

MIQUEL SERRA I CAMÚS

Advocat

mserra@bufetserra.com

EFFECTES DE LA COVID-19
SOBRE ELS CONTRACTES CIVILS.
CAS FORTUÏT, IMPOSSIBILITAT
DE COMPLIMENT I CLÀUSULA
REBUS SIC STANTIBUS
(PART SEGONA)

PUBLICAT A LA
«REVISTA JURÍDICA DE CATALUNYA»
NÚM. 4, 2020

EFECTES DE LA COVID-19 SOBRE ELS CONTRACTES CIVILS. CAS FORTUÏT, IMPOSSIBILITAT DE COMPLIMENT I CLÀUSULA *REBUS SIC STANTIBUS* (PART SEGONA)*

per

MIQUEL SERRA I CAMÚS

Advocat

mserra@bufetserra.com

RJC, núm. 4-2020, pgs. 905-932

RESUMEN: *La denominada crisis del coronavirus nos enfrenta a una situación incierta y extraordinaria con importantes implicaciones en el ámbito de las relaciones contractuales civiles que abarca desde supuestos de imposibilidad sobrevenida de cumplir la obligación por caso fortuito o fuerza mayor, a casos que se sitúan en la extraordinaria dificultad de cumplimiento por frustración de la base económica del contrato y excesiva onerosidad del mismo para una de las partes. En el presente trabajo se hace un examen de la materia abordando el régimen general de la imposibilidad de cumplimiento inimputable de la obligación y sus efectos, así como la posible aplicación de la cláusula rebus sic stantibus para mitigar los efectos nocivos de los sucesos, y extraordinarias circunstancias, derivadas de la epidemia de covid-19.*

Palabras clave: *Covid-19, caso fortuito, fuerza mayor, imposibilidad de cumplimiento, cláusula «rebus sic stantibus».*

ABSTRACT: *The coronavirus crisis faces us to an extraordinary and uncertain situation, with relevant consequences in civil contractual relationships, covering from supervening impossibility of fulfilling the obligation due to fortuitous events or force majeure, to cases where there is an extraordinary difficulty of fulfilling by frustration of the economical base of the contract, and its excessive onerous burden for one of the parties. The present job carries out a review of the subject examining the general law of impossibility of fulfilling the obligation not subject to liability and its effects, as well as the possible application of the rebus sic stantibus clause to reduce the negative effects of the facts, and extraordinary circumstances derived from the covid-19 epidemic.*

Keywords: *Covid-19, fortuitous event, force majeure, impossibility of fulfilling, «rebus sic stantibus» clause.*

* Ve de la pàgina 344 del núm. 2-2020.

SUMARI: IV. LA CANCEL·LACIÓ I SUSPENSIO D'ESDEVENIMENTS COM A CONSEQÜÈNCIA DE LA CRISI SANITÀRIA DEL CORONAVIRUS: PODEM PARLAR D'UN SUPÒSIT DE FORÇA MAJOR?. V. COVID-19, ALTERACIÓ SOBREVINGUDA DE CIRCUMSTÀNCIES I POSSIBLE APLICACIÓ DE LA DENOMINADA DOCTRINA DE LA CLÀUSULA REBUS SIC STANTIBUS. 1. La clàusula rebus. 2. Absència de regulació legal al nostre ordenament jurídic. 2.1. Doctrina de creació jurisprudencial. 2.2. Propostes de regulació. 2.3. Breu referència a la legislació excepcional per pal·liar els efectes de la crisi del coronavirus sobre activitats industrials i comercials desenvolupades en immobles arrendats. 3. Requisits d'aplicació de la clàusula rebus sic stantibus i translació d'aquests requisits a l'alteració de circumstàncies derivada de l'anomenada crisi del coronavirus. 3.1. Incompliment contractual que no és fruit d'un supòsit d'impossibilitat exoneratòria, i caràcter subsidiari del remei rebus. 3.2. Inexistència de pacte en virtut del qual s'hagin assignat els riscos del contracte. 3.3. Modificació sobrevinguda de les circumstàncies, imprevisible, greu o extraordinària, i no imputable a cap de les parts. 3.4. Excessiva onerositat i frustració de la finalitat del contracte. 4. Efectes de l'aplicació de la clàusula rebus sic stantibus. Revisió i adaptació del contracte a les noves circumstàncies. 5. Exercici de la clàusula rebus sic stantibus davant els tribunals. VI. CONCLUSIONS.

IV. LA CANCEL·LACIÓ I SUSPENSIO D'ESDEVENIMENTS COM A CONSEQÜÈNCIA DE LA CRISI SANITÀRIA DEL CORONAVIRUS: PODEM PARLAR D'UN SUPÒSIT DE FORÇA MAJOR?

Abans que es decretés l'estat d'alarma (també després que s'aixequés), i fins i tot abans que l'OMS elevés a la categoria de pandèmia el risc per a la salut de la covid-19¹²¹, s'han cancel·lat i suspès molts actes i esdeveniments, i això ha afectat una multiplicitat de contractes que hi estaven vinculats, com a mesura preventiva i en aplicació de criteris de precaució. Un exemple molt present –encara en la memòria de tot– va ser la cancel·lació del Mobile World Congress 2020 –el passat 13 de febrer¹²²– o la suspensió i ajornament d'una multiplicitat d'esdeveniments esportius¹²³, entre d'altres.

Evidentment, la decisió de cancel·lar o suspendre tals actes va afectar una gran varietat de persones i empreses, ja sigui directament, ja sigui indirectament, i és un fet que en el moment en què es va adoptar va generar un gran enrenou: més d'un va posar en dubte si la decisió presa era encertada o no, i va generar tot tipus d'especulacions sobre les milionàries indemnitzacions que haurien de pagar els responsables de cancel·lar tals esdeveniments a tots els que es poguessin veure afectats i perjudicats. S'argumentava que la decisió s'havia pres sense existir una expressa prohibició dels poders públics, ni tan sols una recomanació de les autoritats sanitàries.

Personalment crec que la decisió que es va prendre en aquell moment va ser molt encertada. Però, més enllà d'això, la qüestió és quines conseqüències jurídiques pot tenir la decisió que va prendre la gestora GSMA al suspendre el «MWC 2020», i molt concretament si es pot configurar com un supòsit de força major. En el supòsit analitzat no hi ha una prohibició governamental que impedeixi a l'organitzador de l'esdeveniment donar compliment a la seva prestació. Tampoc existeix una recomanació de les autoritats sanitàries en tal sentit. Malgrat això, l'organitzador valora

121. Vegeu nota 12 *ut supra*.

122. Vegeu nota 6 *ut supra*.

123. La Marató de Barcelona es va suspendre el dia 6 de març de 2020.

que existeix un elevat risc de contagi per covid-19 a l'esdeveniment que s'ha obligat a fer¹²⁴, i valorant tal circumstància decideix suspendre o cancel·lar l'esdeveniment, per evitar no només un dany propi (risc que els seus empleats i dependents s'infectin), sinó també per evitar un dany aliè (risc que també es contagiïn els congressistes i empleats i dependents de les empreses que participen en l'esdeveniment).

Respecte a això, i posant com exemple el Mobile Congress, CARRASCO PERERA¹²⁵ explica que existeixen contingències discutibles de força major (les quals anomena impròpies) quan no es pot exigir una conducta de compliment perquè això comprometria recursos personals propis o de la contrapart per l'exposició a la infecció de covid-19 amb una raonable probabilitat; però que esdevenen en pròpiament supòsits de força major quan la no realització de la prestació incorpora un principi de precaució dels interessos de la contrapart, i paralitza el compliment de la prestació perquè s'han considerat els interessos de salut de la contrapart, o de les dues parts¹²⁶.

Amb tot, si bé la cancel·lació o suspensió de l'esdeveniment es pot configurar com un supòsit de força major pròpiament i, per tant, el deutor podrà eximir-se o ajornar el compliment de la seva prestació, no és menys cert que tal i com s'ha explicat anteriorment, el deutor que s'exonera o retarda per força major el compliment de la seva prestació tampoc podrà exigir la prestació recíproca, o haurà de retornar-la si ja se'n va fer pagament.

V. COVID-19, ALTERACIÓ SOBREVINGUDA DE CIRCUMSTÀNCIES I POSSIBLE APLICACIÓ DE LA DENOMINADA DOCTRINA DE LA CLÀUSULA *REBUS SIC STANTIBUS*

1. LA CLÀUSULA *REBUS*

Més enllà de la impossibilitat de compliment dels contractes civils, que en els supòsits en què tal incompliment és inimputable comporta l'exoneració de l'obligació de prestació del deutor, regeix el principi de vinculació contractual que consagren els art. 1091 i 1258 CC.

Ara bé, tot i que això és així, d'antuvi hom s'ha estat plantejant si és procedent mantenir a ultrança, i de forma il·limitada i absoluta, un deure de fidelitat al que han pactat les parts. Quan fruit de circumstàncies sobrevingudes, a més d'alienes i fora del control dels contractants, es veu greument perjudicada l'equivalència de les prestacions que conformen el contracte fins al punt d'alterar-se les bases sobre les quals es va fonamentar la relació contractual, o es torna tan sacrificada i extremadament onerosa la prestació deguda que el seu exacte compliment resulta il·lògic i irracional des d'un punt de vista humà, cal preguntar-se si és lícit, acceptable i just mantenir com a principi absolut la incondicionada fidelitat al contracte, i subordinar a aquest principi qualsevol interpretació de l'ordenament jurídic¹²⁷.

124. Ho valora tenint en compte un conjunt de circumstàncies tals com el nombre de persones que coincidiran a l'esdeveniment, la seva diversa i internacional procedència, la gravetat del risc per a la salut del virus, la seva alta taxa de contagi, etc.

125. *Permítanme que le cuente la verdad sobre covid-19 i fuerza mayor*, Publicaciones Jurídicas del Centro de Estudios de Consumo, 10 de marzo de 2020, p. 7.

126. L'esmentat autor afirma que si al suspendre la prestació, el deutor està realitzant en favor del creditor, també, una gestió d'interessos aliens en el sentit de l'art. 1888 CC, no necessita d'altres condicions per elevar la contingència al rang de força major pròpiament.

127. Explica VALLET DE GOYTISOLO (*Panorama del Derecho Civil*, Ed. Bosch, Barcelona, 1973, p. 86) que el sentit comú ha de jugar un paper preponderant en tota interpretació jurídica, de tal manera

En aquest context, quan el manteniment incondicional del principi de vinculació fa trontollar els principis d'equivalència i commutativitat prestacional, de proscripció de l'enriquiment injust o sense causa, de salvaguarda de la bona fe contractual, sorgeix la qüestió, recurrent en temps de calamitats i crisis, de si és possible mitigar els efectes perversos d'un manteniment a ultrança del *pacta sunt servanda* a través de la denominada clàusula *rebus sic stantibus*¹²⁸ («estant així les coses»¹²⁹) que, com defineix CARRASCO PERERA¹³⁰, és la regla que permet al deutor exonerar-se o minorar l'impacte negatiu d'un risc no assignat per contracte a una de les parts, que es materialitza fruit d'esdeveniments extraordinaris i imprevisibles en l'àmbit propi de la prestació deguda, els quals no són imputables a cap de les parts, trenquen greument l'equilibri de les prestacions recíproques i, tècnicament, no poden caracteritzar-se com un cas fortuït exoneratori, al no produir la impossibilitat de l'obligació que es tracti.

Existeix una pràctica unanimitat en la doctrina en què la clàusula *rebus sic stantibus* és una creació dels teòlegs i canonistes de l'edat mitjana, i malgrat que s'hagi intentat buscar el seu antecedent remot en els filòsofs estoics romans¹³¹ i en algun fragment del Digest de Justinià¹³², és molt discutible que tinguessin en aquell temps el sentit i l'abast que els glossadors van donar a aquesta figura

que «(...) La interpretación que repugne a ese sentido común ha de ponernos en guardia contra ella. Generalmente será una mala aplicación del Derecho, probablemente una aplicación debida a un método equivocado. Aconsejamos revisar entonces todos los razonamientos, volverlos a repetir y volver a analizar. El Derecho no puede llevar a un resultado injusto y debemos convencernos de que cuando nos lleva a este resultado es porque hemos seguido un camino equivocado, porque hemos errado en nuestros razonamientos». I afegeix l'autor, tot recordant a Biondi, que «El absurdo jurídico no es el absurdo lógico, es lo injusto. Por lo demás, creo que cuando un absurdo, una injusticia se da, el absurdo jurídico es absurdo lógico también, porque aun cuando sea perfectamente lógico en una lógica puramente formal, ha de ser ilógico para toda lógica humana, para una lógica jurídica (...)».

128. En paraules de FERNÁNDEZ RUIZ-GÁLVEZ, E. (*La alteración sobrevenida de las circunstancias contractuales y la doctrina rebus sic stantibus. Génesis y evolución de un principio jurídico*, Persona y Derecho, Vol. 74, any 2016, p. 299 i 300), «un ordenamiento jurídico contractual equilibrado debe preservar (...) la obligatoriedad de los contratos y la necesidad de modificar o adaptar el contrato a las nuevas circunstancias para restablecer el equilibrio de las prestaciones que se ha roto como consecuencia de un cambio sobrevenido o, incluso, resolver el contrato. Y ello, además, sin que quepa establecer a priori y en abstracto una solución de carácter general acerca de cuál de esas dos exigencias debe prevalecer en caso de conflicto, sino que por el contrario habrá que atender a las circunstancias concurrentes en cada supuesto particular para darle una respuesta adecuada 16, porque, como ya señalaba Aristóteles, lo que es justo nunca puede determinarse por entero con independencia de la situación que exige justicia». A més, la citada autora assenyala que «pacta sunt servanda y rebus sic stantibus, son principios y en cuanto tales, de acuerdo con la conocida distinción de Dworkin entre principios y reglas, son susceptibles de ser válidos simultáneamente. Los principios pueden conjugarse con otros que maticen su alcance. Y esto es lo que sucede en lo que respecta a la relación entre pacta sunt servanda y rebus sic stantibus. En caso de conflicto, la aplicación de uno u otro dependerá de su peso específico, de su importancia relativa en el caso concreto, de modo que se dará valor decisivo al principio que en el caso concreto tenga un peso relativo mayor, pero sin que por ello quede invalidado el principio con peso relativo menor. En otros contextos y supuestos, el peso de los principios podría estar repartido de manera opuesta. Siendo válidos ambos principios, lo que resulta indispensable es la búsqueda de un equilibrio armónico entre ellos».

129. Des d'un punt de vista lingüístic, HENRÍQUEZ SALIDO, M. C. (*La cláusula rebus sic stantibus en la jurisprudencia actual*, Revista de Llengua i Dret, núm. 66, 2016, p. 206) conclou que en el món jurídic la clàusula *rebus sic stantibus* es refereix a un canvi de circumstàncies, la qual cosa és així en pràcticament totes les llengües i cultures.

130. *Derecho de contratos*, Ed. Aranzadi, 2017, p. 971.

131. Així, CICERÓ (*De officiis*, I-X) i SÈNECA (*De beneficiis*, I-IV) quan es plantegen en quins casos hom queda alliberat de donar compliment a la paraula o promesa donada.

132. D. 46, 3, 38.

jurídica, la qual es desenvolupa i aflora dins el Dret canònic¹³³. Després de la decadència i abandó de la clàusula a finals del s. XVIII¹³⁴, torna a defensar-se sota diferents noms i construccions a partir de la segona meitat del s. XIX¹³⁵, i és àmpliament acollida després de les crisis que segueixen la Primera Guerra Mundial i posteriors conteses bèl·liques del segle passat.

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN¹³⁶ afirma que, malgrat l'existència de veus a favor i en contra de l'aplicació de la clàusula¹³⁷, en termes generals no es discuteix en la doctrina que una alteració sobrevinguda de les circumstàncies ha de determinar una modificació del règim jurídic de la relació contractual i del sistema

133. ROCA SASTRE I PUIG BRUTAU (*Estudios de Derecho Privado*, t. I, Ed. Aranzadi, 2009, p. 300).
134. La clàusula s'abandona amb el moviment codificador que va seguir la Revolució Francesa, i com a conseqüència del pensament lliberal il·lustrat del s. XVIII i principis del XIX, i la situació de bonança que van seguir les guerres napoleòniques, i l'iuspositivisme.
135. L'any 1850 el famós pandectista alemany WINDSCHEID formula la denominada doctrina de la pressuposició, que no va arribar a ser acollida al BGB. En el context de la Primera Guerra Mundial el Consell d'Estat francès consagra la teoria de la imprevisió en els contractes administratius vinculats a la prestació d'un servei públic, i pocs anys més tard HAURIUO, M. («La teoría del "riesgo imprevisible" y los contratos influidos por instituciones sociales», *Revista de Derecho Privado*, t. XIII, Madrid, 1926, p. 7) defensa la seva aplicació també a l'esfera del Dret privat en aquells contractes que estiguin influïts per institucions socials privades. Passada la Primera Guerra Mundial, i en el context de la profunda recessió i crisi que afectà Alemanya, OERTMANN, P. formula la teoria de la pèrdua de la base del negoci jurídic que després de ser sotmesa, entre d'altres, a les crítiques de LENEL, O. («La clàusula "rebus sic stantibus"» [traducció W. Rocas, *Revista de Derecho Privado*, t. X, Madrid, 1923, p. 193 i s.], és perfeccionada anys després per LARENZ, K. (*Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos*, Ed. Olejnik, Argentina, 2018), que diferencia entre la base subjectiva i objectiva del negoci jurídic. Tal doctrina és acollida a l'ordenament jurídic alemany, i irradia la seva influència en altres ordenaments, àdhuc el nostre.
136. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, vol. 2, Ed Civitas, Madrid, 1993, p. 882.
137. DE CASTRO Y BRAVO, F. (*El negocio jurídico*, Civitas Ediciones, SA, Madrid, 1985, p. 316) explica que: «Contra la aceptación de la cláusula se aduce: la exclusión del requisito del justo precio en la compraventa y el haberse eliminado la lesión como causa general de la rescisión de los contratos; amén de alegarse el peligro que supondría para la seguridad jurídica el que se entregase, en tan amplia medida, la vigencia de los contratos al arbitrio judicial, abriendo con ello cauce a los más infundados litigios. En favor de la aplicabilidad de la cláusula se citan: el principio de buena fe que informa todo el Derecho (y no limitado a completar el contenido del contrato, art. 1258), la atención prestada a la naturaleza de la causa en la interpretación de los contratos (art. 1289), la facultad de resolver las obligaciones que "se entiende implícita en las recíprocas" (art. 1124) y los casos en los que se permite que el Juez modere la responsabilidad del obligado (arts. 1103, 1124, párr. 3, 1690, 1801)». El docte professor també assenyalava que hi ha qui ha buscat un reconeixement de la clàusula en el Dret espanyol a l'art. 7 de la Llei de 5 de novembre de 1940 sobre la modificació equitativa dels contractes de subministrament i obra formalitzats en «zona roja» amb posterioritat al 18 de juliol de l'any 1936, per bé que en realitat s'ha dit amb encert que tal precepte no respon a una admissió general de la clàusula *rebus sic stantibus* i que l'esmentada llei té un marcat caràcter de Dret excepcional que el seu mateix preàmbul explicita. De fet, ATTARD ALONSO, E. (*En torno a la llamada cláusula rebus sic stantibus*, Valencia, 1956, Separata de la *Revista Propiedad y Construcción*, Ed. F. Domenech, S.A., p. 38) afirma que donada la seva excepcionalitat, transitorietat, naturalesa i contingut, no es pot citar tal precepte com un triomf de la clàusula *rebus sic stantibus*. I es que com exposa SALVADOR CODERCH, P. (*Alteración de las circunstancias en el art. 1213 de la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos*, InDret 4/2009, Barcelona, octubre 2019, p. 20), amb fonament en la Llei de «contratación en zona roja» de 5 de novembre de 1940 es van resoldre i revisar múltiples contractes a l'empara d'una puntual i no general legalització de la clàusula *rebus* pensada només per als vencedors de la Guerra Civil. És de destacar que els litigis que van aplicar la clàusula a l'empara de tal legislació especial van ser resolts pels depurats tribunals ordinaris. Es va establir un Tribunal Especial a Madrid, compost de tres Magistrats, que coneixia tots els recursos d'apel·lació contra resolucions de primera instància, i que posava fi al plet. Per això es pot afirmar que l'aplicació de la clàusula *rebus*, en aquest context, no va ser fruit d'una admissió generalitzada de la dita clàusula, sinó tan sols per dirimir puntuals qüestions derivades de la liquidació de la contesa bèl·lica.

d'organització dels interessos estatuits per les parts. La qüestió, segons l'esmentat autor, és determinar el fonament tecnicojurídic de la institució¹³⁸, qüestió que és especialment greu en aquells ordenaments en què la possibilitat de modificació del règim jurídic de la relació obligatòria per una alteració de circumstàncies sobrevinguda no ha trobat consagració legislativa¹³⁹; així com la delimitació dels pressupòsits o requisits perquè pugui entendre's que un esdeveniment o canvi circumstancial és prou rellevant i significatiu per modificar la relació obligatòria, i la delimitació de les conseqüències que tal canvi circumstancial ha de produir.

2. ABSÈNCIA DE REGULACIÓ LEGAL AL NOSTRE ORDENAMENT JURÍDIC

2.1. Doctrina de creació jurisprudencial

El decimonònic CC espanyol, que en això s'inspira en el *Code* napoleònic, no fa esment ni recull en cap dels seus preceptes l'anomenada clàusula *rebus sic stantibus*¹⁴⁰. A Espanya, només l'ordenament foral navarrès regula expressament la institució¹⁴¹, de tal manera que fora de Navarra, la regla *rebus* és una doctrina de creació jurisprudencial i molt limitada aplicació pels nostres tribunals¹⁴² que,

138. Aquest fonament jurídicotècnic s'ha buscat històricament en la ficció jurídica de la voluntat implícita o virtual dels contractants, en l'equitat i el principi de bona fe contractual, i en la desaparició sobrevinguda de la causa o sinalagma funcional del negoci jurídic.
139. Respecte a això, BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO (*El cumplimiento de las obligaciones*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1956, p. 347 i s.) assenyalava que l'alteració de circumstàncies (o clàusula *rebus sic stantibus*) no pot ser considerada com un efecte legal, ni tan sols racional, del contracte bilateral, amb execució continuada o simplement diferida, en el nostre Dret, ni justificar la revisió contractual. Segons l'esmentat autor, perquè això fos possible s'haurien de modificar una sèrie de conceptes que constitueixen la real base i fonament del nostre Dret contractual, tals com els límits del deure de compliment contractual, el veritable concepte d'equitat contractual, la limitada missió d'aplicar i interpretar el Dret que correspon als Jutges i Tribunals, i la naturalesa econòmica del contracte; raó per la qual conclou que la revisió contractual només serà possible allí on el Dret positiu l'admeti de forma expressa, recollint principis de caràcter solidarista davant dels típicament individualistes de l'antiquada/la vuitcentista legislació civil espanyola. L'admissió de la figura és missió del legislador, no del jutge ni de la doctrina, pel perill que això comporta per a la seguretat del tràfic.
140. Com explica MOLL DE ALBA LACUVE, C. («El moderno derecho civil francés como modelo para la regulación de la cláusula rebus en España», *Diario La Ley*, núm. 9627, Wolters Kluwer, 2020), el Codi Civil francès de 1804 no tenia cap precepte que regulés l'anomenada clàusula *rebus sic stantibus*, atès que la dita clàusula xocava frontalment amb l'esperit dels racionalistes francesos de finals del s. XVII i principis del XVIII. I en tant que el *Code* de Napoleó és la principal font d'inspiració del Codi Civil espanyol, aquest darrer va adoptar idèntica fórmula que el primer per plasmar el principi *pacta sunt servanda*, alhora que va ometre incorporar la clàusula *rebus*.
141. L'art. 498 (abans 493) de la Llei Foral 21/2019, de 4 d'abril, de modificació i actualització de la Compilació del Dret Civil Foral de Navarra o Fuero Nuevo, regula expressament la clàusula *rebus sic stantibus*.
142. Sobre la jurisprudència del TS recaiguda en la matèria existeixen innumerables estudis i recopilacions. Destaquen, entre d'altres, DíEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. (*Estudios sobre la jurisprudencia civil*, t. I, Ed. Tecnos, Madrid, 1973, p. 556 i s.), PUIG BRUTAU, J. (*Fundamentos de Derecho Civil*, t. II, v. I, Ed. Bosch, S.A., Barcelona, 1988, p. 376 i s.), I GARCÍA CARACUEL, M. (*La alteración sobrevenida de las circunstancias contractuales*, Dykinson, S.L., Madrid, 2014, p. 285 i s.). Fins la data han aplicat l'anomenada regla *rebus*, o ocasionalment institucions afins com la doctrina de la pressuposició o base del negoci jurídic, les STS de 25 març 1913, 14 juny 1943 (RJ 1943/719), 13 juny 1944 (RJ 1944/893bis), 30 juny 1948 (RJ 1948/1115), 9 novembre 1949 (RJ 1949/1245), 11 juny 1951 (RJ 1951/1649), 23 novembre 1962 (RJ 1962/5005), 28 de gener de 1970 (RJ 1970/503), 16 novembre 1979 (RJ 1979/3850), 23 març 1988 (ROJ: STS 16730/1988), 6 novembre 1992 (ROJ: STS 8258/1992), STS 26 juliol 1993 (ROJ: STS 5753/1993), 20 abril 1994 (ROJ: STS /1994), 1 juny 2010 (ROJ: STS 3066/2010), 26 abril 2013 (ROJ: STS 2247/2013), i 30 juny i 15 octubre 2014 (ROJ: STS 2823/2014 i 5090/2014).

d'ençà la STS de 17 de maig 1957¹⁴³, han declarat fins l'extenuació que es tracta d'una clàusula que no està legalment reconeguda i que, malgrat que pot ser admesa pels Tribunals, és una clàusula perillosa que s'ha d'admetre molt cautelosament, només quan es donen unes premisses fonamentals molt restrictives¹⁴⁴, les quals es reiteren sistemàticament gairebé en totes les resolucions de l'Alt Tribunal que han desestimat la seva aplicació. Cert és que la rígida aplicació de la clàusula es va modular i atenuar després de la darrera crisi financera¹⁴⁵. Però també ho és que la doctrina que propugnen tals resolucions, no ha tingut continuïtat, i malgrat la progressiva objectivació del fonament tècnic de la clàusula *rebus*, cap sentència del TS ha admès la seva aplicació d'ençà l'any 2014¹⁴⁶. Sigui com sigui, el fet és que arribada la crisi de la covid-19, al nostre ordenament jurídic segueix sense estar regulada la institució, i ja són moltes les resolucions de Jutjats de primera de instància que en seu de mesures cautelars estan declarant que l'actual crisi del coronavirus és una circumstància imprevisible, extraordinària i sobrevinguda.

Aquesta realitat contrasta amb la regulació de que disposen els països del nostre entorn, en què sota diferents construccions legals es defineixen els contorns o límits del principi de vinculació contractual quan fruit de canvis circumstancials imprevisibles, allò pactat esdevé excessivament oneros, o injustament feixuc, per a un dels contractants¹⁴⁷. Fins i tot França i Bèlgica han acollit la institució fa pocs anys¹⁴⁸.

143. RJ 1957/2164.

144. Tals premisses són: a) una alteració extraordinària de les circumstàncies en el moment de complir el contracte en relació amb les concurrents al temps de la seva celebració; b) una desproporció exorbitant, fora de qualsevol càlcul, entre les prestacions de les parts contractants que vertaderament enderroquin el contracte per aniquilació de l'equilibri de les prestacions; y c) que tot això esdevingui per circumstàncies radicalment imprevisibles.

145. Les STS de 17 i 18 gener 2013 (RJ 1890/2013 i 2012/2013), malgrat refusar l'aplicació de la clàusula *rebus*, constitueixen un canvi de tendència al obrir la porta a que la clàusula es pugui utilitzar per pal·liar supòsits de greu afectació per crisis econòmiques generals. I tal doctrina és acollida en les famoses STS de 30 juny i 15 octubre 2014 (ROJ: STS 2823/2014 i 5090/2014).

146. Així, el TS no empara demandes basades únicament en una situació de crisi econòmica general, si no es demostra l'existència d'una alteració de circumstàncies essencial i extraordinària en el concret cas analitzat (STS de 24 febrer 2015 [ROJ: STS 1698/2015], 13 novembre 2018 [ROJ: STS 3734/2018] i 15 gener 2019 [STS 134/2019]). Tampoc en supòsits en els quals existeix una assignació legal del risc (STS 18 juliol 2019 [ROJ: STS 2556/2019 i STS 2831/2019], i 15 i 22 gener de 2019 [STS 13/2019 i STS 57/2019]), o si ens trobem davant contractes aleatoris o de caràcter especulatiu (STS 30 abril 2015 [ROJ: STS 1923/2015], 20 juliol 2017 [ROJ: STS 3027/2017], 9 gener 2019 [ROJ: STS 13/2019] i 5 abril 2019 [ROJ: STS 1148/2019]). La *rebus* tampoc s'aplica quan qui l'al·lega és un professional del sector que hauria pogut preveure el risc de la contingència (STS 15 gener 2019 [STS 13/2019]), ni quan ens trobem davant dificultats per finançar una compravenda fruit d'una crisi econòmica, ja que la dificultat o impossibilitat de finançament per compliment un contracte és un risc que del deutor (STS 13 juliol 2017 [ROJ: STS 2848/2017]). Es refusa també la seva aplicació quan el contracte és de curta durada (STS 6 març 2020 [ROJ: STS 791/2020]).

147. En són clars exponents, entre d'altres: La regulació de la doctrina de la base del negoci jurídic alemanya, inicialment fonamentada en els art. 242 i 157 del BGB relatiu, respectivament, a la bona fe en el compliment i la interpretació del negoci jurídic, i que ha cristal·litzat en l'art. 313 del BGB que es va introduir a través de la reforma del Dret d'Obligacions de l'any 2002. L'excessiva onerositat sobrevinguda dels art. 1.467 i s. del Codi Civil italià de 1942. La teoria de la imprevisió que positivitza l'art. 388 del Codi Civil grec. L'onerositat o complexitat excessives, o la inviabilitat econòmica, que permeten la rescissió o revisió del contracte conforme a la bona fe i convivència social de l'art. 357-1 del Codi Civil polonès de 1965. L'alteració anormal de circumstàncies que fonamenta una resolució o modificació contractual d'acord amb els principis d'equitat i bona fe de l'art. 437 del Codi Civil portuguès de 1977. La modificació de circumstàn-

La manca de regulació de la institució al nostre ordenament jurídic, es situa també al marge dels Principis del Dret Contractual Europeu (PECL) i el posterior Marc Comú de Referència per al Dret privat europeu (DCFR), que al seu art. III.1:110 recull la possibilitat que el jutge pugui modificar o extingir un contracte a causa de l'excessiva onerositat produïda per un canvi excepcional de circumstàncies¹⁴⁹.

2.2. Propostes de regulació

Són moltes les veus que reclamen la necessitat d'una expressa regulació de la clàusula *rebus* al nostre ordenament¹⁵⁰, i existeixen meritòries propostes de regulació, tant en l'àmbit civil, com mercantil, entre les que destaquen: Les realitzades per la Comissió General de Codificació espanyola per la Modernització del Codi Civil en matèria d'obligacions i contractes de l'any 2009 (PMCC)¹⁵¹ i l'Avantprojecte

cies imprevisibles que habilita al jutge a modificar o posar fi al contracte quan d'acord amb criteris de raonabilitat i equitat les parts contractants no poden pretendre deixar inalterat el contracte, que regulen els art. 6:258 i 6:260 del Codi Civil holandès de 1992.

148. La reforma del Codi civil francès de 2016 ha introduït una reforma, tan esperada com discutida, relativa a la revisió del contracte per imprevisió. Com exposa SAVAUX («El nuevo Derecho francés de obligaciones y contratos», *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXIX 2016, fasc. III, p. 732) l'art. 1195 del Code preveu, en essència, que davant d'un canvi circumstancial imprevisible en el moment de la conclusió del contracte, que faci excessivament oneroso el seu compliment per la part que no ha assumit aquest risc, es podrà demanar una renegociació del contracte, o la seva resolució o adaptació judicial, si la renegociació fracassa. I en la mateixa línia es situa l'art 5-77 de la reforma belga del dret d'obligacions, emulant de forma gairebé idèntica la reforma francesa.
149. L'art. III-1:110 DCFR estableix: «(1) Toda obligación debe cumplirse aun cuando el cumplimiento de la misma resulte más oneroso como consecuencia de un aumento en los costes de la ejecución o por una disminución del valor de la contraprestación que se recibe. (2) Sin embargo, si debido a un cambio excepcional en las circunstancias el cumplimiento de una obligación contractual o de una obligación derivada de un acto jurídico unilateral resulta tan oneroso que sería manifiestamente injusto seguir exigiendo su cumplimiento al deudor, el juez podrá: (a) modificar la obligación a fin de hacerla más razonable y equitativa en las nuevas circunstancias; o (b) extinguir la obligación en una fecha y en unas condiciones que determinará el juez. (3) El apartado (2) se aplicará únicamente si: (a) el cambio en las circunstancias se produjo después de contraerse la obligación; (b) el deudor no tuvo en cuenta en ese momento, y cabe razonablemente esperar que no tuviese en cuenta, la posibilidad de que se produjese dicho cambio en las circunstancias o la magnitud del mismo; (c) el deudor no asumió, y no puede razonablemente darse por asumido, el riesgo de dicho cambio en las circunstancias; y (d) el deudor ha intentado, razonablemente y de buena fe, negociar una modificación razonable y equitativa de los términos que regulan la obligación.»
150. Entre d'altres, CANDIL CALVO, F. (*La clàusula rebus sic stantibus*, Ed. Escelicer, S.L., Madrid, 1946, p. 146); ALBALADEJO GARCÍA, M. (*Instituciones de Derecho Civil, Derecho de Obligaciones*, Ed. Real Colegio de Bolonia, Barcelona, 1961, p. 714); DÍAZ CRUZ, M. (*La clàusula rebus sic stantibus en el Derecho privado*, Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1946, p. 551 i 552), ESPERT SANZ, V. (*La frustración del fin del contrato*, Ed. Tecnos, S.A., Madrid, 1968, p. 262); SALVADOR CODERCH, P. (*op. cit.*, p. 7), VILLÓ TRAVÉ, C. (*L'aplicació de la clàusula rebus sic stantibus en període de crisi econòmica*, Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada, Beques a la investigació 2015, novembre 2015, p. 111).
151. A l'art. 1213 es regula l'alteració extraordinària de les circumstàncies bàsiques del contracte en els termes següents: «Si las circunstancias que sirvieron de base al contrato hubieren cambiado de forma extraordinaria e imprevisible durante su ejecución de manera que ésta se haya hecho excesivamente onerosa para una de las partes o se haya frustrado el fin del contrato, el contratante al que, atendidas las circunstancias del caso y especialmente la distribución contractual o legal de riesgos, no le sea razonablemente exigible que permanezca sujeto al contrato, podrá pretender su revisión, y si ésta no es posible o no puede imponerse a una de las partes, podrá aquél pedir su resolución. La pretensión de resolución sólo podrá ser estimada cuando no quepa obtener de la propuesta o propuestas de revisión ofrecidas por cada una de las partes una solución que restaure la reciprocidad de intereses del contrato».

de Llei del Codi Mercantil de l'any 2014 (ALCM)¹⁵². La Proposta de Codi Civil de la Associació de Professors de Derecho Civil de l'any 2016 (PCCAP)¹⁵³. I, molt recentment i com a conseqüència de la crisi del coronavirus, la proposta de regulació de l'excessiva onerositat de la prestació o frustració del contracte que, dirigida al legislador d'emergència, ha fet la *Fundación para la Investigación del Derecho y la Empresa* (FIDE), així com la preparada pel professor ORDUNA MORENO, i recolzada per la Comissió de Normativa ICAB/CICAC, per modificar parcialment el CC espanyol mitjançant un decret llei, afegint a l'actual art. 1258 CC una completa regulació de l'anomenada clàusula *rebus* en cinc apartats subsegüents a l'actual text¹⁵⁴.

També a Catalunya hi ha hagut propostes de regulació. Així, BOSCH CAPDEVILA, E., DEL POZO CARRASCOSA, P. i, VAQUER ALOY, A., plantejaven regular el canvi de circumstàncies essencials del contracte a l'art. 612-11 del Llibre Sisè CCCat,

-
152. A l'art. 416-2 es regula l'excessiva onerositat del contracte establint que: «1. En caso de excesiva onerosidad sobrevenida, la parte perjudicada no podrá suspender el cumplimiento de las obligaciones asumidas, pero tendrá derecho a solicitar sin demora la renegociación del contrato, acreditando las razones en que se funde. Si no se alcanzara un acuerdo entre las partes dentro de un plazo razonable, cualquiera de ellas podrá exigir la adaptación del contrato para restablecer el equilibrio de las prestaciones o la extinción del mismo en una fecha determinada en los términos que al efecto señale. 2. Se considera que existe onerosidad sobrevenida cuando, con posterioridad a la perfección del contrato, ocurran o sean conocidos sucesos que alteren fundamentalmente el equilibrio de las prestaciones, siempre que esos sucesos no hubieran podido preverse por la parte a la que perjudiquen, escapen al control de la misma y ésta no hubiera asumido el riesgo de tales sucesos».
153. A l'art. 526-5 disposa: «1. Si las circunstancias que sirvieron de base al contrato cambian de forma extraordinaria e imprevisible durante su ejecución, de manera que ésta se haga excesivamente onerosa para una e las partes o se frustre el fin del contrato, puede pretenderse su revisión para adaptar su contenido a las nuevas circunstancias, o su resolución. 2. Lo dispuesto en el apartado anterior sólo procede cuando: a) el cambio de circunstancias es posterior a la celebración del contrato; no es equitativo exigir al contratante perjudicado, atendida especialmente la distribución contractual y legal del riesgo, que permanezca sujeto al contrato; y c) el contratante perjudicado ha intentado de buena fe una negociación dirigida a una revisión razonable del contrato. 3. El juez solo puede estimar la pretensión de resolución cuando no sea posible o razonable imponer la propuesta de revisión ofrecida. En este caso el juez ha de fijar la fecha y las condiciones de la resolución.».
154. Després de l'actual regulació del principi de vinculació contractual que conté el precepte, s'afegeixen amb ordinals separats, els següents: «2. Si las circunstancias que sirvieron de base al contrato hubieren cambiado de forma significativa e imprevisible durante su ejecución, de manera que ésta se haya hecho excesivamente onerosa para una de las partes o se haya alterado significativamente la base económica del contrato, el contratante al que, atendida las circunstancias del caso y especialmente la distribución contractual o legal de los riesgos, no le sea razonablemente exigible que permanezca sujeto a la inalterabilidad de dicho contrato, podrá solicitar al Juez la renegociación del contrato con base en la incidencia de la alteración de las circunstancias operadas y de cara a la conservación o mantenimiento del contrato. 3. El Juez, conforme a la naturaleza y complejidad del caso, concederá un plazo razonable y prudente para que las partes puedan renegociar el contrato. Igualmente, en dicho periodo de renegociación, a petición de las partes, podrá suspender provisionalmente el cumplimiento del contrato o, en su caso, fijar un cumplimiento mínimo que resulte razonable para los intereses de ambas partes. 4. Si las partes alcanzasen un acuerdo sobre la adecuación del contrato, deberán comunicarlo al Juez, que ratificará la modificación acordada. En caso contrario, la parte afectada por la alteración de las circunstancias estará legitimada para solicitar judicialmente, bien la modificación del contrato, o bien su resolución. En este último supuesto, la solicitud de resolución del contrato podrá ir acompañada, en su caso, de la reclamación de daños y perjuicios, cuando la negativa de la otra parte a la renegociación pueda ser calificada de arbitraria, contraria a las prácticas o usos del sector, o carente de justificación en atención a la naturaleza y circunstancias específicas del contrato. 5. La modificación del contrato será provisional, mientras duren las contingencias derivadas del cambio extraordinario de las circunstancias. 6. En todo caso, la parte que se haya visto afectada por dicho cambio extraordinario de circunstancias, no estará sujeta al pago de indemnización alguna por la resolución del contrato.»

que s'inseriria en una subsecció sisena dedicada a «l'adaptació del contracte» dins la secció primera dedicada a «les disposicions generals»¹⁵⁵. I també amb motiu de la crisi del coronavirus, i amb la mateixa finalitat que la que es va plantejar a nivell estatal, però adaptada a la legislació catalana, novament el professor ORDUNA MORENO, juntament amb ALONSO-CUEVILLAS SAYROL i altres juristes, amb el recolzament de la Comissió de Normativa ICAB/CICAC, ha fet una proposta de modificació del Llibre Sisè del CCCat, plantejant introduir al seu Títol I de les disposicions generals l'art. 611-1, que s'inclouria al Capítol I intitulat «Perfeccionament dels contractes. Efectes *rebus sic stantibus*».

A data d'avui no ha tingut plasmació legal cap de les propostes fins aquí relacionades. No obstant, a nivell estatal, la disposició addicional setena de la Llei 3/2018 de mesures processals i organitzatives per fer front a la covid-19 en l'àmbit de l'Administració de justícia, en relació al canvi extraordinari de les circumstàncies contractuals, diu que el Govern presentarà a les Comissions del Congrés dels Diputats i del Senat, en un termini no superior a tres mesos, una anàlisi i estudi sobre les possibilitats i opcions legals, incloses les existents en dret comparat, d'incorporar al règim jurídic d'obligacions i contractes la regla *rebus*. I a Catalunya, la disposició final primera del decret llei 34/2020, de 20 d'octubre, de mesures urgents de suport a l'activitat econòmica desenvolupada en locals de negoci arrendats, es dona un termini de dos anys perquè, a proposta del departament competent en matèria de dret civil, el Govern elabori i aprovi un projecte de llei per incorporar al marc jurídic català la regulació de caràcter general necessària al restabliment de l'equilibri contractual en els supòsits de canvi imprevist de circumstàncies.

2.3. Breu referència a la legislació excepcional per pal·liar els efectes de la crisi del coronavirus sobre activitats industrials i comercials desenvolupades en immobles arrendats

El passat 20 d'octubre de 2020 el Govern de la Generalitat de Catalunya va aprovar el decret llei 34/2020, de mesures urgents de suport a l'activitat econòmica desenvolupada en locals de negoci arrendats, que té per objectiu distribuir de forma igualitària i equitativa entre arrendador i arrendatari les conseqüències negatives que es deriven de les prohibicions, suspensions i restriccions imposades per evitar la propagació de la covid-19 respecte de l'aprofitament material de béns immobles arrendats per a l'ús d'activitats industrials i comercials.

El decret llei, que consta de dos articles, estableix al seu art. 1 que, si l'autoritat competent decreta mesures de suspensió del desenvolupament de l'activitat o restricció de l'aprofitament de béns immobles arrendats per a la realització d'activitats industrials o comercials, en els contractes subscrits a partir de l'1 de gener de 1995 la part arrendatària podrà requerir de la part arrendadora, una modificació raonable i equitativa de les condicions del contracte, amb la finalitat de restablir l'equilibri de les prestacions i d'acord amb les exigències de la bona fe i de l'honradesa de tractes. I pel supòsit que les parts no arribin a cap acord, a l'art. 2, disposa imperativament que, amb efectes d'ençà que l'arrendatari hagi demanat a l'arrendador la modificació de les condicions contractuals, la renda vigent,

155. *Proposta de text articulat sobre la teoria general del contracte per al Llibre Sisè del Codi civil de Catalunya*, Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada, Beques a la investigació 2014, Any 2014, p. 54 i s.

i altres quantitats degudes, quedarà reduïda al cinquanta per cent mentre estigui en el cas de suspensió de l'activitat, i mentre perduri la suspensió (art. 2-1.a), o en una proporció igual a la meitat de la pèrdua d'aprofitament de l'immoble, en cas de restricció parcial de l'aprofitament material de l'immoble (art. 2-1.b)¹⁵⁶.

Així mateix, la norma preveu la possibilitat que l'arrendatari desisteixi del contracte sense cap mena de penalització, si la suspensió de l'activitat desenvolupada en el mateix es perllonga més de tres mesos en el transcurs d'un any a comptar de l'entrada en vigor de la norma (art. 2-1.e).

És destacable que la part arrendatària pot fer ús de les facultats que li atribueix el decret llei i imposar-les a l'arrendador, amb independència dels acords a què haguessin arribat les parts contractants, respecte de les contingències que s'hi preveuen, abans de la seva entrada en vigor. Així ho estableix la disposició transitòria de la norma, ras i curt, per desconcert de molts propietaris que, de bona fe, havien arribat a un acord amb els seus arrendataris, moltes vegades fins i tot més favorable que els que imposen els art. 2-1.a i 2-1.b, i que ara es veuran doblement penalitzats al poder ser inclús forçats a reduir la renda, una vegada més, partint de la vigent que en virtut d'un acord previ s'hagi pogut establir.

D'altra banda, i segons el nostre parer, ens trobem davant d'una norma excepcional que no deroga ni impedeix l'aplicació de les normes generals relatives a la resolució o suspensió dels contractes per impossibilitat sobrevinguda de prestar fruit de successos fortuïts, ni imposa una solució que obligui les parts a limitar-se a les previsions que conté en aplicació de la doctrina jurisprudencial de la *rebus sic stantibus*¹⁵⁷. De fet, el propi preàmbul de la norma així ho disposa a l'assenyalar que, en qualsevol cas, les regles que conté són compatibles amb el dret de les parts d'acudir a l'auxili judicial per a exercir qualsevol altra pretensió relativa al contracte.

Així doncs, amb independència de la regulació que conté el decret llei 34/2020, el cert és que en els pròxims mesos i anys els Jutges i Tribunals espanyols, i la resta d'operadors jurídics, hauran de donar resposta a una multiplicitat de casos en què és necessari articular i definir quins són els límits al principi de vinculació contractual per successos derivats de la crisi del coronavirus, i quins són els contorns, requisits i, en el seu cas, efectes, d'una possible aplicació de la denominada clàusula *rebus* en supòsits d'alteracions de circumstàncies imprevisibles.

Cal fer notar que, malgrat que la millor solució passa per una plasmació legal de la clàusula *rebus* (se l'anomeni d'una manera o d'una altra), la seva formulació comportarà establir unes bases o requisits d'aplicació el més clars possible que, en qualsevol cas, serà necessari que la jurisprudència els acabi de perfilar casuísticament, donat que la plasmació legal de la clàusula naixerà sempre prenyada d'una multiplicitat de conceptes jurídics indeterminats.

Amb aquesta finalitat, tot seguit, tractarem de desenvolupar les qüestions clau respecte a la possible aplicació de la denominada regla *rebus sic stantibus*

156. Així mateix, el decret llei disposa que la prestació de serveis de lliurament a domicili o recollida de productes a l'establiment no afecta l'aplicació de les reduccions previstes (art. 2-1.c), així com la possibilitat de l'arrendatari d'imputar total o parcialment al pagament de la renda i altres despeses degudes que hagin vençut, totes les quantitats que eventualment garanteixin el compliment de les seves obligacions, exclosa la fiança legal obligatòria i altres garanties dipositades en l'organisme oficial competent (art. 2-1.d). En aquest darrer supòsit, l'arrendatari haurà de reintegrar a l'arrendador les garanties objecte d'imputació en el termini d'un any a comptar des de la desaparició de les circumstàncies a que fa referència l'art. 1 i, en tot cas, abans que finalitzi el contracte, si el termini és inferior.

157. En relació a això, vegeu la nota 91 *ut supra*.

a les situacions extremes que poden sorgir com a conseqüència de l'actual crisi sanitària, analitzant els requisits que fins a la data s'han perfilat per la jurisprudència, i intentant donar una adequada resposta a les problemàtiques que aquesta institució planteja.

3. REQUISITS D'APLICACIÓ DE LA CLÀUSULA *REBUS SIC STANTIBUS* I TRANSLACIÓ D'AQUESTS REQUISITS A L'ALTERACIÓ DE CIRCUMSTÀNCIES DERIVADA DE L'ANOMENADA CRISI DEL CORONAVIRUS

3.1. Incompliment contractual que no és fruit d'un supòsit d'impossibilitat exoneratòria, i caràcter subsidiari del remei *rebus*

El que esdevé excessivament oneros per a un dels contractants no s'ha de confondre amb el que li resulta impossible. El que esdevé impossible s'ha de tractar en l'àmbit de la impossibilitat de compliment exoneratòria, raó per la qual, en tals supòsits, la *rebus* no entra en joc. Així, la clàusula *rebus* no opera quan la prestació resulta legalment o físicament impossible en els termes de l'art. 1184 CC, quan, per exemple, fruit d'un *factum principis* no es pot donar compliment a una determinada obligació. Per contra, l'àmbit d'aplicació de la *rebus* és el de l'extraordinària dificultat de compliment, normalment de prestacions de lliurament de cosa genèrica o pagament que, com s'ha dit anteriorment¹⁵⁸, mai esdevenen impossibles.

Unit a l'anterior, cal així mateix assenyalar que la clàusula *rebus sic stantibus* té un marcat caràcter subsidiari que ha estat declarat en múltiples ocasions pel TS, tot establint que per aplicar la *rebus* no ha de ser possible aplicar qualsevol altre mitjà per corregir o posar remei al desequilibri patrimonial que es pretén pal·liar. Diu l'Alt Tribunal que per aplicar la *rebus* és necessari que «*se carezca de otro medio para subsanar el referido desequilibrio patrimonial producido*»¹⁵⁹.

Partint de l'anterior, i respecte al compliment d'aquest requisit d'aplicació de la clàusula *rebus sic stantibus* a supòsits derivats de la crisi del coronavirus, és procedent afirmar que tal remei només es podrà aplicar a supòsits en què no ens trobem davant d'un supòsit d'impossibilitat, sens perjudici que la clàusula pugui ser al·legada amb caràcter subsidiari quan s'argumenti que la prestació ha esdevingut impossible, o que no existeix obligació de donar-hi compliment per la manca del seu sinal·lagma.

3.2. Inexistència de pacte en virtut del qual s'hagin assignat els riscos del contracte

La clàusula *rebus sic stantibus* no és d'aplicació en aquells supòsits en què la part contractual perjudicada per l'alteració circumstancial ha assumit expressament o implícitament el risc de tal canvi de circumstàncies. En paraules del TS, la clàusula *rebus* no és d'aplicació en aquells supòsits en què la llei o el contracte atribueixen el risc a una de les parts¹⁶⁰.

158. Vegeu nota 36 *ut supra*.

159. Així s'explicita, entre d'altres, a les STS de 6 juny 1959 (RJ 3026/1959), 28 gener 1970 (RJ 1970/503), 15 març 1972 (RJ 1252/1972), 27 juny 1984 (ROJ: STS 1259/1984) i 21 febrer 1990 (ROJ: STS 1575/1990).

160. STS 5 d'abril de 2019 (ROJ: STS 1148/2019).

Per tant, sempre que els riscos del contracte s'hagin atribuït, bé per llei, o ja explícita o implícitament, en el mateix contracte, la clàusula *rebus* no serà aplicable¹⁶¹. Ara bé, aquest pacte, explícit o implícit, difícilment es pot haver donat en previsió de l'actual crisi del coronavirus, donat que aquesta crisi ha estat tan sobtada com imprevisible i, en conseqüència, és poc probable que les parts hagin pactat un repartiment de riscos per a tal contingència. No obstant això, si una clàusula contractual hagués atribuït tots els riscos en general del contracte a una de les parts, la covid-19 serà un d'aquests riscos¹⁶². De la mateixa manera, al nostre parer s'ha d'entendre que els riscos de les contingències de la covid-19 s'han atribuït a una de les parts en el supòsit que el contracte li hagués atribuït els riscos de les contingències fruit del cas fortuït o la força major¹⁶³, ja que qui accepta l'assumpció d'un risc per a una contingència que fa impossible el compliment de la prestació, pacte que com s'ha dit és perfectament possible¹⁶⁴, amb major motiu l'ha d'assumir quan la contingència només dificulta, ni que sigui de forma extrema, tal compliment¹⁶⁵.

D'altra banda, cal assenyalar que també és perfectament possible que un cop s'ha produït l'alteració circumstantial imprevisible que habilitaria la modificació o resolució del contracte, les parts arribin a un acord per solucionar la nova situació creada. Evidentment, tal acord vincula les parts. Ara bé, al nostre entendre no s'ha de confondre tal acord o transacció amb l'especial regulació excepcional de moratòries i ajornaments que s'han produït en el marc de la regulació excepcional dels decrets d'alarma que s'han succeït d'ençà del passat mes de març. Segons el nostre criteri, si les parts han arribat a un acord per regular les contingències derivades de la covid-19, tal acord les vincula, perquè en aquest acord regulen expressament el risc contractual derivat de l'específica contingència que es tracti, la qual, en tot cas, en aquell moment és absolutament coneguda. Ara bé, si tal acord no s'assoleix, i el que passa és que s'aplica la legislació excepcional, per exemple, per ajornar o reduir uns mesos la renda del local destinat a restaurant, no escau aquí parlar d'acord, sinó més pròpiament de compliment d'una obligació legal derivada d'una norma.

161. STS de 16 de juny de 1983 (ROJ: STS 1372/1983, 19 d'abril de 1985 (ROJ: STS 706/1985), 31 de desembre de 1992 (RJ 1992/10664), 24 de juny de 1993 (RJ 1993/5382), 9 d'octubre de 2006 (RJ 2006/8687), 1 de març de 2007 (RJ 2007/1618) i 18 de gener de 2013 (ROJ: STS 679/2013).

162. En aquest sentit es posiciona CARRACO PERERA, A. («¿Podemos excluir la cláusula *rebus sic stantibus*? Un modelo lógico-normativa de cierre del sistema», *Publicaciones Jurídicas del Centro de Estudios de Consumo*, 20 de junio de 2020, p. 2), per bé que l'autor també indica que si el contracte es limita a preveure una típica clàusula de *rebus* és probable que aquesta clàusula no serveixi per a res, perquè el dubte de patida es troba en si el supòsit de fet (la covid-19) està o no inclòs a la clàusula. Sobre aquesta qüestió, amb un gran valor pràctic, es pot veure també la publicació del mateix autor *Estrategias contractuales para defenderse de la reciente «perturbadora» doctrina jurisprudencial sobre la cláusula *rebus sic stantibus**, Análisis GA&P, gener 2015, p. 3.

163. Així ho entén ÀLVAREZ ROYO, S. («Pandemia, fuerza mayor y cláusula *rebus sic stantibus* a la luz de la Jurisprudencia», *Diario La Ley*, núm. 9619, Secció Doctrina, 23 abril 2020, p. 6).

164. Vegeu la nota 22 *ut supra*.

165. En contra d'aquest criteri, TERRAZAS MARTORELL, J. (*Modificación y Resolución de los Contratos por excesiva onerosidad o imposibilidad e su ejecución*, Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1951, p. 28.) afirma que «nunca el asumir expresamente los casos fortuitos importa la obligación de soportar los eventos extraordinarios. La voluntad no puede entenderse a los hechos imprevistos o del todo imprevistos, que precisamente por serlo no pueden entrar en la formación de la voluntad». (...) «De esta consideración parte la teoría de la cláusula *rebus sic stantibus*, instituyendo una relación entre la voluntad declarada, y la que lo hubiera sido si se hubiesen podido prever los eventos extraordinarios que repercuten en la obligación. Esta teoría obedece a una sentida necesidad, ya que nuestros principios están hechos para la vida, no ésta hecha para aquéllos».

3.3. Modificació sobrevinguda de les circumstàncies, imprevisible, greu o extraordinària, i no imputable a cap de les parts.

La doctrina entén que l'aplicació de la clàusula *rebus* no té per objecte protegir la correcta formació del contracte, raó per la qual el canvi de circumstància haurà de ser sempre posterior a la seva perfecció, i mai previ, encara que sigui desconegut¹⁶⁶. Per tant, és necessari que les circumstàncies en què es fonamenta l'alteració o canvi de paradigma contractual que habilita l'aplicació de la clàusula *rebus* no estiguessin presents en el moment en què les parts van formalitzar el contracte¹⁶⁷.

El caràcter sobrevingut de l'alteració circumstancial en què es fonamenta l'aplicació de l'anomenada clàusula *rebus* pressuposa que el mateix ha de tenir lloc entre la fase de perfecció i compliment del contracte, raó per la qual es diu que l'aplicació de la clàusula només és possible en contractes de tracte successiu o d'execució diferida¹⁶⁸, que pot resultar del seu caràcter convencionalment aplaçat, de la naturalesa mateixa del negoci jurídic o del caràcter periodificat i reiterat en el compliment d'una de les obligacions¹⁶⁹. No escau, per tant, l'aplicació de la clàusula per modificar un contracte consumat¹⁷⁰. Tampoc si la manca de consumació és imputable a una de les parts, perquè s'hagi constituït en mora¹⁷¹.

Respecte al tracte successiu o execució diferida del contracte, recentment s'ha discutit si a l'hora de valorar l'alteració sobrevinguda que justifica la revisió contractual és procedent distingir entre contractes de llarga i curta durada, de tal manera que en aquests darrers no seria aplicable la *rebus*. Així, la sentència del TS de 6 de març de 2020¹⁷² declara que «*el cambio (...) que, bajo las premisas que establece la jurisprudencia, podría generar un supuesto de aplicación de la regla de la rebus sic stantibus es más probable que se dé en un contrato de larga duración, ordinariamente de tracto sucesivo (...) pero no en un supuesto, como el presente, de contrato de corta duración, en el que difícilmente puede acaecer algo extraordinario que afecte a la base del contrato y no quede amparado dentro del riesgo propio de ese contrato*». Aquesta resolució ha estat àmpliament criticada per ORDUÑA MORENO¹⁷³, que entén que el denominat contracte de «curta durada» no té una categorització pròpia fora de la distinció entre contractes de tracte successiu i tracte únic, i assenjala que fer dependre l'aplicació de la clàusula *rebus* del fet que el contracte tingui una durada més o menys dilatada és contradictori a les

166. RUBIO GIMENO, G., «Riesgo contractual y alteración sobrevenida de las circunstancias», a l'obra *Codificación y reequilibrio de la asimetría negocial*, VV.AA., dirigida per Gramunt Fombuena, M. i Florensa i Tomàs, C. E., Ed. Dykinson, SL, Madrid, 2017, p. 203.

167. STS de 17 de gener de 2013 (ROJ: STS 1013/2013).

168. Entre d'altres, STS de 23 de novembre de 1962 (RJ 1962/5005), 28 de gener de 1970 (RJ 1970/503), 9 de maig de 1983 (RJ 1983/2678), 23 d'abril de 1991 (RJ 1991/3023), 10 de febrer de 1997 (RJ 1997/665), 15 de novembre de 2000 (ROJ: STS 8311/2015), 22 d'abril de 2004 (ROJ: STS 2638/2004), 5 d'abril de 2006 (RJ 2006/5313) i 17 de juny de 2005 (ROJ: STS 3956/2005), la darrera de les quals declara que «*la doctrina de la cláusula rebus sic stantibus (mientras las cosas estén así) se aplica a las relaciones obligatorias, cuando se trata de contratos de tractu sucesivo ("qui habent tractu sucesivos") o que dependen de un hecho futuro ("vel dependentia de futuro")*».

169. ARECHEDERRA ARANZADI, L. I., *La equivalencia de las prestaciones en el derecho contractual*, Ed. Montecorvo, S.A., Madrid, 1978, p. 225.

170. STS de 21 d'octubre de 1988 (ROJ: STS 7324/1988).

171. STS de 17 de gener de 2013 (ROJ: STS /2013).

172. ROJ: STS 791/2020.

173. *Cláusula Rebus. STS 156/2020, de 6 de marzo. Distinción ente contratos de larga y corta duración. Una clasificación carente de rango o categorización aplicativa: inoportuna y fuera de contexto social*, Revista de Derecho vLex, núm. 191, abril 2020.

principals legislacions de països del nostre entorn i als casos més emblemàtics en la història de la jurisprudència comparada (així, per exemple, els «casos de coronació» o «d'alteració tecnològica»).

Al nostre parer, si bé és cert que com més dilatada és la relació contractual més probable és que esdevingui un canvi circumstancial capaç d'alterar les bases causals del negoci jurídic, això no pressuposa que en contractes de curta durada no pugui passar que un sobtat canvi circumstancial pugui idènticament habilitar l'aplicació de la clàusula *rebus*¹⁷⁴. És més, si bé és cert que en supòsits d'execució diferida molt dilatada és més probable que existeixi un canvi de circumstàncies rellevant, com apunta GIMÉNEZ RUBIO¹⁷⁵ cal constatar alhora que un canvi de circumstàncies sobrevingut en un breu lapse temporal resulta molt més imprevisible que un que esdevé després de molts anys de diferida execució contractual. En altres paraules, com més sobtat és un fet, més difícil de preveure és.

L'anterior ens condueix directament a l'anàlisi del caràcter imprevisible de l'alteració circumstancial que habilita la modificació del contracte en aplicació de la *rebus*, la qual cosa BADENES GASSET¹⁷⁶ identifica amb un esdeveniment extraordinari¹⁷⁷ humanament imprevisible d'acord amb un «*standard*»¹⁷⁸ jurídic que PARRA LUCÁN adverteix que no resulta gens fàcil de concretar¹⁷⁹ afirmant que perquè es pugui parlar de circumstàncies imprevisibles ens hem de situar davant d'esdeveniments independents de la voluntat que no s'han pogut raonablement tenir en compte en el moment de contractar, de tal manera que no pot ser exigible a una

174. De fet, es pot afirmar que aquest és l'escenari al qual ens pot enfrontar l'actual crisi sanitària, del tot imprevisible fa sis mesos i absolutament evident, amb excepcionals i calamitoses conseqüències, sis mesos més tard.

175. *Op. cit.*, p. 207.

176. *El riesgo imprevisible*, Ed. Bosch, Barcelona, 1946, p. 124.

177. No n'hi ha prou amb el fet que existeixi un canvi de circumstàncies, sinó que és necessari que aquest canvi tingui una entitat tal que sigui capaç de d'alterar les bases sobre les quals les parts van fonamentar la relació negocial. Així, LLUIS Y NAVAS BRUSI, J. (*La llamada «cláusula rebus sic stantibus» como delimitadora del alcance del principio de que los pactos han de ser observados*, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1957, p. 46) explica que la gravetat del canvi circumstancial es manifesta en la intensitat de les seves conseqüències, i en la importància de la modificació. Si la modificació té poca entitat, o té lloc en una circumstància que poc afecta la vida del contracte, és evident que no es donarà el requisit de gravetat que habilita l'aplicació de la clàusula *rebus sic stantibus*. En definitiva, no es pot aplicar la *rebus* a qualsevol petita modificació de circumstàncies, a qualsevol canvi ordinari. Només quan aquest canvi és extraordinari i greu, és rellevant als efectes que aquí analitzem. A més, resulta evident que com més greu i extraordinari és el canvi circumstancial, més imprevisible esdevé. Un canvi de poca entitat, ordinari, és sempre més previsible que un canvi radical i extraordinari.

178. BADENES GASSET, R., *op. cit.*, p. 48 i s., afirma que «*el standard como correctivo y complemento o suplemento de la norma jurídica pretende resolver el conflicto que se suscita entre la necesidad de asegurar y estabilizar las relaciones jurídicas y la de adaptar el derecho a las condiciones sociales en cambio continuo*».

179. Per a l'esmentada autora (*Riesgo imprevisible y modificación de los contratos*, InDret 4/2015, Barcelona, octubre 2015, p. 22), hi ha esdeveniments que mai s'haurien de considerar imprevisibles tenint en compte la pròpia variabilitat consubstancial de les circumstàncies a què es refereixen (canvis en la política de subvencions, en les taxes i impostos que s'han de pagar, modificacions en la normativa urbanística), i que si influeixen en les obligacions i responsabilitat de les parts és perquè el contingut del contracte es va fixar valorant justament les condicions existents en el moment de contractar, però no per la seva imprevisibilitat. Per contra, és possible que les parts no hagin previst la causa (un terratrèmol, un conflicte armat, etc.), però sí en canvi com procedir en tals supòsits (renegociació, recàlcul del preu...) en els supòsits en els quals consideren necessari tenir-ho en compte per mantenir l'equilibri contractual (augment dels costos de producció d'una de les parts superior a un determinat percentatge, per exemple).

persona diligent haver-los previst¹⁸⁰. Respecte a això, MARTÍNEZ VELENCOSO afirma que la previsibilitat s'ha de valorar en funció del tipus de contracte de què es tracti, i la quantitat d'informació a què tenen accés les parts¹⁸¹, la qual cosa és una qüestió que està íntimament lligada amb l'assumpció dels riscos en el contracte, de tal manera que és necessari que la part que invoca l'aplicació de la clàusula *rebus* no hagi assumit expressament o implícitament el risc contractual de què es tracti, i que es pugui parlar d'una assumpció tàcita del risc en tots aquells supòsits en els quals el risc inherent a un canvi circumstancial s'ha pogut preveure¹⁸². Així, la jurisprudència considera que la imprevisibilitat d'un esdeveniment s'ha d'investigar d'acord amb el seu abast i la seva incidència en el context econòmic i negocial en què es manifesta i projecta, de tal manera que no pot parlar-se d'alteració imprevisible quan aquesta es troba dins del risc o *alea* normal del contracte¹⁸³. D'aquí que es digui que la contingència que habilita l'aplicació de la *rebus* no ha de ser una contingència raonablement previsible pel deutor en el moment de contractar, ja que un risc previsible és un risc assignat pel contracte a una de les parts¹⁸⁴.

També és una lògica conseqüència del que s'ha exposat fins aquí que la doctrina *rebus* no sigui aplicable a aquells contractes en què la imprevisibilitat és consubstancial al negoci jurídic que s'han proposat les parts, de tal manera que el risc és el motiu determinant del contracte. D'aquí que la doctrina en termes generals¹⁸⁵, però amb matisacions¹⁸⁶, entengui que la clàusula *rebus sic stantibus* no

180. En aquest sentit, BARCELÓ COMPTE, R. i RUBIO GIMENO, G. (*Conservació del contracte en casos d'asimetria econòmica: l'avantatge injust, la rescissió per lesió i l'alteració sobrevinguda de les circumstàncies*, Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada, Beques a la investigació 2015, novembre 2015, p. 97) assenyalen que «la imprevisibilitat o imprevisió inimputable que s'exigeix per a l'aplicació del remei té un marcat caràcter subjectiu –una persona mitjana en la mateixa o assimilada situació i context que la persona contractant no hauria pogut raonablement preveure el fet– i per tant, incorpora l'exigència d'alienitat en la causa de les circumstàncies alterades que ha d'excedir de l'àmbit de control de la part»; i afegeixen que «l'alienitat també es projecta sobre la part no perjudicada, en el sentit que sí ha incidit en la producció de l'alteració que ha ocasionat el perjudici a l'altra part, aquesta incidència afavorirà l'apreciació del contracte i la inexistència íntegra de la prestació que en resulti afectada». Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L.; ROCA TRÍAS, E.; I MORALES MORENO, A. M. (*Los principios del Derecho europeo de contratos*, Civitas Ediciones, SL, Madrid, 2002, p. 295) afirmen que per determinar quan una circumstància és imprevisible s'aplica el paràmetre d'una persona mitjana en aquella mateixa situació, ni especialment previsor, ni especialment imprevisor; o com es diu als comentaris de LANDO, O., i BEALE, H. (*Principios del derecho contractual europeo. Partes I y II. Los trabajos de la Comisión de Derecho contractual europeo* Edició espanyola a càrrec de BARRES BENLLOCH, P.; EMBID IRUJO, J. M., i MARTÍNEZ SANZ, F., Ed. Consejo Nacional del Notariado, Madrid, 2003, p. 595 i 595), una persona que no sigui exageradament optimista ni pessimista, i que s'ocupi raonablement dels seus interessos.

181. Com més informació, més possibilitat de preveure.

182. MARTÍNEZ VELENCOSO, L. M., *La moderna configuración de la cláusula rebus sic stantibus*, Ed. Aranzadi, SAU, Pamplona, 2017, p. 86.

183. La STS de 18 de juliol de 2009 (ROJ: STS 2556/2019), amb expressa cita de les del mateix Alt Tribunal de 30 de juny de 2014 (ROJ: STS 1698/2015) i 24 de febrer de 2015 (ROJ: STS 2823/2014) declara que «no puede hablarse de alteración imprevisible cuando la misma se encuentra dentro de los riesgos normales del contrato».

184. CARRASCO PERERA, A., *Derecho de contratos*, Ed. Aranzadi, 2017, p. 974.

185. Entre d'altres, PINO (*Excesiva onerosidad de la prestación*, traducción y notas comparativas al Derecho español por Federico de Mallol, J. M. Bosch Editor, Barcelona, 1959, p. 97), conclou que en els contractes aleatoris no escau parlar d'equilibri o de correlativitat entre prestacions com se'n parla en el contracte commutatiu, ja que ni tan sols escau buscar tal equilibri en una proporció de probabilitat.

186. ÁLVAREZ VIGARAY, R. («Los contratos aleatorios», *Anuario de Derecho Civil*, 1968, p. 638), després d'observar que si bé en una primera apreciació l'aleatorietat del contracte impedeix cap mena

és aplicable als contractes aleatoris¹⁸⁷ en què, en contraposició als commutatus, l'existència o l'extensió de l'obligació depèn d'un fet incert en si mateix o quant al temps que esdevindrà¹⁸⁸, i en els quals el desequilibri econòmic del contracte forma part del resultat volgut per les parts¹⁸⁹.

De la mateixa manera la modificació circumstancial rellevant als efectes aquí estudiats és aquella que es dona al marge de la voluntat de les parts o, dit d'una altra manera, aquella que no és causada per aquestes¹⁹⁰. Quan allò que motiva l'alteració circumstancial és l'actuació d'alguna de les parts, no entra en joc el remei *rebus*¹⁹¹.

de valoració de desproporció entre les prestacions que tingui per objecte la revisió o resolució del contracte per excessiva onerositat, afegeix que, tanmateix, en contractes aleatoris de tracte successiu com l'assegurança o la renda vitalícia, s'ha de distingir entre la desproporció entre les prestacions de les parts que és conseqüència del risc assumit per cadascuna d'elles, de la diferència que eventualment es pot produir per fets alien al risc assumit al contracte, de tal manera que aquestes darreres sí poden ser sotmeses al règim comú en ordre a la revisió o resolució contractual. En semblants termes també s'havia pronunciat BADENES GASSET, R. (*op. cit.*, p. 126 i s.), qui distingeix entre *aleas* previsible i imprevisible. Al seu torn ESPERT SANZ, V. (*La frustración del fin del contrato*, Ed. Tecnos, Madrid, 1968, p. 173) indica que la doctrina de la frustració de la finalitat del contracte només és aplicable als commutatus, i, només per excepció, podrà aplicar-se als aleatoris quan l'esdeveniment frustrant sigui diferent de l'*alea*. També és de la mateixa opinió ALBALADEJO GARCÍA, M. (*Instituciones de Derecho Civil, Derecho de Obligaciones*, Ed. Real Colegio de Bolonia, Barcelona, 1961, p. 716).

Respecte a això, tot i que, en relació a l'acció de rescissió per *laessio ultra dimidium* regulada avui a l'art. 621-46 CCCat, en la STSJ de Catalunya de 18 de setembre de 2006 (ROJ STSJ CAT /2006) es declara la possibilitat de rescindir per lesió en més de la meitat un contracte aleatori de renda vitalícia, argumentant que «no vemos razones jurídicas válidas para negar en aquellos contratos aleatorios en los que sea posible valorar el riesgo y, por ende, la proporcionalidad de las prestaciones la posibilidad de la existencia de lesión. Del mismo modo que es plenamente factible apreciar elementos aleatorios en contratos commutativos como el de compraventa y en base a ello negar la rescisión (supuestos de hecho valorados en las sentencias del TSJC de 7-6-1990, 7-12-1998, o 31-1-2005)». Per tant, es pot concloure que no sempre que ens trobem davant un contracte aleatori queda vetada la possibilitat de modificar-lo per una alteració circumstancial que, tenint en compte el concret context econòmic i contractual, es pugui entendre que ens trobem davant d'un risc imprevisible.

187. Regulats a l'art. 1790 CC, pertanyen a aquesta categoria el vitalici, el violari a Catalunya, l'assegurança, el joc, les rifes i les juguesques o apostes, així com la compravenda quan el seu objecte és un *spes* o *res sperata*.
188. BORRELL I SOLER, A. M., «Dret civil vigent a Catalunya», v. III, *Obligacions, Primera part*, Ed. Impremta de la Casa de la Caritat, Barcelona), 1923, p. 332.
189. CASTAÑEIRA JEREZ, J. («Hacia una nueva configuración de la doctrina *rebus sic stantibus*: a propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 1014», *InDret* 4/2014, Barcelona, octubre 2014, p. 11) explica que «la equivalencia mínima requerida por el art. 1274 CC debe permanecer inalterada desde la perfección del contrato hasta su completa ejecución salvo que las partes, de algún modo, directa o indirectamente, hayan aceptado el riesgo de que esa equivalencia pudiera desaparecer. Si se aceptó dicho riesgo, la alteración de la equivalencia inicial no supone un problema de causa por la sencilla razón de que, en ese caso, el elemento de la causa ya estaba impregnado de una aleatoriedad –aceptada por las partes– que, de algún modo, también afecta a la idea de equivalencia.»
190. ROCA SASTRE I PUIG BRUTAU (*op. cit.*, t. I, Ed. Aranzadi, 2009, p. 311) afirmen que perquè un risc imprevisible sigui rellevant a efectes d'alterar la relació contractual prèviament establerta és necessari que l'alteració circumstancial no sigui atribuïble a una acció o omissió de les parts, ja que és evident que un risc imprevisible no es pot invocar en els supòsits de delictes i quasi delictes, ja que en aquests supòsits la responsabilitat contractual queda determinada *ex lege*. En relació amb aquesta qüestió, SALVADOR CODERCH («Alteración de las circunstancias en el art. 1213 de la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos», *InDret* 4/2009, Barcelona, octubre 2019, p. 31) indica que és absolutament irrellevant la naturalesa de l'esdeveniment origen de l'alteració de circumstàncies, llevat que resulti imputable a una de les parts.
191. Així ho ha declarat el Tribunal Suprem quan el fet desencadenant del canvi circumstancial ha estat la falsificació d'un document administratiu (STS de 19 d'abril de 1985 [RJ 1985/1804]), o

A la llum del que s'ha exposat, i segons el nostre parer, resulta evident que les alteracions circumstancials sobrevingudes fruit de l'anomenada crisi del coronavirus participen de les notes d'imprevisibilitat i gravetat que habiliten l'aplicació de la clàusula *rebus sic stantibus* si es donen la resta de requisits objecte d'anàlisi. Com explica ÁLVAREZ ROYO¹⁹², cal remuntar-se a l'any 1918 per trobar una pandèmia similar a l'actual, cosa que fa que l'actual pandèmia no només sigui imprevisible, sinó que a més sigui un fet insòlit. Això fa que sigui menys discutible el seu caràcter extraordinari, que així mateix es pot desprendre de la catalogació de les epidèmies com a casos fortuïts extraordinaris a l'art. 1575 del CC¹⁹³.

S'ha discutit molt, sobretot a partir de les famoses Sentències del TS de 30 de juny i 15 d'octubre de 2014¹⁹⁴, sobre si les crisis econòmiques es poden configurar o no com a canvis circumstancials imprevisibles i extraordinaris capaços de justificar l'aplicació de la clàusula *rebus*. És discutible si una crisi econòmica participa de tals notes tenint en compte que les crisis són cícliques i recurrents, i que, per tant, són si més no fets ordinaris susceptibles de previsió i regulació per les parts. No obstant això, el nostre criteri és que la crisi sanitària del coronavirus és tan imprevisible com extraordinària¹⁹⁵. Imprevisible perquè difícilment cap contractant va poder preveure que entre la celebració del contracte i la seva execució hi hauria una epidèmia de la magnitud i conseqüències com la que ens ha afectat. Sense anar gaire lluny, ni tan sols les autoritats sanitàries mundials, encara menys les de cada estat, van veure venir la epidèmia, ni les seves conseqüències, fins que ja era massa tard. L'epidèmia va venir d'un dia per l'altre, i en pocs mesos ens va afectar a tots i es va convertir en pandèmia. Extraordinària, en tant que inusual i insòlita, de tal manera es pot dir que difícilment cap persona viva l'any 2020 al nostre planeta havia viscut una pandèmia, ni podia imaginar-se raonablement que fos un escenari possible donats els avenços científics i tecnològics del s. XX, i l'actual estat de desenvolupament de la medicina.

3.4. Excessiva onerositat i frustració de la finalitat del contracte

La jurisprudència clàssica espanyola sobre la clàusula *rebus* ha exigut com a requisit per a la seva aplicació que existeixi una desproporció exorbitant, fora de tot càlcul, es diu, entre les prestacions de les parts contractants, que enderroqui o destrueixi el contracte per aniquilació de l'equilibri prestacional. Aquesta dramàtica exigència, que ha suposat que a la pràctica siguin molt pocs els supòsits d'apreciació de la clàusula¹⁹⁶, s'ha moderat en l'última dècada transitant de

quan la mala situació de l'empresa és també fruit d'una mala gestió empresarial (STS de 17 de maig de 1986 [RJ 1986/2725] i 15 de març de 1994 [RJ 1994/1784]).

192. *Op. cit.*, p. 4.

193. L'art. 1575 distingeix els casos fortuïts normals o ordinaris dels extraordinaris com l'incendi, la guerra, la pesta (expressió que s'ha d'entendre en el seu significat usual de malaltia epidèmica), la inundació insòlita, la llagosta, el terratrèmol o qualsevol altre igualment poc habitual i que els contractants no hagin pogut preveure.

194. ROJ: STS 2823/2014 i 5090/2014.

195. Així ho entén també MORALES MORENO, A. M., «El efecto de la pandemia en los contratos: ¿es el derecho ordinario de contratos la solución?», *Anuario de Derecho Civil*, t. LXXIII, fasc. II, 2020, pp. 450.

196. Vegeu nota 139 *ut supra*.

la onerositat exorbitada a la desproporció no raonable¹⁹⁷ que frustra la finalitat del contracte entesa com la desaparició de la seva base causal¹⁹⁸.

En aquest sentit la STS de 24 de febrer de 2015¹⁹⁹ declara que la prudent aplicació de la clàusula *rebus sic stantibus* deriva de l'exigència del seu específic i diferenciat fonament tècnic i de la seva concreció funcional en el marc de l'eficàcia causal del contracte, i a tal efecte afirma que «*con carácter general, establecido el nexo entre el plano causal del contrato y la tipicidad contractual de la cláusula, la valoración de la incidencia que determina la mutación o el cambio de circunstancias, es decir, la posible alteración causal del contrato, se realiza de un modo objetivado mediante el recurso concorde de dos criterios de concreción de dicha tipicidad. Con el primero, a través de la doctrina de la base del negocio, se contrasta principalmente el alcance de dicha mutación o cambio respecto del sentido o finalidad del contrato y de la conmutatividad o equilibrio prestacional del mismo. De esta forma, el contraste de la denominada base objetiva del negocio nos permite concluir que la mutación o cambio de circunstancias determina la desaparición de la base del negocio cuando (...) la finalidad económica primordial del contrato, ya expresamente prevista, o bien derivada de la naturaleza o sentido del mismo, se frustra o se torna inalcanzable (...) la conmutatividad del contrato, expresada en la equivalencia o proporción entre las prestaciones, desaparece prácticamente o se destruye, de suerte que no puede hablarse ya del juego entre prestación y contra-prestación*»²⁰⁰.

Respecte a l'equilibri prestacional a què fa referència la resolució abans transcrita, i que es connecta directament al principi de conmutativitat contractual, cal que ens preguntem quan ens trobem davant d'una desproporció no raonable de les prestacions o, en altres paraules, quan existeix una excessiva onerositat en alguna de les prestacions que fa que es frustri la finalitat o base causal del contracte. L'excessiva onerositat reflecteix un substancial increment del cost de la prestació, o bé una disminució o enviliment del valor de la contraprestació rebuda²⁰¹. Respecte a això, és cabdal que ens preguntem què s'ha d'entendre per excessiu o, més concretament, a partir de quin punt, de quina mesura, es trenca l'equilibri de prestacions. Segons el nostre parer el que és excessiu o desproporcionat evoca la idea de fora de mida en relació a la contraprestació de què es

197. BARCELÓ COMPTE, R. i RUBIO GIMENO, G. (*Conservació del contracte en casos d'asimetria econòmica: l'avantatge injust, la rescissió per lesió i l'alteració sobrevinguda de les circumstàncies*, Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada, Beques a la investigació 2015, novembre 2015, p. 97).

198. DIU AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C. (*La clàusula rebus sic stantibus*, Ed. Tirant lo Blanch, València, 2003, p. 266) que atès que en matèria de *rebus* el que s'està comparant és si subsisteix o perdura l'equilibri de prestacions entre el moment inicial de contractar i el de compliment o execució del mateix, en definitiva s'està reconeixent que la causa és un pressupòsit del contracte al llarg de la seva vida, i és perfectament assumible la postura que considera que ens movem en allò que la doctrina ha denominat el *signal-lambda funcional* del contracte.

199. ROJ: STS 1698/2015.

200. ORDUÑA MORENO, F. J., que és el ponent de la sentència transcrita, hi recull els postulats que respecte a la clàusula *rebus sic stantibus* fa Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. (*Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, vol. 2, Ed Civitas, Madrid, 1993, p. 884).

201. Així ho expressa ESPÍN ALBA, I., *Cláusula rebus sic stantibus e interpretación de los contratos: ¿Y si viene otra crisis?*, Ed. Reus, SA, Madrid, 2020, p. 89 i 90. En semblants termes, BARCELÓ COMPTE, R. i RUBIO GIMENO, G. (*Conservació del contracte en casos d'asimetria econòmica: l'avantatge injust, la rescissió per lesió i l'alteració sobrevinguda de les circumstàncies*, Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada, Beques a la investigació 2015, novembre 2015, p. 97) indiquen que l'excessiva onerositat pot manifestar-se en forma d'augment del cost de la prestació a la qual una part es va obligar, o en forma de disminució o pèrdua del valor de la prestació rebuda.

tracti. No és que la prestació a la qual hom està obligat s'encareixi, o s'abarateixi, sinó que del que es tracta és que tal prestació es torni desmesuradament cara o barata en relació amb la contraprestació que n'és equivalent, i resultat econòmicament intolerable²⁰². Aquesta intolerabilitat, en matèria de rescissió per lesió, ha estat objectivada en alguns ordenaments agafant el mòdul del cinquanta per cent de la *laesio ultradimidium*²⁰³. Tal mòdul del cinquanta per cent és també el que s'aplica a l'art. 1575 CC per a casos fortuïts extraordinaris en l'àmbit dels arrendaments rústics²⁰⁴, i tal vegada pot semblar que aquest és un paràmetre que pot servir de topall per sota del qual no sigui possible sol·licitar la revisió dels termes d'un contracte vàlid per una alteració de circumstàncies sobrevinudes²⁰⁵, per bé que la regulació excepcional que de la *rebus* conté l'art. 7 de la llei franquista de «*contractación en zona roja*» el va situar en una tercera part²⁰⁶, i alguns l'estableixen en un trenta o quaranta per cent en els contractes civils, i només a partir del cinquanta en els mercantils²⁰⁷. Ara bé, si pot ser desitjable a efectes de dotar d'una major seguretat a la institució objectivar els paràmetres

-
202. ARECHEDERRA ARANZADI, L. I., *La equivalencia de las prestaciones en el derecho contractual*, Ed. Montecorvo, S.A., Madrid, 1978, p. 221.
203. Actualment regulada a l'art. 621-46 CCCat, és un fet que la dita institució va ser d'aplicació generalitzada no només a Catalunya, sinó també a la tradició castellana del *Fuero Real*, les *Partidas* i la *Novísima Recopilación* anterior al decimonònic CC espanyol. Així ho explica Pella Y Forgas, J. (*Código Civil de Catalunya, exposición del derecho catalán comparado con el Código Civil español*, t. IV, Librería de A. Bosch, Barcelona, 1918, p. 172), tot dient que el legislador espanyol va copiar, en aquesta matèria, el Code napoleònic francès.
204. El precepte assenyala que, llevat de pacte en contrari, l'arrendatari tindrà dret a rebaixar la renda de la terra llogada quan fruit de casos fortuïts extraordinaris i imprevisibles (entre els quals es menciona expressament la pesta) perdi més de la meitat dels fruits.
205. Així ho entén DÍAZ CRUZ, M. («La cláusula rebus sic stantibus en el Derecho privado», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1946, pp. 549 i s.), per a qui, malgrat resultar extremadament difícil donar un criteri per determinant del moment en què entrem en l'esfera de l'excessiva onerositat en general, afirma que tal criteri només és possible assolir-lo mitjançant un concepte quantitatiu que, per analogia amb la institució de la lesió, determina en un perjudici de més de la meitat del que les parts estaven obligades per donar compliment a la seva obligació, sempre que es donin els requisits d'imprevisibilitat, inevitabilitat i absència de culpa inherents a la clàusula *rebus*. RUBIO GIMENO, G. (*op. cit.*, p. 219), en relació al requisit de l'excessiva onerositat, estima convenient a efectes de regular normativament la institució, que s'estableixi una limitació econòmica que permeti establir un topall per sota del qual no sigui possible sol·licitar la revisió d'un contracte vàlid i vinculant, i proposa el topall del cinquanta per cent de la lesió enorme catalana, o el del mateix percentatge que estableix l'art. 1575 del CC espanyol, i que Bercovitz Rodríguez-Cano, R. («Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 2014. Aplicación de la cláusula rebus sic stantibus a un contrato de explotación de publicidad en autobuses por alteración extraordinaria de las circunstancias como consecuencia de la crisis económica, basada en una nueva consideración de la figura ajena a su carácter tradicional de cláusula peligrosa, de aplicación sumamente restrictiva o excepcional», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 97, any 2015, p. 336) entén que és el percentatge mínim per estimar la concurrència d'una alteració extraordinària.
206. Amb ocasió de tal regulació excepcional MORO LEDESMA, S. i HERNÁNDEZ GIL, A. (*Validez de los contratos y testamentos afectados por la guerra y la revolución*, Ed. Plutarco, Madrid, 1941, p. 53) van posar de manifesta innecessarietat del qualificatiu greu que utilitzava tal precepte per precisar la desproporció de les circumstàncies nascudes fruit de la revolució i la guerra, atès que aquesta apareixia concretament delimitada al requerir que la lesió fos superior a més de la tercera part.
207. CANDIL CALVO, F. (*La cláusula rebus sic stantibus*, Ed. Escelcier, Madrid, 1946, p. 149) assenyala que «*serían consideradas circunstancias extraordinarias, a los efectos de hacer entrar en juego la cláusula rebus sic stantibus, todas aquellas que produzcan un desequilibrio económico superior al treinta por ciento en contratos civiles y al cincuenta en los mercantiles*».

o mesura a partir del qual entra en joc la mateixa²⁰⁸, és igualment cert que el resultat econòmicament intolerable per desproporcionat que la institució proscriu, cal analitzar-lo cas per cas, tenint en compte no només l'abast quantitatiu de la magnitud de la desproporció de què es tracti, sinó també altres paràmetres com el tipus contractual o d'altres²⁰⁹. RUBIO GIMENO²¹⁰ suggereix fins i tot una sort de maridatge entre la *rebus* i l'element objectiu de l'avantatge injust²¹¹, de tal manera que l'obtenció d'un benefici excessiu o manifestament injust pel creditor sigui un element que s'afegeixi i complementi l'excessiva onerositat del deutor.

En l'actual situació de crisi sanitària, i amb tota certesa en la de crisi econòmica que la seguirà, la valoració del requisit analitzat, al nostre parer, s'ha de fer partint de la foto fixa existent en el moment en què les parts van contractar, i contrastant-la amb la que resulta del canvi de circumstàncies esdevingut com a conseqüència de la covid-19. Cal veure com tals canvis han afectat les diverses prestacions contractuals assumides per les parts, i valorar quina és la magnitud del desequilibri prestacional que el canvi circumstancial ha produït. I si bé és cert que la clàusula *rebus* es troba a mig camí entre la impossibilitat i la mera dificultat, la qüestió cabdal és determinar quan tal desequilibri ultrapassa un llindar que esdevé intolerable. El nostre parer és que tal llindar s'ha de buscar en torn d'un perjudici del cinquanta per cent. Ara bé, estem absolutament d'acord que es pot modular tal llindar amb altres condicionants com ara el fet que el creditor obtingui alhora un benefici excessiu tenint en compte el canvi de paradigma que,

208. Respecte a aquesta qüestió DÍAZ CRUZ, M. (*op. cit.*, p. 550) assenyalava que «*el Derecho tiene necesidad, en algunas circunstancias, de fijar un límite para que pueda funcionar la norma de Derecho objetivo, ya que si prescindimos de él, carece de efectividad práctica el principio. Un ejemplo de la realidad que analizamos la tenemos en la mayoría de edad, en la prescripción y en la rescisión de la partición hereditaria por lesión*».

209. En aquest sentit, Díez-Picazo y Ponce de León, L. (*Frustración y onerosidad excesiva*, a l'obra *Ensayos jurídicos*, t. II, Ed. Aranzadi, S.A., Pamplona, 2011, p. 2701), exposa que tot i que l'anomenada ruptura de la relació d'equivalència entre les prestacions s'ha de tractar sempre de manera objectiva amb independència de la voluntat presumpta de les parts, la realitat és que per establir tal ruptura i l'abast que pot tenir, es fa necessari partir d'una relació d'equivalència, la qual cosa pressuposa un conjunt de dades que només una de les parts pot haver manejat, especialment quan es tracta de determinar els costos que l'execució de la prestació suposa i, a partir d'aquests, el preu que per la prestació es pot obtenir. Així, l'esmentat autor, amb la seva finor i habitual claredat expositiva, diu: «*En principio, parece razonable entender que la retribución debe ser igual al costo más un margen que cubra dicho costo y que, al tiempo, retribuya la actividad, de manera que "r" es igual a "c+m", siendo siempre "c" menor que "r". Partiendo de ello, el problema radica en averiguar si la relación de equivalencia debe contemplarse y valorarse dentro del contrato o si para ello es legítimo acudir a datos que puedan resultar externos al contrato*»; i afegeix que si bé és cert que les circumstàncies personals del deutor i la seva modificació no s'han de tenir en compte perquè quan es parla de canvis, es parla de canvis o circumstàncies del contracte en si mateix considerat, en la seva opinió, una cosa és això, i una altra és poder valorar la incidència que la modificació sobrevinguda de les circumstàncies pot tenir sobre l'activitat empresarial o professional del deutor, sobre el seu capital i patrimoni, i sobre la sort que aquest pugui córrer.

210. *Op. cit.*, pp. 219 i 220.

211. Regulat a l'art. 621-45 CCCat que, inspirat en els Principis del Dret Contractual Europeu (Art. 4:109) i en el posterior Marc Comú de Referència per el Dret privat europeu (DCFR), estableix que «el contracte de compravenda i els altres de caràcter onerosos es poden rescindir si, en el moment de la conclusió del contracte, una de les parts depenia de l'altra o hi mantenien una relació especial de confiança, estava en una situació de vulnerabilitat econòmica o de necessitat imperiosa, era incapaç de preveure les conseqüències dels seus actes, palesament ignorant o manifestament mancada d'experiència, i l'altra part coneixia o havia de conèixer aquesta situació, se'n va aprofitar i en va obtenir un benefici excessiu o un avantatge manifestament injust (...)».

per exemple, la covid-19 ha suposat, o que sigui contrari a la bona fe pretendre la íntegra satisfacció del seu crèdit atesa l'actual situació conjuntural.

Respecte a això, un exemple molt il·lustratiu és el dels hotels, restaurants, i altres establiments que, fruit de successos derivats de la covid-19 (pèrdua de clientela per la por de molts turistes a viatjar, el tancament de fronteres, restricció de l'aforament per mesures preventives sanitàries, etc.), han patit importants caigudes de la facturació. En la nostra opinió, i llevat de casos molt especials, és evident que la nova situació fa que si l'arrendador volgués avui tornar a llogar l'hotel, restaurant o establiment de què es tracti, òbviament no podria fer-ho pel mateix preu. Davant d'això, sembla raonable que el preu del lloguer es reajusti a la nova situació, fins i tot amb caràcter temporal. Evidentment, l'excessiva onerositat de la prestació estarà determinada per un mòdul quantitatiu, allò que fa intolerablement onerosa la prestació, o que comporta la frustració de la finalitat del contracte, de la base negocial. Però, en tot cas, aquest mòdul quantitatiu ha de ser rellevant i significatiu, més enllà de la mera dificultat, i sense arribar a la impossibilitat.

4. EFECTES DE L'APLICACIÓ DE LA CLÀUSULA *REBUS SIC STANTIBUS*. REVISIÓ I ADAPTACIÓ DEL CONTRACTE A LES NOVES CIRCUMSTÀNCIES

Respecte als efectes jurídics de l'aplicació de la clàusula *rebus sic stantibus* la doctrina distingeix entre la revisió i la resolució del contracte i, amb excepcions²¹², es decanta amb caràcter preferent per la revisió o adaptació del contracte²¹³ i, només quan no és possible, s'admet la resolució.

La preferència dels remeis amb efectes modificatius dels contractes afectats per canvis circumstancials severos, troba empara en el principi de conservació dels contractes, i es projecta en els Principis del Dret Contractual Europeu i el Marc Comú de Referència²¹⁴ i les propostes de regulació de la institució a Espanya i Catalunya²¹⁵, en els remeis de la revisió i adaptació del contracte mitjançant l'anomenat deure de les parts de renegociar de bona fe els termes del contracte o, en defecte d'acord, per la revisió i adaptació judicial d'aquest. Es diu que les parts han de negociar de bona fe la revisió o adaptació del contracte a les noves circumstàncies, la qual cosa s'imposa com un deure previ a la revisió judicial del contracte, i només a manca d'acord és el jutge qui estableix els nous termes de la relació contractual adaptant-los a les noves circumstàncies.

212. Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. (*Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, vol. 2, Ed Civitas, Madrid, 1993, p. 899) assenyala que «la resolución por excesiva onerosidad o por desaparición de la base del negocio debe considerarse como regla general cuando la relación obligatoria es sinalagmática. Existe entonces una facultad que se atribuye a la parte perjudicada del evento sobrevenido. Esta parte es quien puede optar entre 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 de una sola de las partes cuando el daño provenga de una excesiva onerosidad sobrevenida».

213. Entre d'altres, BADENES GASSET, R. (*op. cit.*, p. 59), GONZÁLEZ PORRAS, J. M. (*Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. XVI, v. 1º, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1980, pp. 295 i 296), FERNÁNDEZ HIERRO, J. M. (*La modificación del contrato*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1992, p. 86), AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C. (*La cláusula rebus sic stantibus*, Ed. Tirant lo Blanch, València, 2003, p. 289), MORALES MORENO, A. M., «El efecto de la pandemia en los contratos: ¿es el derecho ordinario de contratos la solución?», *Anuario de Derecho Civil*, t. LXXIII, fasc. 2, p. 451).

214. Vegeu nota 132 *ut supra*.

215. Vegeu notes 134, 135 i 136 *ut supra*.

Ara bé, la modificació del contracte per via de renegociar els seus termes pot topar amb el problema que al creditor, malgrat poder entendre i empatitzar amb la posició del deutor que sha vist perjudicat per un significatiu canvi circumstancial, no li interressi, justificadament, arribar a un acord que li suposi, objectivament, reduir les seves expectatives o guanys. És perfectament possible que a la part no perjudicada per un canvi circumstancial sever li sigui possible obtenir el mateix rendiment tot i alliberar el seu deutor de l'obligació. En tal supòsit, entenc que no existeix cap obligació de renegociar. Tampoc en els supòsits en què l'alteració circumstancial és tan greu que esdevé impossible reequilibrar les prestacions a les noves circumstàncies, bé perquè és impossible tal restabliment i el manteniment del que s'ha pactat és greument atemptatori a la situació patrimonial d'una de les parts; bé perquè malgrat ser possible la seva moderació, si es portés a terme quedaria frustrat l'interès d'alguna de les parts²¹⁶. En tals supòsits pot parlar-se de destrucció definitiva de la base o finalitat del negoci jurídic²¹⁷.

Com explica CARRASCO PERERA²¹⁸, el creditor només pot ser obligat a acceptar la modificació del contracte si la seva negativa a tal efecte constitueix un abús de dret. En canvi, el deutor que demana la resolució per aplicació de la *rebus* ha d'acceptar sempre l'oferta de modificació del contracte feta pel creditor, si amb aquesta oferta es reequilibra la commutativitat prestacional.

En tot cas, mentre no es reguli la institució, el cert és que les parts d'un contracte que es veuen afectades significativament per circumstàncies sobrevingudes, no tenen cap mena d'obligació legal de renegociar, més enllà d'un genèric deure d'actuar de bona fe, o fins i tot com a pas previ a la via judicial per qui es veu perjudicat i té interès en la modificació o adaptació del contracte.

Per tant, si les parts no arriben a un acord per modificar i adaptar el contracte a les noves circumstàncies sobrevingudes, a la part contractual que es veu greument perjudicada per aquestes, només li queda la via judicial per aconseguir la modificació del contracte adaptant-lo a la nova realitat; efecte que la jurisprudència entén també com a remei preferent, i així ho ha estimat reduint la prestació que el perjudicat ha d'entregar²¹⁹, revisant a l'alça el preu del contracte²²⁰ o reduint el preu pactat²²¹. I només quan la revisió o adaptació del contracte esdevingui impossible, escaurà la resolució²²².

Respecte a la revisió o adaptació del contracte en el marc de l'actual crisi sanitària, sembla procedent que es faci de forma temporal, o bé adaptant la prestació a les noves circumstàncies mentre dura la contingència que motiva la modificació del contracte per adaptar-lo a les noves circumstàncies, o fins i tot

216. ARECHEDERRA ARANZADI, L. I., *op. cit.*, p. 18.

217. En aquest sentit, RAGEL SÁNCHEZ, L. F. (*Manual de Derecho Civil. Derecho de Obligaciones y Contratos*, Ed. Librería Técnica universitaria «Figuerola 2», Cáceres, 1997, p. 237) recorda que la desaparició de la base del negoci jurídic pot produir-se per la destrucció de la relació d'equivalència o per la frustració de la finalitat. En ambdós casos no ens trobem pròpiament davant d'una impossibilitat física o il·licitud definitiva, sinó davant d'un canvi radical de circumstàncies imprevisible per les parts, que si en el moment de contractar haguessin conegut, és lògic pensar que mai haurien creat el vincle obligacional.

218. *Derecho de contratos*, Ed. Aranzadi, 2017, p. 974.

219. STS 13 juny 1944 (RJ 1944/893bis).

220. STS 23 novembre 1962 (RJ 1962/5005) i 28 de gener de 1970 (RJ 1970/503).

221. STS 6 novembre 1992 (ROJ: STS 8258/1992), 20 febrer 2001: (ROJ: STS 1176/2001), 1 de juny de 2010 (ROJ: STS 3066/2010), 30 juny i 15 octubre 2014 (ROJ: STS 2823/2014 i STS 5090/2014).

222. STS 16 novembre 1979 (RJ 1979/3850), 23 març 1988 (ROJ: STS 16730/1988), 20 abril 1994 (ROJ: STS /1994), 26 abril 2013 (ROJ: STS 2247/2013).

atorgant un major termini per donar compliment a la part que s'ha vist perjudicada per la contingència covid de què es tracti.

Quan l'adaptació del contracte a les noves circumstàncies no sigui possible, i l'únic remei que es pugui aplicar sigui la resolució contractual, es planteja la qüestió de quins efectes té la dita resolució. Respecte a això, GARCÍA CARACUEL²²³ afirma que quan ens trobem davant contractes de tracte successiu l'extinció del contracte tindrà efectes *ex nunc*, mirant només cap al futur, i en els de tracte únic però execució diferida, els efectes seran *ex tunc*, i obligaran a les parts a restituir les prestacions satisfetes i a indemnitzar les despeses en què hagin incorregut cadascuna d'elles com a conseqüència del contracte²²⁴.

Finalment, cal fer-nos ressò que en algunes de les propostes de nova regulació de la *rebus*²²⁵ la reclamació dels possibles danys i perjudicis es fa dependre també d'un incompliment dels deures de renegociació que la regulació imposa, i s'estableix que la part que s'ha vist afectada per un canvi extraordinari de circumstàncies no restarà sotmesa a cap indemnització per la resolució del contracte.

5. EXERCICI DE LA CLÀUSULA *REBUS SIC STANTIBUS* DAVANT ELS TRIBUNALS

En defecte d'acord, és necessari que qui pretengui la revisió o adaptació del contracte a les noves circumstàncies sobrevingudes, fins i tot la seva resolució, en aplicació de la clàusula *rebus sic stantibus*, al·legui i faci valdre oportunament tal pretensió, ja sigui en forma d'acció, ja sigui en forma de reconvençió. La clàusula *rebus* no es pot fer valdre per via d'excepció, ja que amb la *rebus* mai es pot pretendre l'absolució per ineficàcia o inexistència del dret de l'actor, sinó sol·licitar una sentència que concedeixi una tutela determinada amb fonament en un dret propi²²⁶. Com explica Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN²²⁷, comentant la STS de 27 de juny de 1984²²⁸, la clàusula *rebus* opera com una peculiar causa de resolució o revisió contractual, però no es pot fer valdre com a excepció davant una demanda en la qual es pretengui el compliment d'un contracte, o la seva resolució per incompliment²²⁹.

Així mateix, atès que l'òrgan jurisdiccional queda vinculat per les pretensions de les parts, no podrà atorgar res que no li hagi estat demanat oportunament, en

223. *Op. cit.*, p. 345.

224. ESPERT SANZ, V. (*op. cit.*, p. 258) assenyala que si el contracte no s'ha començat a executar, es decretarà la seva total resolució, i quedaran les parts alliberades de realitzar qualsevol prestació. En canvi, si el contracte s'ha començat a executar, les prestacions realitzades s'entenen correctament fetes, com també els terminis de preus pagats o simplement meritats. Només deixen de pagar-se o meritarse noves prestacions. A més, la part davant de la qual s'exercita la frustració del contracte, ha d'ésser reemborsada en les despeses que hagi realitzat per preparar-se per complir el contracte.

225. Així, la de modificació del Llibre Sisè CCCat inserint un nou art. 611-1 CCCat a què s'ha fet referència a la nota 142 *ut supra*.

226. RICHARD GONZÁLEZ, M. (*Reconvencción y excepciones reconvenzionales en la LEC 1/2000*, Ed. Civitas, Madrid, 2002, p. 53 i ss.).

227. «Comentario a la STS de 27 de junio de 1984», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 6, sep.-dic. 1984, p. 1917.

228. ROJ: STS 1259/1984.

229. L'esmentat autor, comentant la sentència esmentada, diu: «*El hecho de que la alegación de la llamada cláusula rebus sic stantibus operara en este caso como excepción a una demanda en la que se pretendía el cumplimiento del contrato o la resolución de éste por incumplimiento. La llamada doctrina de la cláusula rebus sic stantibus opera más bien como una peculiar causa de resolución (por onerosidad sobrevenida) o revisión del contrato, pero difícilmente exceptúa una demanda alternativamente dirigida al cumplimiento de la prestación convenida o a la resolución por incumplimiento. La petición de absolución de la parte demandada difícilmente podrá fundarse en semejante excepción*».

temps i forma. Per tant, no es podrà reconèixer el dret d'una de les parts a adaptar un contracte per alteració sobrevinguda de les circumstàncies si, per exemple, s'ha demanat només la seva resolució a la demanda o reconvenció, però no la seva modificació d'una determinada manera, que es el supòsit que es considera a les sentències del TS de 13 de març de 1987²³⁰ i 14 de desembre de 1993²³¹, i és un efecte connatural al principi dispositiu²³².

Si la *rebus* i els seus efectes la vol fer valdre la part actora, s'haurà d'al·legar i sol·licitar la seva aplicació d'una determinada manera al demandar. Si la vol fer valdre la part demandada per contrarestar una pretensió prèvia, caldrà reconvenir i fer-la valdre en el moment de contestar. Després d'aquests dos moments, haurà preclòs la possibilitat d'exercitar tal pretensió. No només, i per descomptat, en el litigi de què es tracti²³³, sinó també en qualsevol altre que es fonamenti en idèntics fets o arguments jurídics²³⁴.

En tot cas, l'exercici de l'acció de modificació o resolució del contracte està subjecta a termini prescriptiu. Al tractar-se d'una acció (pretensió) personal no subjecta a cap termini especial, s'ha de sotmetre al termini general de cinc anys que estableix a Espanya l'art. 1964 CC²³⁵. No obstant, hi ha qui entén²³⁶ que seria procedent aplicar analògicament el termini de quatre anys que per les accions de nul·litat i anul·labilitat estableix l'art. 1301 CC, o fins i tot que és d'aplicació la denominada doctrina del retard del deslleial o *verwirkung*, que faria decaure qualsevol pretensió emparada en la *rebus* que no fos exercitada amb la rapidesa d'un home just i raonable²³⁷, és a dir, tan bon punt se sàpiga que un canvi circumstancial imprevisible afecta radicalment l'equivalència prestacional frustrant la finalitat del negoci jurídic. En la nostra opinió, però, la raó per la qual el canvi circumstancial que motiva la frustració de la finalitat del contracte o fa necessari que les prestacions es reequilibrin s'ha de posar en coneixement de la contrapart en un temps raonable, s'ha de buscar en la irrepetibilitat d'allò que ha complert voluntàriament la part afectada pel canvi de circumstàncies, i en la tàcita acceptació d'una determinada contingència com a no substancial ni frustrant de la finalitat contractual. Així, mentre la part afectada no comunica a la contrapart que un esdeveniment o contingència sobrevinguda l'afecta greument en ordre a donar compliment a una prestació de tracte successiu, allò a què tal part afectada hagi donat compliment serà irrepetible tenint en compte que els efectes modificatius o resolutoris de la clàusula *rebus* es projecten sempre cap al futur, *ex nunc*, però mai cap al passat. Tanmateix, si la prestació és de tracte únic però de compliment diferit, la part que es veu afectada per la contingència corre el risc que

230. ROJ: STS 1798/1987.

231. ROJ: STS 8660/1993.

232. CARRASCO PERERA, A. (*Derecho de contratos*, Ed. Aranzadi, 2017, p. 973) afirma que «no hay que perder de vista los condicionamientos procesales. La resolución o modificación permitidas en la cláusula rebus no pueden pedirse por excepción, frente a la demanda de cumplimiento instada por el acreedor, o de resolución más daños. El acreedor demandado conforme a la rebus sólo puede imponer la modificación por vía de reconvenión. Si el actor pide la resolución por la rebus y el demandado niega la procedencia de la cláusula, sería incongruente la sentencia que impusiera una modificación del contrato no pedida por nadie. El juez no puede aplicar de oficio la cláusula rebus».

233. Art. 399, 405-1 i 2, 412-1 i 433-3 LEC

234. Art. 400 i 406-4 LEC.

235. A Catalunya 10 anys d'acord amb l'art. 121-20 CCCat.

236. FERNÁNDEZ HIERRO, J. M., *op. cit.*, p. 95.

237. ESPERT SANZ, V (*op. cit.*, p. 258).

la seva inacció es pugui entendre com un acte propi en ordre a demostrar que la contingència no l'ha afectat d'una forma tan greu, o fins i tot que la contingència ja no existeix. En tot cas, el retard en la comunicació a la contrapart d'un canvi circumstancial que habilita l'aplicació de la clàusula *rebus* s'ha d'entendre que es un just motiu per demanar la corresponent indemnització de danys i perjudicis que tal demora pugui causar en la dita contrapart.

D'altra banda, és un fet que tota acció judicial requereix un temps que moltes vegades no es té. L'adaptació del contracte a la nova realitat *covid* és un remei que si arriba massa tard, és ineficaç. Per això, des de la perspectiva processal és molt important analitzar la possible adopció de mesures cautelars en el moment d'interposar-se l'acció declarativa en què es pretengui la modificació o extinció d'un negoci jurídic per una alteració significativa de les circumstancies tingudes en compte en el moment de contractar.

Tal possibilitat, reconeguda a la Llei Jurisdiccional²³⁸, requereix que l'actor principal o reconvençional la sol·liciti en els seu escrit de demanda o contestació²³⁹, o bé amb caràcter previ a la interposició de demanda²⁴⁰. Només quan la necessitat de la mesura es posi de manifest amb posterioritat la demanda o reconvençió, s'escaurà la seva sol·licitud en un moment posterior²⁴¹.

La concessió de la mesura es vincula al fet que es compleixin els requisits que la Llei processal exigeix i que són, a més que la mesura que es proposi tingui un caràcter instrumental respecte a la tutela judicial que es demani²⁴², que existeixi un perill de mora processal (*periculum in mora*)²⁴³ i una aparença de bon dret (*fumus boni iuris*)²⁴⁴, i que es presti caució suficient per respondre, de manera ràpida i efectiva, dels danys i perjudicis que l'adopció de la mesura pugui causar al patrimoni del demandat²⁴⁵.

D'ençà que el passat mes de març es decretés l'estat d'alarma per la crisi sanitària de la covid-19, els Jutjats de Primera Instància espanyols han acordat l'adopció de mesures cautelars, amb caràcter previ a resoldre pretensions emparades en la clàusula *rebus sic stantibus*, tals com: la suspensió d'executar tres avals per import de 700.000 euros durant el transcurs del procediment, prèvia caució de 25.000 euros²⁴⁶. La suspensió temporal i ajornament de l'exigibilitat de venciments d'un préstec mercantil i de compliment de determinats ràtios financeres, així com la prohibició de resoldre, donar per vençut o executar qualsevol garantia de tal préstec, prèvia caució de 750.000 euros²⁴⁷. L'ajornament durant la tramitació del plet, i fins al mes de març de 2021, sempre que es mantinguin les restriccions d'aforament i accés en frontera a turistes europeus, del paga-

238. Art. 721 i ss. LEC.

239. Art. 730-1 LEC, en relació al 721 del mateix cos legal.

240. Art. 730-2 LEC.

241. Art. 730-4 LEC.

242. Explica PÉREZ DAUDÍ, V. (*Las medidas cautelares en el proceso civil*, Ed. Atelier, Barcelona, 2012, p. 35) que la mesura cautelar s'adopta per assegurar el resultat d'un procés, raó per la qual s'ha de posar en relació amb un procés de declaració o d'execució que, quan s'acaba, conseqüentment, comporta l'aixecament de la mesura o la seva conversió en mesura executiva en funció del resultat del plet.

243. Art. 728-1 LEC.

244. Art. 728-2 LEC.

245. Art. 728-3 LEC.

246. Interlocutòria núm. 332/2020 del Jutjat de Primera Instància 3 de Saragossa, de 29 d'abril de 2020 (ROJ: AJPI 15/2020).

247. Interlocutòria núm. 155/2020 del Jutjat de Primera Instància 60 de Madrid, de 30 d'abril de 2020 (ROJ: AJPI 13/2020).

ment del 50% de la renda mínima mensual pactada pel lloguer d'un hotel, prèvia caució de 500.000 euros²⁴⁸. La suspensió parcial de l'obligació de pagament de la renda d'un local comercial alhora que la prohibició d'interposar cap plet de desnonament o reclamació de rendes durant la litispendència del procés, prèvia caució de 50 euros²⁴⁹. La suspensió de la facultat de reclamar les garanties d'un contracte d'arrendament de local de negoci, i l'obligació de l'arrendador d'abstenir-se d'incloure l'arrendatari en fitxers de morosos, prèvia caució de 4.000 euros²⁵⁰. La prohibició o suspensió temporal de reclamar, en via extrajudicial o judicial, un aval a primer requeriment a favor de l'arrendador d'un local ubicat a un centre comercial, prèvia caució de 2.000 euros²⁵¹. La suspensió del pagament de la renda d'una sala de festes mentre no es permeti la seva reobertura al públic, i la reducció de la renda contractual en un 50% a partir del moment en què es permeti la seva obertura al públic, prèvia caució de 15.000 euros²⁵².

És destacable que totes les interlocutòries d'adopció de mesures cautelars assenyalades justifiquen l'existència d'una aparença de bon dret en l'existència d'una situació de crisi sanitària que es diu que és notòria a la llum del real decret 463/2020, de 14 de març, que va declarar l'estat d'alarma, i que declaren que *prima facie* la crisi sanitària derivada de la covid-19 és una circumstància imprevisible, i que és notori el caràcter extraordinari i sobrevingut de la crisi sanitària derivada de la pandèmia i la seva extensió a l'àmbit econòmic del país.

VI. CONCLUSIONS

En el moment de cloure la segona part d'aquest treball, ens trobem immersos en allò que ha vingut a denominar-se la segona onada o pic de contagis per coronavirus. Alhora ens dirigim cap un hivern que, malgrat les bones notícies que arriben respecte a la consecució d'una vacuna efectiva per immunitzar-nos front la covid-19, es preveu complicat en ordre a mantenir un sempre difícil equilibri entre el control de l'epidèmia per evitar el col·lapse del sistema sanitari, i a evitar de mesures massa dràstiques que facin trontollar encara més una economia greument debilitada.

A hores d'ara, és evident que l'anomenada crisi sanitària del coronavirus, i molt concretament les mesures que s'han hagut d'adoptar per fer front a la covid-19 per les administracions i poders públics, han impactat i tingut una forta incidència sobre l'ordre socioeconòmic, i han afectat una multiplicitat de contractes civils en ordre al seu compliment que, o bé ha esdevingut impossible, encara que sigui de forma temporal, o bé s'ha tornat extremadament dificultós.

Respecte a la impossibilitat de compliment per successos derivats de la covid-19, com s'ha vist, tals successos es limiten a la impossibilitat física per mort i malaltia per SARS-CoV-2 en relació a prestacions de fer personalíssimes, així com a la impossibilitat legal per *factum principis*. Sempre que la impossibilitat

248. Interlocutòria núm. 256/2020 del Jutjat de Primera Instància 1 de València, de 25 de juny de 2020 (ROJ: AJPI 16/2020).

249. Interlocutòria núm. 162/2020 del Jutjat de Primera Instància 2 de Benidorm, de 7 de juliol de 2020 (ROJ:AJPI 20/2020).

250. Interlocutòria núm. 299/2020 del Jutjat de Primera Instància 74 de Madrid, de 13 de agosto de 2020 (ROJ:AJPI 19/2020).

251. Interlocutòria núm. 55/2020 del Jutjat de Primera Instància 2 de El Prat de Llobregat, de 15 de juliol de 2020 (*Diario La Ley*, núm. 9713, de 9 de octubre de 2020).

252. Interlocutòria núm. 447/2020 del Jutjat de Primera Instància 81 de Madrid, de 25 de setembre de 2020 (Ref. SEPÍN: SP/NOT/1396).

de prestar sigui sobrevinguda i fortuïta, i les parts no hagin pactat el contrari, comportarà l'extinció de l'obligació si la impossibilitat és definitiva; o la seva suspensió si és provisional o transitòria, a no ser que la prestació estigui subjecta a un termini peremptori o essencial, o que el retard en el compliment no satisfaci ja l'interès del creditor. En tot cas, en les obligacions sinal·lagmàtiques, sempre que una prestació esdevingui impossible per causa fortuïta no imputable al deutor i s'extingeixi o suspengui, s'escaurà idèntic efecte alliberador o suspensiu de la recíproca prestació del creditor de la mateixa.

En tot cas, caldrà tenir sempre molt en compte la regulació continguda als Reials decrets llei estatals 11/2020 i 15/2020, al decret llei de la Generalitat de Catalunya 34/2020, i en general a les múltiples normes excepcionals dictades a causa de la crisi del coronavirus. No obstant l'anterior, no s'ha d'oblidar que els anomenats decrets d'alarma i altres normes excepcionals, no suposen una derogació de les normes generals relatives a la resolució o suspensió dels contractes, per la impossibilitat sobrevinguda de com a conseqüència de successos fortuïts, ni impedeixen fer ús de l'anomenada clàusula *rebus sic stantibus* en supòsits d'extrema dificultat de compliment per alteracions circumstancials originades per l'actual crisi sanitària.

Respecte a la clàusula *rebus sic stantibus* com a remei del deutor per exonerar-se o minorar l'impacte negatiu de les contingències covid no assignades per contracte, i restablir quan sigui possible l'equilibri prestacional del negoci jurídic adaptant-lo a les noves circumstàncies a les que l'actual crisi sanitària ens enfronta, cal assenyalar que és procedent fer ús de la mateixa (inclús amb caràcter subsidiari en els supòsits d'impossibilitat), i s'intueix una necessària atenuació dels dràstics requisits que per a la seva aplicació havia exigint la jurisprudència. En tot cas, la revisió i adaptació del contracte a les noves circumstàncies es el remei preferent; només quan aquesta no sigui possible, s'escaurà la resolució.

Cal dotar el nostre ordenament jurídic d'una eina eficaç per combatre i abordar situacions patològiques sorgides d'una pandèmia tan imprevisible com sobtada i insòlita. I en aquest escenari és cada cop més necessari que el legislador (espanyol i català) positivitzï d'una vegada per totes la clàusula *rebus sic stantibus*, i reguli d'una forma moderna la possibilitat que el jutge pugui modificar o extingir un contracte a causa de l'excessiva onerositat produïda per un canvi excepcional de circumstàncies, acollint i obrint així el nostre ordenament al Marc comú de referència del dret contractual europeu (DCFR), i alineant-lo amb els ordenaments jurídics del nostre entorn. És necessari actualitzar el nostre ordenament i no ens podem permetre ser orfes d'una regulació que en els temps que corren és tan convenient com necessària.

Finalment, és imprescindible fer una crida a tots els operadors jurídics perquè, en la mesura possible, arribin a acords de bona fe, adoptant una postura empàtica vers l'altra part. Ningú millor que les pròpies parts per autoregular-se i reequilibrar els desajustos que els successos derivats de la crisi sanitària hagin pogut causar en els negocis i contractes.

* * *

Dedicat a l'Anna i als nostres fills Miquel i Joan. Els tres estels de la meva vida amb qui vaig tenir la sort de passar el confinament.