales europeos han incluido la institución de la “hardship” (excesiva onerosidad sobrevenida). Muchas veces ésta tiene su fundamento en la buena fe, bien porque los tribunales han basado tal doctrina en un deber general de buena fe (es el caso de Alemania, en el § 242 BGB), bien porque existe disposición expresa considerándose ley especial frente a la cláusula general de buena fe (es lo que sucede en el Código civil holandés, art. 6:258 y en el portugués, art. 437<sup>116</sup>).

#### 1.6. Conclusiones:

-La actividad de integración del contrato (“imply a term” en el Derecho anglosajón) se puede entender desde un punto de vista objetivo, según el parámetro del hombre razonable, haciendo uso de criterios valorativos externos como la buena fe para concretar cuáles son los derechos y deberes de las partes, o desde un punto de vista subjetivo, mediante la búsqueda de la voluntad real de las partes. Sin embargo, según esta técnica, muchas veces los tribunales celebran contratos por las partes de acuerdo con lo que aquél considera que es lo justo valorando las circunstancias del contrato.

-La actividad interpretativa no consiste en reformular el contrato, sino en discernir y explicar ordenada y exhaustivamente los efectos jurídicos que produce la declaración según la voluntad de las partes y otros factores relevantes.

---

<sup>114</sup> En opinión de Gorriz (1998: 478), la inclusión de la buena fe como criterio interpretativo supone la superación de la concepción meramente subjetiva en la interpretación.

<sup>115</sup> Hesselink, 1998: 295-297.

<sup>116</sup> Según el art. 437 CC portugués: 1. Si las circunstancias en las que las partes fundaron su decisión de contratar hubiesen sufrido una alteración anormal, la parte lesionada tiene derecho a la resolución o a la modificación del contrato según la equidad, siempre que la exigencia de las obligaciones por ella asumidas afecte gravemente los principios de buena fe o no esté cubierta por los riesgos propios del contrato. 2. Requerida la resolución, la parte contraria podrá optar por la modificación del contrato en los términos del número anterior.

-Dado que en el contrato hay dos voluntades diferentes, cada una de las partes pretende que la composición de intereses establecida mediante el pacto sea la más favorable para ella. De este modo, el contrato contiene la frontera común entre dos voluntades egoístas, ya que las partes fijan un equilibrio contractual según sus respectivas expectativas de ganancia y sus capacidades de sacrificio. Ello tiene como consecuencia que las lagunas dejadas por la voluntad contractual deban suplirse de modo objetivo.

-En los casos en los que no exista una representación mental común a ambas partes resulta una completa ficción argumentar la existencia de una “Geschäftsgrundlage”, de una “implied condition” o de un presupuesto del negocio en el que los contratantes deberían haber pensado.

-En conclusión, la alteración de la economía contractual debe verse como un problema de distribución del riesgo. En este sentido, el juez debe determinar la concreta economía negocial. Como hemos visto, en la práctica jurisprudencial se pueden encontrar sentencias en este sentido: de la STS de 5 de enero de 1980 (sobre contrato de compraventa de inmueble con vistas al Peñón de Ifach) se extrae que el precio del contrato es una cuestión relevante en cuanto a la fijación del fin económico del mismo. El tribunal accede a reducir el precio para conseguir un justo equilibrio entre las prestaciones del comprador y el vendedor. También restablece el tribunal el equilibrio perdido en el contrato en la STS 8 noviembre 1983, para ello hay que atender a la voluntad común, que no es lo que cada uno de los contratantes quiso, sino lo que decida un observador imparcial con arreglo a lo pactado, a la buena fe, al uso y a la ley. Incluso en el caso de la STS 26 mayo 1990, es una obligación impuesta por la buena fe, según el art. 1258 CC, la entrega del inmueble en condiciones tales para ser destinado al fin previsto en el contrato (para un determinado negocio, seguramente en atención al mayor valor pagado por el inmueble).

## **II. LA RESTAURACIÓN DEL EQUILIBRIO DE LAS PRESTACIONES.**

### **1. Distinción entre equilibrio en sentido subjetivo y en sentido objetivo.**

La preservación del equilibrio de las prestaciones es una cuestión que ha preocupado ya desde antiguo a la ciencia jurídica. Prueba de ello es la elaboración por la doctrina medieval de la teoría de la cláusula “rebus sic stantibus”. Esta doctrina trataba de resolver el problema moral de la posibilidad de debilitar el efecto vinculante del contrato en caso de un cambio de las circunstancias *personarum et negotiorum*. En el fondo de esta doctrina se podía encontrar la idea formulada por Aristóteles y recogida por la doctrina tomista de una justicia sustancial, inmanente al contrato, representada por un nexo de equivalencia entre las prestaciones, cuya desaparición facultaba para la extinción de los efectos del contrato. También defensores de la mencionada cláusula fueron los autores de la escuela culta holandesa y alemana que influyeron notablemente en las codificaciones del setecientos, como se analiza en otro apartado de este trabajo, al cual ahora me remito.

Respecto a la falta de equilibrio de las prestaciones es preciso distinguir dos momentos diferentes. En este sentido, es posible que se produzca una falta originaria de equilibrio entre las prestaciones, a este supuesto de hecho se refiere la rescisión del contrato por lesión, mientras que si ese desequilibrio es sobrevenido, sería de aplicación la doctrina de la cláusula “rebus sic stantibus” para restaurar el equilibrio originario. No obstante, ninguna de ambas instituciones sobrevive a la Revolución Francesa<sup>117</sup>. El Código Civil francés contempla la rescisión por lesión solamente en supuestos tasados, e ignora completamente cualquier posibilidad de moderación del principio “pacta sunt servanda” en caso de un cambio de circunstancias. El Código civil español, separándose del modelo francés, elimina la rescisión por lesión “ultra

---

<sup>117</sup> En opinión de Bartholomey (1966: 43), se puede citar como límite a la vulneración del principio de equivalencia desde el Derecho justiniano hasta la actualidad el principio de la *laesio enormis*, así como la prohibición de la usura. No obstante, con las codificaciones liberales, en concreto con la francesa, se impuso el principio en cuya virtud cada parte debe soportar el riesgo de que se produzca una pérdida de la equivalencia, porque el interés del tráfico está por encima del error de cálculo o de la frustración de expectativas que lleva consigo la operación contractual. También según Luig (1982: 173), el punto de partida de las reformas liberales de los s. XVIII y XIX lo constituye el antiguo Derecho común que proporcionaba a los juristas remedios para el control de la justicia contractual, como la impugnación del contrato en virtud de la “Laesio enormis”. No obstante, con las codificaciones del s. XIX surge el imperio de la libertad. En opinión de Mayer-Maly (1983: 395), el primer proyecto de BGB contempló el derecho de resolver el contrato en virtud de la *laesio enormis*,

dimidium” en la compraventa así como en los demás contratos conmutativos y tampoco contiene precepto alguno en relación con el cambio sobrevenido de las circunstancias del contrato. Solamente en los Derechos forales se pueden encontrar preceptos relativos a estas cuestiones. La Compilación de Cataluña regula en sus artículos 323 y 325 la rescisión por lesión “ultra dimidium”<sup>118</sup>. Lo mismo sucede en la ley 499 del Fuero Nuevo de Navarra. Incluso en esta última codificación, la ley 493 de la dispone que: «Cuando se trate de obligaciones de largo plazo o tracto sucesivo, y durante el tiempo de cumplimiento se altere fundamental y gravemente el contenido económico de la obligación o 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».

En consecuencia, en el Fuero Nuevo se contiene norma expresa que regula los efectos y presupuestos de aplicación de la cláusula «rebus sic stantibus», de donde ha de concluirse que en este sistema no es necesario acudir a la construcción

---

aunque finalmente se rechazó tal norma porque se trataba de un instrumento que ponía en peligro la seguridad del tráfico y que no se adaptaba bien a las exigencias del tráfico de aquella época.

<sup>118</sup> Cfr. sobre este tema una sentencia reciente en la jurisprudencia del TS, de fecha 13 diciembre 2000 (LaLey 2000, 1312), Fundamento de Derecho 4º: “La Compilación de Derecho civil especial de Cataluña previene en su art. 323.1 la posibilidad de rescindir, entre otros, el contrato de compraventa de bienes inmuebles, desde el dato objetivo de la existencia de lesión en más de la mitad del justo precio por diferencia entre el convenido y el valor real o en venta que al tiempo de otorgarse el contrato -según precisa el art. 324- tuvieran en la misma localidad cosas iguales o análogas, siendo en base de esos dos elementos -precio convenido y precio correspondiente al valor real (...) Surgida la compraventa litigiosa del derecho concedido en el contrato oneroso de opción de compra convenido en escritura notarial de 31 May. 1989 -en el que en contraprestación de ese derecho concedido se estableció una prima de opción de dos millones de pesetas- aquel contrato último, el de compraventa que en el ejercicio de ese derecho de opción se convino en escritura notarial de 12 Jun. 1990, tuvo un precio de cuatro millones de pesetas (...)”. De la prueba pericial se deduce que el valor del objeto vendido era de 10000000 pts. (Fundamento de Derecho 6º): “Esa diferencia de precio y valor real -cuatro millones y diez millones de pesetas, respectivamente- ha de llevar a estimar la demanda en cuanto se formula por la pretensión de rescisión por lesión ultradimidium que la demandante formuló acogiéndose al amparo del art. 323 de la Compilación antes citado con la consecuencia que previene su art. 325, en salvada expresa a lo dispuesto en el art. 1295 del CC, de devolución del precio con los intereses legales anteriores a la reclamación judicial -devolución que tiene que ser atendida por la vendedora sin perjuicio de que ésta llegue a ejercitar las acciones que le correspondan contra quien pueda haber recibido el precio para ella- y de devolución de la cosa y demás a ella inherente en la medida que dice aquel art. 325, siquiera a todos estos efectos habrá de tenerse en cuenta el derecho legal que consagra el párrafo segundo de este artículo como opción que concede al comprador para a su voluntad evitar la rescisión que se decreta completando aquel precio pagado hasta el valor real de diez millones”.



jurisprudencial, ni tampoco ha de interpretarse tal doctrina con los evidentes recelos que la aplicación de la misma suele encerrar.

Por otro lado, en cuanto al Derecho alemán, en el § 138 II BGB<sup>119</sup> se recoge en cierto sentido, la posibilidad de rescisión por lesión, pero para su aplicación es necesario que concurran dos tipos de requisitos: por un lado, se debe probar la concurrencia de un componente objetivo (una desproporción entre las prestaciones, sin que se establezca un límite cuantitativo), por otro lado, un componente de tipo subjetivo (abuso del estado de necesidad, de la ligereza o de la inexperiencia de una de las partes)<sup>120</sup>.

No obstante, las codificaciones del nuevo siglo, como el Código civil italiano de 1942, admiten la institución de la rescisión por lesión (art. 1448 CC it<sup>121</sup>), mientras que si ese desequilibrio es sobrevenido, sería posible la resolución del contrato por excesiva onerosidad sobrevenida (art. 1467 CC it).

---

<sup>119</sup> Según este precepto: “es nulo, en particular, el negocio jurídico mediante el cual alguno, aprovechando el estado de necesidad, la ligereza o la inexperiencia de otro, hace prometer o asegurar para él o para un tercero, como equivalente de una prestación, ventajas patrimoniales que de tal manera sobrepasan el valor de la prestación misma, que, según las circunstancias, se encuentren en sorprendente desproporción con la prestación”. En opinión de Álvarez Vigaray (1989: 48), de este precepto se puede extraer que si bien el BGB no ha recogido la rescisión por lesión *ultra dimidium*, ya que no establece un límite cuantitativo a la desproporción de las prestaciones, la ha sustituido por una institución nueva, que puede coincidir en parte con la rescisión por lesión.

<sup>120</sup> Mayer-Maly, 1983: 404 y ss. Esta autora ha apreciado en la jurisprudencia alemana una suerte de renacimiento de la *laessio enormis* en relación con los créditos al consumo. Las razones de este renacimiento son en su opinión dos, por un lado, que el BGB ha infravalorado la relación entre prestación y contraprestación, así como la ruptura de la equivalencia entre las prestaciones de modo inicial o con carácter sobrevenido, de ahí que la doctrina de la pérdida de la “Geschäftsgrundlage” se haya ocupado de este problema. Por otro lado, el problema al que trata de hacer frente la *laessio enormis* está relacionado con aquellos problemas que caen dentro del ámbito de aplicación de la ley sobre condiciones generales de la contratación como la responsabilidad por productos: la protección de los consumidores.

<sup>121</sup> Según esta norma, si hay desproporción entre la prestación de una parte y la de la otra, y la desproporción es debida al estado de necesidad de una parte, de la cual la otra se ha aprovechado para sacar ventaja, la parte damnificada puede pedir la rescisión del contrato. La acción es admisible si la lesión excede de la mitad del valor que la prestación, ejecutada o prometida por la parte damnificada, tenía al tiempo del contrato. La lesión debe perdurar hasta el tiempo en el que la demanda es interpuesta. No pueden pretender ser rescindidos por causa de lesión los contratos aleatorios. Quedan a salvo las disposiciones relativas a la rescisión de la partición. Señala Álvarez Vigaray (1989: 52) que este precepto conjuga elementos de naturaleza diversa, por un lado, la tradicional rescisión por lesión *ultra dimidium*, por otro lado, la influencia del § 138 II BGB sobre la nulidad del negocio usurario.

Volviendo al Derecho español, como señala López Jacoiste<sup>122</sup>, los atentados contra la equivalencia de las prestaciones, como regla general, carecen de sanción jurídica correctora, ya que el Código civil español no considera la equivalencia como factor explícito del esquema contractual. Sólo en el terreno de la interpretación y para el caso de no poder conocerse lo estipulado por los contratantes se hace referencia al principio de la mayor reciprocidad de intereses en el art. 1289 CC<sup>123</sup>.

De equivalencia de las prestaciones se puede hablar en un sentido objetivo y subjetivo: mediante un sentido objetivo se expresan valores realmente iguales entre las prestaciones de ambas partes, mientras que la equivalencia en sentido subjetivo se escuda en la autonomía contractual. En este sentido, “(n)o es función del Derecho velar por la equivalencia objetiva de las prestaciones establecidas por los contratantes”<sup>124</sup>.

En los contratos bilaterales, el concepto de onerosidad no puede expresarse en términos de equivalencia, pues no se trata de equivalencia, sino de paridad de posiciones y de ventajas y cargas. En este sentido, el sinalagma propio de los contratos bilaterales no significa que deba existir una relación de equivalencia en sentido objetivo. En consecuencia, el autor anteriormente citado enfoca el problema de la equivalencia de las prestaciones desde la perspectiva de la causa (entendida como causa de la transmisión). De este modo, si uno de los obligados no cumple, podrá el otro ejercitar la facultad de resolución del contrato (art. 1124). Dice el autor que en nuestro Derecho “las transmisiones patrimoniales han de ser desde luego «causadas», mas no objetivamente «equivalentes» de modo necesario”<sup>125</sup>. En este mismo sentido, según Bartholomeyzyk<sup>126</sup> fue muy discutido si la “exceptio non adimpleti contractus” presuponía la equivalencia entre las prestaciones debidas. De

---

<sup>122</sup> López Jacoiste, 1976: 833.

<sup>123</sup> López Jacoiste, 1976: 865.

<sup>124</sup> López Jacoiste, 1976: 836. En este mismo sentido, cfr. Cossio, 1994: 118 y ss.

<sup>125</sup> López Jacoiste, 1976: 840. Señala el autor que en el Derecho español el concepto de causa es un problema de calidad y no de cantidad, de este modo no es correcta la afirmación en cuya virtud nadie puede enriquecerse sin causa cuando no resultan equilibradas las prestaciones o ha habido lesión.

<sup>126</sup> Bartholomeyzyk, 1966: 59. También Daele (1968: 15 y ss.) señala que en los contratos sinalagmáticos existe entre las prestaciones una relación causa-efecto, cada una de las prestaciones tiene su causa en la otra. Esta relación debe entenderse en sentido normativo, pero no en sentido psicológico.

hecho, la equivalencia objetiva entre las prestaciones no es un requisito para la existencia de un contrato válido. Entre la prestación y la contraprestación existe un nexo tal que el deber de realizar la contraprestación no nace si a la vez el deudor no se compromete eficazmente a realizar la prestación a su cargo (sinalagma genético). Además, durante la ejecución del contrato existe una vinculación tal entre las prestaciones que la contraprestación no es exigible si no se realiza la propia prestación (sinalagma funcional). No obstante, el sinalagma del contrato bilateral no tiene nada que ver con el principio de equivalencia en el sentido de precio justo o de justicia contractual, ya que es la voluntad de las partes la que configura las prestaciones que deben formar parte de ese sinalagma genético y funcional.

En el Derecho anglosajón en este sentido se plantea la cuestión de la “adequacy of consideration”. No obstante, en la práctica la presunción de “sufficient consideration” impide investigaciones referentes a razones de fondo y a la entidad económica de la contraprestación acordada. En consecuencia, el hecho de que una persona haya pagado demasiado poco o demasiado mucho por una cosa puede ser indicio de la existencia de fraude, de error, puede llevar al juez a colmar una laguna (“imply a term”) o puede ser relevante a la hora de apreciar la frustración del contrato. Pero ello, por sí sólo no afecta a la validez del contrato, ya que se entiende que los tribunales no pueden interferir en el negocio realizado por las partes (“no bargain will be upset which is the result of the ordinary interplay of forces”)<sup>127</sup>.

El problema que se presenta con la justicia contractual es que se puede entender de distintos modos. Por ejemplo, desde el punto de vista del precio justo, entendido como equilibrio entre prestación y contraprestación. Sin embargo, no todos los problemas de justicia contractual se resumen en el problema de determinar el precio justo. Es más correcto entender que el contrato es el instrumento con ayuda del que las partes pueden conseguir la justa distribución de sus intereses. En consecuencia, la misión del Derecho contractual es la de fijar los presupuestos en base a los que es posible una justa distribución de intereses. El contenido del contrato no se puede

---

<sup>127</sup> Cfr. Treitel, 1999: 70 y ss. En consecuencia, la regla según la que la “consideration” no ha de ser adecuada, hace posible que los jueces eviten dicho requisito, de modo que una promesa será válida aunque se vincule a una “consideration” nominal como £1 a cambio de un inmueble muy valioso.

valorar según criterios objetivos de justicia. Un control de este tipo supondría una vulneración del principio de autonomía privada<sup>128</sup>. Además de que ningún objeto tiene valor en sí mismo, sino que el valor es el resultado de una valoración relativa (resultado de la interacción entre demanda y oferta). En consecuencia, no existe lo que pretendían los canonistas con su justicia inmanente al contrato como *iustum pretium*. El valor presupone una valoración, por tanto, una estimación subjetiva por parte de los contratantes de la ventaja perseguida por un lado, y por el otro, del sacrificio patrimonial que se está dispuesto a sufrir. Ello obliga a tener en cuenta una relación de equivalencia en sentido subjetivo<sup>129</sup>.

## 2. La ruptura de la equivalencia de las prestaciones como supuesto de pérdida de la "Geschäftsgrundlage".

En la doctrina alemana se ha señalado que la ruptura de la equivalencia de las prestaciones en los contratos bilaterales es seguramente el supuesto de mayor importancia dentro de la doctrina de la "Geschäftsgrundlage"<sup>130</sup>. La mayor parte de los supuestos de "Geschäftsgrundlage" en sentido objetivo son supuestos de ruptura de la equivalencia de las prestaciones en los contratos bilaterales.

Con el concepto de ruptura de la equivalencia de las prestaciones se hace referencia a todos aquellos supuestos en los que se produce un cambio en la valoración de la prestación y/o de la contraprestación y que solamente pueden resolverse de acuerdo con la doctrina de la "Geschäftsgrundlage", al no existir regulación expresa sobre esta cuestión en el Derecho alemán<sup>131</sup>.

---

<sup>128</sup> Wolf, 1970: 32 y ss. En este mismo sentido, según Habersack (1992: 54) el contrato tiene la función de conseguir una regulación autónoma por las partes contratantes, en consecuencia, son también las partes quienes fijan si esas reglas son justas o no. Al mismo tiempo es un elemento constitutivo de la libertad de mercado en cuanto parte del orden económico.

<sup>129</sup> Según Wollny, 1973: 53. Por otro lado, Wieacker (1965: 249) señala como rasgo característico del contrato conmutativo que cada parte determina la propia prestación de modo razonable como sacrificio para conseguir una prestación materialmente equivalente.

<sup>130</sup> Vid. Härle, 1995: 1 y ss.

<sup>131</sup> De no aplicarse esa doctrina, cada una de las partes debería soportar el riesgo de que la relación de equivalencia cambiase en su perjuicio. Si la prestación incrementase su valor, el deudor debería

Dentro de la doctrina alemana, opina Härle<sup>132</sup> que el contrato conmutativo es el instrumento de que disponen las partes para el intercambio de bienes y servicios, de manera que antes del momento de su celebración, las partes son libres para decidir su vinculación a un contrato en el que no existe equilibrio entre las prestaciones.

En consecuencia, la equivalencia entre las prestaciones se debe medir teniendo en cuenta la relación de equivalencia originaria prevista en el contrato. Así lo hacen las normas del BGB, por ejemplo, el § 472 BGB referido a la reducción del precio en la compraventa cuando la cosa adolece de vicios ocultos. Esta reducción se efectúa según la valoración de las prestaciones efectuada por las partes (como hemos visto, esta interpretación se realiza asimismo del art. 1486 CC español). También en este sentido se orientan las normas relativas a la restitución de las prestaciones después de la resolución del contrato (según el § 323 BGB en el caso de que el acreedor opte por exigir el “*commodum representationis*”, el deudor conserva el derecho a la contraprestación, que se puede ver reducida si el valor del “*commodum*” es inferior al de la prestación originaria, según lo pactaron las partes en el contrato).

Si la ruptura del equilibrio de las prestaciones es imprevisible, según la doctrina de la “*Geschäftsgrundlage*”, se podría adaptar el contrato a las nuevas circunstancias. No obstante, es casi imposible prever a priori las consecuencias derivadas de la aplicación de tal doctrina<sup>133</sup>.

---

soportar el riesgo de la pérdida de equivalencia. Si por el contrario, se devaluase, debería soportar el riesgo el acreedor.

<sup>132</sup> Härle, 1995: 51 y ss. En consecuencia, para el reparto del riesgo hay que tener en cuenta dos momentos: uno es el de la conclusión del contrato y el otro es el del cumplimiento. Antes de la conclusión del contrato cada uno soporta el riesgo de devaluación de la prestación. Entre la conclusión del contrato y el cumplimiento, el reparto del riesgo de un desequilibrio previsible entre las prestaciones se efectúa teniendo en cuenta si la prestación no ajustada al contrato o devaluada ha sido cumplida o no. En ningún caso el riesgo es compartido por ambas partes, sino que una sola es quien debe soportarlo. Es dudoso que la impugnación por error sobre las cualidades esenciales del § 119 II BGB pueda considerarse como instrumento apto para asegurar la equivalencia de las prestaciones en los casos de perturbación del programa contractual. El § 119 II BGB se refiere a un error sobre las cualidades esenciales en el tráfico que se refieren a la valoración de la cosa o a su aplicabilidad y que tienen gran influencia en la estructura de la equivalencia. Sin embargo, el error sobre las cualidades no tiene nada que ver con la ruptura de la equivalencia de las prestaciones. En los supuestos de ruptura de la equivalencia, lo que sucede es que el contrato no se corresponde con la realidad, a pesar de que existe una concurrencia de dos declaraciones de voluntad, que coinciden con la verdadera voluntad de las partes. En los casos de error en las cualidades es una sola de las partes la que sufre el error.

<sup>133</sup> Cfr. Härle, 1995: 135.

Como se ha visto en el capítulo anterior, la doctrina mayoritaria entiende que en los supuestos de ruptura de la equivalencia entre las prestaciones se debe proceder en primer lugar a la adaptación del contrato y cuando ello no fuese posible, a su resolución<sup>134</sup>.

La resolución tiene el inconveniente de que está orientada a la satisfacción de los problemas de una sola de las partes, en concreto de la parte perjudicada. Por tanto, en los supuestos de ruptura del equilibrio de las prestaciones, la adaptación del contrato es la solución más adecuada. Para ello, se debe tener en cuenta la relación de equivalencia fijada por las partes en el momento de la conclusión del acuerdo.

En consecuencia, la ruptura de la equivalencia se puede hacer valer por la parte perjudicada como una pretensión para la aprobación por la otra parte del cambio de la relación de equivalencia.

Además, según Härle<sup>135</sup>, la ruptura de la equivalencia de las prestaciones es un presupuesto necesario para que los supuestos de frustración del fin tengan relevancia jurídica. En este sentido, el autor propone una serie de ejemplos<sup>136</sup>: un caso decidido por la jurisprudencia del RG (RGZ 87, 277) es el llamado “Tanzlokalfällen” (RG 9.11.1915). Las partes habían celebrado un contrato de arrendamiento de un local de bailes. Con posterioridad, la celebración de espectáculos fue prohibida al estallar la guerra. En consecuencia, se produce una frustración del fin del contrato, al no poder aplicar el arrendatario la cosa al fin que tenía previsto. Pero lo relevante de este caso no es que la finalidad del arrendatario se haya visto frustrada, sino que dicha prohibición afecta al valor del local (depreciándolo) para cualquier tercero y no sólo para el arrendatario. La aptitud de la cosa para la consecución del fin que el acreedor pretende obtener condiciona el valor de la prestación en general y no sólo para el acreedor en particular<sup>137</sup>.

---

<sup>134</sup> Cfr. en esta sentido, Härle, 1995: 148. También Cfr. Häsemeyer, 1980: 83.

<sup>135</sup> Härle, 1995: 177.

<sup>136</sup> Härle, 1995: 172 y ss.

<sup>137</sup> Este ejemplo se puede ver también en Larenz, 1957: 97. El RG resuelve el caso con las normas sobre contrato de arrendamiento, hoy es considerado como un caso de “Zweckvereitelung”.

Un caso más reciente es el resuelto por la OLG Koblenz (NJW 1989, 400). La parte demandante había alquilado un local de negocios en un centro comercial antes de que se hubiese construido por completo. La duración estipulada era de 10 años y el precio de 45 DM por m<sup>2</sup>. Después de la apertura del centro comercial el local solamente pudo tener la mitad de la superficie, además de que el centro comercial resultó ser menos importante de lo esperado. En consecuencia, el arrendatario sufrió considerables pérdidas. El OLG admitió la denuncia del contrato como consecuencia de la pérdida de la "Geschäftsgrundlage".

El autor pone como ejemplo de "Zweckvereitelung" sin ruptura del equilibrio de las prestaciones el grupo de casos de la Coronación relativos al flete del barco para presenciar la revista naval como consecuencia de la coronación. También el llamado "Bierlieferungsfall" (BGH 27.2.1985) en el que un empresario hostelero explota un restaurante situado en un inmueble propiedad de su madre. En 1975 dicho empresario hostelero celebra un contrato con una empresa cervecera en cuya virtud se compromete durante al menos 20 años a recibir, como mínimo, 250 hectolitros de cerveza al año, a cambio debía pagar una suma anual de 59000 DM. El lugar de entrega de la mercancía sería el restaurante del comprador. En 1980 la madre del empresario revoca el derecho de su hijo de usar el inmueble de su propiedad. En opinión del BGH, no nos encontramos ante un supuesto de pérdida de la "Geschäftsgrundlage" del contrato de suministro, ya que se trata de una circunstancia que entra dentro de la esfera de riesgo del comprador. Desde el punto de vista del autor, además en este caso no se ha producido una ruptura del principio de equivalencia de las prestaciones, ya que el precio de mercado de la cerveza no se ha visto alterado como consecuencia de la pérdida del derecho del empresario hostelero a disfrutar del inmueble.

Además hay otros supuestos en los que sí que existe ruptura de la equivalencia entre las prestaciones y sin embargo, no se trata de un caso de pérdida de la base del negocio. Por ejemplo, es el caso de "Hartmetallkopfbohrerfall". Las partes habían celebrado un contrato de compraventa sobre distintos inventos para los que se había solicitado patente, que estaba tramitándose. Después de la conclusión del contrato dicha licencia no fue concedida. En consecuencia, dichos descubrimientos devinieron

inútiles para el vendedor e inadecuados para la producción. Esta ruptura de la equivalencia de las prestaciones no fue considerada decisiva para el BGH (sentencia de 23.3.1982, NJW 1982, 2062). En opinión de Härle, se trata de un contrato especulativo, ya que en el momento de su conclusión las partes no estaban seguras acerca de que se fuera a conceder el derecho de patente. La no concesión era previsible y ello tiene su reflejo en el precio estipulado en el contrato. El vendedor quiere liberarse del riesgo, se comporta de modo adverso al riesgo (“Risikoadvers”), mientras que el comprador se comporta de modo favorable al riesgo (“Risikofreundlich”). A causa de este carácter especulativo propio de una de las partes en el contrato, tampoco se tiene en cuenta la frustración del fin del contrato en los supuestos de compraventa de inmuebles para la construcción (“Bauerwartungslandfällen”).

Asimismo, no se produce ruptura de la equivalencia de las prestaciones en el caso de “Holzfertighausfall” (BGH 23.3.1966, JZ 1966, 409). Esta sentencia ya ha sido analizada en este trabajo. Resumiré brevemente los hechos: el demandante y el demandado concluyeron un contrato de construcción y montaje de una casa de madera. Dicha casa se había de instalar en un inmueble determinado. No obstante, ello no se pudo llevar a cabo, ya que no se concedieron las autorizaciones administrativas pertinentes. En este caso, el BGH entendió que la obtención de la licencia se había convertido en base del negocio de modo que, al no haberse obtenido la misma, se había producido una pérdida de la misma.<sup>138</sup> En este caso, según Härle, no se había producido tampoco una ruptura de la relación de equivalencia, ya que la casa construida no había cambiado su valor después de la celebración del contrato.

En conclusión, en la valoración de los supuestos de frustración del fin del contrato desempeña un papel fundamental la influencia que la determinación de dicho fin tiene respecto a la fijación del precio, así como la ruptura de la relación de equivalencia<sup>139</sup>.

---

<sup>138</sup> Cfr. los comentarios a esta sentencia de Chiotellis, 1981: 40 y ss. y Fikentscher, 1971: 66.

<sup>139</sup> Härle, 1995: 177.



Además, hay que tener en cuenta que el juez, en la solución de los litigios derivados de alteraciones en la economía contractual, debe restablecer el equilibrio en sentido subjetivo, tal y como fue fijado por las partes en el momento de la celebración del contrato y no en sentido objetivo, en cuanto igualdad de valor entre las respectivas prestaciones.

## CONCLUSIONES.

§ 1. El error es una institución susceptible de solventar el problema de la alteración de la economía del contrato en la medida en que trata del reparto del riesgo entre las partes contratantes. Dicha institución se revela como diferente en los distintos sistemas jurídicos: aunque en los diversos países, tanto de Derecho continental como del "common law", se utilice el mismo término de "error", los presupuestos y los efectos pueden ser distintos en cada uno de ellos. Sin embargo, la normativa sobre el error presenta una serie de inconvenientes en el tratamiento de las alteraciones de la economía contractual por distintas razones: a) sólo contempla el interés de una de las partes en el negocio (la que sufre el error); b) la consecuencia prevista por el ordenamiento jurídico es la anulabilidad del contrato; c) el error de previsión es irrelevante jurídicamente.

§ 2. Los tribunales franceses aplican el art. 1110 CC (referido al error sobre las cualidades esenciales de la cosa) cuando las partes han querido subordinar la validez del contrato a la existencia de una cualidad determinante del intercambio de las prestaciones. Es preciso que la economía del contrato se base en la existencia de la cualidad en sí misma considerada y no sobre sus posibilidades de existencia. Por otra parte, en el Derecho italiano la falsa "presupposizione" se ha considerado como un supuesto de error común en los motivos determinantes compartidos por ambas partes, con la consecuencia de la invalidez del vínculo. No obstante, esta tesis no es unánimemente admitida. En cuanto al Derecho alemán, la escasa relevancia a los motivos que quiso dar el legislador en la regulación del error en el BGB explica en parte el surgimiento de la doctrina de la "Geschäftsgrundlage" (base del negocio).

§ 3. El intento de adaptar las disposiciones de nuestro Código civil a las construcciones alemanas conduce inevitablemente a forzar el sentido de sus preceptos. Así, el concepto de base del negocio en sentido subjetivo podría, en

muchas ocasiones, encontrar acomodo en las normas sobre el error contenidas en el Código civil español.

§ 4. La causa en el Derecho español es una institución que revela una gran versatilidad, ya que ha sido utilizada en el Derecho contractual como fundamento de decisiones de equidad y de equilibrio de intereses. La jurisprudencia española sostiene una noción ecléctica de causa, junto a la función práctico-social correspondiente al tipo escogido, considera como causa el móvil lícito o ilícito, admitido por los dos contratantes si efectivamente ha sido determinante del consentimiento. Si las partes no incluyen en el contrato una condición, una disposición modal o incorporan de alguna manera al contenido del contrato el propósito concreto perseguido, la causa, tal y como está regulada en el Código Civil, no sirve para resolver los problemas derivados del cambio sobrevenido de los presupuestos fácticos del contrato.

§ 5. La distinción entre los conceptos de imposibilidad sobrevenida (“force majeure”, “impossibility”) y excesiva onerosidad sobrevenida se difumina allí donde esta última se aproxima a la imposibilidad de cumplir. Muchos sistemas legales están divididos en cuanto a si ambos conceptos pueden considerarse separados en todo caso, o si podrían incluirse dentro de un concepto unitario (como sucede en el Derecho americano con la “commercial impracticability”). La imposibilidad sobrevenida y la institución de la cláusula “rebus sic stantibus” presentan cierta semejanza en la medida en que el caso fortuito, entendido como acontecimiento sobrevenido e imprevisible, es un elemento del supuesto de hecho para la aplicación de tal doctrina. Por otro lado, las alteraciones relevantes de la economía contractual requieren la superveniencia de circunstancias imprevisibles y no imputables al deudor. Sin embargo, la diferencia entre ambas reside en que la prestación no se ha hecho imposible en el segundo caso.

§ 6. En el Derecho alemán, la doctrina y la jurisprudencia han elaborado el concepto de “inexigibilidad” con fundamento en el § 242 BGB: si la prestación del

deudor exige esfuerzos desproporcionados que exceden del límite de sacrificio, éste podría quedar liberado, aunque la prestación continuase siendo físicamente posible. De esta tesis se hace eco la doctrina italiana.

§ 7. La imposibilidad sobrevenida liberatoria no sirve en todo caso para resolver los problemas derivados del cambio sobrevenido de las circunstancias que provoca un desequilibrio entre las prestaciones. La razón de ello es que la imposibilidad debe valorarse de modo estricto, ya que no es de recibo que la pretensión de cumplimiento se extinga siempre y automáticamente por la excesiva onerosidad sobrevenida. La discusión en la doctrina española acerca de la admisibilidad de la imposibilidad subjetiva parte de una premisa errónea, ya que existen impedimentos de naturaleza subjetiva que dan lugar a imposibilidad objetiva liberatoria cuando por la naturaleza de la obligación y por su carácter infungible, tales obstáculos impiden efectivamente cumplir al deudor. Cuando se exige que la imposibilidad sea absoluta y objetiva, se pretende excluir como posible causa de liberación del deudor eventuales y sobrevenidas dificultades de cumplir o de excesiva onerosidad sobrevenida de la prestación. Las normas sobre imposibilidad sobrevenida tienden a individualizar los supuestos de exoneración del deudor, mientras que en el caso de alteraciones en la economía del contrato se trata de distribuir riesgos dentro de la relación sinalagmática.

§ 8. En el Derecho contractual existe un conflicto entre dos principios básicos: “pacta sunt servanda” y cláusula “rebus sic stantibus”. En el caso de que después de la conclusión del contrato tengan lugar determinadas circunstancias que obstaculicen el cumplimiento de una de las partes o reduzcan el valor de la prestación para la otra, el primero de los principios conduciría al cumplimiento puntual del contrato, el segundo a la modificación o la resolución del mismo.

§ 9. Una estricta aplicación de la regla “pacta sunt servanda” se considera un incentivo para que las partes introduzcan en el contrato cláusulas mediante las que puedan prevenirse frente a posibles riesgos que frustren sus intereses. Sin embargo, la

importancia de instituciones como la “hardship” (en el Derecho internacional), la “eccessiva onerosità sopravvenuta” (en el Derecho italiano), la “frustration of contract” (en el Derecho anglosajón) reside en que la experiencia demuestra que las partes no disponen de medios adecuados para prevenirse en todo caso frente a contingencias futuras.

§ 11. La *ratio iuris* de la “eccessiva onerosità sopravvenuta” en el Derecho italiano hay que buscarla en la exigencia de colaboración entre las partes en orden a la distribución del riesgo contractual. El art. 1467 CC it representa una reacción normativa frente a la no realización del resultado contractual programado en el sentido de fin económico deducido del contrato. El legislador italiano ha contemplado la necesidad de valorar la concreta economía negocial en cuanto a la aplicación del art. 1467 CC it al introducir el requisito del alea normal del contrato. En consecuencia, si la mayor onerosidad no ha provocado una variación anormal del equilibrio de las prestaciones, tal y como había sido fijado por las partes en el contrato, se niega al contratante la posibilidad de resolver el contrato.

§ 12. El § 2-615 UCC contempla la liberación del deudor en los casos de “commercial impracticability”. En la distinción entre imposibilidad y “commercial impracticability” se deben abandonar criterios de tipo cuantitativo, ya que lo importante es analizar en qué medida el cumplimiento se ha convertido en otra cosa diferente como consecuencia del cambio de circunstancias (se debe analizar “how different” y no “how much” ha cambiado el cumplimiento).

§ 13. En el Derecho anglosajón existe cierta analogía entre el “common mistake” y la “frustration of contract”, ya que se trata de instituciones relacionadas con el reparto de los riesgos contractuales. Ambas son doctrinas que los tribunales aplican como excepción a la regla de la “strict liability” propia del Derecho anglosajón para aquellas contingencias respecto de las que las partes no han hecho referencia expresa en el contrato. Además, la frontera entre acontecimientos anteriores y sobrevenidos no siempre es clara. En el Derecho inglés, la “frustration of

contract” ocurre cuando la ley reconoce que, sin culpa de ninguna de las partes, la obligación contractual ha devenido incapaz de cumplirse porque las circunstancias en las que debe tener lugar el cumplimiento convertirían al contrato en una cosa totalmente diferente a lo que aquéllas se habían comprometido. En el Derecho anglosajón, el propósito de la doctrina de la frustración es encontrar un modo satisfactorio de distribuir la pérdida causada por el evento que la provoca. Dicha doctrina es de aplicación restrictiva, ya que representa una excepción al principio “pacta sunt servanda”: si existe previsión contractual expresa o implícita en el contrato se debe excluir el remedio de la frustración. La consecuencia jurídica de la “frustration” es la liberación de ambas partes de sus deberes legales respecto a lo que reste por cumplir en el momento de la liberación. La liberación es total, automática y puede generar problemas, en el caso de que las partes hayan dado comienzo al cumplimiento de sus obligaciones.

§ 14. En el Derecho español, la institución que trata de resolver los problemas derivados de los cambios imprevistos de los presupuestos fácticos respecto a los tenidos en cuenta por las partes en el momento de contratar es la cláusula “rebus sic stantibus”. El inconveniente que presenta la aplicación de esta figura es que es de creación jurisprudencial, ya que no existe norma al respecto. Además, a diferencia de lo que ocurre en Alemania, no existe un cuerpo doctrinal importante que avale esta doctrina. La cláusula “rebus sic stantibus” es una institución escasamente aplicada por la jurisprudencia española, pese a los grandes pronunciamientos acerca de su admisibilidad en nuestro Derecho. En cuanto a las consecuencias jurídicas, se prefiere la modificación del contrato antes que su resolución.

§ 15. En la doctrina española existe un doble fundamento de la doctrina de la cláusula “rebus sic stantibus”: de tipo subjetivo, que se apoya en una voluntad tácita de las partes; de tipo objetivo, reside en el principio de buena fe y en el fallo sobrevenido de los mecanismos causales del negocio.

§ 16. En el Derecho internacional (Principios UNIDROIT, Principios de Derecho Europeo de Contratos), se admite la posibilidad de excepcionar el principio “pacta sunt servanda” en los casos de “hardship”, término elegido por ser ampliamente reconocido en el tráfico internacional. La consecuencia inmediata de la “hardship” es la renegociación del contrato. En el caso de que ésta falle, se prevé la intervención del juez, que puede poner fin al contrato o modificarlo.

§ 17. La interpretación y la integración del contrato por el juez se puede considerar un remedio para los supuestos de alteraciones de la economía negocial. En estos casos, se entiende que el contrato contiene una laguna respecto una cuestión determinada.

§ 18. En el sistema alemán la interpretación integradora (ex § 157 BGB) debe excluirse en aquellos casos en los que del contrato no puede extraerse ningún indicio relevante acerca de la voluntad de las partes sobre el fin del contrato o sobre otras cuestiones como el reparto del riesgo contractual. En este caso, las consecuencias jurídicas del contrato vendrían determinadas por el § 242 BGB. La interpretación integradora se encuentra a medio camino entre la verdadera interpretación y la integración de lagunas basada en el estándar normativo de la buena fe. No obstante, la doctrina alemana no ha encontrado una fórmula mágica para diferenciar lo que es interpretación, de lo que es creación libre del Derecho por el juez.

§ 19. En el Derecho español, la autointegración, en cuanto búsqueda de lo que las partes hubiesen previsto como personas razonables y honradas solamente puede ser subsumida en esa peculiar fuente de integración que es la buena fe (ex art. 1258 CC). La integración del contrato por el juez según la buena fe (art. 1258 CC) supone una cierta concepción de la justicia contractual por parte de aquél. Pero ello no tiene por qué considerarse peligroso, ya que éste podrá distribuir entre las partes el riesgo derivado de un cambio de los presupuestos fácticos, respetando el equilibrio subjetivo fijado por las partes en el contrato.

§ 20. En el Derecho anglosajón los tribunales pueden realizar una actividad de integración (“imply in fact”) en aquellos supuestos en los que las partes no hayan expresado su voluntad respecto a una cuestión determinada. En este caso se debe dar a la transacción la eficacia pretendida por las partes. Esta práctica jurisprudencial se explica por la inexistencia en el Derecho anglosajón de un deber general de buena fe en el sentido de honestidad en la transacción (“fair dealing”) hasta bien entrado el s. XX.

§ 21. Los jueces, en la decisión de los supuestos de alteración de la economía negocial, no deberán centrarse tanto en la intención de los contratantes cuanto en la economía negocial concreta para hallar una regla de distribución del riesgo en la operación económica de que se trate o un criterio objetivo en el que se pueda fundamentar una solución razonable.

§ 22. Mediante la interpretación o la integración del contrato, el juez no debe intentar salvar a una parte de su negligencia al no incluir una cláusula en el contrato que le hubiera liberado del riesgo. Tampoco es función del juez alterar la economía del contrato tal y como había sido fijada por las partes.

§ 23. Instituciones como la “Geschäftsgrundlage” o la inexigibilidad de la prestación solamente permiten determinar sus consecuencias jurídicas “ex post”, en este sentido existen teorías (Koller) que permiten individualizar criterios objetivos de imputación del riesgos “ex ante”.

§ 24. La previsibilidad actúa como criterio de imputación del riesgo, de modo que aquellas circunstancias que habrían podido constituir materia de una cláusula en el contrato son fuente de riesgo que cada uno puede eliminar o asumir. Por lo tanto, el daño causado por tales circunstancias debe gravar a quien había podido prevenirse frente al riesgo. Sin embargo, existen determinados riesgos que deben ser asumidos por el deudor aunque sean imprevisibles.



§ 25. En ocasiones, los problemas de alteración de la economía contractual se pueden resolver acudiendo a las normas contenidas en el Código civil sobre los distintos contratos típicos. En ellas, se encuentran reglas sobre el reparto de los riesgos contractuales en la relación sinalagmática.

§ 26. En el Derecho americano la doctrina de la “impracticability” se relaciona con el reparto del riesgo contractual, de modo que solamente se aplica esa doctrina si las partes no han asumido expresa o implícitamente el riesgo en el contrato.

§ 27. Las críticas al modelo económico de distribución de los riesgos se centran en que la superveniencia de acontecimientos imprevisibles constituye una incertidumbre absoluta antes que un riesgo calculable. Por otro lado, se trata de un modelo de decisión “ex post”, ya que el juez no distribuye riesgos, sino pérdidas, puesto que el contrato se somete a decisión judicial cuando el riesgo ya se ha materializado.

§ 28. La ruptura de la equivalencia de las prestaciones en los contratos bilaterales es seguramente el supuesto de mayor importancia dentro de la doctrina de la “Geschäftsgrundlage”. La consecuencia general en estos casos es la adaptación del contrato a las nuevas circunstancias, para ello, se debe tener en cuenta la relación de equivalencia fijada por las partes en el momento de contratar.

§ 29. La cláusula “rebus sic stantibus” es una figura distinta de la rescisión por lesión “ultra dimidium”, ya que esta última valora el equilibrio “objetivo” de las prestaciones en el momento de la celebración del contrato, mientras que la segunda trata de salvaguardar el equilibrio “subjetivo” de las prestaciones en un momento posterior a la celebración del contrato, pero antes de su ejecución.

- AA. VV. editor Erman W., actualizado por Westermann, H.P. y Küchenhoff K., (1981), *Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, t. I, Aschendorff, 7ª ed., Münster, Westfalen.
- AA. VV., coord. Galgano, F., (2000), *Atlas de derecho privado comparado*, traducción por Fernández Campos, J.A. y Verdera Server, R., Fundación cultural del notariado, Madrid.
- AA. VV. coord. Tich, H., (1987), *Münchener Rechts-Lexicon*, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München.
- ABAS, P., (1993), *Rebus sic stantibus*, Carl Heymanns Verlag KG, Köln, Berlin, Bonn, München.
- ABEL, W., (1931), *Versuch einer Grenzziehung zwischen Geschäftsirrtum und Fehlen bezw. Wegfall der Geschäftsgrundlage, insbesondere in Bezug auf den Ersatz des negativen Vertragsinteresses*, Tesis Doctoral (Imprenta: W. Böning), Bremen.
- ADAMS, M., (1986), "Irrtümer und Offenbarungspflichten im Vertragsrecht", vol. 186, *AcP*, págs. 453 y ss.
- AHRENS, M., (1998), "Die Lehre von der Geschäftsgrundlage zwischen Leistungsversprechen und Sekundärverpflichtung", en AA.VV. coordinados por FISINGER, J., SIMON, J., *Recht und Risiko. Juristische und ökonomische Analysen*, Verlag V. Florenz, München, págs. 171 a 215.
- ALBALADEJO GARCÍA, M., (1989), *Derecho civil. Derecho de obligaciones. La obligación y el contrato en general*, vol. I, Librería Bosch, 8ª ed., Barcelona.
- ALBALADEJO GARCÍA, M., (1958), "La causa", t. XLII, *RDP*, págs. 315 y ss.
- ALONSO PÉREZ, M., (1969), "El error sobre la causa", en AA.VV., *Estudios de Derecho Civil en honor del profesor Castán Tobeñas*, t. III, Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, págs 9 y ss.
- ALONSO PÉREZ, M., (1972), *El riesgo en el contrato de compraventa*, Montecorvo, Madrid.
- ALPA, G., BESSONE, M., ROPPO, E., (1982), *Rischio contrattuale e autonomia privata*, Jovene Editore Napoli, Napoli.
- ALVARADO HERRERA, L., (1998), "Validez del contrato", en AA.VV. coord. Morán Bovio, M.A., *Comentario a los principios de Unidroit para los Contratos del Comercio Internacional*, Aranzadi, Pamplona, págs. 161 y ss.

- ÁLVAREZ VIGARAY, R., (1986), *La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento*, Comares, Granada.
- ÁLVAREZ VIGARAY, R., AYMERICH DE RENTERÍA, REGINA DE, (1989), *La rescisión por lesión en el Derecho civil español, común y foral*, Comares, Granada.
- BADENES GASSET, R., (1946) *El riesgo imprevisible (Influencia en la alteración de las circunstancias en la relación obligacional)*, Casa Editorial Bosch, Barcelona.
- BADOSA COLL, F., (1993), "Comentario a los arts. 1182 y ss. CC", en AA.VV., *Comentario del Código Civil*, t. II, Ministerio de Justicia, 2ª ed., Madrid, págs. 255 y ss.
- BARASSI, L., (1946), *La teoria generale delle obbligazioni*, vol. I, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano.
- BARASSI, L., (1946) *La teoria generale delle obbligazioni*, vol. III, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano.
- BARRIGAN MARCANTONIO, J., (1985), "ICSID as a Forum for the Renegotiation and Adaptation of Contracts", en AA. VV. coordinados por Horn, N., *Adaptation and renegotiation of contracts in international trade and finance*, Kluwer, Deventer, The Netherlands Antwerp, Boston, London, Frankfurt, págs. 235 y ss.
- BARTH, H.R., (1957), *Schadenersatz bei nachträglicher Unmöglichkeit der Erfüllung unter dem Gesamtaspekt des Schadenersatzes infolge Vertragsverletzung*, Buchdruckerei Paul Müller, Zürich.
- BARTHOLOMEYEZIK, H., (1966), "Äquivalenzprinzip, Waffengleichheit und Gegengewichtsprinzip in der modernen Rechtsentwicklung", vol. 166, *AcP*, págs. 30 a 70.
- BATLLE, M., (1944-1945) "La imposibilidad económica sobrevenida y no prevista en la ejecución de los contratos", *Anales de la Universidad de Murcia*, págs. 385 y ss.
- BAUR, J., (1987), "Die Anpassung langfristiger Verträge an veränderte Umstände", *JBl*, págs. 138 a 145.
- BEALE, H.G., (1994), "Mistake", en AA. VV., *Chitty on contracts*, Sweet & Maxwell, 27ª ed., London, págs. 293 y ss.
- BEKER, M, (1969), *Hinfällige Rechtsgeschäfte im Steuerrecht, Steuerklauseln, mangelhafte Geschäftsgrundlage, Rückgewähr verdeckter Gewinnsausschüttungen*, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München.

- BELFIORE, A., (2000), "La presupposizione", en AA.VV. coord. Bessone, M., *Trattato di diritto privato. Il contratto in generale*, vol. IX, t. IV, G. Giappichelli Editore, Torino.
- BELTRÁN DE HEREDIA Y ONÍS, P., (1990), *El incumplimiento de las obligaciones*, Edersa, Madrid.
- BELLANTUONO, G., (1995), "Polizza fideiussoria, reticenza e obblighi di informazione", *Il Foro italiano*, págs. 1905 y ss.
- BELLO JANEIRO, D., (1992), "Comentario a la STS 6 noviembre 1992", núm. 30, septiembre-diciembre, *CCJC*, págs. 1009 y ss.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., (1988), "La doctrina de la base del negocio en el ordenamiento jurídico alemán", en AA.VV. *Libro homenaje a J.B. Vallet de Goytisolo*, vol. VI, Consejo General del Notariado, Madrid, págs. 19 y ss.
- BÉRGAMO LLABRÉS, A., (1947), "El riesgo en el contrato de compraventa", en AA.VV., *Estudios sobre el contrato de compraventa*, Imp. J. Sabater Bros, Barcelona, págs. 157 y ss.
- BERG, A., (1995), "The detailed drafting of a force majeure clause", en AA. VV., editor McKendrick, E., *Force Majeure and frustration of contract*, Lloyd's of London Press Ltd., 2ª ed., págs. 63 y ss.
- BERNARDINI, P., (1997), "Hardship e force majeure", en AA.VV. editores Bonell, M.J., Bonelli, F., *Contratti commerciali internazionali e principi unidroit*, Giuffrè Editore, págs. 195 y ss.
- BERNSTEIN, E., (1933), *Irrtum und Geschäftsgrundlage*, Carl Heymanns Verlag, Berlin.
- BESSONE, M., (1975), *Adempimento e rischio contrattuale*, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano.
- BETTI, E., (1954), "Zur Grundlegung einer allgemeinen Auslegungslehre", en AA.VV., *Festschrift für Ernst Rabel*, t. II, J.C.B. Mohr, Tübingen, págs. 79 a 168.
- (1967) *Allgemeine Auslegungslehre als Methodik der Geisteswissenschaften*, J.C.B. Mohr, Tübingen.
- (1969), *Teoría general de las obligaciones*, t. I, traducción y notas de Derecho español por Mozos, J.L. de los, *Revista de Derecho privado*, Madrid.
- (1975), *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos*, traducción y prólogo por Mozos, J.L. de los, Edersa, Madrid.

- BEUTHIEN, V., (1969), *Zweckerreichung und Zweckstörung im Schuldverhältnis*, J.C.B. Mohr, Tübingen.
- BIANCA, G.M., (1994), *Diritto civile*, t. V, Giuffrè Editore, 1ª ed. reeimp., Milano.
- (1979), “Libro IV. Delle obbligazioni. Art. 1218-1229”, en AA.VV., *Commentario del Codice civile a cura di Antonio Scialoja e Giuseppe Branca*, Nicola Zanichelli Bologna, 2ª ed., 1979.
- BICKEL, D., (1976), *Die Methoden der Auslegung rechtsgeschäftlicher Erklärungen*, N.G. Verlag, Marburg.
- BIERSCHENK, K.O., (1933), *Vertragstreue. Ein Betrag zur Lehre von der sogenannten clausula rebus sic stantibus. Voraussetzung, Geschäftsgrundlage und verwandten Lehren*, Tesis Doctoral (Imprenta: Druck C. Trute, Quakenbrück), Marburg.
- BIGLIAZZI GERI, L. ET ALII, (1996), *Diritto civile*, vol. III, UTET, 1ª ed. reeimp., Torino.
- BLUM, M., (1929), “Ein praktischer Fall zur Lehre von der Geschäftsgrundlage”, vol. 130, *AcP*, págs. 214 a 239.
- BÖCKSTIEGEL, K.H., (1985), “Hardship, Force majeure and special risks clauses in International Contracts”, en AA. VV. coordinados por Horn, N., *Adaptation and renegotiation of contracts in international trade and finance*, Kluwer, Deventer, The Netherlands Antwerp, Boston, London, Frankfurt, págs. 159 y ss.
- BORRELL SOLER, A.M., (1954), *Cumplimiento, incumplimiento y extinción de las obligaciones contractuales civiles*, Casa Editorial Bosch, Barcelona.
- BOSELLI, A., (1957), voz “Eccessiva onerosità sopravvenuta”, en AA.VV., *Novissimo Digesto italiano*, t. VI, UTET, Torino, págs. 331 y ss.
- BRAUN, J., (1979), “Wegfall der Geschäftsgrundlage. BGH, WM 1978, 322”, *JuS*, págs. 692 a 697.
- BRAUNERT, U., (1990), “Das Recht der Leistungsstörungen sowie die bereicherungsrechtliche Rückabwicklung”, *NJW*, págs. 89 y ss.
- BROCKMEYER, G., (1993), *Das Institut der Geschäftsgrundlage aus der Sicht der ökonomischen Analyse des Rechts*, Verlag Peter Lang, Frankfurt.
- BROWN, I., CHANDLER, A., (2001), *Law of contract*, Blackstone, 3ª ed., London.
- BROWNSWORD, R., (1993), “Towards a rational law of contract”, en AA.VV. editor Wilhelmsson, T., *Perspectives of critical contract law*, Dartmouth, Aldershot, Brookfield, Hong Kong, Singapore, Sydney, págs. 241 y ss.

- BROX, H., (1960), *Die Einschränkung der Irrtumsanfechtung. Ein Betrag zur Lehre von der Willenserklärung und deren Auslegung*, Verlag C. F. Müller, Karlsruhe.
- (1966), "Fragen der rechtsgeschäftliches Privatautonomie", *JZ*, págs. 761 a 767.
- (1975), "Die Gefahrtragung bei Untergang oder Verschlechterung der Kaufsache", *JuS*, págs. 1 a 8.
- BRUCE, C.J., (1982), "An economic analisis of the impossibility doctrine", *The Journal of Legal Studies*, págs. 311 y ss.
- BRUN, A., (1931), *Rapports et domaines des responsabilités contractuelle et délictuelle*, prólogo de Josserand, L., Librairie du Recueil Sirey, Paris.
- BRUNS, R., (1978), "Das Synallagma des Dienstvertrages", vol. 178, *AcP*, págs. 34 a 44.
- BUXBAUM, R., (1985), "Modification and Adaptation of Contracts: Amercian Legal Developments", en AA. VV. coordinados por Horn, N., *Adaptation and renegotiation of contracts in international trade and finance*, Kluwer, Deventer, The Netherlands Antwerp, Boston, London, Frankfurt, págs. 31 y ss.
- CAMPBELL, D., HARRIS, D., (1993), "Flexibility in long-term contractual relationship: the role of cooperation", vol. 20, *Journal of Law and Society*, págs. 166 y ss.
- CANO MATA, A., (1971), "La interpretación de los contratos civiles", t. XXIV, fasc. I, *ADC*, págs. 193 y ss.
- CANTILLO, M., (1993), *Le obbligazioni*, t. II, UTET, 1ª ed., reimp., Torino.
- CAPITANT, H., (1922), *De la causa de las obligaciones*, traducción por Tarragato y Contreras, E., Góngora, Madrid.
- CARBONNIER, J., (1963), *Theorie des obligations*, Presses Universitaires de France, Paris.
- (2000), *Droit civil*, Presses Universitaires de France, 22ª ed., Paris.
- CARRASCO PERERA, A., (1982), "Comentario al art. 1106 CC", en AA.VV., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, t. XV, vol. I, Edersa, Madrid, págs. 650 y ss.
- (1985), "Comentario a la STS 19 abril 1985", núm. 8, abril-agosto, *CCJC*, págs. 2581 y ss.
- CARRESI, F., (1987), "Il contratto", en AA.VV., *Trattato di Diritto Civile e Commerciale già diretto da Cicu, A., Messineo, F.*, vol. XXI, t. 2, Giuffrè Editore, Milano.

- CASTÁN TOBEÑAS, J., (1988), *Derecho civil español, común y foral. Derecho de obligaciones. La obligación y el contrato en general*, t. III, Reus, 15ª ed. revisada y puesta al día por García Cantero, G., Madrid.
- CIAN, G., TRABUCCHI, A., (1992), *Commentario breve al Codice civile*, CEDAM, 4ª ed., Padova.
- CLAVERÍA GOSÁLVEZ, L.H., (1983), "Comentario a la STS 24 octubre 1983", núm. 3, septiembre-diciembre, *CCJC*, págs. 1021 y ss.
- (1983), "Comentario a la STS 7 abril 1983", núm. 2, abril-agosto, *CCJC*, págs. 525 y ss.
- (1984), "Comentario a la STS 16 mayo 1984", núm. 5, abril-agosto, *CCJC*, págs. 1669 y ss.
- (1986), "Comentario a la STS 30 diciembre 1986", núm. 10, enero-marzo, *CCJC*, págs. 3387 y ss.
- (1988), "Comentario a la STS 15 abril 1988", núm. 16, enero-marzo, *CCJC*, págs. 297 y ss.
- (1993), "Comentarios a los arts. 1274 y ss del Código civil", en AA.VV., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. XVII, vol. 1º B, Edersa, 2ª ed., Madrid, págs. 519 y ss.
- (1998), *La causa del contrato*, Real Colegio de España, Bolonia.
- CLAVERO TERNERO, M., (1998), "Interpretación del contrato", en AA.VV. coord. Morán Bovio, M.A., *Comentario a los principios de Unidroit para los Contratos del Comercio Internacional*, Aranzadi, Pamplona, págs. 225 y ss.
- CLEMENTE MEORO, M. E., (1998), *La facultad de resolver los contratos por incumplimiento*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- COBACHO GÓMEZ, J.A., (1993), "Comentario a los arts. 1366 y ss. CC", en AA.VV., *Comentario del Código Civil*, t. II, Ministerio de Justicia, 2ª ed., Madrid, págs. 615 y ss.
- COLLINS, H., (1997), *The law of contract*, Butterworths, 3ª ed., London, Edinburg, Dublin.
- CORBAL FERNÁNDEZ, J., (2000), "Comentario a los arts. 1809 y ss. CC", en AA.VV. coord. Sierra Gil de la Cuesta, I., *Comentario del Código Civil*, t. VIII, Bosch, Barcelona, págs. 84 y ss.
- CORBIN, A.L., (1962), *Corbin on contracts*, vol. 6, West Publishing Co., Minnesota.
- CREMADES, B.M., (1982) "La cobertura de los riesgos en los negocios internacionales", *La Ley*, Madrid, págs. 876 y ss.

- CRISTÓBAL MONTES, A., (1989), *El incumplimiento de las obligaciones*, Tecnos, Madrid.
- (1995), “La imposibilidad sobrevenida de la prestación en la obligación alternativa, con elección correspondiente al deudor”, *RDP*, págs. 225 y ss.
- CUENA BOY, F., (1992), *Estudios sobre la imposibilidad de la prestación: la imposibilidad jurídica*, Universidad de Valladolid, Valladolid.
- CURDT, H.A., (1963), *Krediteröffnungsvertrag und Geschäftsgrundlage*, Tesis Doctoral, Göttingen.
- CHAMI, R., (1996), “King Lear’s dilemma: precommitment versus the last word”, *Economics Letters*, págs. 171 y ss.
- CHANDLER, A., (1990), “Self-induced frustration, foreseeability and risk”, *Northern Ireland Legal Quaterly*, págs. 62 y ss.
- CHESHIRE, G. C., FIFOOT, C. H. S., FURMSTON, M.P., (1991), *Law of contract*, Butterworths, 12ª ed., London.
- CHIOTELLIS, A., (1981), *Rechtsfolgenbestimmung bei Geschäftsgrundlagentörungen in Schuldverträgen*, C.H. Beck’sche Verlagsbuchhandlung, München.
- DABIN, J., (1929), *La teoría de la causa: estudio histórico y jurisprudencial*, traducción por Pelsmaecker, F., Revista de Derecho Privado, Madrid.
- DAELE, VAN DEN W., (1968), *Probleme des gegenseitigen Vertrages. Untersuchungen zur Äquivalenz gegenseitiger Leistungspflichten*, Cram, de Gruyter&Co., Hamburg.
- DANZ, E., (1955), *La interpretación de los negocios jurídicos*, Revista de Derecho Privado, 3ª ed. adapt. al derecho español por Bonet Ramón, F., Madrid.
- D’ ANGELO, A., (1992), *Contratto e operazione economica*, G. Giappichlli editore, Torino.
- DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., (1971), “Algunas consideraciones en torno al art. 1483 del Código Civil”, n. 487, *RCDI*, págs. 1345 y ss.
- DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., ZORRILLA RUIZ, M. M., (1985), “La frustración del fin del contrato”, t. XXXVIII, fasc. I, *ADC*, págs. 185 y ss.
- DECANIO, S.J., FRENCH, H.E., (1993), “Vertical contracts: A natural expetiment in Gas Pipeline Regulation”, *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, págs. 370 y ss.



- DE CASTRO Y BRAVO, F., (1967), *El negocio jurídico*, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid.
- (1988), “De nuevo sobre el error en el consentimiento”, t. XLV, fasc. II, *ADC*, págs. 403 y ss.
- DE COSSIO Y CORRAL, A., (1944), “Los riesgos en la compraventa civil y en la mercantil”, *RDP*, págs. 361 y ss.
- (1955), *El dolo en el Derecho civil*, Edersa, Madrid.
- (1991), *Instituciones de Derecho civil. Parte General obligaciones y contratos*, t. I, Civitas, 2ª ed. puesta al día por Cossio y Martínez, M. de y León-Castro Alonso, J., Madrid.
- DE COSSIO Y MARTÍNEZ, M., (1994), *Frustraciones y desequilibrios contractuales*, Comares, Granada.
- DE LOS MOZOS, J.L., (1982), “Comentarios a los arts. 1336 y ss. CC”, en AA.VV., *Comentario al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. XVIII, vol. I, 2ª ed., EDERSA, págs. 255 y ss.
- (1995), “El nuevo Código Civil holandés: el derecho patrimonial”, *RDP*, págs. 139 y ss.
- DE VERDA Y BEAMONTE, J.R., (1999), *Error y responsabilidad en el contrato*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- (1999a), “Remedios jurídicos con que cuenta el comprador de un inmueble afectado por limitaciones urbanísticas”, núm. 38, 18 al 24 de octubre, *Act. Civ.*, págs. 1213 y ss.
- (2000), “Comentario a la STS de 30 de junio de 2000”, núm. 54, octubre-diciembre, *CCJC*, págs. 1343 y ss.
- (2000a), “Información urbanística y enajenación de terrenos no susceptibles de edificación o con edificios fuera de ordenación”, *Aranzadi Civil-Mercantil*, págs. 1 y ss.
- (2000), “Sentido y alcance de la objetivización de la responsabilidad del vendedor por vicios ocultos de la cosa vendida” (I), *La Ley*, núm. 5007, págs. 1 y ss.
- (2000), “Sentido y alcance de la objetivización de la responsabilidad del vendedor por vicios ocultos de la cosa vendida” (II), *La Ley*, núm. 5008, págs. 1 y ss.
- DEGGAU, H.G., (1998), “Die Geschäftsgrundlage. Eine methodische Irritation der Zivilrechtsdogmatik. Alternative Lösungswege in der Geschäftsgrundlagenlehren”, en AA.VV. coordinados por Fisinger, J.,

- Simon, J., *Recht und Risiko. Juristische und ökonomische Analysen*, Verlag V. Florenz, München, págs. 215 a 252.
- DELGADO ECHEVERRÍA, J., (1989), "Comentario a la STS 27 marzo 1989", núm. 20, abril-agosto, *CCJC*, págs. 465 y ss.
- DERAINS, Y., JARVIN, S., (1990), *Collection of ICC Arbitral Awards (1974-1985)*, ICC Publishing SA., Paris, New York.
- DERAINS, Y., JARVIN, S., ARNALDEZ, J.J., (1994), *Collection of ICC Arbitral Awards (1986-1990)*, ICC Publishing SA., Paris, New York.
- DERAINS, Y., ARNALDEZ, J.J., HASCHER, D., (1997), *Collection of ICC Arbitral Awards (1991-1995)*, ICC Publishing SA., Paris, New York.
- DIAMOND, A.L., (1991), "Force majeure and frustration under international sales contracts", AA. VV., editor McKendrick, E., *Force Majeure and frustration of contract*, Lloyd's of London Press Ltd., 1ª ed., págs. 165 y ss.
- DÍAZ CRUZ, M., (1946), "La cláusula «rebus sic stantibus» en el Derecho Privado", t. XI, *RGLJ*, págs. 530 y ss.
- DÍAZ DE LEZCANO SEVILLANO, I., (1993), "Saneamiento por gravámenes ocultos (análisis del art. 1483 del Código Civil)", t. XLVI, fasc. I, *ADC*, págs. 123 y ss.
- DIEBELHORST, M., (1980), "Die Geschäftsgrundlage in der neueren Rentsentwicklung", en AA.VV. coordinados por Immenga, U., *Rechtswissenschaft und Rechtsentwicklung*, Verlag Otto Schwarz, Göttingen, págs. 153 a 169.
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., (1963), "El concepto de causa en el negocio jurídico", t. XVI, fasc. I, *ADC*, págs. 3 y ss.
- (1973), *Estudios sobre la jurisprudencia civil*, vol. I, Tecnos, 2ª ed., Madrid.
- (1984), "Comentario a la STS 27 junio 1984", núm. 6, septiembre-diciembre, *CCJC*, págs. 1911 y ss.
- (1993), "Comentario al art. 1258 CC", en AA. VV., *Comentario del Código civil*, t. II, Ministerio de Justicia, 2ª ed., Madrid, págs. 436 y ss.
- (1995), voz «Resolución», *EJB*, t. IV, Civitas, Madrid, pág. 5889 y ss.
- (1996), *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, vol. II, Tecnos, 5ª ed., Madrid.

- (1996a), “La cláusula *rebus sic stantibus*”, en AA.VV. coordinados por Ferrándiz Gabriel, J.R., *Extinción de obligaciones*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, págs. 669 y ss.
- DORAL J.A., ARCO, M. A. DEL, (1982), *El negocio jurídico*, Alco, Madrid.
- DROBNIG, U., EINMAHL, J., FLESSNER, A., KÖTZ, H., ZWEIGERT, K., (1968), “Der Entwurf eines einheitlichen Gesetzes über die materielle Gültigkeit internationaler Kaurverträge über bewegliche Sachen”, *RabelsZ*, págs. 201 y ss.
- DUALDE, J., (1943), “De la cláusula *rebus sic stantibus* (Relatividad contractual)”, en AA.VV., *Temas varios de Derecho Público y Privado*, Librería Bosch, Barcelona, págs. 25 y ss.
- EISENSTAEDT, H., (1923), *Die Windscheid'sche Voraussetzung und Oertmann'sche Geschäftsgrundlage*, Tesis Doctoral (Imprenta: Galomon, F.), Breslau.
- ELLIOTT, C., QUINN, F., (2001), *Contract law*, Longman, 3ª ed., Harlow.
- EMMERICH, V., (1997), *Das Recht der Leistungsstörungen*, Verlag C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 4ª ed., München.
- ENNECCERUS, L., KIPP, T., WOLFF, M., (1933), *Tratado de Derecho Civil. Derecho de obligaciones*, t. II, Librería Bosch, 11ª ed. revisada por Lehmann, H., traducción por Pérez González, B., Alguer, J., Barcelona.
- (1954), *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Recht der Schuldverhältnisse*, t. II, J.C.B. Mohr, 14ª ed. revisada por Lehmann, H., Tübingen.
- ERNST, W., (1999), “Die Gefahrtragung beim Kauf: unter besonderer Berücksichtigung der Regelungsvorschläge des Schuldrechtsreformentwurfs von Wilhelm Reinhardt”, vol. 199, *AcP*, págs. 369 y ss.
- ESCARDA DE LA JUSTICIA, J. Y DE LA HOZ SÁNCHEZ, S., (1996), “La imposibilidad sobrevenida de la prestación como causa de extinción de las obligaciones”, en AA.VV. coordinados por Ferrándiz Gabriel, J.R., *Extinción de obligaciones*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, págs. 699 y ss.
- ESMEIN, P., (1931), en Planiol, M., Ripert, G., *Traité Pratique de Droit Civil Français. Obligations*, t. VI, 1ª ed., Librairie Générale de Droit & de Jurisprudence, Paris.
- ESPERT SANZ, V., (1968), *La frustración del fin del contrato*, Tecnos, Madrid.
- ESPLUGES MOTA, C., (1999), *Contratación internacional*, Tirant lo Blanch, 2ª ed., Valencia.

- ESSER, J., (1958), "Fortschritte und Grenzen der Theorie von der Geschäftsgrundlage bei Larenz", *JZ*, págs. 113 a 116.
- (1990), *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatsrechts*, J.C.B. Mohr, 4ª ed., Tübingen.
- ESSER, J., SCHMIDT, E., (1984), *Schuldrecht. Allgemeiner Teil*, t. I, C.F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg.
- EVANS VON KRBEK, F.S., (1977), "Gleichstellung des anfänglichen Schuldnerungsvermögens mit dem nachträglichen?", vol. 177, *AcP*, págs. 35 y ss.
- FABRE-MAGNAN, M., (1998), "Defects of consent in Contract Law", en AA.VV. editor Hartkamp, A., Hesselink, M., Hondius, E., Joustra, C., Perron, E., *Towards a European Civil Code*, Kluwer Law International, 2ª ed., The Hague, London, Boston, págs. 219 y ss.
- FENET, P. A., (1968), *Recueil complet des travaux préparatoires du Code Civil*, t. I, reimp., Otto Zeller, Osnabrück.
- FENOY PICÓN, N., (1989), "Comentario a la STS 4 octubre 1989", núm. 21, septiembre-diciembre, *CCJC*, págs. 895 y ss.
- FERNÁNDEZ HIERRO, J. M., (1992), *La modificación del contrato*, Aranzadi, Pamplona.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, C. (1958), "La cláusula rebus sic stantibus (Comentario a la STS 17 mayo 1957)", t. XI, fasc. IV, octubre-diciembre, *ADC*, págs. 1267 y ss.
- FIKENTSCHER, W., (1965), *Das Schuldrecht*, Walter de Gruyter&Co., Berlin.
- (1971), *Die Geschäftsgrundlage als Frage des Vertragsrisikos*, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München.
- FISINGER, J., SIMON, J., (1998), "Vertragsbruch und Schadensersatz bei Leistungerschwernis. Am Beispiel der Lehre vom Wegfall der Geschäftsgrundlage", en AA.VV. coordinados por Fisinger, J., Simon, J., *Recht und Risiko. Juristische und ökonomische Analysen*, Verlag V. Florenz, München, págs. 114 a 155.
- FLESSNER, A., KÖTZ, H., (1997), *European Contract Law*, vol. I, Clarendon Press, Oxford.
- FLORES MICHEO, R., (1981), "La seguridad de la contratación y sus excepciones", *La Ley*, págs. 970 y ss.
- FLUME, W., (1979), *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, t.II, Springer, 3ª ed., Berlin, Heidelberg.

- (1997), "Die Haftung für Fehler kraft Wissenszurechnung bei Kauf und Werkvertrag", vol. 197, *AcP*, págs. 441 y ss.
- FONTAINE, M., (1997), "Les dispositions relatives au hardship et à la force majeure", en AA.VV. editores Bonell, M.J., Bonelli, F., *Contratti commerciali internazionali e principi unidroit*, Giuffrè Editore, págs. 185 y ss.
- FREUDLING, G., (1984), "Schadensersatz bei anfänglicher Unmöglichkeit und bei culpa in contrahendo", *JuS*, págs. 193 y ss.
- FRIDMANN, G.H.L., (1999), *The law of contract in Canada*, Carswell, 4ª ed., Toronto.
- FRIEDMANN, D., (1989), "The efficient breach fallacy", *The Journal of Legal Studies*, págs. 1 y ss.
- FULLER, L. L., PERDUE, W. R., (1957), *Indemnización de los daños contractuales y protección de la confianza*, traducción por Puig Brutau, J., Bosch, Barcelona.
- FURMSTON, M.P., (1995) "Drafting of force majeure clauses- some general guidelines", AA. VV., editor McKendrick, E., *Force Majeure and frustration of contract*, Lloyd's of London Press Ltd., 2ª ed., págs. 57 y ss.
- GALGANO, F., (1992), *El negocio jurídico*, traducción por Blasco Gascó, F., Prats Albentosa, L., Tirant lo Blanch, Valencia.
- GALLO, P., (1992), *Sopravvenienza contrattuale e problemi di gestione del contratto*, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano.
- (1994), voz "Eccessiva onerosità sopravvenuta", en AA.VV., *Digesto delle discipline privatistiche. Sezione Civile*, t. VIII, Utet, 1ª ed., reimp., Torino, págs. 234 y ss.
- (1998), "Changed Conditions and Problems of Price Adjustment. An Historical and Comparative Analysis", *European Review of Private Law*, vol. 6, núm. 3, págs. 285 y ss.
- GAMBINO, A., (1960), "Eccessiva onerosità della prestazione e superamento dell'area normale del contratto", *Rivista del Diritto Commerciale*, vol. 58, págs. 416 y ss.
- GARCÍA CANTERO, G., (1980), "Comentario a los arts. 1484 y ss. CC", en AA.VV., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, t. XIX, Edersa, Madrid, págs. 334 y ss.

- (1993), "Comentario a los arts. 1469 y ss. CC", en AA.VV., *Comentario del Código Civil*, t. II, 2ª ed., Ministerio de Justicia, Madrid, págs. 922 y ss.
- GÄRTNER, R., (1988), "Leistungsfähigkeit als Haftungsgrenze?", *JZ*, págs. 579 y ss.
- GAVIDIA SÁNCHEZ, J.V., (1987), "Presuposición y riesgo contractual", t. XL, fasc. II, *ADC*, págs. 525 y ss.
- GEHM, H., (1932), *Der Begriff der Geschäftsgrundlage und seine Anwendung in der neueren Rechtsprechung des Reichsgerichts*, Tesis Doctoral (Imprenta: Handelsdruckerei C. Trute), Göttingen.
- GENTILE, A., (1983), "Presupposizione, eccessiva onerosità sopravvenuta e sopravvenienza", *Giuris it.*, págs. 1737 y ss.
- GETE-ALONSO Y CALERA, M.C., (1979), *Estructura y función del tipo contractual*, Bosch, Barcelona.
- GETE-ALONSO Y CALERA, M.C., NAVAS NAVARRO, S., (1999), "Comentario a la Disposición Adicional 1ª. Tres", en AA. VV., dirigidos por Arroyo Martínez, I., Miquel Rodríguez, J., *Comentarios a la ley sobre condiciones generales de la contratación*, Tecnos, Madrid, págs. 289 y ss.
- GHESTIN, J., (1971), *La notion d'erreur dans le droit positif actuel*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris.
- GHESTIN, J., JAMIN, C., BILLAU, M., (1994), *Traité de droit civil. Les effets du contrat*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 2ª ed., Paris.
- GIEG, G., (1992), *Die tacita conditione rebus sic stantibus. Ein Betrag zur Dogmengeschichte von clausula rebus sic stantibus und Geschäftsgrundlage*, Tesis doctoral, Würzburg.
- GILLETE, C.P., (1985), "Commercial rationality and the duty to adjust long-term contracts", vol. 69, *Minnesota Law Review*, págs. 521 y ss.
- GIORGIANNI, M., (1988), "L'art. 1467 CC e le leggi speciali per l'adeguamento dei canoni d'affitto dei fondi rustici", en Giorgianni, M., *Scritti minori*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, págs. 113 y ss.
- GIOVENE, A., (1941), *L'impossibilità della prestazione e la sopravvenienza : la dottrina della clausola rebus sic stantibus*, CEDAM, Padova.
- GIRINO, F., (1952), voz "Presupposizione", en AA.VV., *Novissimo Digesto italiano*, t. XIII, UTET, Torino, págs. 775 y ss.
- GLOSSNER, O., (1985), "Third party intervener in contract adaptation: the Référé Arbitral", en AA. VV. coordinados por Horn, N., *Adaptation and renegotiation of contracts in international trade and finance*, Kluwer,

- Deventer, The Netherlands Antwerp, Boston, London, Frankfurt, págs. 191 y ss.
- GLÜCK, F., SERAFINI, F., COGLIOLO, P., (1905), *Commentario alle Pandette*, t. XII, Società Editrice Libreria, Milano.
- GOLDBERG, V.P., (1985), "Price adjustment in long term contracts", *Wisconsin Law Review*, págs. 527 y ss.
- (1988), "Impossibility and related excuses", *Journal of Institutional and Theoretical economics*, págs. 110 y ss.
- (1990), "Aversion to risk aversion in the new institutional economics", vol. 144, *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, págs. 216 y ss.
- GOLTZ, H., (1973), *Motivirrtum und Geschäftsgrundlage im Schuldvertrag*, Carl Heymanns Verlag, Köln, Berlin, Bonn, München.
- GONZÁLEZ CARRASCO, M. C., (1999), "Comentario a la Sentencia de 14 de diciembre de 1998", núm. 50, abril-agosto, *CCJC*, págs. 675 y ss.
- GONZÁLEZ PORRAS, J.M., (1991), "Comentario a los Arts. 1182 a 1186 CC", en AA. VV., *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, t. XVI, vol. I, Edersa, 2ª ed., Madrid, págs 256 y ss.
- GORRIZ LÓPEZ, C., "L'interpretazione del contratto nei Principi UNIDROIT dei contratti commerciali internazionali", en AA.VV. coord. Galgano, F., Bin, M., *Contratto e impresa*, CEDAM, Padova, 1998, págs. 467 y ss.
- GOTTSCHALK, R., (1929), "Versteckter Dissens; Kalkulationsirrtum; fehlerhafte Rechtsgeschäfte", vol. 131, *AcP*, págs. 105 a 140.
- GRIGOLEIT, H.C., (1999). "Neuere Tendenzen zur schadensrechtlichen Vertragsaufhebung", *NJW*, págs. 900 y ss.
- GRUBB, A., (1999), *The law of contract*, Butterworths, London, Dublin, Edinburg, 1999.
- GUEST, A.G., (1994), "Implied Terms", en AA. VV., *Chitty on contracts*, Sweet & Maxwell, 27ª ed., London, págs. 619 y ss.
- (1994), "Exemption clauses", en AA. VV., *Chitty on contracts*, Sweet & Maxwell, 27ª ed., London, págs. 635 y ss.
- GUILLARTE GUTIÉRREZ, V., (1991), "Comentario a la STS 18 julio 1991", núm. 27, septiembre-diciembre, *CCJC*, págs. 889 y ss.

- GULLÓN BALLESTEROS, A., (1993), "Comentario al art. 1817 CC", en AA. VV., *Comentario del Código civil*, t. II, Ministerio de Justicia, 2<sup>a</sup> ed., Madrid, págs. 1775 y ss.
- HAARMANN, W., (1979), *Wegfall der Geschäftsgrundlage bei Dauerrechtsverhältnissen*, Duncker&Humblot, Berlin.
- HABERSACK, M., (1979), *Vertragsfreiheit und Drittinteressen. Eine Untersuchung zu den Schranken der Privatautonomie unter Berücksichtigung der Fälle typischerweise gestörter Vertragsparität*, Duncker&Humblot, Berlin.
- HADDING, W., (1968), "Die Rechtswirkungen beiderseits zu vertretender Unmöglichkeit der Leistung", vol. 168, *AcP*, págs. 150 y ss.
- HAGER, J., (1983), *Gesetzes- und sittenkonforme Auslegung und Aufrechterhaltung von Rechtsgeschäften*, Beck'sche Vertragsbuchhandlung, München.
- HALPERN, S.W., (1987), "Application of the doctrine of commercial impracticability. Searching for the Wisdom of Salomon", vol. 135, *University of Pennsylvania Law Review*, págs. 1123 y ss.
- HANAU, P., (1965), "Objektive Elemente im Tatbestand der Willenserklärung. Ein Beitrag zur Kritik der "stillschweigenden und schlüssigen Willenserklärungen", vol. 165, *AcP*, págs. 220 y ss.
- HAURIOU, M., (1926), "La teoría del riesgo imprevisible y los contratos influidos por instituciones sociales", *RDP*, págs. 1 y ss.
- HÄRLE, P., (1995), *Die Äquivalenzstörung. Ein Betrag zur Lehre von der Geschäftsgrundlage*, Peter Lang, Frankfurt.
- HARTKOPF, W.O., (1982), *Abgrenzung der Leistungsstörungen von der Gewährleistung und dem Institut der Geschäftsgrundlage*, Tesis Doctoral, Berlin.
- HÄSEMAYER, L., (1980), "Geschäftsgrundlage und Vertragsgerechtigkeit", en *Privatautonomie, Eigentum und Verantwortung. Festgabe für H. Weitnauer*, Duncker&Humblot, Berlin, págs. 67 y ss.
- HASEN, R.L., (1990), "Comment, efficiency under informational asymmetry: the effect of framing on legal rules", núm. 38, *UCLA Law Review*, págs. 391 y ss.
- HAY, P., (1964), "Zum Wegfall der Geschäftsgrundlage im anglo-amerikanischen Recht", vol. 164, *AcP*, págs. 231 y ss.
- HENSSLER, M., (1994), *Risiko als Vertragsgegenstand*, J.C.B. Mohr, Tübingen.



- HERNÁNDEZ GIL, A., (1983), *Derecho de obligaciones*, Editorial Ceura, Madrid.
- HERRMANN, G., (1985), "The UNCITRAL conciliation Rules: an aid also in Contract Adaptation and Performance Facilitation", en AA. VV. coordinados por Horn, N., *Adaptation and renegotiation of contracts in international trade and finance*, Kluwer, Deventer, The Netherlands Antwerp, Boston, London, Frankfurt, págs. 217 y ss.
- HEBHAUS, A., (1997), *Kündigung und Wegfall der Geschäftsgrundlage im Tarifvertrag*, Hartung-Gorre Verlag, Konstanz.
- HESSELINK, M., (1998), "Good Faith", en AA.VV. editor Hartkamp, A., Hesselink, M., Hondius, E., Joustra, C., Perron, E., *Towards a European Civil Code*, Kluwer Law International, 2ª ed., The Hague, London, Boston, págs. 285 y ss.
- HILGER, M.L., (1983), "Vertragsauslegung und Wegfall der Geschäftsgrundlage im betrieblich-kollektiven Bereich", en *Festschrift für K. Larenz zum 80 Geburtstag*, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, págs. 241 y ss.
- HILLMAN, R.A., (1983), "An analisis of the cessation of contractual relations", vol. 68, *Cornell Law Review*, págs. 617 y ss.
- HJMA, J., ZWITSER, R., (1997), "Aspectos de Derecho Patrimonial generales en el nuevo Código Civil holandés", *RDP*, págs. 362 y ss.
- HORN, N., (1981), "Neuverhandlungspflicht", vol. 181, *AcP*, págs. 280 y ss.
- (1985), "The Concepts of Adaptation and Renegotiation in the Law of Transnational Commercial Contracts", en AA. VV. coordinados por Horn, N., *Adaptation and renegotiation of contracts in international trade and finance*, Kluwer, Deventer, The Netherlands Antwerp, Boston, London, Frankfurt, págs. 3 y ss.
- (1985), "Changes in Circunstances and the Revision of Contracts in some Europeans laws and International Law", en AA. VV. coordinados por Horn, N., *Adaptation and renegotiation of contracts in international trade and finance*, Kluwer, Deventer, The Netherlands Antwerp, Boston, London, Frankfurt, págs. 15 y ss.
- (1985), "Standard Clauses on Contract adaptation in International Commerce", en AA. VV. coordinados por Horn, N., *Adaptation and renegotiation of contracts in international trade and finance*, Kluwer, Deventer, The Netherlands Antwerp, Boston, London, Frankfurt, págs. 111 y ss.
- (1985), "The procedures of Contract Adaptation and Renegotiation", en AA. VV. coordinados por Horn, N., *Adaptation*

*and renegotiation of contracts in international trade and finance*, Kluwer, Deventer, The Netherlands Antwerp, Boston, London, Frankfurt, págs. 173 y ss.

- HUBBARD, S.W., (1982), "Relief from burdensome long-term contracts: commercial impracticability, frustration of purpose, mutual mistake of fact, and equitable adjustment", vol. 47, *Missouri Law Review*, págs. 79 y ss.
- HUBER, U., (1972), "Verpflichtungszweck, Vertragsinhalt und Geschäftsgrundlage", *JuS*, págs. 57 y ss.
- HUBMANN, H., (1956), "Grundsätze der Interessenabwägung", vol. 156, *AcP*, págs. 85 y ss.
- HUNTER, H.O., (1991), "Commentary on Pitfalls of force majeure clauses", vol. 3, *Journal of Contract Law*, págs. 214 y ss.
- HURST, T.R., (1976), "Freedom of contract in an unstable economy: judicial reallocation of contractual risk under UOC Section 2-615", vol. 54, *North Carolina Law Review*, págs. 545 y ss.
- IMBRUCK, F., (1932), *Voraussetzung und Geschäftsgrundlage. Eine Untersuchung über Wesen, Unterscheidung und praktische Brauchbarkeit der Begriffe. Zugleich ein Beitrag zur Frage: Positivismus oder Freiheit?*, Tesis Doctoral (Imprenta: H. Pöppinghaus), Bochum.
- INZITARI, B., (1983), "Svalutazione monetaria: l'eccessiva onerosità sopravvenuta, le tecniche valoristiche", en AA.VV. director Galgano, F., *Trattato di Diritto Commerciale e di Diritto Pubblico dell'economia*, Cedam, Padova, págs. 87 y ss.
- JAKOBS, H.H., (1969), *Unmöglichkeit und Nichterfüllung*, Ludwig Röhrscheid Verlag, Bonn.
- JAEGER, W.H.E., (1978), "Impossibility", en AA.VV. editor WILLISTON, S., *A treatise on the law of contracts*, vol. 18, LCP, 3ª ed., págs. 1 y ss.
- JAUERNIG, O., (1953), "Vertragshilfe, Wegfall der Geschäftsgrundlage und Bürgschaft", *NJW*, págs. 1207 y ss.
- JHERING, VON R., (1904), *Der Zweck im Recht*, Verlag von Breitkopf und Härtel, Leipzig.
- JOHN, U., (1983), "Auslegung, Anfechtung, Verschulden beim Vertragsschluß und Geschäftsgrundlage beim sog. Kalkulationsirrtum. BGH, NJW 1981, 1551", *JuS*, págs. 176 y ss.
- JORDANO BAREA, J., (1949), "Causa, motivo y fin del negocio", t. II, fasc. II, *ADC*, págs. 749 y ss.

- JORDANO FRAGA, F., (1985) “Las reglas generales de la responsabilidad contractual en el sistema del Código Civil español”, t. XXXVIII, fasc. II, *ADC*, págs. 275 y ss.
- (1987), *La responsabilidad contractual*, Civitas, Madrid.
- (1987), “Comentario a la STS 13 marzo 1987”, núm. 13, enero-marzo, *CCJC*, págs. 4423 y ss.
- JOSKOW, P., (1977), “Commercial impossibility, the Uranium Market and the Westinghouse Case”, *The Journal of Legal Studies*, págs. 119 y ss. También publicado en AA.VV. editores Kronman, A.T., Posner, R.A., (1979) *The economics of contract law*, Little, Brown and Company, Boston, Toronto, págs. 143 y ss.
- JOSSERAND, L., (1928), *Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé*, Dalloz, Paris.
- JUNG, P., (1995), *Die Bindungswirkung des Vertrages unter veränderten geschäftswesentlichen Umständen*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden.
- KAPS, F., (1927), *Geschäftsgrundlage und Bedingung*, Tesis Doctoral (Imprenta: Druck der Buch- und Offsetdruckerei Schlesische Volkszeitung), Breslau.
- KATSCHKE, W., (1931), *Der Irrtum über die Geschäftsgrundlage und der Kalkulationsirrtum*, Tesis Doctoral, Verlag Had&Montanus, Leipzig, Berlin, Halle.
- KEGEL, G., (1952), “Anmerkung zu BGH Urteil 23.10.1951”, *JZ*, págs. 145 y ss.
- KEYMER, D., (1984), *Die Anfechtung nach § 2078 Abs. 2 BGB und die Lehre von der Geschäftsgrundlage*, Verlag V. Florenz, München.
- KIHOLM SMITH, J., COX, S.R., (1985), “The pricing of legal services: a contractual solution to the problem of bilateral opportunism”, *The Journal of Legal Studies*, págs. 167 y ss.
- KLEINHERNE, W., (1923), *Die Geschäftsgrundlage beim Gattungskauf*, Tesis Doctoral, Würzburg.
- KNIFFIN, M.N., (1998), “Interpretation of contracts”, en AA.VV. editor Perillo, J.M., *Corbin on contracts*, vol. 5, LEXIS, ed. revisada, Virginia, págs. 1 y ss.
- KNÖPFLE, R., (1978), “Zur Problematik des subjektiven Fehlerbegriffes im Kaufrecht”, *JZ*, págs. 121 y ss.

- (1990), "Zum Verhältnis zwischen Gewährleistungsansprüchen und Ansprüchen aus culpa in contrahendo oder positiver Vertragsverletzung", *NJW*, págs. 2497 y ss.
- KNUTSON, R., (1997), "Common law development of the doctrines of impossibility of performance and frustration of contracts and their use and applications in long-term concession contracts", vol. 14, *International Construction Law Review*, págs. 298 y ss.
- KÖBLER, R., (1991), *Die clausula rebus sic stantibus als allgemeiner Rechtsgrundsatz*, J.C.B. Mohr, Tübingen.
- KÖHLER, H., (1971), *Unmöglichkeit und Geschäftsgrundlage bei Zweckstörungen im Schuldverhältnis*, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München.
- (1979), "Grundprobleme der Lehre von der Geschäftsgrundlage", *JA*, págs. 498 y ss.
- (1998), *BGB. Allgemeiner Teil*, 24ª ed., C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München.
- KOLLER, I., (1979), *Die Risikozurechnung bei Vertragsstörungen in Austauschverträgen*, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München.
- KÖTZ, H., (1998), "Interpretation of contracts", en AA.VV. editor Hartkamp, A., Hesselink, M., Hondius, E., Joustra, C., Perron, E., *Towards a European Civil Code*, Kluwer Law International, 2ª ed., The Hague, London, Boston, págs. 267 y ss.
- KOTZUR, W., (1998), "Termination of contract-frustrated parties", vol. 13, *Journal of International Banking Law*, págs. 345 y ss.
- KRAMMER, E. A., (1978), "Comentario al § 119 BGB", en AA. VV., *Münchener Kommentar BGB. Allgemeiner Teil*, t. I, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, págs. 639 y ss.
- KRONENBERGER, H.J., (1936), *Die Geschäftsgrundlage*, Tesis Doctoral (Imprenta: G.H. Nolte Düsseldorf), Giessen.
- KRONKE, H., (1983), "Zur Funktion und Dogmatik der Leistungsbestimmung", vol. 183, *AcP*, págs. 114 y ss.
- (1984), "Konkretisierung der Risikozurechnungskriterien im Leistungsstörungsrecht", *JuS*, págs. 758 y ss.
- KRONMAN, A.T., (1979), "Mistake, disclosure, information and the law of contracts", en AA.VV. editores Kronman, A.T., Posner, R.A., *The Economics of Contract Law*, Little, Brown and Company, Boston, Toronto, págs. 114 y ss.

- KRÜCKMANN, P., (1929), “Die Voraussetzung als virtueller Vorbehalt”, vol. 131, *AcP*, págs. 1 y ss.
- KUCHINKE, K., (1998), “Anmerkung zum BGH Urteil 29.11.1996”, *JZ*, págs. 143 y ss.
- KULL, A., (1991), “Mistake, frustration, and the windfall principle of contract remedies”, vol. 43, *Hastings Law Journal*, págs. 1 y ss.
- LACRUZ BERDEJO, J.L., (1999), *Derecho de obligaciones*, ed. revisada por Rivero Hernández, F., Dykinson, Madrid.
- (1990), *Elementos de Derecho Civil*, t. I, vol. III, José M<sup>a</sup> Bosch, 3<sup>a</sup> ed., Barcelona.
- (1989), *Elementos de Derecho Civil*, t. IV, vol. II, José M<sup>a</sup> Bosch, 3<sup>a</sup> ed., Barcelona.
- LANDO, O., (2000), “El Derecho contractual europeo en el tercer milenio”, traducción por Latorre Chiner, N., año 11, núm. 116, *Derecho de los negocios*, págs. 1 y ss.
- LANDO, O., BEALE, H., (2000), *The principles of European Contract Law. Parts I and II*, Kluwer Law International, The Hague, Boston, London.
- LANGE, H., (1958), “Buchbesprechungen: Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung”, *NJW*, págs. 622 y ss.
- (1958), “Ausgangspunkte, Wege und Mittel zur Berücksichtigung der Geschäftsgrundlage”, en *Festschrift für Gieseke*, Verlag C.F. Müller, Karlsruhe, págs. 21 y ss.
- (1979), *Handbuch des Schuldrechts. Schadensersatz*, t. I, J.C.B. Mohr, Tübingen.
- LARENZ, K., (1952), “Zum Wegfall der Geschäftsgrundlage”, *NJW*, págs. 361 y ss.
- (1957), *Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung. Die Bedeutung “veränderter Umstände” im Zivilrecht*, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 2<sup>a</sup> ed., München.
- (1963), “Ergänzende Vertragsauslegung und dispositives Recht”, *NJW*, págs. 737 y ss.
- (1982), *Lehrbuch des Schuldrechts. Allgemeiner Teil*, t. I, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 13<sup>a</sup> ed., München.
- (1983), *Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts*, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 6<sup>a</sup> ed., München.

- LASARTE, C., (1980), “Sobre la integración del contrato: la buena fe en la contratación (En torno a la Sentencia del TS de 27 de enero de 1977)”, *RDP*, págs. 50 y ss.
- LASO MARTÍNEZ, J.L., (1993), “Venta de terrenos afectados por vínculo de edificabilidad”, núm. 616, *RCDI*, mayo-junio, págs. 935 y ss.
- LEHMANN, H., (1952), “Mißbrauch der Geschäftsgrundlage”, *JZ*, págs. 10 y ss.
- LEHRBERG, B., (1998), “Renegotiation clauses, the doctrine of assumptions and unfair contract terms”, vol. 6, núm. 3, *European Review of Private Law*, págs. 265 y ss.
- LEMBKE, G., (1991), *Vorhersehbarkeit und Geschäftsgrundlage. Eine Untersuchung über die Bedeutung der Vorhersehbarkeit und der Erkennbarkeit für den Rechtsbehelf des Fehlens oder Wegfalls der Geschäftsgrundlage*, Tesis doctoral, Köln.
- LENEL, O., (1892), “Nochmals die Lehre von der Voraussetzung”, vol. 78, *AcP*, págs. 49 y ss.
- LENEL, O., (1923), “La cláusula rebus sic stantibus”, *RDP*, págs. 193 y ss.
- LEONHARD, M., (1999), “Der Ersatz des Vertrauensschadens im Rahmen der vertraglichen Haftung”, vol. 199, *AcP*, págs. 660 y ss.
- LESSMANN, H., (1969), “Irrtumsanfechtung nach § 119 BGB”, *JuS*, págs. 478 y ss.
- LIEBS, D., (1978), “Bereicherungsanspruch wegen Mißerfolgs und Wegfall der Geschäftsgrundlage”, *JZ*, págs. 697 y ss.
- LITTBARSKI, S., (1981), “Neuere Tendenzen zum Anwendungsbereich der Lehre von der Geschäftsgrundlage”, *JZ*, págs. 8 y ss.
- LITTBARSKI, S., (1982), *Der Wegfall der Geschäftsgrundlage im öffentlichen Recht*, Peter Lang, Frankfurt, Bern.
- LOCHER, E., (1923), “Geschäftsgrundlage und Geschäftszweck”, vol. 121, *AcP*, págs. 1 y ss.
- LÓPEZ JACOISTE, J.J., (1976), “Sobre la aporía de la equivalencia contractual”, en AA. VV., *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Federico de Castro*, vol. II, Tecnos, Madrid, págs. 829 y ss.
- LÓPEZ LÓPEZ, A., (1995), “Comentario a los arts. 1281 y ss CC”, en AA.VV., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, t. XVII, vol. II, Edersa, 2ª ed., Madrid, págs. 1 y ss.

- (1993), “Comentario al art. 1452 CC”, en AA. VV., *Comentario del Código civil*, t. II, Ministerio de Justicia, 2ª ed., Madrid, págs. 895 y ss.
- (1998), “Comentario al art. 8 ”, en AA. VV. coordinados por Díez-Picazo y Ponce de León, *La Compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la convención de Viena*, Civitas, Madrid, págs. 113 y ss.
- LOPAU, E., (1974), “Unmöglichkeit und Nichterfüllung”, vol. 174, *AcP*, págs. 78 y ss.
- LORD, R.A., (1999), “Interpretation and construction of contracts”, en AA.VV. editor Williston, S., *A treatise on the law of contracts*, vol. 11, West Group, 4ª ed., Danvers, págs. 1 y ss.
- LUCAS FERNÁNDEZ, F., (1993), “Comentario a los arts. 1554 y ss. CC”, en AA. VV., *Comentario del Código civil*, t. II, Ministerio de Justicia, 2ª ed., Madrid, págs. 1091 y ss.
- LÜCKE, G., ZAWAR, R., (1970), “Die Fehlerhaftigkeit von Rechtsakten”, *JuS*, págs. 205 y ss.
- LUIG, K., (1982), “Vertragsfreiheit und Äquivalenzprinzip im gemeinen Recht und im BGB”, en *Festschrift für H. Coing zum 70 Geburtstag*, Vittorio Klostermann Verlag, Frankfurt, págs. 171 y ss.
- LLUIS Y NAVAS BRUSI, J., (1956), “La llamada «clausula rebus sic stantibus» como delimitadora del alcance del principio de que los pactos han de ser observados”, *RGLJ*, págs. 370 y ss.
- MADRID PARRA, A., (1983), “La cabida en la compraventa de bienes inmuebles”, *RCDI*, n. 554, págs. 57 y ss.
- (1998), “Cumplimiento del contrato”, en AA.VV. coord. Morán Bovio, M.A., *Comentario a los principios de Unidroit para los Contratos del Comercio Internacional*, Aranzadi, Pamplona, págs. 275 y ss.
- MACANLAY, S., KIDWELL, J., WHITFORD, W., GALANTER, M., (1992), *Contracts: Law in action*, The Michie Company, Virginia.
- MACKAAY, E., CLAUDE, F., (1984), “Civil Law and the fight against inflation—a legal and economic analysis of the Quebec Case”, *Louisiana Law Review*, págs. 719 y ss.
- MARTINEK, M., (1998), “Die Lehre von den Neuverhandlungspflichten—Bestandsaufnahme, Kritik und Ablehnung”, vol. 198, *AcP*, págs. 330 y ss.

MARTÍNEZ ESPÍN, P., (1997), "Comentario a la STS 28 julio 1996", núm. 43, enero-marzo, *CCJC*, págs. 199 y ss.

MAYER-MALY, T., (1978), "Die Bedeutung des tatsächlichen Parteiwillens für den hypothetischen", en *Festschrift für Flume zum 70 Geburtstag*, t. I, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln, págs. 621 y ss.

MAYER-MALY, T., (1983), "Renaissance der laesio enormis?", en *Festschrift für K. Larenz zum 80 Geburtstag*, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, págs. 395 y ss.

MAZEAUD, H., MAZEAUD, L., MAZEAUD, J., CHABAS, F., (1991), *Leçons de droit civil. Obligations, théorie générale*, Montchrestien, 8ª ed., Paris.

MAZEAUD, H., TUNC, A., (1961), *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*, t. I, vol. II, traducción por Alcalá-Zamora y Castillo, L., Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires.

(1963), *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*, t. II, vol. II, traducción por Alcalá-Zamora y Castillo, L., Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires.

MACGREGOR, H., (1993), *Contract Code. Drawn up on behalf of the English Law Commission*, Giuffrè Editore, Milano.

MCINNIS, J.A., (1995), "Frustracion and force majeure in building contracts", en AA. VV., editor McKendrick, E., *Force Majeure and frustration of contract*, Lloyd's of London Press Ltd., 2ª ed., págs. 195 y ss.

MCKENDRICK, E., (1990), "The construction of force majeure clauses and self-induced frustracion", vol. 41, *Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly*, págs. 153 y ss.

(1991), "Frustration and force majeure clauses. Their relationship and comparative assessment", en AA. VV., editor McKendrick, E., *Force Majeure and frustration of contract*, Lloyd's of London Press Ltd., 1ª ed., págs. 27 y ss.

(1994), "Discharge by frustration", en AA. VV., *Chitty on contracts*, Sweet & Maxwell, 27ª ed., London, págs. 1149 y ss.

(1995), "The consequences of a frustration", en AA. VV., editor McKendrick, E., *Force Majeure and frustration of contract*, Lloyd's of London Press Ltd., 2ª ed., págs. 223 y ss.

(1997), *Contract Law*, Macmillan, 3ª ed., London.

MEDER, S., (1993), *Schuld, Zufall, Risiko. Untersuchungen struktureller Probleme Privatrechtlicher Zurechnung*, Vittorio Klostermann, Frankfurt.



- MEDICUS, D., (1978), "Vertragsauslegung und Geschäftsgrundlage", en *Festschrift für Flume zum 70 Geburtstag*, t. I, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln, págs. 629 y ss.
- (1982), *Allgemeiner Teil des BGB*, Juristischer Verlag, Heidelberg.
- (1992), "Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts: Das allgemeine Recht der Leistungsstörungen", *NJW*, págs. 2384 y ss.
- (1993), *Schuldrecht. Allgemeiner Teil*, vol. I, CH. Beck, 7<sup>a</sup> ed., München.
- (1998), "Geld muß man haben. Unvermögen und Schuldnerverzug bei Geldmangel", vol. 188, *AcP*, págs. 489 y ss.
- MEINCKE, J.P., (1971), "Rechtsfolgen nachträglicher Unmöglichkeit der Leistung beim gegenseitigen Vertrag", vol. 171, *AcP*, págs. 19 y ss.
- MENSENBACH, W., (1938), *Zur Frage der sogennanten Geschäftsgrundlage*, Tesis Doctoral (Imprenta: G.H. Nolte Düsseldorf), Berlin.
- MESTMÄCKER, E.J., (1964), "Über die normative Kraft privatrechtlicher Verträge", *JZ*, págs. 441 y ss.
- MEYER, A., (1929), *Die Enttäuschung. Untersuchungen zu der Frage der sogennanten Geschäftsgrundlage*, Tesis Doctoral (Imprenta: Universitätsverlag von R. Noske), Borna, Leipzig.
- MEZGER, E., (1985), "The ICC Rules for the Adaptation of Contracts", en AA. VV. coordinados por Horn, N., *Adaptation and renegotiation of contracts in international trade and finance*, Kluwer, Deventer, The Netherlands Antwerp, Boston, London, Frankfurt, págs. 205 y ss.
- MICELI, T.J., (1995), "Contract modification when litigation for damages is costly", vol. 15, *International Review of Law and Economics*, págs. 87 y ss.
- MICCIO, R., (1966), "Delle obbligazioni in generale", en AA.VV., *Commentario del Codice Civile*, Libro IV, t. I, UTET, 2<sup>a</sup> ed., Torino.
- MIQUEL, J., (1963), "Una aportación al estudio «error in substantia» en la compraventa", t. XVI, fasc. I, *ADC*, págs. 79 y ss.
- MIQUEL, J., (1981), "La interpretación de los contratos: vinculación entre teoría y práctica", fasc. III, *RJC*, págs. 789 y ss.
- MIQUEL RODRÍGUEZ, J., (1999), "Comentario a la Disposición Adicional 1<sup>a</sup>. Seis. Cláusula 2<sup>a</sup>", en AA. VV., dirigidos por Arroyo Martínez, I., Miquel Rodríguez, J., *Comentarios a la ley sobre condiciones generales de la contratación*, Tecnos, Madrid, págs. 316 y ss.

- MONFORT FERRERO, M.J., (1996), *Enajenación de terrenos no edificables y edificables fuera de ordenación*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- MONTÉS PENADÉS, V.L., (1982), "Comentario al art. 1124 CC", en AA.VV., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, t. XV, vol. I, Edersa, Madrid, págs. 1171 y ss.
- (2001), "La responsabilidad por incumplimiento", en AA.VV., directores López, A., Montés, V.L., Roca, E., *Derecho Civil. Derecho de Obligaciones y Contratos*, Tirant lo Blanch, Valencia, págs. 143 y ss.
- MONTEIRO, A. P. Y GOMES, J., (1998), "Rebus Sic Stantibus. Hardship Clauses in Portuguese Law", vol. 6, núm. 3, *European Review of Private Law*, págs. 319 y ss.
- MORALES MORENO, A.M., (1980), "El alcance protector de las acciones edilicias", t. XXXIII, fasc. III, *ADC*, págs. 585 y ss.
- (1982), "El dolo como criterio de imputación de responsabilidad al vendedor por los defectos de la cosa", t. XXXV, fasc. III, *ADC*, págs. 591 y ss.
- (1988), *El error en los contratos*, Ceura, Madrid.
- (1993), "Comentario a los arts. 1265 y ss. CC", en AA.VV., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, t. XVII, vol. 1º B, Edersa, Madrid, págs. 2 y ss.
- (1993a), "Comentario a los arts. 1484 y ss. CC", en AA.VV., *Comentario del Código Civil*, t. II, 2ª ed., Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, págs. 953 y ss.
- (1994), "Comentario a la STS 18 febrero 1994", núm. 35, abril-agosto, *CCJC*, págs. 619 y ss.
- MORAN BOVIO, D., (1998), "Incumplimiento del contrato", en AA.VV. coord. Morán Bovio, M.A., *Comentario a los principios de Unidroit para los Contratos del Comercio Internacional*, Aranzadi, Pamplona, págs. 317 y ss.
- MÜLLER, C., (1981), "Zur Diskussion um die Lehre vom Wegfall der Geschäftsgrundlage", *JZ*, págs. 337 y ss.
- MUNAR BERNAT, P., (1991), "Comentario a la STS 10 diciembre 1990", núm. 25, enero-marzo, *CCJC*, págs. 119 y ss.
- NICKLISCH, F., (1980), "Ergänzende Vertragsauslegung und Geschäftsgrundlagenlehre- ein einheitliches Rechtsinstitut zur Lückenausfüllung?", *BB*, págs. 949 y ss.

- NICKLISCH, F., (1976), "Risikoverteilung im Werkvertragsrecht bei Anweisungen des Bestellers", en *Festschrift für F.W. Bosch*, Gieseking Verlag, Bielefeld, págs. 731 y ss.
- NIPPERDEY, H.C., (1921), *Vertragstreue und Nichtzumutbarkeit der Leistung*, J. Bensheimer, Mannheim, Berlin, Leipzig.
- O'CONNOR, J.F., (1990), *Good faith in english Law*, Dartmouth, Aldershot, Brookfield, Hong Kong, Singapore, Sydney.
- OERTMANN, P., (1921), *Die Geschäftsgrundlage*, Verlagsbuchhandlung Dr. Werner Scholl, Leipzig.
- OGAYAR Y AYLLÓN, T., (1983), *Efectos que produce la obligación bilateral*, Aranzadi, Pamplona.
- ORDUÑA MORENO, J., (2001), "La extinción de la obligación", en AA.VV., directores López, A., Montés, V.L., Roca, E., *Derecho Civil. Derecho de Obligaciones y Contratos*, Tirant lo Blanch, Valencia, págs. 203 y ss.
- OSSORIO MORALES, J., (1952), "Crisis en la dogmática del contrato", t. IV, fasc. IV, *ADC*, págs. 1175 y ss.
- OSTI, G., (1913), "Apunti per una teoria della «sopravvenienza»", fasc. IV, *Riv. Dir. Civ.*, págs. 471 y ss.
- (1913), "Apunti per una teoria della «sopravvenienza»", fasc. V, *Riv. Dir. Civ.*, págs. 647 y ss.
- (1918), "Revisione critica della teoria sulla impossibilità della prestazione", fasc. III, *Riv. Dir. Civ.*, págs. 209 y ss.
- (1918), "Revisione critica della teoria sulla impossibilità della prestazione", fasc. IV., *Riv. Dir. Civ.*, págs. 313 y ss.
- OTT, C., (1991), "Vorvertragliche Aufklärungspflichten im Recht des Güter- und Leistungsaustausches", en AA.VV. coordinados por Otto, C., Schäfer, H.B., *Ökonomische Probleme des Zivilrechts*, Springes-Verlag, Berlin, Heidelberg, New York, págs. 142 y ss.
- PALMER, G.E., (1993), *Mistake and unjust enrichment*, W. S. Hein&Co. Inc., New York.
- PANTALEÓN PRIETO, A.F., (1984), "Comentario a la STS 2 febrero 1984", núm. 4, enero-marzo, *CCJC*, págs. 1315 y ss.
- (1991), "El sistema de responsabilidad contractual", t. XLIV, fasc. III, *ADC*, págs. 1019 y ss.
- (1993), "Las nuevas bases de la responsabilidad contractual", t. XLVI, fasc. IV, 1993, págs. 1719 y ss.

- PAPANIKOLAOU, P., (1998), "Rebus sic stantibus und Vertragskorrektur auf Grund veränderter Umstände im griechischen Recht", vol. 6, núm. 3, *European Review of Private Law*, págs. 303 y ss.
- PATTERSON, E. W., (1964), "The interpretation and construction of contracts", vol. 64, *Columbia Law Review*, págs. 833 y ss.
- PAULI, H., (1997), "Das Polsterbett «Nina»- ein sperriger Fall zwischen anfänglicher Unmöglichkeit, ergänzenden Vertragsauslegung und fehlender Geschäftsgrundlage", *Jura*, págs. 81 y ss.
- PAZ-ARES, C., (1995), "Principio de eficiencia y derecho privado" en AA. VV., *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje al profesor Manuel Broseta Pont*, vol. III, Tirant lo Blanch, Valencia, págs. 2843 y ss.
- PÉREZ GONZÁLEZ, B. Y ALGUER, J., (1933), "Derecho de resolución por razón de alteración de las circunstancias. Desaparición de la base del negocio", *RJC*, págs. 115 y ss.
- PERILLO, J.M., (1996), "Hardship and its Impact on Contractual Obligations: A Comparative Analysis", [www.cnr.it/CRDCS/b\\_perillo.htm](http://www.cnr.it/CRDCS/b_perillo.htm).
- PERLOFF, J.M., (1981), "The effects of breaches of forward contracts due to unanticipated price changes", *The Journal of Legal Studies*, págs. 221 y ss.
- PHILIPPE, D.M., (1986), *Changement de circonstances et bouleversement de l'économie contractuelle*, Établissements Émile Bruylant, Bruxelles.
- PIETROBON, V., (1990), *Errore, volontà e affidamento nel negozio giuridico*, CEDAM, Padova.
- PINO, A., (1959), *La excesiva onerosidad de la prestación*, traducción por Mallol, F. de, J.M. Bosch editor, Barcelona.
- POLINSKI, M.A., (1983), "Risk sharing through Breach of Contract Remedies", *The Journal of Legal Studies*, págs. 427 y ss.
- (1987), "Fixed price versus spot price contracts: a study in risk allocation", vol. 3, *Journal of Law, Economics and Organization*, págs. 27 y ss.
- PORRAS IBÁNEZ, P., (1973), "El negocio jurídico y su causa", *RDP*, págs. 603 y ss.
- POSNER, R. A., ROSENFELD, A.M., (1977), "Impossibility and related doctrines in contract law: an economic analysis", *The Journal of Legal Studies*, págs. 83 y ss. También publicado en AA.VV. editores Kronman, A.T., Posner, R.A., (1979), *The economics of contract law*, Little, Brown and Company, Boston, Toronto, págs. 122 y ss.

- POTHIER, R.J., (1839), *Tratado de las obligaciones*, Imprenta y Litografía de J. Roger, Barcelona.
- PUIG BRUTAU, J., (1988), *Fundamentos de Derecho Civil, Derecho general de las obligaciones*, t. I, vol. II, Casa editorial Bosch, 4ª ed., Barcelona.
- PULIDO BEGINES, J.L., (1998), "Contenido del contrato", en AA.VV. coord. Morán Bovio, M.A., *Comentario a los principios de Unidroit para los Contratos del Comercio Internacional*, Aranzadi, Pamplona, págs. 245 y ss.
- RAMS ALBESA, J., "Comentario a los arts. 1261 y ss. CC", en AA.VV., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, t. XVII, vol. 1º B, Edersa, Madrid, págs. 2 y ss.
- RASMUSEN, E., AYRES, I., (1993), "Mutual and unilateral mistake in contract law", *The Journal of Legal Studies*, págs. 309 y ss.
- REA, S.A., (1982), "Nonpecuniary Loss and Breach of Contract", *The Journal of Legal Studies*, págs. 35 y ss.
- REINHARD, T., (1998), *Die beiderseits zu vertretende Unmöglichkeit im Synallagma*, Duncker&Humblot, Berlin.
- REBOLLEDO VARELA, A., (1994), "Comentario a la STS 7 febrero 1994", núm. 35, abril-agosto, *CCJC*, págs. 505 y ss.
- REMKES, K., (1937), *Von Wesen der Geschäftsgrundlage. Ein Kritischer Beitrag zur Lehre vom Rechtsgeschäft unter besondere Berücksichtigung der englische Krönungsfälle*, Tesis Doctoral (Imprenta: Verlag G.H. Nolte Düsseldorf), Göttingen.
- RHODE, H., (1925), "Die beiderseitige Voraussetzung als Vertragsinhalt", vol. 124, *AcP*, págs. 257 y ss.
- ROCA GUILLAMÓN, J., (1982), "Comentario al art. 1258 CC", en AA.VV., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, t. XVII, vol. I, Edersa, Madrid, págs. 420 y ss.
- ROJO AJURIA, L., (1987), "Comentario a la STS 9 marzo 1987", *CCJC*, núm. 13, enero-marzo, págs. 4413 y ss.
- ROLLAND, W., (1993), "Vorschläge für ein neues Schuldrecht in Deutschland", [www.cnr.it/CRDCS/b\\_rolland.htm](http://www.cnr.it/CRDCS/b_rolland.htm).
- ROTH, G.H., (1968), "Das nachträgliche Unvermögen des Schuldners", *JuS*, págs. 101 y ss.

- (1979), "Comentario al § 119 BGB", en AA. VV., *Münchener Kommentar BGB. Allgemeiner Teil*, t. II, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, págs. 63 y ss.
- ROTHOEFT, D., (1970), "Faktoren der Risikoverteilung bei privatautonomen Handeln", vol. 170, *AcP*, págs. 230 y ss.
- RUBIO TORRANO, E., (1984), "Comentario a la Sentencia de 11 julio 1984", núm. 6, septiembre-diciembre, *CCJC*, págs. 1943 y ss.
- RUIZ-RICO RUIZ, J.M., (1991), "El error en la transacción", t. XLIV, fasc. III, *ADC*, págs. 1094 y ss.
- RILEY, C.A., (2000), "Designing default rules in Contract Law. Consent, conventionalism and efficiency", vol. 20, núm. 3, *Oxford Journal of Legal Studies*, págs. 367 y ss.
- SACCO, R., (1982), "Obbligazioni e Contratti", en AA. VV., *Trattato di Diritto Privato. Diretto da Rescigno, P.*, vol. 10, t. II, Utet, Torino.
- SALVADOR CODERCH, P., (1993), "Comentario a los arts. 1589 y ss. CC", en AA. VV., *Comentario del Código civil*, t. II, Ministerio de Justicia, 2<sup>a</sup> ed., Madrid, págs. 1182 y ss.
- (1998), "Comentario al art. 79", en AA. VV. coordinados por Díez-Picazo y Ponce de León, *La Compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la convención de Viena*, Civitas, Madrid, págs. 636 y ss.
- SAN JULIÁN PUIG, V., (1996), *El objeto del contrato*, Azanzadi, Pamplona.
- SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M.P., (1990), *Alteraciones económicas y obligaciones contractuales : la cláusula rebus sic stantibus*, Tecnos, Madrid.
- SANTOS BRIZ, J., (2000), "Comentario a los arts. 1183 a 1184 CC", en AA.VV. coord. Sierra Gil de la Cuesta, I., *Comentario del Código Civil*, t. VI, Bosch, Barcelona, págs. 379 y ss.
- SAVIGNY, F.K., (1981) *Sytem des heutigen römischen Rechts*, t. III, Scientia Verlag Aalen, 2<sup>a</sup> ed., Berlin.
- SCHAEFER, H., (1929), *Der Irrtum über die Geschäftsgrundlage*, Tesis Doctoral (Imprenta: Friedrich's Universitäts-Buchdruckerei), Marburg.
- SCHIEDLIN, S., (1985), *Frustration of contract und clausula rebus sic stantibus. Eine rechtsvergleichende Analyse*, Helbing&Lichtenhahn, Basel, Frankfurt.

- SCHMIDT, K., (1999), "Das Geld im BGB und im Staudinger", en AA.VV., *Staudinger Kommentar zum BGB. Beiträge zum Symposium 1998*, Sellier-de Gruyter, Berlin, págs. 76 y ss.
- SCHMIDT-RIMPLER, W., (1942), "Grundfragen einer Erneuerung des Vertragsrechts", vol. 147, *AcP*, págs. 130 y ss.
- (1955), "Zum Problem der Geschäftsgrundlage", en *Festschrift für H.C. Nipperdey*, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, Berlin, págs. 1 y ss.
- SCHMIEDEL, B., (1978), "Der allseitige Irrtum über die Rechtslage bei der Neuordnung eines Rechtsverhältnisses", en *Festschrift für E. von Caemmerer*, J.C.B. Mohr, Tübingen, págs. 231 y ss.
- SCHWARZE, A., (1998), "Die Beseitigung des Wegfalls der Geschäftsgrundlage. Zur wirtschaftlichen Effizienz und zur juristischen Konsistenz eines ökonomischen Modells", en AA.VV. coordinados por Fisinger, J., Simon, J., *Recht und Risiko. Juristische und ökonomische Analysen*, Verlag V. Florenz, München, págs. 155 y ss.
- SHWARTZ, A., (1979), "Sales and inflations", en AA.VV. editores Kronman, A.T., Posner, R.A., *The economics of contract law*, Little, Brown and Company, Boston, Toronto, págs. 114 y ss.
- (1992), "Relational contracts in the courts: an analysis of incomplete agreements and judicial strategies", *The Journal of Legal Studies*, págs. 271 y ss.
- SCOGNAMIGLIO, C., (1992), *Interpretazione del contratto e interessi dei contraenti*, CEDAM, Padova.
- SEIDLER, E., (1928), *Ergänzende Vertragsauslegung und Oertmann's „Geschäftsgrundlage“ in ihrem Verhältnis zu einander*, Tesis Doctoral (Imprenta: Buchdruckerei E. Wurst), Breslau.
- SEITA, A. Y., (1984), "Uncertainty and contract law", vol. 46, *University of Pittsburgh Law Review*, págs. 75 y ss.
- SERIO, M., (1994), voz "Presupposizione", en AA.VV., *Digesto delle discipline privatistiche. Sezione Civile*, t. VIII, Utet, 1ª ed., reimp., Torino, págs. 294 y ss.
- SEYBOLD, H., (1934), *Die Geschäftsgrundlage. Eine Rechtfertigung der Lehre Oertmanns*, Tesis Doctoral (Imprenta: R. Nischkowsky), Breslau.
- SINGER, R., (1999), "Der Kalkulationsirrtum, ein Fall für Treu und Glauben?", *JZ*, págs. 342 y ss.

- SIMSHÄUSER, W., (1972), "Windscheids Voraussetzungslehre rediviva", vol. 172, *AcP*, págs. 19 y ss.
- SMITH, J.K., COX, S.R., (1985), "The pricing of legal services: a contractual solution to the problem of bilateral opportunism", *The Journal of Legal Studies*, págs. 167 y ss.
- SOLER PRESAS, A., (1998), *La valoración del daño en el contrato de compraventa*, Aranzadi, Pamplona.
- SPEIDEL, R.E., (1981), "Court-imposed price adjustments under long-term supply contracts", vol. 76, *Northwestern University Law Review*, págs. 369 y ss.
- SPIER, K.E., (1992), "Incomplete contracts and signalling", *The Rand Journal of Economics*, págs. 432 y ss.
- SPINDLER, G., (1998), "Geschäftsgrundlage und Steuerrechtsänderungen", en AA.VV. coordinados por Fisinger, J., Simon, J., *Recht und Risiko. Juristische und ökonomische Analysen*, Verlag V. Florenz, München, págs. 114 y ss.
- STORME, M., (1998) "The Binding Character of Contracts- Causa and Consideration", en AA.VV. editor Hartkamp, A., Hesselink, M., Hondius, E., Joustra, C., Perron, E., *Towards a European Civil Code*, Kluwer Law International, 2ª ed., The Hague, London, Boston, págs. 239 y ss.
- STÖTTER, V., (1956), *Der einseitige, beiderseitige und gemeinsame Irrtum unter Berücksichtigung der Abgrenzung gegen die Lehre von der mangelhaften Geschäftsgrundlage*, Tesis doctoral, Freiburg.
- (1963), "Zur Rechtssystematischen Einordnung des § 779 BGB und des gemeinsamen Motivirrtums", *JZ*, págs. 123 y ss.
- (1967), "Die Voraussetzungen des Wegfalls der Geschäftsgrundlage", *JZ*, págs. 147 y ss.
- (1966), "Versuch zur Präzisierung des Begriffs der mangelhaften Geschäftsgrundlage", vol. 166, *AcP*, págs. 149 y ss.
- (1974), "Der Wegfall der Geschäftsgrundlage wegen Kaufkraftminderung bei Ruhegeldvereinbarungen", *JZ*, págs. 375 y ss.
- STUMPF, C. VON, (1991), *Erläuternde und ergänzende Auslegung letztwilliger Verfügungen im System privatautonomer Rechtsgestaltung. Zugleich ein Beitrag zur Abgrenzung von Anfechtung, Umdeutung und Wegfall der Geschäftsgrundlage*, Dunker&Humblot, Berlin.



- STÜRMER, R., (1994), "Empfiehl sich die von der Schuldrechtskommission vorgeschlagene Neuregelung des allgemeinen Leistungsstörungenrechts, der Mängelhaftung bei Kauf- und Werkvertrag und des Rechts der Verjährung? Versuch einer Themenpräsentation", *NJW*, págs. 2 y ss.
- SUMMERS, R. S., (2000), "The conceptualisation of good faith in American contract law: a general account", en AA. VV., *Good faith in European Contract Law*, Cambridge University Press, Cambridge, págs. 118 y ss.
- SWADLING, W., (1995), "The judicial construction of the force majeure clauses", en AA. VV., editor McKendrick, E., *Force Majeure and frustration of contract*, Lloyd's of London Press Ltd., 2ª ed., págs. 3 y ss.
- SYKES, A.O., (1990), "The doctrine of commercial impracticability in second-best world", *The Journal of Legal Studies*, págs. 43 y ss.
- TALLON, D., (1998), "Hardship", en AA.VV. editor Hartkamp, A., Hesselink, M., Hondius, E., Joustra, C., Perron, E., *Towards a European Civil Code*, Kluwer Law International, 2ª ed., The Hague, London, Boston, págs. 327 y ss.
- TARTAGLIA, P., (1983), *Eccessiva onerosità ed appalto*, Giuffrè Editore, Milano.
- TERRANOVA, C.G., (1995), "L' eccessiva onerosità nei contratti. Artt. 1467-1469", en AA.VV. coord. Schlesinger, P., *Il Codice Civile. Commentario*, Giuffrè Editore, Milano.
- TERRAZA MARTORELL, J., (1951), *Modificación y resolución de los contratos por excesiva onerosidad o imposibilidad en su ejecución*, Bosch, Barcelona.
- TILING, J., (1968), "Haftungsbefreiung, Haftungsgrenzung und Freizeichung im einheitlichen Gesetz über den internationalen Kauf beweglicher Sachen", *RabelsZ*, págs. 258 y ss.
- TOBER, D.E., (1970), *Die clausula rebus sic stantibus bei verwaltungsrechtlichen Verträgen. Ein Beitrag zu den Besonderheiten der Lehre von der Geschäftsgrundlage im öffentlichen Recht*, Tesis Doctoral (Imprenta: Blasaditsch, W.), München.
- TRABUCCHI, A., (1991), *Istituzioni di diritto civile*, CEDAM, 32ª ed., Padova.
- TRAVIESAS, M.M., (1925), "Los negocios jurídicos y su interpretación", *RDP*, págs. 3 y ss.
- TREITEL, G.H., (1988), "Mistake in Contract", *Law Quarterly Review*, págs. 501 y ss
- (1994) *Frustration and force majeure*, Sweet&Maxwell, London.
- (1999) *The law of contract*, Sweet&Maxwell, 10ª ed London,.

- TRIANSTIS, G.G., (1992), "Contractual allocation of unknown risks: a critique of the doctrine of commercial impracticability", vol. 42, *University of Toronto Law Journal*, págs. 450 y ss.
- TRIMARCHI, P., (1986), *Istituzioni di diritto privato*, Giuffrè Editore, Milano.
- (1991), "Commercial impracticability in commercial contract law", *International Review of Law and Economics*, págs. 63 y ss.
- TUHR, v. A., (1921), "Irrtum über die Grundlage des Vertrages", *LZ*, págs. 153 y ss.
- UDA, G.M., (1990), "Integrazione del contrato, solidarietà sociale e corresponsabilità delle prestazioni", vol. 88, *Rivista del Diritto Commerciale*, págs. 301 y ss.
- UEBELHACK, B., (1996), *Betriebliche Altersversorgung und Wegfall der Geschäftsgrundlage*, Perter Lang, Frankfurt.
- ULMER, P., (1974), "Wirtschaftslenkung und Vertragserfüllung", vol. 174, *AcP*, págs. 166 y ss.
- UPEX, R., (1995), *Davies on contract*, Sweet&Maxwell, 17ª ed., London.
- VALLET DE GOYTISOLO, J., (1999), "Contribución de la «Wertungsjurisprudenz» a la ciencia del Derecho y su metodología", t. LII, fasc. II, abril-junio, *ADC*, págs. 547 y ss.
- VANDEGRIFT, D., (1996), "Decision Cost, Contract Excuse, and the Westinghouse Commercial Impracticability Case", *European Journal of Law and Economics*, págs. 41 y ss.
- VATTIER FUENZALIDA, C., (1985), "Comentario a la STS 12 noviembre 1984", núm. 7, enero-marzo, *CCJC*, págs. 2145 y ss.
- (1987), "La interpretación integradora del contrato en el Código civil", t. XL, fasc. II, *ADC*, págs. 495 y ss.
- VÁZQUEZ LEPINETTE, T., (2000) *Compraventa internacional de mercaderías. Una visión jurisprudencial*, Aranzadi, Pamplona.
- VERDERA SERVER, R., (1995), *El cumplimiento forzoso de las obligaciones*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia.
- VELASCO, A., (1948), "La prestación agobiante en las obligaciones de carácter mercantil", vol. V, núm. 14, marzo-abril, *RDM*, págs. 431 y ss.
- VELJANOVSKI, C., (1988), "Impossibility and related excuses. Comment", vol. 144, *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, págs. 117 y ss.
- VINEY, G., (1995), "Introduction à la responsabilité", en Ghestin, J., *Traité de droit civil*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 2ª ed., Paris.

- WACUP, J., (1928), *Der augenblickliche Stand der Lehren von der Voraussetzung, der clausula rebus sic stantibus und der Geschäftsgrundlage*, Tesis Doctoral (Imprenta: Universitätsverlag von Robert Noske), Borna-Leipzig.
- WEISS, J., (1927), *Von der clausula rebus sic stantibus bis zur Geschäftsgrundlage*, Tesis Doctoral, Köllen Verlag, Bonn.
- WHEELER, S., SHAW, J., (1994), *Contract Law. Cases, Materials and Commentary*, Clarendon Press, Oxford.
- WHITE, M.J., (1988), "Contract breach and contract discharge due to impossibility: a unified theory", *The Journal of Legal Studies*, págs. 353 y ss.
- WIEACKER, F., (1965), "Gemeinschaftliches Irrtum der Vertragspartner und clausula rebus sic stantibus", en *Festschrift für Wilburg*, Leykam Verlag, Graz, págs. 229 y ss.
- (1967), "Die Methode der Auslegung des Rechtsgeschäfts", *JZ*, págs. 385 y ss.
- WIELING, H., (1979), "Falsa demonstratio non nocet", *Jura*, págs. 524 y ss.
- (1985), "Entwicklung und Dogmatik der Lehre von der Geschäftsgrundlage", *Jura*, págs. 505 y ss.
- (1986), "Wegfall der Geschäftsgrundlage bei Revolutionen?", *JuS*, págs. 272 y ss.
- WIESE, G., (1965), "Beendigung und Erfüllung von Dauerschuldverhältnissen", en *Festschrift für Nipperdey*, t. I, C.H. Beck'sche Vertragsbuchhandlung, München, Berlin, págs. 837 y ss.
- WILLOWEIT, D., (1988), "Störungen sekundären Vertragszwecke", *NJW*, págs. 833 y ss.
- WINSCHIED, B., (1892), "Die Voraussetzung", vol. 78, *AcP*, págs. 161 y ss.
- (1906), *Lehrbuch des Pandekten (unter vergleichender Darstellung des deutschen bürgerlichen Rechts)*, t. I, Rütten&Loening, Frankfurt.
- WLADIS, J.D., (1988), "Impracticability as risk allocation: the effect of changed circumstances upon contract obligations for the sale of goods", vol. 22, *Georgia Law Review*, págs. 503 y ss.
- WOLF, M., (1969), "Neue Literatur zum Synallagma", *Jura*, págs. 119 y ss.
- (1970), *Rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit und vertraglicher Interessenausgleich*, J.C.B. Mohr, Tübingen.

- WOLLNY, M., (1973), *Die tatbestandlichen Voraussetzungen der Geschäftsgrundlage. Problemlösung aus den unterschiedlichen Interessenkreis von Gläubiger und Schuldner unter Einbeziehung des englischen und französischen Recht*, Tesis Doctoral (Imprenta: W. Blasaditsch), Würzburg.
- YATES, D., (1991), "Drafting force majeure and related clauses", vol. 3, *Journal of Contract Law*, págs. 186 y ss.
- YZQUIERDO TOLSADA, M., (1992), "Comentario del art. 1107 del Código Civil", en AA.VV., *Estudios de Derecho Civil en homenaje al Profesor Dr. J.L. Lacruz Berdejo*, vol. I, págs. 843 y ss.
- ZEISS, W., (1964), "Gerichtliche Änderung vertraglich vereinbarter Preise", *NJW*, págs. 477 y ss.
- ZEITLMANN, R., (1952), "Die rechtlichen Folgen des Wegfalles der Geschäftsgrundlage eines Vertrages", *BIStSozArbR*, págs. 270 y ss.
- ZIMMERMANN, R., WHITTAKER, S., (2000), "Good faith in European contract law: surveying the legal landscape", en AA. VV., *Good faith in European Contract Law*, Cambridge University Press, Cambridge, págs. 3 y ss.



Sentencias españolas:

## A) Sentencias del Tribunal Supremo:

STS 14-12-1940 (RJ 1940, 1135)  
STS 5-6-1945 (RJ 1945, 698)  
STS 25-11-1945 (RJ 1945, 1192)  
STS 30-6-1948 (RJ 1948, 1115)  
STS 11-6-1951 (RJ 1951, 1649)  
STS 15-5-1957 (RJ 1957, 2164)  
STS 23-11-1962 (RJ 1962, 5005)  
STS 26-3-1963 (RJ 1963, 2120)  
STS 31-11-1963 (RJ 1963, 4264)  
STS 27-10-1964 (RJ 1964, 4735)  
STS 28-1-1970 (RJ 1970, 324)  
STS 15-3-1972 (RJ 1972, 1252)  
STS 16-3-1979 (RJ 1979, 873)  
STS 5-1-1980 (RJ 1980, 19)  
STS 25-4-1983 (RJ 1983, 2125)  
STS 16-6-1983 (RJ 1983, 3632)  
STS 3-11-1983 (RJ 1983, 5953)  
STS 8-11-1983 (RJ 1983, 6068)  
STS 24-11-1983 (RJ 1983, 5340)  
STS 9-12-1983 (RJ 1983, 6925)  
STS 24-11-1983 (RJ 1983, 5340)  
STS 16-5-1984 (RJ 1984, 2416)  
STS 27-6-1984 (RJ 1984, 3438)  
STS 11-7-1984 (RJ 1984, 3939)  
STS 12-11-1984 (RJ 1984, 5548)  
STS 19-4-1985 (RJ 1985, 1804)  
STS 30-12-1985 (RJ 1985, 6620)  
STS 3-2-1986 (RJ 1986, 409)  
STS 5-5-1986 (RJ 1986, 2339)  
STS 17-5-1986 (RJ 1986, 2725)  
STS 27-10-1986 (RJ 1986, 5960)  
STS 9-3-1987 (RJ 1987, 1421)  
STS 13-3-1987 (RJ 1987, 1480)  
STS 17-7-1987 (RJ 1987, 5792)  
STS 6-10-1987 (RJ 1987, 6720)  
STS 15-12-1987 (RJ 1987, 9434)  
STS 23-3-1988 (RJ 1988, 2228)  
STS 15-4-1988 (RJ 1988, 3171)  
STS 30-6-1988 (RJ 1988, 5197)  
STS 21-10-1988 (RJ 1988, 7595)  
STS 4-1-1989 (RJ 1989, 92)  
STS 16-10-1989 (RJ 1989, 6927)  
STS 19-1-1990 (RJ 1990, 16)

STS 21-2-1990 (RJ 1990, 707)  
STS 26-5-1990 (RJ 1990, 4852)  
STS 3-7-1990 (RJ 1990, 5769)  
STS 23-10-1990 (RJ 1990, 8038)  
STS 26-10-1990 (RJ 1990, 8049)  
STS 10-12-1990 (RJ 1990, 9927)  
STS 23-4-1991 (RJ 1991, 3023)  
STS 4-6-1992 (RJ 1992, 4992)  
STS 16-7-1992 (RJ 1992, 6620)  
STS 31-10-1992 (RJ 1992, 8359)  
STS 6-11-1992 (RJ 1992, 9226)  
STS 31-12-1992 (RJ 1992, 10664)  
STS 24-2-1993 (RJ 1993, 1249)  
STS 22-5-1993 (RJ 1993, 3977)  
STS 24-6-1993 (RJ 1993, 5382)  
STS 5-11-1993 (RJ 1993, 8611)  
STS 14-12-1993 (RJ 1993, 9881)  
STS 4-2-1994 (RJ 1994, 910)  
STS 7-2-1994 (RJ 1994, 917)  
STS 14-2-1994 (RJ 1994, 1469)  
STS 15-2-1994 (RJ 1994, 1316)  
STS 18-2-1994 (RJ 1994, 1096)  
STS 23-2-1994 (RJ 1994, 683)  
STS 11-4-1994 (RJ 1994, 2787)  
STS 20-4-1994 (RJ 1994, 3216)  
STS 24-9-1994 (RJ 1994, 2364)  
STS 6-10-1994 (RJ 1994, 7458)  
STS 19-11-1994 (RJ 1994, 8539)  
STS 4-2-1995 (RJ 1995, 739)  
STS 29-1-1996 (RJ 1996, 737)  
STS 28-3-1996 (RJ 1996, 2199)  
STS 28-5-1996 (RJ 1996, 3806)  
STS 19-6-1996 (RJ 1996, 5102)  
STS 28-7-1996 (RJ 1996, 6407)  
STS 29-7-1996 (RJ 1996, 6407)  
STS 18-9-1996 (RJ 1996, 1728)  
STS 4-10-1996 (RJ 1996, 7032)  
STS 29-10-1996 (RJ 1996, 7484)  
STS 6-11-1996 (RJ 1996, 7912)  
STS 12-11-1996 (RJ 1996, 7919)  
STS 10-2-1997 (RJ 1997, 665)  
STS 30-4-1997 (RJ 1997, 3836)  
STS 20-5-1997 (RJ 1997, 3890)  
STS 23-6-1997 (RJ 1997, 5201)  
STS 28-11-1997 (RJ 1997, 8431)  
STS 20-3-1998 (RJ 1998, 1710)  
STS 29-5-1998 (RJ 1998, 4072)

STS 2-7-1998 (RJ 1998, 5123)  
STS 14-12-1998 (RJ 1998, 9434)  
STS 14-12-1998 (Act. C. 1999, 312)  
STS 8-4-1999 (RJ 1999, 2661)  
STS 4-7-1999 (RJ 1999, 5881)  
STS 13-10-1999 (RJ 1999, 7424)  
STS 14-10-1999 (RJ 1999, 7327)  
STS 24-12-1999 (RJ 1999, 9364)  
STS 17-2-2000 (RJ 2000, 625)  
STS 6-4-2000 (RJ 2000, 2871)  
STS 19-4-2000 (RJ 2000, 3185)  
STS 10-5-2000 (RJ 2000, 3107)  
STS 21-6-2000 (RJ 2000, 5297)  
STS 11-7-2000 (Act. C. 2001, 272)  
STS 10-9-2000 (Act. C. 2001, 120)  
STS 3-10-2000 (Act. C. 2001, 93)  
STS 15-11-2000 (Act. C. 2001, 423)  
STS 16-11-2000 (Act. C. 2001, 228)  
STS 17-11-2000 (Act. C. 2001, 280)  
STS 26-11-2000, (Act. C. 2001, 1051)  
STS 13-12-2000 (La Ley 2001, 1312,)  
STS 22-12-2000 (La Ley 2001, 1216)  
STS 23-1-2001 (Act.C. 2001, 484)  
STS 5-2-2001 (Act. C. 2001, 534)  
STS 7-2-2001 (Act. C. 2001, 581)  
STS 20-2-2001 (Act. C. 2001, 605)  
STS 9-3-2001 (La Ley 2001, 5312)  
STS 26-9-2001 (La Ley 2001, 7733)

**B) Sentencias de Audiencias Provinciales y Tribunales Superiores de Justicia:**

SAP Zaragoza de 9-7-1964  
SAP Pamplona de 18-5-1990 (Act. C. 1990, 182)  
SAP Valencia de 17-5-1991 (Act. C. 1991, 1055)  
SAP Tarragona de 10-1-1992 (AC 1992, 360)  
SAP Sevilla 11-2-1992 (AC 1992, 348)  
SAP Sevilla de 11-2-1992 (Elder.1992, 13201)  
SAP Madrid de 6-4-1992 (Act. C. 1992, 476)  
STSJ Navarra 28-4-1992 (RJ 1992, 6197)  
SAP Barcelona 16-6-1992 (AC 1992, 831)  
SAP Barcelona de 3-7-1992 (Act. C. 1992, 919)  
SAP Madrid de 7-7-1992 (Elder.1992, 13500)  
SAP Barcelona de 8-7-1992 (Act. C. 1992, 954)  
SAP Valencia de 10-2-1993 (AC 1993, 706)  
SAP Barcelona de 16-2-1993 (Act. C. 1993, 415)  
SAP Tarragona 24-3-1993 (Elder. 1993, 12211)  
SAP Murcia de 23-4-1993 (Act. C. 1993, 1141)



SAP Granada de 15-7-1993 (AC 1993, 1538)  
SAP Madrid de 30-11-1993 (AC 1993, 2595)  
SAP Málaga 7-6-1994 (AC 1994, 1071)  
SAP la Coruña de 21-10-1994 (AC 1994, 1829)  
SAP Murcia 6-4-1995 (Elder. 1995, 9281)  
STSJ de Navarra de 24-5-1995 (RJ 1995, 4330)  
SAP Valladolid de 21-7-1995 (AC 1995, 1348)  
SAP Barcelona de 16-11-1995 (Act. C. 1995, 1762)  
SAP Madrid de 16-1-1996 (Act. C. 1996, 63)  
SAP Málaga de 5-2-1996 (AC 1996, 275)  
SAP de Girona 17-4-1996 (RJ 1996, 641)  
STSJ de Navarra de 29-4-1996 (RJ 1996, 2920)  
SAP Orense de 14-5-1996 (Act. C. 1996, 1002)  
SAP Zamora 4-7-1996 (AC 1996, 1260),  
SAP Jaén de 27-9-1996 (AC 1996, 1831)  
SAP La Coruña 11-3-1997 (AC 1997, 428)  
SAP Segovia de 12-3-1997 (Elder.1997, 2858)  
SAP Murcia 4-10-1997 (Elder. 1997, 12903)  
SAP Madrid 19-1-1998 (AC 1998, 7134),  
SAP Barcelona de 27-2-1998 (Elder. 1998, 3913)  
SAP Madrid 6-3-1998 (AC 1998, 7000)  
SAP Madrid 9-3-1998 (AC 1998, 4842)  
SAP LLeida 19-3-1998 (AC 1998, 576)  
SAP La Rioja de 29-6-1998 (Elder. 1998, 15772)  
SAP Segovia 10-7-1998 (AC 1998, 6787)  
SAP Burgos de 9-9-1998 (AC 1998, 8800)  
SAP Baleares 15-10-1998 (Elder. 1998, 13039)  
SAP Navarra de 12-11-1998 (Elder. 1998, 31028)  
SAP Alicante 17-12-1998 (AC 1998, 2416)  
SAP Ciudad Real de 24-12-1998 (Elder. 1998, 38223)  
SAP Castellón 18-2-1999 (RJ 1999, 4297)  
SAP Jaén 15-3-1999 (AC 1999, 4215)  
SAP Zamora 28-5-1999 (AC 1999, 5570)  
SAP Barcelona de 8-6-1999 (Elder. 1999, 23200)  
SAP Zamora 10-6-1999 (Elder. 1999, 27237)  
SAP Las Palmas de 23-6-1999 (Elder. 1999, 23836)  
SAP Cantabria de 12-7-1999 (Elder. 1999, 32164)  
SAP San Sebastián de 4-10-1999 (Elder. 1999, 43272)  
SAP Las Palmas 13-10-1999 (Elder. 1999, 41615)  
SAP Girona 20-9-1999 (AC 1996, 1744)  
SAP Barcelona de 30-9-1999 (Elder.1999, 41986)  
SAP Lleida 20-10-1999 (AC 1999, 2064)  
SAP Palencia de 15-11-1999 (Elder. 1999, 46416)  
SAP Córdoba 22-11-1999 (AC 1999, 2096)  
SAP Navarra 21-3-2000 (AC 2000, 1118)  
SAP Barcelona de 4-4-2000 (Act. C. 2000, 904)  
STSJ Aragón 29-5-2000 (RJ 2000, 7129)

SAP Asturias 26-6-2000 (Act. C. 2001, 208)  
SAP Baleares 6-7-2000 (Act. C. 2001, 121)  
SAP Asturias 11-7-2000 (Act. C. 2001, 272)

Sentencias alemanas:

Sentencia RG 9-11-1915 (RGZ 87, 277)  
Sentencia BGH 23-10-1951 (JZ 1952, 145)  
Sentencia BGH 23-3-1966 (JZ 1966, 409)  
Sentencia BGH 17-01-1975 (NJW 1975, 776)  
Sentencia BGH 8-2-1978 (JZ 1978, 235)  
Sentencia BGH 11-3-1982 (JuS 1984, 758 y ss)  
Sentencia BGH 23-3-1982 (NJW 1982, 2062)  
Sentencia BGH 8-2-1984  
Sentencia BGH 25-10-1989 (NJW 1990, 314)  
Sentencia BGH 31-05-1990 (NJW 1991, 1478)  
Sentencia BGH 27-09-1991 (NJW 1992, 182)  
Sentencia BGH 22-01-1993 (NJW 1993, 1641)  
Sentencia BGH 11-03-1993 (NJW 1993, 880)  
Sentencia BGH 18-11-1993 (NJW 1994, 434)  
Sentencia BGH 12-04-1996 (NJW 1996, 2027)  
Sentencia BGH 29-11-1996 (JZ 1998, 143)  
Sentencia BGH 26-9-1997 (NJW 1998, 589)  
Sentencia BGH 7-7-1998 (JZ 1999, 342)  
Sentencia OLG Oldenburg 23-07-1991 (NJW 1992, 1461)  
Sentencia OLG Karlsruhe 15-5-1992 (NJW 1992, 3176)  
Sentencia OLG Karlsruhe 18-08-1992 (NJW 1993, 1138)  
Sentencia LG Berlin 27-08-1993 (NJW 1994, 807)  
Sentencia LG Nurenberg 18-1-1994 (Jura 1997, 81)  
Sentencia OLG Rostock 23-02-1995 (NJW 1995, 1104)  
Sentencia OLG Oldenburg 23-06-1995 (NJW 1996, 53)  
Sentencia LG Dresden 26-7-1996 (NJW 1997, 242)  
Sentencia KG Berlin 21-1-1997 (NJW 1998, 663)

Sentencias angloamericanas:

*Paradine v. Jane* [1558-1774] All E.R. págs. 172 y ss.  
*Taylor v. Cadwell* [1863] E.R., págs. 309 y ss.  
*The Moorcock*, [1889], P.D., págs. 64 y ss.  
*Krell v. Henry*, [1900-3], All E.R., págs. 20 y ss.  
*Herne Bay Steam Boat Co. v. Hutton*, [1900-3] All E.R., págs. 627 y ss.  
*Chandler v. Webster*, [1904], 1 K.B., págs. 493 y ss.  
*Grimsdick v. Sweetman*, [1909], 2 K.B., págs. 740 y ss.  
*Abbaye v. U.S. Cab Co.*, [1911], 128 N.Y.S., págs. 697 y ss.  
*Edward Grey v. Tolme&Runge*, [1915], T.L.R., págs. 551 y ss.  
*Mineral Park Land v. Howard*, [1916] P., págs. 458 y ss.  
*D. McMaster&Co. v. Cox McEuen&Co.*, [1921], S.C., págs. 24 y ss.

- Industrial Development and Land Co. v. Goldschmidt*, [1922], P., págs. 134 y ss.  
*Doherty v. Monroe Eckstein Brewing Co.*, [1929], N.Y.S., págs. 59 y ss.  
*Fibrosa Spolka Akcyjna v. Fairbairn, Lawson, Combe, Barbour Ltd.*, [1943], A.C., págs. 32 y ss.  
*20 th Century Lites v. Goodman*, [1944], P., págs. 149 y ss.  
*Baetjer v. New England Alcohol Co.*, [1946], N.E., págs. 60 y ss.  
*Amtorg Trading Corp. v. Miehle Printing Press & Manufacturing Co.*, [1953], F., págs. 206 y ss.  
*Swift Canadian Co. v. Banet*, [1955], F., págs. 224 y ss.  
*David Contractors Ltd. v. Fareham Urban District Council*, [1956], A.C., págs. 696 y ss.  
*Tsakiroglou & Co. Ltd. v. Noblee Thorl GmbH*, [1962], A.C., págs. 93 y ss.  
*Ocean Tramp Tankers Corp. v. V/O Soufracht (The Eugenia)*, [1964] Q.B., págs. 226 y ss.  
*Grace v. Croninger*, [1966], P., págs. 55 y ss.  
*Grist v. Bailey*, [1967], Ch., págs. 553 y ss.  
*Di Donato v. Reliance Standard Life Insurance Co.*, [1969], A., págs. 249 y ss.  
*Denmark Productions Ltd. v. Boscobel Productions Ltd.*, [1969], 1 Q.B., págs. 699 y ss.  
*Dover Pool & Racquet Club v. Brooking*, [1975], N.E., págs. 322 y ss.  
*Amalgated Investment & Property Co. Ltd. v. John Walker & Sons Ltd.*, [1976], 2 All E.R., págs. 509 y ss.  
*Liverpool City Council v. Irwin* [1977] A.C., págs. 239 y ss.  
*Cogimex, etc., SARL v. Tradax Export*, [1979], Lloyd's Rep., págs. 687 y ss.  
*Brisbane City Council v. Group Projects Pty Ltd.*, [1979], 145 C.L.R., págs. 143 y ss.  
*Wong Lai Ying and Investment v. Chinachem Investment Ltd.*, [1979], 13 B.L.R., págs. 81 y ss.  
*Downing v. Stiles*, [1981], P. págs. 808 y ss.  
*National Carriers Ltd. v. Panalpina (Northern) Ltd.*, [1981], A.C., págs. 675 y ss.  
*BP Exploration Co v. Hunt (N. 2)*, [1982], 1 All E.R., págs. 925 y ss.  
*Wates Ltd. v. Greater London Council*, [1983], 25 B.L.R., págs. 1 y ss.  
*Empresa exportadora de azúcar v. Industria Azucarera Nacional (La Playa Larga)*, [1983], Lloyd's Rep., págs. 171 y ss.  
*Associated Japanese Bank v. Crédit du Nord SA.*, [1989], All E.R., págs. 902 y ss.  
*J.Lauritzen AS v. Wijsmuller BN (The Super Servant Two)*, [1990], 1 Lloyd's Rep., págs. 1 y ss.  
*Williams v. Roffey Bros & Nicholls Contractors Ltd.*, [1990], 1 All E.R., págs. 512 y ss.

