



Cláusula *rebus sic stantibus* y cláusulas MAC: remedios frente a la alteración extraordinaria de las circunstancias básicas del contrato

Ignacio Buil Vera

Graduado en Derecho y ADE por la Universidad de Zaragoza
Cursando Máster en Acceso al Ejercicio de la Abogacía por la Universidad Carlos III de Madrid
builveraignacio@gmail.com | <https://orcid.org/0000-0003-3999-3268>

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: don Javier Avilés García, don Francisco Javier Arias Varona, doña María Isabel Candelario Macías, doña Iciar Cordero Cutillas, don Fernando Díez Estella, doña Paula Fernández Ramallo y don Antonio Serrano Acitores.

Extracto

Las consecuencias de una crisis económica también tienen incidencia en el ámbito jurídico, propiciando la revisión de ciertas figuras hasta entonces poco invocadas, así como la aparición de otras nuevas. Estas figuras permiten dar respuesta a cambios sobrevenidos en las relaciones de naturaleza patrimonial. Este trabajo tiene por objeto el estudio de la alteración sobrevenida y extraordinaria de las circunstancias básicas de una relación contractual. Se parte de la cláusula *rebus sic stantibus*, y se proponen soluciones alternativas en los casos en los que su influencia en la dinámica del contrato resulta insuficiente, dado que, en nuestro ordenamiento, la tutela del deudor frente a la imprevisible onerosidad de su prestación carece de regulación legal específica. En particular, se profundizará en los presupuestos que, según una consolidada jurisprudencia, deben concurrir para admitir la ineficacia del contrato, examinando, tanto la doctrina tradicional sobre la cláusula *rebus sic stantibus*, como aquellos pronunciamientos jurisdiccionales más recientes. Realizado este examen, analizaremos la oportunidad de determinados acuerdos entre las partes que están dirigidos a asegurar la posibilidad de privar de eficacia un contrato cuando las circunstancias que se tuvieron en cuenta han cambiado de modo imprevisto, propiciando una situación desfavorable, desde la perspectiva económica, para una de las partes. Se trata de las cláusulas MAC (por sus siglas en inglés de *material adverse change*).

Palabras clave: cláusula *rebus sic stantibus*; cláusulas MAC; equilibrio económico contractual; cambio en las circunstancias contractuales.

Fecha de entrada: 01-06-2020 / Fecha de aceptación: 18-09-2020

Cómo citar: Buil Vera, I. (2021). Cláusula *rebus sic stantibus* y cláusulas MAC: remedios frente a la alteración extraordinaria de las circunstancias básicas del contrato. *Revista CEFLegal*, 243, 41-80.



***Rebus sic stantibus* clause and MAC clauses. Remedies on unforeseeable change of contract circumstances**

Ignacio Buil Vera

Abstract

The consequences of an economic crisis also have an impact on the legal sphere, leading to the revision of certain figures that had hitherto been rarely invoked, as well as the appearance of new ones. These figures make it possible to respond to changes that have occurred in property relations. The aim of this work is to study the supervening and extraordinary alteration of the basic circumstances of a contractual relationship. It starts from the *rebus sic stantibus* clause, in order to propose alternative solutions in those cases in which its influence on the dynamics of the contract is insufficient, given that, in our legal system, the protection of the debtor against the unforeseeable onerousness of his performance lacks specific legal regulation. In particular, we will examine the assumptions that, according to consolidated case law, must be met in order to admit the ineffectiveness of the contract, examining both the traditional doctrine on the *rebus sic stantibus* clause and the most recent jurisdictional pronouncements. Having carried out this examination, we will analyse the appropriateness of certain agreements between the parties that are aimed at ensuring the possibility of depriving a contract of its effectiveness when the circumstances that were taken into account have changed in an unforeseen manner, leading to an unfavourable situation, from an economic perspective, for one of the parties. These are the MAC clauses (material adverse change).

Keywords: *rebus sic stantibus* clause; MAC clauses; economic contractual equilibrium; change of contract circumstances.

Citation: Buil Vera, I. (2021). Cláusula *rebus sic stantibus* y cláusulas MAC: remedios frente a la alteración extraordinaria de las circunstancias básicas del contrato. *Revista CEFLegal*, 243, 41-80.





Sumario

1. Introducción
 2. Consideraciones generales sobre la ineficacia de los contratos
 - 2.1. Rescisión
 - 2.2. Resolución por incumplimiento
 3. Cláusula *rebus sic stantibus*
 - 3.1. Introducción
 - 3.2. Evolución de la jurisprudencia en la configuración de la cláusula *rebus sic stantibus*
 - 3.2.1. Jurisprudencia tradicional
 - 3.2.2. SSTs de 17 y 18 de enero de 2013
 - 3.2.3. SSTs de 30 de junio de 2014 y 15 de octubre de 2014
 - 3.2.4. Jurisprudencia reciente (2015 a 2020)
 - 3.2.5. Situación sanitaria derivada de la covid-19
 - 3.3. Efectos de la cláusula *rebus sic stantibus*: adaptación o resolución del contrato
 4. Cláusulas MAC: configuración del cambio de circunstancias como riesgo pactado o previsto
 - 4.1. Introducción
 - 4.2. Origen y desarrollo en el derecho anglosajón
 - 4.3. Requisitos. Casos relevantes
 - 4.4. Las cláusulas MAC en España
 - 4.5. Las cláusulas MAC en el derecho español: efectos
 5. Conclusiones
- Referencias bibliográficas



1. Introducción

Generalmente las consecuencias de una crisis económica también inciden en el ámbito jurídico, propiciando la revisión de ciertas figuras hasta entonces poco invocadas, que permiten solucionar cambios sobrevenidos en las relaciones patrimoniales. Adquieren así protagonismo, entre otros, la resolución por incumplimiento, las ejecuciones hipotecarias o la cláusula *rebus sic stantibus*.

Precisamente este trabajo tiene por objeto el examen de la alteración sobrevenida y extraordinaria de las circunstancias básicas de una relación contractual, partiendo de la cláusula *rebus sic stantibus*, para proponer soluciones alternativas en los casos en que su influencia en la dinámica del contrato es insuficiente. En concreto se centrará la atención en el examen de los presupuestos que, según reiterada jurisprudencia, deben concurrir para admitir en los supuestos descritos la ineficacia del contrato. Partiendo de este examen, y no obstante la tendencia del Tribunal Supremo a su flexibilización, analizaremos aquellos acuerdos entre las partes que están dirigidos a asegurar la posibilidad de privar de eficacia un contrato cuando las circunstancias que se tuvieron en cuenta han cambiado de modo imprevisto propiciando una situación desfavorable, desde la perspectiva económica, para una de las partes. Son las denominadas cláusulas MAC (por sus siglas en inglés de *material adverse change*).

Desde el punto de vista metodológico, para un adecuado examen de los aspectos expuestos, partiremos de la distinción de la cláusula *rebus* de otras figuras que conforman la categoría general de la ineficacia del negocio jurídico, como son la rescisión, la resolución o la imposibilidad sobrevenida. Posteriormente, repasaremos cuál es el estado de la cuestión en el derecho europeo (UNIDROIT), en el derecho contractual europeo (DCFR), en el derecho comparado, y en la Propuesta del Código Civil (PCC) para, a continuación, analizar la evolución de la jurisprudencia relativa a la cláusula *rebus*, observando cómo la configuración de los requisitos exigidos para que sea de aplicación ha ido evolucionando conforme avanzaba la realidad social y económica, e incidiendo en aquellos pronunciamientos que han implicado un punto de inflexión en la doctrina del Tribunal Supremo. Concluiremos este análisis jurisprudencial con un estudio de aquellas sentencias más recientes sobre la cláusula *rebus*, con la finalidad de indicar cuál es el punto en el que nos encontramos actualmente en relación con esta figura, así como examinado cuáles son los efectos de su aplicación.

Con estos antecedentes, procederemos a un análisis de las cláusulas MAC, que han ido ganando popularidad en los últimos años, sobre todo en los contratos de compraventa de empresas, como alternativa al carácter excepcional del remedio de la resolución en los

supuestos de aplicación de la cláusula *rebus*, y reflexionaremos sobre cuál puede ser su encaje en el ordenamiento jurídico español.

2. Consideraciones generales sobre la ineficacia de los contratos

Normalmente un contrato produce todos sus efectos desde su celebración y perfección, pero, en ocasiones, no surte ninguno o no todos ellos, o no aquellos mismos que corresponden según lo declarado por las partes. Se dice entonces que el contrato es ineficaz. Aunque la categoría de la ineficacia no recibe tipificación en el Código civil, dando lugar a planteamientos doctrinales diversos, no ofrece duda que un contrato inválido, bien por ausencia de sus elementos esenciales o por ilicitud de su contenido, bien por vicios del consentimiento, no produce efectos. Se trata de los supuestos de nulidad de pleno derecho y de anulabilidad (Martínez de Aguirre Aldaz, 2018, pp. 475-479).

Pero cabe también que un contrato válido, en el sentido de reunir los requisitos esenciales, no produzca los efectos acordes con lo querido por las partes cuando concurren determinadas causas originarias o sobrevenidas. Es posible señalar, sin ánimo de exhaustividad, los casos siguientes: relaciones sujetas a condición, desistimiento unilateral, rescisión o resolución por incumplimiento (Delgado Echeverría y Parra Lucán, 2005, pp. 15-22).

Pero la ineficacia de un contrato también puede derivar de su revisión a través de la cláusula *rebus sic stantibus*, institución jurídica de configuración jurisprudencial y doctrinal y aplicación excepcional, aunque tradicionalmente se ha considerado que la consecuencia propia de la alteración sobrevenida de las circunstancias comporta la modificación del contrato. Lo cierto es que la cláusula en cuestión está siendo objeto de una regulación progresiva, no solo en el ámbito internacional y europeo, sino también en ordenamientos de nuestro entorno y en las propuestas de modificación del Código Civil. Fruto de ello, no solo va perdiendo su carácter excepcional, sino que además de la adaptación del contrato permite a la parte perjudicada su resolución. Con todo, se suscitan a este respecto algunos interrogantes que conviene abordar.

Para ello, conviene de entrada señalar las diferencias entre esta cláusula y las figuras más próximas: rescisión y resolución por incumplimiento.

2.1. Rescisión

La rescisión está regulada en los artículos 1290 a 1299 del Código civil. Ya en el artículo 1290 del CC, se nos indica el primer rasgo definitorio de esta figura, dado que habla de contratos válidamente celebrados. Es decir, nos encontramos ante una acción que pretende la

impugnación de contratos que tienen los elementos esenciales que establece el artículo 1261 del CC (a saber, consentimiento, objeto y causa), y ninguno adolece vicio alguno. Además, los contratos objeto de esta acción también cumplen los requisitos especiales del tipo específico de contrato que se trate. En estos casos, lo que justifica que nuestro ordenamiento otorgue a una parte contratante la posibilidad de impugnación del contrato es el hecho de que los efectos que este produce son perjudiciales para esa parte, o incluso para terceros. Es decir, los presupuestos que se deben dar para que se pueda ejercitar la citada acción son tres: a) que exista un contrato; b) que el contrato haya sido celebrado válidamente; y c) que la parte del contrato que ejerce la acción esté sufriendo un daño «injusto», y que este daño sea además consecuencia de la eficacia del contrato y esté contemplado expresamente en la lista del Código Civil.

La más relevante, a efectos de este trabajo, de las causas que expresamente prevé el Código Civil es la acción de rescisión por lesión. Producida una lesión, entendida como una diferencia sustancial entre la prestación realizada y la contraprestación recibida, serán rescindibles «los contratos que pudieren celebrar los tutores sin autorización judicial, siempre que las personas a quienes representan hayan sufrido lesión en más de la cuarta parte del valor de las cosas que hubiesen sido objeto de aquellos» (ex art. 1291.1.º CC), así como «los celebrados en representación de los ausentes, siempre que estos hayan sufrido la lesión a que se refiere el número anterior» (ex art. 1291.2.º CC). Ambos supuestos han quedado reducidos, tildándose incluso de residuales y «casi fósiles» (Orduña Moreno, 2016)¹.

Otro de los supuestos contemplados es el de los contratos celebrados en fraude de acreedores, cuando estos no puedan de otro modo recobrar lo que se les deba del artículo 1291.3.º del CC. Debemos considerar también el artículo 1111 del CC, que establece una doble vía de acción para conservar el patrimonio: la acción subrogatoria, y la acción revocatoria o pauliana. La segunda es una acción de naturaleza rescisoria (de ahí que se vuelva a recoger en el art. 1291.3.º CC y se le aplique la doctrina general de la rescisión), que busca proteger el crédito del acreedor frente a los actos fraudulentos del deudor (O'Callaghan Muñoz, 2004, pp. 1.082 a 1.087).

El tercero de los supuestos es la rescisión de los contratos que tengan por objeto cosas litigiosas, cuando hubiesen sido celebrados por el demandado sin conocimiento y aprobación de las partes litigantes o de la autoridad judicial competente, supuesto recogido en el artículo 1291.4.º del CC.

Finalmente, la ley establece en el artículo 1291.5.º del CC que son rescindibles cualesquiera otros contratos que determine la ley. Es relevante este supuesto, dado que la doctrina entien-

¹ Tal y como indica Orduña Moreno (2016), son dos las razones que han llevado a que estos supuestos hayan quedado muy reducidos: la primera es que en pocos casos los tutores o representantes pueden realizar contrataciones en nombre del pupilo o ausente sin autorización judicial; y la segunda, aunque este contrato se formalizara, el perjuicio da lugar a la nulidad o anulabilidad, quedando por lo tanto esta acción reservada a actos de gestión y administración ordinaria.

de dos extremos. El primero, que no debemos interpretar este artículo restrictivamente, dado que la rescisión no se limita a los casos del artículo 1291 del CC, y es que, desde el principio, la jurisprudencia ha considerado que «los casos de rescisión de los contratos establecidos por el artículo 1291 del Código Civil no son limitativos y excluyentes de cualquier otro que pueda estimarse en fraude de acreedores»². El segundo, que muchas veces se menciona la palabra «rescisión» en el Código Civil en artículos distintos a los referidos a esta rescisión, y en todas se refiere a otras instituciones³ (Martínez de Aguirre Aldaz, 2018, pp. 493 y ss.).

Analizada la regulación de la acción de rescisión, su definición y los supuestos en los que está permitida, terminaré estas consideraciones sobre la rescisión haciendo referencia a la acción. Para comenzar, el artículo 1294 del CC indica que la acción es subsidiaria, por lo que el perjudicado solo podrá ejercitarla cuando no disponga de otro recurso legal para obtener la reparación de la lesión sufrida, y el tribunal denegará su ejercicio si hay otros bienes⁴. En definitiva, defiende la jurisprudencia que: «Se trata de subsidiariedad económica y jurídica, con independencia del alcance que en la perspectiva jurídica quepa atribuir del alcance al precepto del artículo 1294 CC»⁵. En segundo lugar, es una acción que caduca a los cuatro años *ex* artículo 1299 del CC. La moderna doctrina defiende que el plazo es de caducidad, no de prescripción, y lo justifica con argumentos interpretativos de índole tanto literal como conceptual y sistemática. Por otro lado, es doctrina consolidada del Tribunal Supremo que el plazo tiene carácter de caducidad. Además, la doctrina mayoritaria indica que el criterio general para fijar el momento de inicio del cómputo del plazo es la celebración del contrato, instante en el que la parte habrá tenido conocimiento del negocio jurídico celebrado, y de los efectos patrimoniales producidos por este (Orduña Moreno, 2016). En tercer lugar, tal y como indica Martínez de Aguirre Aldaz (2018, pp. 493 y ss.), la retrocesión y la restitución no son requisitos para que podamos ejercer la acción, sino las circunstancias que deben poder darse para que el ejercicio de esta conlleve sus efectos, ya que la imposibilidad de tales no será impedimento para que se declare la rescisión.

Por último, para determinar si existen efectos retroactivos debemos hacer una distinción entre acción restitutoria, por lesión, y acción revocatoria, por fraude de acreedores. Respecto de la primera, existe cierta línea jurisprudencial⁶ y doctrinal que aboga

² Tal y como recoge la jurisprudencia, por ejemplo, en la STS de 3 de octubre de 1995 [ECLI:ES:TS:1995:7915].

³ Por ejemplo, en los artículos 1469 (no entrega de la cosa vendida), 1483 (saneamiento por evicción), 1556 (incumplimiento de contrato de arrendamiento) y 1818 del CC (descubrimiento de nuevos documentos), etc.

⁴ Entre otras, la STS de 21 de noviembre de 2005 [ECLI:ES:TS:2005:7032] indica: «El carácter subsidiario de aquella, por virtud del que no puede triunfar sino cuando el acreedor carezca de otro recurso legal para obtener la reparación del perjuicio».

⁵ Tal y como recoge la STS (Sala de lo Civil) de 30 de enero de 2004 [ECLI:ES:TS:2004:471].

⁶ Entre otras, la STS de 23 de julio de 2001 [ECLI:ES:TS:2001:6503] indica: «La declaración de ineficacia del contrato que se rescinde se produce *ex tunc* con efectos retroactivos desde su perfección y

por la retroactividad de la restitución hasta la celebración del contrato, es decir, efecto *ex tunc*; pero lo cierto es que tanto la línea jurisprudencial⁷ como doctrinal mayoritaria (O'Callaghan Muñoz, 2004, pp. 1.082 a 1.087, y Paz-Ares Rodríguez *et al.*, 2015, pp. 17 y ss.) defienden que, teniendo en cuenta la naturaleza de la acción, en el sentido de que deriva de una ineficacia funcional y sobrevinida, respetando la validez del contrato, y dado el carácter excepcional de la misma, que ha de limitarse a lo estrictamente necesario para satisfacer el derecho del perjudicado, incluso si esto implica que la rescisión sea parcial y que subsista el contrato para el resto de los efectos, lo lógico es pensar que la restitución afecte a la reparación de la lesión sufrida, y solo desde que se ha reconocido, así su efecto es *ex nunc*⁸. Por el contrario, poca duda ofrece el efecto retroactivo, *ex tunc*, de la pauliana, tal como indica la doctrina del Tribunal Supremo⁹.

2.2. Resolución por incumplimiento

En este punto, es relevante a los efectos de este estudio realizar un análisis de la acción de resolución que recoge el artículo 1124 del CC. Nos encontramos en la regulación de las obligaciones sinalagmáticas, aquellas en las cuales cada parte es a la vez acreedor de una obligación bilateral respecto de la otra parte, y deudor de otra obligación bilateral respecto de la otra parte; y viceversa. Tal y como nos indica el Tribunal Supremo en su Sentencia (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) de 15 de marzo de 2016 [ECLI:ES:TS:2016:1158]:

Aunque el Código Civil no define la reciprocidad, la doctrina y la jurisprudencia, [...] cabe hablar de obligaciones recíprocas cuando, (1.º) con causa en un mismo negocio, (2.º) nazcan deberes de prestación a cargo de las dos partes, que ocupan la doble posición de acreedora y deudora de la otra, siempre que (3.º) exista entre las prestaciones una interdependencia o mutua condicionalidad, de modo que puedan entenderse conectadas por un nexo causal, determinante de que cada una esté prevista inicialmente y funcione como contravalor o contraprestación de la otra.

produce la restitución de las prestaciones percibidas por cada contratante incrementadas con sus frutos e intereses».

⁷ Destacan la STS (Sala de lo Civil) de 23 de julio 1991 y la SAP de Málaga (Sección 6.ª) de 14 de noviembre de 2017 [ECLI:ES:APB:2017:11803], que defienden que «la estimación de la acción que nos ocupa conlleva la ineficacia del negocio jurídico, acto impugnado, ineficacia *ex nunc*, que opera desde la declaración, por lo que hasta entonces el negocio es válido».

⁸ Cfr. Paz-Ares Rodríguez, Bercovitz Rodríguez-Cano, Díez-Picazo Ponce de León y Salvador Coderch (2015, pp. 17 y ss.).

⁹ Entre otras, la STS (Sala de lo Civil) de 25 enero de 2000 [ECLI:ES:TS:2000:389], que defiende que «la acción pauliana [...] acción rescisoria a la que se aplica la normativa general de la rescisión, artículos 1290 y siguientes, con su carácter de subsidiariedad y su efecto de ineficacia (tantas veces llamadas erróneamente «nulidad») con efecto retroactivo, *ex tunc*».

Establece la jurisprudencia que este tipo especial de obligación produce una serie de especiales efectos, en concreto: la resolución por incumplimiento del artículo 1124 del CC, la compensación en caso de mora del artículo 1100 *in fine* del CC, y el «exceptio non adimpleti contractus», o exigibilidad del cumplimiento simultáneo, recogido en los artículos 1100, 1124 y 1308 del CC¹⁰.

En cuanto al incumplimiento que habilita el ejercicio de la acción, nos indica la doctrina que debe ser básico, referente a la esencia de lo pactado y grave, no siendo necesario un «ánimo deliberado de causar el incumplimiento», sino bastando una «conducta voluntaria obstativa al cumplimiento en los términos que se pactó»¹¹; por ejemplo, un retraso, salvo que haya sido pactado como cláusula esencial, no sería considerado suficiente¹². Además, cierta línea jurisprudencial habla de un incumplimiento «que frustra el fin objetivo del contrato»¹³, «hecho obstaculizador al fin normal del contrato», «frustrante de legítimas expectativas de alcanzar el fin perseguido con el vínculo contractual»¹⁴. La STS de 16 noviembre de 1998 [ECLI:ES:TS:1998:6760] recoge los presupuestos de la acción:

Son presupuestos para la aplicación, en relación con el artículo 1124 CC, los siguientes: a) la reciprocidad de las prestaciones convenidas; b) la exigibilidad de las mismas; c) la observancia por el reclamante de lo de su incumbencia; y d) la voluntad manifiesta de la parte adversa a no satisfacer su obligación.

Y en caso de incumplimiento de estas obligaciones, el artículo 1124 del CC no ofrece dos acciones a la parte que ha cumplido, o que está dispuesta a cumplir, con la obligación de la que era deudor: una acción de cumplimiento, y una acción de resolución. Ahora bien, estas dos acciones son incompatibles entre sí y no podrán solicitarse al mismo tiempo, aunque sí subsidiariamente, o incluso alternativamente¹⁵. Además, cuando se ejerce cualquiera de las dos acciones, también se tiene derecho al resarcimiento de los daños e intereses generados.

¹⁰ Entre otras, la STS (Sala de lo Civil) de 17 febrero de 1998 [ECLI:ES:TS:1998:1058].

¹¹ Tal y como indica la STS (Sala de lo Civil) de 4 diciembre de 1998 [ECLI:ES:TS:1998:7273].

¹² Sobre el retraso como causa de la resolución, son interesantes la STS de 17 de diciembre de 2008 [ECLI:ES:TS:2008:7033], desestimando: «El vendedor no ha alegado ninguna razón que permita entender que el plazo establecido era esencial en el contrato. [...] habiendo incumplimiento que se manifiesta en la entrega tardía de lo pactado, no puede ser considerado como esencial, por lo que no es aplicable la regla del Art. 1124. 2 CC, que se ha denunciado como infringida»; y la STS de 22 de diciembre de 2014 [ECLI:ES:TS:2014:5379], estimando: «Quedado alterado sustancialmente el cumplimiento del contrato de compraventa, con efecto tan negativo para el comprador como es un retraso tan notable para la entrega, lo que sin duda ha de facultarle para pedir la restitución de la parte de precio satisfecha y renunciar definitivamente a la entrega del inmueble».

¹³ Tal y como indica la STS (Sala de lo Civil) de 29 abril de 1998 [ECLI:ES:TS:1998:2719].

¹⁴ Tal y como indica la STS (Sala de lo Civil) de 8 noviembre de 1997 [ECLI:ES:TS:1997:6670].

¹⁵ La incompatibilidad de las acciones viene reiterada por la jurisprudencia, así la SSTS (Sala de lo Civil) de 31 diciembre de 1997 [ECLI:ES:TS:1997:8065] indica que «el Tribunal Supremo, en constante

Procedo a caracterizar esta acción mediante tres aspectos, que observaremos que son opuestos a los definidos en el caso de la acción rescisoria, realizando así un examen comparativo entre ambas.

En primer lugar, esta acción se trata de una acción principal y, a diferencia de la acción de rescisión, el legitimado no precisa que se hayan agotado todos los medios legales de los que dispone para poder ejercerla, sino que, siendo parte en un contrato sinalagmático, podrá acudir a ella. En segundo lugar, en lo relativo al plazo, prescribe a los 5 años, frente a la caducidad de 4 años de la acción de rescisión, y su cómputo comienza desde que se produce un incumplimiento¹⁶. Este plazo viene determinado por el artículo 1964 del CC. Y, finalmente, en relación con la retroactividad de esta acción, la regla general es que se produce *ex tunc*, es decir, la consecuencia del ejercicio de la acción es que el contrato no se va a haber producido nunca. Esta regla general cuenta con dos excepciones: no se puede perjudicar a terceros de buena fe, y no puede predicarse esta eficacia retroactiva respecto a obligaciones que, dado su carácter duradero, han podido ser consumadas ya, total o parcialmente (algunos ejemplos serían los contratos de arrendamiento, de agencia o de comisión mercantil); en estas los efectos liquidatorios solo se producirán desde la resolución¹⁷.

Por último, volviendo a la rescisión, el artículo 1293 del CC indica que «ningún contrato se rescindirá por lesión, fuera de los casos mencionados en los números 1.º y 2.º del artículo 1.291». Este artículo es de gran relevancia, dado que su inclusión obedece a razones de carácter económico, el momento de la codificación se ubica en un momento histórico en el que se estaba implantando el sistema económico de libre cambio de bienes y servicios, y se estaba imponiendo el respeto del principio de *pacta sum servanda* como piedra angular de la contratación, estableciendo una libertad absoluta de precio entre las partes, pudiendo fijar el que estas consideraran adecuado, con independencia de que fuera justo. Así, la STS (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) de 16 septiembre de 2010 [ECLI:ES:TS:2010:5145]:

y conocida Jurisprudencia, declara que son dos las acciones que recoge el artículo 1124, que ambas (resolución y cumplimiento) son incompatibles, pero que se pueden ejercitar subsidiariamente, esto es, cabe pedir la resolución y para caso de no prosperar, pedir el cumplimiento»; y la STS de 9 junio de 1997 [ECLI:ES:TS:1997:4064] que dice: «En esta línea jurisprudencial [...] que las dos soluciones entre las que puede optar el perjudicado, o sea, exigir el cumplimiento o la resolución de lo convenido, son incompatibles, incompatibilidad que únicamente se produce cuando ambas se solicitan al mismo tiempo, pero no si la petición o ejercicio de ambas acciones se hace de forma alternativa, pues entonces no hay contradicción entre dichas peticiones».

¹⁶ Entre otras, la STS (Sala de lo Civil) de 26 octubre 1987 [ECLI:ES:TS:1987:6711].

¹⁷ Tal y como desarrolla la STS (Sala de lo Civil) de 10 julio de 1998 [ECLI:ES:TS:1998:4648]: «Por regla general, los efectos de la resolución contractual se producen *ex tunc* [...] sin perjuicio del derecho de terceros adquirentes de buena fe, esa eficacia retroactiva no puede aplicarse respecto a relaciones duraderas que, en todo o en parte, han sido consumadas [...] en que la resolución del contrato opera *ex nunc*, produciéndose únicamente efectos liquidatorios de la situación existente al tiempo de la resolución contractual».

No es baldío recordar que el Código Civil español, rompiendo con la tradición [...], no exige que el precio en la compraventa sea justo; el precio es el que han pactado las partes al amparo del principio de autonomía de la voluntad, [...] se ha declarado jurisprudencialmente en sentencias de 19 abril 1990, 16 mayo 1990, 20 julio 1993, 13 diciembre 1996, 5 marzo 1997 y muy explícitamente, la de 23 febrero 2007.

Encontramos que, cuando la doctrina hace alusión a la excepcionalidad de la acción de rescisión, no se refiere a su alcance, dado que es una figura más de ineficacia, sino a su limitación en relación con la lesión que tiene su causa en el precio pactado. Ahora bien, esta primacía del artículo 1293 del CC no implica que la jurisprudencia no tenga en cuenta otros principios opuestos, como son la justicia, la equidad y la reciprocidad, teniendo como idea última la conmutatividad del comercio jurídico y el principio de justo equilibrio entre las prestaciones, siendo así capaces las partes de conseguir sus legítimos intereses económicos (Orduña Moreno, 2016). De entre todas estas vías jurisprudenciales mencionadas, destaco tres: el principio de buena fe, establecido en el artículo 1258 del CC, que aplica tanto en la formación como en la aplicación de los contratos; el principio del justo equilibrio entre prestaciones, proclamado en el artículo 1289 del CC como criterio interpretativo; y me centraré en las líneas siguientes en la denominada cláusula *rebus sic stantibus*.

A la vista de lo expuesto, cabe concluir que la excesiva onerosidad propia de la cláusula *rebus* (como se verá con detalle más adelante) no puede predicarse con carácter general mientras no exista una regulación de precios justos y mientras la rescisión por lesión solo se admita en los casos expresados por la norma. Por su parte, la resolución del contrato por incumplimiento del artículo 1124 del CC obedece a la falta de ejecución por una de las partes de la prestación que le incumbe, de manera que la otra no puede obtener la finalidad pactada. Se trata de la frustración del contrato o desaparición de su base con la que no debe identificarse la cláusula *rebus*, en cuanto que lo que la alteración de las circunstancias propicia es una mayor onerosidad determinante del desequilibrio de las prestaciones.

En este contexto, no debe asimilarse con la imposibilidad sobrevenida determinante de la liberación del deudor conforme a los artículos 1156 y 1182 del CC. Y es que mientras esta supone la destrucción plena de la cosa debida por causas imprevisibles e inevitables, sin embargo es presupuesto de la cláusula *rebus* que la prestación no haya devenido imposible absolutamente, sino más onerosa.

3. Cláusula *rebus sic stantibus*

3.1. Introducción

La cláusula *rebus sic stantibus*, o de riesgo imprevisible, es una figura de configuración doctrinal y jurisprudencial que carece de regulación legal en nuestro ordenamiento jurídico.

La doctrina considera que representa una excepción a los principios *pacta sum servanda* y de seguridad jurídica en el tráfico, ya que permite que una parte mate o se libere de las obligaciones contraídas en virtud de un contrato válido, atendiendo a razones de justicia o equidad (Cavallé Cruz, 2010, pp. 179-185).

Esta figura está muy presente en el derecho internacional: artículo 62 de la Convención de Viena («Cambio fundamental en las circunstancias»), artículo 6.2.2 de los Principios UNIDROIT (*hardship* o «riesgo imprevisible»). También en el derecho comparado: artículo 1467 del Código Civil italiano («excesiva onerosidad sobrevenida»); § 313.1 del BGB («Pérdida de la base del negocio») (Ebers, 2003, p. 1.588). Asimismo, en el ámbito de las propuestas académicas, respecto del derecho de contratos europeo, el artículo III.1:110 DCFR regula la «modificación o resolución del contrato por el juez debido al cambio de circunstancias» y respecto de la propuesta de Código Civil elaborada por la Asociación de Profesores de Derecho Civil, la PCC se ocupa de la cuestión en el artículo 526-5, intitulado «Alteración extraordinaria de las circunstancias básicas del contrato».

Típica y tradicionalmente, los presupuestos que se han venido exigiendo para aplicarla son los siguientes: a) alteración extraordinaria de las circunstancias; b) desproporción exorbitante (o excesiva onerosidad) de una prestación en comparación con la otra; y c) imprevisibilidad de las circunstancias sobrevenidas (Martínez de Aguirre Aldaz, 2018, pp. 461-466)¹⁸. Estos tres requisitos han experimentado una evolución en sede jurisprudencial que se expone a continuación.

3.2. Evolución de la jurisprudencia en la configuración de la cláusula *rebus sic stantibus*

3.2.1. Jurisprudencia tradicional

Analizando la evolución de esta figura en la jurisprudencia española, observamos como la regla general ha sido su aplicación de manera muy excepcional, ya que los tribunales la calificaban como «peligrosa». A modo ilustrativo, resulta interesante las declaraciones que vierte la STS (Sala de lo Civil, Sección 1.^a) de 12 noviembre de 2004 [ECLI:ES:TS:2004:7324]:

¹⁸ La jurisprudencia clásica de la cláusula *rebus sic stantibus* la encontramos en las SSTS de 14 de diciembre de 1940 [RJ 1940\1135], 17 de mayo de 1941 [RJ 1941\632], 5 de junio de 1945 [RJ 1945\698] y 17 de mayo de 1957 [RJ 1957\2164], con ocasión del análisis sobre si la Guerra Civil española (1936-1939) podía considerarse como una alteración extraordinaria e imprevisible de las circunstancias. Una buena recopilación de esta jurisprudencia clásica es la realizada por la STS (Sala de lo Civil) de 25 enero de 2007 [ECLI:ES:TS:2007:168].

- A) Que la cláusula «rebus sic stantibus» no está legalmente reconocida; B) Que, sin embargo, dada su elaboración doctrinal y los principios de equidad a que puede servir, existe una posibilidad de que sea elaborada y admitida por los Tribunales; C) Que es una cláusula peligrosa y, en su caso, debe admitirse cautelosamente.

Y añade, sobre los requisitos que la antigua jurisprudencia exigía para reconocer la cláusula y que fueron objeto de amplio análisis en las SSTs de 14 de diciembre de 1940 [RJ 1940\1135], 17 de mayo de 1941 [RJ 1941\632], 5 de junio de 1945 [RJ 1945\698] y 17 de mayo de 1957 [RJ 1957\2164], reiteradas por toda la jurisprudencia más actual que hace referencia a esta figura, y que reiteran que:

- D) Que su admisión requiere como premisas fundamentales: a) alteración extraordinaria en el momento de cumplir el contrato en relación con las concurrentes al tiempo de su celebración; b) una desproporción exorbitante, fuera de todo cálculo, entre las prestaciones de las partes contratantes que verdaderamente derrumben el contrato por aniquilación del equilibrio de las prestaciones, y c) que todo ello acontezca por la sobrevenida de circunstancias imprevisibles.

La realidad es que esta forma de entender la cláusula, dada la rígida interpretación de sus requisitos, y su fundamentación en un criterio subjetivo de la equidad, llevaba a que los tribunales rechazaran su aplicación y, en caso de que se admitiera, se hacía expresando el incumplimiento de los requisitos exigidos para la cláusula *rebus*, y se acudía a la doctrina de la equivalencia real de las prestaciones (Raventós Soler, 2014, p. 3; Parra Lucán, 2015, p. 9).

Por otro lado, debemos distinguir esta cláusula de la doctrina de la frustración del fin del contrato o de la desaparición del fin del negocio, que establece la resolución del contrato cuando la prestación de una de las partes no es que sea desequilibrada en relación con la otra, sino que se ha hecho imposible, y el contrato se debe resolver ex artículo del 1124 CC para que no se produzca un enriquecimiento injusto. Así lo ha argumentado y defendido la doctrina jurisprudencial¹⁹.

¹⁹ Entre otras, la STS de 20 de abril de 1994 [ECLI:ES:TS:1994:2665] indica que «ejercitable la facultad de resolución cuando existe un hecho obstativo que de modo absoluto, definitivo e irreformable impide el cumplimiento, y cuando la prestación pactada no responde a la finalidad para cuya consecución se concertó el contrato, frustrándose la misma. Por eso es extravagante el recurso a la cláusula *rebus sic stantibus*, si hay una frustración total del fin del contrato»; y la STS de 5 noviembre de 2013 [ECLI:ES:TS:2013:5370] que define frustración como sigue: «Origine la frustración del fin del contrato, esto es, que se malogren las legítimas aspiraciones de la contraparte, cosa que ocurre, en los términos de los Principios de Unidroit (art. 7.3.1 (2.b)), cuando se "priva sustancialmente" al contratante [...] "de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato"».

3.2.2. SSTS de 17 y 18 de enero de 2013

La excepcionalidad en la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* comienza a subvertirse a raíz de dos sentencias del Tribunal Supremo de 17 de enero de 2013 [ECLI:ES:TS:2013:1013] y 18 de enero de 2013 [ECLI:ES:TS:2013:679]. Estas resoluciones se dictan en un supuesto muy concreto, como es la existencia de dificultades a la hora de acudir al crédito y a la financiación con la finalidad de satisfacer las obligaciones nacidas de la compraventa de inmuebles. Antes de analizarlas, hemos de recordar que estos casos de compraventa de bienes inmuebles son contratos de tracto único. Nos indican ambas que la jurisprudencia anterior había rechazado la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* en este tipo de supuestos en los que el comprador de vivienda no es capaz de acceder al crédito (por ejemplo, las SSTS de 1 octubre de 2012 [ECLI:ES:TS:2012:6030] y 10 de diciembre de 2012 [ECLI:ES:TS:2012:8161]), y en general, en todos los supuestos de dificultad de financiación del deudor de una prestación dineraria, con independencia de cuál fuera la contraprestación (por ejemplo, STS de 23 de junio de 1997 [RJ 1997\5201]). Ahora bien, reconocen estas SSTS de 2013 que esta línea del Tribunal Supremo «no significa que la regla *rebus sic stantibus* haya de quedar descartada en todos los casos de imposibilidad de obtener financiación por parte de los compradores de inmuebles», dado que la crisis económica en la que en ese momento se hallaba nuestra economía podía calificarse de «alteración extraordinaria de las circunstancias capaz de originar [...] una desproporción exorbitante». Al final, en ambas el tribunal acaba desestimando la aplicación de la cláusula porque entiende que no se cumplen los requisitos exigidos para su aplicación, dado que la compraventa se realizó iniciada la crisis económica, por lo que el cambio de circunstancias no era imprevisible.

En conclusión, son relevantes estas sentencias porque, a pesar de que no se invoca la cláusula, se admite la posibilidad de que se aplique, bajo ciertos presupuestos, a contratos a los que la anterior jurisprudencia no admitía su aplicación, por tratarse de relaciones de tracto único. Además, recogen en sus pronunciamientos referencias expresas al avance de la regulación de la cláusula en textos como los principios UNIDROIT, los Principios de Derecho Europeo de la Contratación (PECL) o la Propuesta para la modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos, reconociendo así la creciente importancia y vigencia que está experimentando la figura y justificando su normalización.

3.2.3. SSTS de 30 de junio de 2014 y 15 de octubre de 2014

Con las SSTS de 30 de junio de 2014 [ECLI:ES:TS:2014:2823] y de 15 de octubre de 2014 [ECLI:ES:TS:2014:5090] se consuma el cambio jurisprudencial, y se procede a una «configuración plenamente normalizada» de la cláusula *rebus sic stantibus*, huyendo de la «peligrosidad» y la «admisión cautelosa» con la que, como hemos indicado, se la caracterizaba.

La STS de 30 de junio 2014 [ECLI:ES:TS:2014:2823]²⁰ es la más relevante de la reciente jurisprudencia por el gran cambio interpretativo de la *rebus sic stantibus* que supuso, superando la antigua fundamentación subjetiva de la figura basada en la equidad y justicia, y por su análisis sobre si la crisis económica originada en el 2008 era motivo que justificara la aplicación de la cláusula. Así, define un fundamento técnico de la figura a través de dos extremos: la regla de la conmutatividad y el principio de buena fe. En cuanto a lo primero, defiende el alto tribunal que el artículo 1289 del CC impone un «equilibrio básico» entre las prestaciones de las partes en todo contrato oneroso que se celebre, y que cualquier alteración profunda del mismo lleva a la desaparición de la base del negocio que motivó el contrato. En cuanto al principio de buena fe, declara el Tribunal Supremo que, si de forma sobrevenida, sin existir culpa de las partes, y de manera no contemplada en el contrato, se modifican las circunstancias que motivaron la base del negocio, entonces resulta lógico admitir que, conforme al artículo 1258 del CC, las pretensiones de las partes sean revisadas conforme al cambio producido.

Expuestos estos dos ejes, procede la sala a definir dos criterios conforme a los cuales se va a determinar si el cambio de circunstancias ha modificado la causa del negocio jurídico, estos son: la doctrina de la «base del negocio» y el criterio del «riesgo normal del contrato». En cuanto a la primera, distingue entre la base objetiva, que desaparece cuando la finalidad económica principal del negocio que, de forma expresa o tácita se ha previsto, «se frustra o se torna inalcanzable», volviendo a recordar la regla de la conmutatividad; y la base subjetiva, que desaparece cuando la finalidad económica del contrato para una parte, conocida por la otra para y no rechazada por ella, «se frustra o deviene inalcanzable» como consecuencia de un cambio en las circunstancias. En cuanto al segundo, el criterio del «riesgo normal del contrato», establece el tribunal que se trata de comparar entre los riesgos inherentes al cumplimiento del contrato, que pueden derivar de su naturaleza o de lo acordado entre las partes, y el cambio de circunstancias que se ha producido, y así ver si el segundo puede incluirse dentro del primero o, por el contrario, queda excluido. En conclusión, estos criterios, base del negocio y riesgo normal, tratan de determinar si el cambio producido en las circunstancias es de una importancia suficiente, y si tiene consecuencias para las partes (Parra Lucán, 2015, pp. 12-14).

²⁰ Como esta sentencia es de las más relevantes, expongo los hechos que dan lugar al pronunciamiento: La Empresa Municipal de Transportes de Valencia, S.A.U. y la sociedad Promedios y Exclusivas de Publicidad, S.L. celebraron en 2006 un contrato de explotación de publicidad. La publicista se comprometía a pagar un canon mínimo mensual y anual. El contrato fue cumplido hasta que en febrero de 2009 se produjo el primer impago, solicitando la publicista que se redujera el canon temporalmente en un 70 % como consecuencia de la «imprevisible crisis en el mercado de inversiones publicitarias y descenso de la facturación que hacían imposible mantenerlo». La empresa de transportes se opuso a tal reducción y comunicó a la publicista que resolvía el contrato. La publicista interpuso demanda contra la municipal de transportes.

Procedo a analizar cuáles son los requisitos que establece la jurisprudencia para que se aplique la cláusula, en su versión más actualizada por la STS de 30 de junio de 2014, a la que acabo de referirme.

- a) Respecto de la alteración extraordinaria de las circunstancias, entendió esta sentencia que se veía cumplida por «el hecho notorio de la actual crisis económica» y por la entidad de la incidencia que esta había tenido en el sector en el que las partes contratantes ejercían su actividad.
- b) La nota de imprevisibilidad quedó demostrada porque las partes habían previsto cláusulas de reajuste en caso de que los ingresos aumentaran, pero no se indicaba qué sucedía en caso de que los ingresos disminuyeran. Este argumento ha sido criticado por la doctrina (Raventós Soler, 2015, p. 10), ya que, si se previeron las consecuencias de un aumento de ingresos, la no previsión implica que los asume la parte perjudicada. Entiende Parra Lucán (2015, p. 20) que, para cumplir con la imprevisibilidad, es necesario que las partes, al celebrar el contrato, no fueran capaces de considerar el cambio o su alcance, por no ser razonablemente tenido en cuenta en ese momento, pero también, que la parte perjudicada no lo asumiera ni sea razonable que se le exija. En este caso, el tribunal consideró que la crisis era una circunstancia imprevisible, aunque ciertos autores (Luna Yerga, 2015, p. 7) se oponen, ya que la consideran un riesgo normal del contrato, dado que los ciclos de la economía y sus consecuencias son inherentes a la actividad profesional.
- c) Por último, en cuanto a la excesiva onerosidad, no es suficiente que para una parte la onerosidad sea mayor, sino que se va a requerir que sea «excesiva» o «extraordinaria», esta puede proceder de, bien de un aumento en costes, bien de una disminución de los ingresos. Lo que otros legisladores han considerado al regular este requisito es que la obligación quede configurada para una de las partes en una forma que, de haber sido conocida o prevista por esta, no la hubiera asumido ni consentido. Algunos ejemplos de lo que puede servir de baremo los encontramos en el arrendamiento rústico, donde el artículo 1575 del CC otorga al arrendatario el derecho a la revisión de la renta si los rendimientos de la cosa arrendada se reducen en un 50 %; o en los comentarios a los Principios Internacionales de Contratos Comerciales (PICC), donde se recoge, a modo de ejemplo, un aumento del precio de 10 veces, o una deflación monetaria del 80 %. En la sentencia que comentamos se tuvieron en cuenta diversos índices económicos y contables de la empresa considerada, así como el riesgo a la viabilidad de otras líneas de negocio. Asimismo, en relación con la frustración del fin del contrato, como presupuesto que conlleva a la desaparición de la base del negocio, hace la sentencia referencia a la finalidad económica principal de una de las partes, conocida por la otra parte y no rechazada por ella, que «se frustra o deviene inalcanzable» como consecuencia del cambio de circunstancias, es

decir, no es imprescindible haberlo expresado, pero sí lo es que supere la condición de motivo individual, pasando a ser de conocimiento común (Carrasco Perera, 2010, p. 282).

En cuanto a la STS de 15 de octubre de 2014 [ECLI:ES:TS:2014:5090]²¹, el tribunal reitera este cambio doctrinal de una aplicación restrictiva y una caracterización de «peligrosa» a la necesidad de que las instituciones jurídicas se adapten a la realidad, entendiendo que la aplicación cautelosa de la *rebus* debe derivar de su índole casuística y de su concreta fundamentación técnica, basándose en la desaparición de la base del negocio, y no en la concepción subjetiva de equidad y justicia. Sobre el caso se indica que, teniendo en cuenta la situación de expansión y crecimiento económico, así como el desarrollo urbanístico experimentado en la zona en la época en la que se formalizó el contrato de arrendamiento (1999-2004), y de acuerdo con la práctica contractual del sector, no parece razonable que solo el arrendatario deba asumir la falta de previsión. Más aún si tenemos en cuenta que el rendimiento del sector en el año para el que se pide la revisión contractual se ha visto reducido en un 42,3 %, y la tasa de ocupación hotelera ha caído en picado. Para justificar la existencia de una excesiva onerosidad que lleva al quebranto del principio de conmutatividad del contrato, indica la sentencia que el arrendatario acarrea resultados de pérdidas, y que su margen de beneficio ha desaparecido (citando la STS 30 de junio de 2014 [ECLI:ES:TS:2014:2823]). Así, el arrendatario obtiene una reducción del 29 % de la renta, en virtud de la cláusula *rebus sic stantibus*, pero esta rebaja será temporal, y solo abarcará el periodo de tiempo desde que se interpuso la demanda hasta 2015, al ser este el más afectado, y acotándose así temporalmente los efectos que resultan de aplicar de la cláusula.

3.2.4. Jurisprudencia reciente (2015 a 2020)

Por último, procedo a analizar las sentencias en los que, desde 2015 a la actualidad, la jurisprudencia ha estudiado la aplicación de la *rebus*, y que han ido configurando la nueva doctrina jurisprudencial.

El Tribunal Supremo ha dictado varias sentencias cuyo supuesto de hecho es el de un arrendatario que desiste unilateralmente del contrato de arrendamiento celebrado, alegando la cláusula *rebus sic stantibus* con base en un descenso en el volumen de negocio provo-

²¹ Como esta sentencia es de las más relevantes, expongo los hechos que dan lugar al pronunciamiento: En el presente caso nos encontramos ante un contrato de arrendamiento de edificio destinado a explotación hotelera de 25 años de duración celebrado en 1999. La entidad mercantil Accor Hoteles España, S.A., en su posición de arrendataria, demanda a la entidad mercantil Residencial Ademuz, S.L., solicitando, entre otros, la modificación del contrato de arrendamiento para restablecer el equilibrio de las recíprocas prestaciones como consecuencia de que el negocio hotelero que se lleva a cabo en el inmueble arrendado presente unas pérdidas acumuladas de 3 millones de euros, frente al balance positivo de la arrendadora.

cado por la crisis de 2008, que pone en riesgo la viabilidad de la empresa. El alto tribunal, en algunas de esas sentencias, considera que siendo el socio mayoritario de la sociedad arrendataria una empresa de capital riesgo, la operación se califica como especulativa y, por lo tanto, queda excluida de la cláusula *rebus*, dado que el perjuicio entra dentro de los riesgos intrínsecos a la naturaleza de estas operaciones (no solo en contratos de arrendamiento, también en compraventas), puesto que si buscamos ganar un elevado beneficio de manera rápida, también debemos asumir la posibilidad de una gran pérdida²². En otras ocasiones, ante el mismo supuesto de hecho, excluye el tribunal la aplicación de la cláusula, dado que la crisis y su alcance eran ya previsibles en el momento en que se celebró el contrato y, por lo tanto, no se da la nota de imprevisibilidad y, además, añade el tribunal que siendo el perjudicado un profesional del sector, se le exige un deber aún mayor de diligencia²³. O en el más reciente pronunciamiento del Supremo, en el que se descarta la aplicación de la cláusula por haberse prorrogado el contrato de cesión en 2008, cuando la crisis no era imprevisible²⁴. En otra sentencia en la que el contrato de arrendamiento es hotelero, y donde el arrendatario y explotador de la instalación busca la rescisión del contrato, el Tribunal Supremo excluye la aplicación de la cláusula *rebus*, dado que los resultados negativos del arrendatario, según los informes periciales, no se deben solamente a la situación económica, sino también a otras razones de mala gestión y organización. Es más, indica el tribunal en esta sentencia que una posible ocupación deficitaria del hotel es un riesgo inherente al sector, por lo que debe ser claramente asumido por la empresa explotadora²⁵. Tampoco procede la cláusula *rebus* cuando lo que solicita no es el ejercicio de una cláusula penal, sino las rentas adeudadas y no pagadas²⁶.

Otro grupo importante de sentencias del Tribunal Supremo aborda si los cambios normativos que causan grandes perjuicios en una de las partes pueden dar lugar a la aplicación de la cláusula. Por ejemplo, la Ley 42/2010, de 30 de diciembre, que restringe el consumo de tabaco en establecimientos, ¿hasta qué punto puede considerarse como un evento imprevisible? Defiende la STS de 13 de marzo de 2015 [ECLI:ES:TS:2015:1067] que, aunque

²² Me refiero a las SSTS (Sala de lo Civil) 3 de octubre de 2017 [ECLI:ES:TS:2017:3375], 19 de julio de 2017 [ECLI:ES:TS:2017:7502A] y 30 de abril de 2015 [ECLI:ES:TS:2015:1923].

²³ En la STS (Sala de lo Civil) de 11 de enero de 2017 [ECLI:ES:TS:2017:81A].

²⁴ Me refiero a la STS 6 de marzo de 2020 [ECLI:ES:TS:2020:791], que indica que: «Cuando se inició el año 2008, ambas partes estuvieron de acuerdo en prorrogar el contrato por un año, pues de hecho lo hicieron [...]. Cuando ZGM, libremente, asume la prórroga del contrato de gestión publicitaria sabe que [...] conllevaba el riesgo de no llegar a conseguir y facturar ese mínimo de publicidad, y tener que compensar por ello a TVG. La bajada de demanda de publicidad en TV, al venir referida a un corto periodo de tiempo, un año, no dejaba de ser un riesgo cubierto por el contrato, además de que no fue algo tan drástico e imprevisible: el descenso de la inversión publicitaria en general fue de 25,9 millones de euros en 2007 a 24,1 millones de euros en el 2008».

²⁵ Como las SSTS (Sala de lo Civil) de 21 de marzo de 2018 [ECLI:ES:TS:2018:2911A] y de 10 de abril de 2018 [ECLI:ES:TS:2018:1775].

²⁶ Tal y como se indica en la STS (Sala de lo Civil) de 16 de mayo de 2017 [ECLI:ES:TS:2017:1891].

el contrato objeto del litigio contemplaba la modificación normativa atribuyendo el riesgo a una parte, dado el alcance de la citada ley, no puede entenderse que tenga el demandado incumplidor que asumir íntegramente los efectos de esta reforma, que han generado una auténtica desproporción entre partes, y reduce el importe de la cláusula penal por incumplimiento que establecía el contrato por aplicación de la *rebus*. Otro cambio normativo relevante fue la derogación del Real Decreto 661/2007, legislación muy favorable a la producción de energía solar mediante instalaciones fotovoltaicas, y que se ha sustituido por el Real Decreto-Ley 9/2013 y el Real Decreto 413/2014, mucho menos favorables²⁷. La jurisprudencia más actual analiza la posibilidad de aplicar la cláusula *rebus sic stantibus* a estos contratos. Uno de los supuestos es el de una empresa arrendataria de unos terrenos rústicos destinados a una instalación fotovoltaica; la SAP de Murcia (Sección 4.ª) de 30 de mayo de 2019 [ECLI:ES:APMU:2019:1200] concluye que, al estar en un mercado regulado, para un «operador diligente» no será un hecho imprevisible un cambio legislativo, por muy perjudicial que este cambio le resulte al arrendatario (en este caso, había sufrido una reducción de los ingresos del 27,3 %). Otro supuesto juzgado es el de una demanda en la que los demandantes, accionistas de una sociedad que desarrolla proyectos fotovoltaicos, habían otorgado una fianza en favor de la sociedad, para que la entidad bancaria demandada otorgase aval en garantía de una subvención. Al igual que el supuesto anterior, el contrato se firma antes de la modificación legislativa operada en 2013 y 2014, posteriormente la empresa quiebra ante la disminución de la rentabilidad y el banco, al no recobrar lo prestado, acude contra los accionistas fiadores, quienes alegan la cláusula *rebus sic stantibus*. Decide la STS de 18 de julio de 2019 [ECLI:ES:TS:2019:2556] que el riesgo del cambio normativo debe recaer sobre los fiadores, dado que la causa del contrato de fianza es aumentar la seguridad del acreedor de que recuperará su crédito, y son precisamente los fiadores los que asumen el riesgo de que el deudor principal, la empresa, no pueda asumir sus obligaciones. Vuelve a recordar el tribunal que para un «operador económico prudente» no es imprevisible este cambio normativo. Y por todo ello, determina la no aplicación de la cláusula en estos dos casos.

Otro grupo de sentencias reitera la doctrina jurisprudencial que se venía considerando antes de las SSTS de 17 y 18 de enero de 2013, indicando que la dificultad de la parte compradora para obtener financiación y poder cumplir con un contrato es un riesgo exclusivo del deudor, inadmitiendo la aplicación de la *rebus* en estos supuestos. Aunque deja la puerta abierta a aplicar la cláusula por imposibilidad de financiación, matiza que debe ser absolutamente imprevisible en el momento de celebrar el contrato (no bastando «las dificultades subjetivas de financiación»), y que la crisis, por si sola, no permite al comprador desistir²⁸.

²⁷ El nuevo régimen de retribución del sector eléctrico establecido por el Real Decreto-Ley 9/2013 y el Real Decreto 413/2014 suprimía el régimen retributivo específico para las energías renovables creado por el Real Decreto 661/2007, produciendo un notable recorte (casi 1.700 millones de euros) en las energías renovables.

²⁸ Entre otras, la STS (Sala de lo Civil) de 13 de julio de 2017 [ECLI:ES:TS:2017:2848].

Finalmente, recuerda el tribunal que las crisis financieras ocurren con cierta recurrencia, y que no es una circunstancia que los profesionales puedan ignorar²⁹.

Otros supuestos se refieren a la compraventa de fincas donde el comprador alega que la base negocial del contrato era la expectativa del desarrollo urbanístico, truncada por la crisis de 2008. El tribunal no admite la cláusula y reitera que una fluctuación del valor de mercado es un riesgo claro que debe asumir el comprador³⁰.

Cabe mencionar igualmente el supuesto en el que los herederos pactan con la viuda del causante la sustitución de la cuota usufructuaria viudal de esta, correspondiendo la mayoría de los bienes a una empresa de construcción, por una renta vitalicia de 3.000 euros. El Supremo rechaza la aplicación de la cláusula ante una disminución de la facturación de la sociedad por dos motivos: el primero es que los herederos han asumido el riesgo ya que, si hubieran querido que la otra parte también lo hiciera, hubieran establecido una renta porcentual en función de los beneficios de la empresa; y, en segundo lugar, si la situación fuera la inversa y los ingresos hubieran aumentado enormemente, la viuda no tendría derecho a ver aumentada su cuota³¹. Y, por último, un ejemplo en materia de propiedad industrial donde la parte incumplidora del contrato de licencia de marca la invoca para reducir las obligaciones que tenía frente a la parte titular de la marca. En este caso, se desestima su aplicación por entender que en el contrato se encuentra recogido el supuesto de una disminución en las ventas, y su pretensión no ha podido ser atendida porque ha incumplido su deber de satisfacer el canon³².

Toda esta jurisprudencia nos lleva a concluir que, a pesar del intento «normalizador» que expresaban las SSTs de 30 de junio de 2014 y 15 de octubre de 2014, esta figura ha seguido siendo aplicada excepcionalmente por los tribunales, especialmente el Tribunal Supremo, en los años posteriores. Así, entre 2012 y marzo de 2020, el Supremo solo ha admitido la aplicación de la cláusula en tres sentencias, y si consideramos las sentencias de audiencias provinciales, entre enero de 2014 y diciembre de 2016, se ha estimado su aplicación en 7 de 50 casos (Milá Rafael, 2017, pp. 2.972 y 2.973).

3.2.5. Situación sanitaria derivada de la covid-19

De forma general, la cláusula *rebus sic stantibus* se sigue aplicando de manera restrictiva, tal y como se ha podido ver en el apartado anterior. Sin embargo, un supuesto comienza a

²⁹ Aunque esta sentencia es un poco anterior, para analizar la posición más reciente del TS resulta de obligada referencia la STS (Sala de lo Civil) de 11 de diciembre de 2014 [ECLI:ES:TS:2014:5210].

³⁰ Entre otras, la STS (Sala de lo Civil) de 24 de febrero de 2015 [ECLI:ES:TS:2015:1698].

³¹ Este supuesto lo recoge la STS (Sala de lo Civil) de 5 de abril de 2019 [ECLI:ES:TS:2019:1148].

³² Como indica la SAP de Barcelona (Secc. 17.ª) de 15 de noviembre de 2018 [ECLI:ES:APB:2018:11881].

destacar en nuestra jurisprudencia más reciente: la alteración sobrevenida de las circunstancias que ha ocasionado la pandemia de la enfermedad covid-19.

Para comprender cuál es el estado de la cuestión en relación con la cláusula *rebus sic stantibus*, es necesario hacer referencia a los recientes pronunciamientos que, en relación con la situación sanitaria provocada por la covid-19, están realizando nuestros tribunales. El supuesto de hecho común a todos ellos es el siguiente: en un contrato de arrendamiento en el sector hostelero, comercial o turístico, el arrendatario demanda a su arrendador para reducir la renta pactada y debida, amparándose en la alteración sobrevenida de las circunstancias que la covid-19 y el estado de alarma han provocado.

Los primeros signos de cambio se han dejado ver en numerosos autos de juzgados de primera instancia en los que se admite, como medida cautelar, la suspensión del pago de la renta, o la prohibición de ejecutar el aval bancario entregado como garantía de cumplimiento de aquella. Ejemplos de ello son el AJPI de Navacarnero (núm. 4) de 25 de septiembre de 2020 [ECLI: ES:JPII:2020:28A], el AJPI de Barakaldo (núm. 3) de 1 de septiembre de 2020 [ECLI: ES:JPI:2020:27A], el AJPI de San Sebastián (núm. 1) de 6 de octubre de 2020 y el AAP de Valencia (Sección 8.^a) de 10 de febrero de 2021 [ES:APV:2021:66A], entre otros. Además, en dos sentencias recientes se ha estimado la pretensión del arrendatario, y el tribunal ha procedido a la revisión del contrato. Son la SJPI de Cáceres (núm. 2) de 11 de agosto de 2020 [ECLI: ES:JPII:2020:315] y la SJPI de Barcelona (núm. 20) de 8 de enero de 2021 [ECLI: ES:JPI:2021:1]. En concreto, se ha determinado que la reducción de la renta es procedente.

Por un lado, respecto a los autos de medidas cautelares. Cuando estos autos analizan los tres requisitos que deben concurrir para que se estime la medida cautelar, en concreto el presupuesto del *fumus boni iuri*³³, se llega a una serie de conclusiones en relación con la *rebus sic stantibus* que son interesantes. Aunque en este análisis no se entre a prejuzgar el fondo del asunto. En primer lugar, se determina que la epidemia, y las restricciones que el gobierno ha adoptado para hacerle frente (sobre todo, el estado de alarma)³⁴ cumplen con la imprevisibilidad y la extraordinariedad exigidas por la doctrina jurisprudencial de la *rebus sic stantibus*³⁵. Incluso llegan a indicar que tal extremo es un hecho notorio y que, por lo tanto, no requiere de prueba por la parte que lo alega³⁶. Los jueces añaden que «la imprevisibilidad de la actual pandemia es "mucho menos discutible" que la de otro hecho com-

³³ El artículo 728 de la LEC establece tres requisitos que deben cumplirse para que se pueda adoptar una medida cautelar: a) Peligro por la mora procesal (*periculum in mora*); b) Apariencia de buen derecho (*fumus boni iuris*); y c) El otorgamiento de caución por el solicitante.

³⁴ Recordemos que el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, proclamó el estado de alarma en nuestro país, y esta situación de excepción se prolongó hasta el 20 de junio de 2020.

³⁵ Así lo indican el AAP de Valencia (Sección 8.^a) de 10 de febrero de 2021 [ES:APV:2021:66A] y el AJPI de San Sebastián (núm. 1) de 6 de octubre de 2020.

³⁶ Como el AJPI de Navacarnero (núm. 4) de 25 de septiembre de 2020 [ECLI: ES:JPII:2020:28A].

parable como es la recesión del 2008»³⁷. Crisis que, recordemos, fue considerada como alteración extraordinaria y sobrevenida por la jurisprudencia del Tribunal Supremo³⁸. Así, los juzgados concluyen que sería razonable pensar que la pretensión de la demandante (la arrendataria) pudiera llegar a prosperar y se procediera, en consecuencia, a la revisión del contrato impugnado y a una reducción de la renta³⁹.

En segundo lugar, se establece en estos autos que la pandemia ha afectado extraordinariamente a la actividad comercial que se ejercía en los locales en cuestión, alterándose el núcleo contractual, de tal manera que se ha roto el equilibrio en él establecido⁴⁰. Así, una de las partes ha pasado a estar en una situación de desproporción exorbitante y a soportar una excesiva onerosidad, como es tener que hacer frente a la integridad de la renta pactada aun cuando el negocio está cerrado por imperativo legal⁴¹. Ahora bien, la apreciación de la pandemia como circunstancia imprevisible y de entidad suficiente capaz de generar una alteración extraordinaria de las circunstancias no conlleva automáticamente a la apreciación de una mayor onerosidad. Por el contrario, debe probarse tanto la mayor onerosidad producida, como la causalidad entre la pandemia y su generación⁴².

Además, destaca que la revisión contractual que nuestros tribunales están realizando es de carácter provisional, y no permanente. La modificación considerada por los jueces se limita al periodo en el que estuvo declarado el estado de alarma y se mantuvo en vigor el cierre de los comercios⁴³. Asimismo, en estos autos se le da mucha importancia a que la actora (la arrendataria) haya intentado una reducción negociada de la renta. Solamente en el supuesto de que no obtenga una respuesta por parte del arrendador, o esta sea negativa, no le quedará otro remedio que acudir a la jurisdicción⁴⁴.

Por último, recuerdan los tribunales que, en caso de que en el contrato se haya previsto el riesgo de pandemia, o si se hubiese asignado tal riesgo a una de las partes, no cabría la

³⁷ Así lo recoge el AJPI de Barakaldo (núm. 3) de 1 de septiembre de 2020 [ECLI: ES:JPI:2020:27A].

³⁸ Las SSTs de 30 de junio de 2014 [ECLI: ES:TS:2014:2823] y de 15 de octubre de 2014 [ECLI: ES:TS:2014:5090].

³⁹ Como en el AJPI de El Prat de Llobregat (núm. 2) de 15 de julio de 2020.

⁴⁰ Así lo indica el AJPI de Madrid (núm. 74) de 13 de agosto de 2020 [ECLI: ES:JPI:2020:19A].

⁴¹ Son insistentes los tribunales a la hora de reiterar que lo realmente importante no es la pandemia de covid-19 en sí misma considerada, sino que el foco debe ponerse en el Real Decreto 463/2020 de 14 de marzo. Este instrumento normativo es el que obligó al cierre del comercio y a la paralización de la actividad económica y comercial, siendo el auténtico causante de la disminución en los ingresos de los distintos arrendatarios. Entre otros, AJPI de Barakaldo (núm. 3) de 1 de septiembre de 2020 [ECLI: ES:JPI:2020:27A].

⁴² Como en el AJPI de Barakaldo (núm. 3) de 1 de septiembre de 2020 [ECLI: ES:JPI:2020:27A].

⁴³ Así lo recogen el AJPI de Benidorm (núm. 2) de 7 de julio de 2020 [ECLI: ES:JPI:2020:20A] y el AJPI de Barakaldo (núm. 3) de 1 de septiembre de 2020 [ECLI: ES:JPI:2020:27A].

⁴⁴ Tal y como indica el AJPI de Barakaldo (núm. 3) de 1 de septiembre de 2020 [ECLI: ES:JPI:2020:27A].

aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*⁴⁵. Aunque matizan que esta circunstancia parece poco probable⁴⁶.

Por otro lado, respecto a las sentencias, son ya dos los juzgados de primera instancia que han estimado la procedencia de la revisión del contrato en aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*.

En primer lugar, la SJPI de Cáceres (núm. 2) de 11 de agosto de 2020 [ECLI: ES:JPII:2020:315]⁴⁷, que estimó la pretensión de la parte arrendataria, y declaró dos reducciones de un 25 % y un 40 % de la renta que debía pagar a la arrendadora en los periodos de 14 de marzo de 2020 a 11 de mayo de 2020, y de 11 de mayo hasta la finalización del estado de alarma (20 de junio de 2020), respectivamente.

Y, en segundo lugar, la SJPI de Barcelona (núm. 20) de 8 de enero de 2021 [ECLI: ES:JPI:2021:1]⁴⁸, que concede una reducción del 50 % de la renta desde el 1 de abril de 2020 al 31 de marzo de 2021.

Ambas sentencias defienden la concurrencia de los tres requisitos exigidos por la doctrina de la *rebus sic stantibus*:

- a) Ambos jueces consideran que la pandemia de la covid-19 es una alteración extraordinaria de las circunstancias. Se indica que la dimensión de los efectos económicos, sanitarios y sociales originados por la pandemia lleva inequívocamente a su calificación como tal.
- b) Además, la imprevisibilidad queda demostrada por el hecho de que estamos ante un suceso que no había sucedido con anterioridad. El juez de Barcelona llega a decir que «pudiéndose remontar, como situación análoga a la denominada gripe española de los principios del S. XX».

⁴⁵ En el AJPI de Barcelona (núm. 31) de 21 de septiembre de 2020 [ECLI: ES:JPI:2020:22A].

⁴⁶ En el AJPI de Barakaldo (núm. 3) de 1 de septiembre de 2020 [ECLI: ES:JPI:2020:27A].

⁴⁷ En el presente supuesto, la mercantil Raquel Jeca, SL alquiló un local a la mercantil Baisa Out, SLU, mediante un contrato celebrado el 19 de noviembre de 2019. La arrendataria deja de pagar a la demandada las facturas de marzo a junio de 2020, y la parte demandante ejercita una acción de desahucio por incumplimiento del contrato y de reclamación de la cantidad adeudada. La parte demandada opone la cláusula *rebus sic stantibus* como consecuencia de la covid-19.

⁴⁸ Los antecedentes de hecho son los siguientes: La actora es arrendataria de 26 viviendas y 1 local en un contrato de arrendamiento de industria que destina al arrendamiento turístico. El demandado y arrendador es un gran tenedor de viviendas. Como consecuencia del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, la actora ve reducida su facturación en un 82,7 %, y deja de pagar la renta. En la demanda solicita que el tribunal determine la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* y que, como consecuencia, rebaje la renta que debe pagar.

- c) Por último, en cuanto a la excesiva onerosidad, dicen los dos juzgados que la declaración del estado de alarma por parte del Gobierno ha frustrado la finalidad económica primordial del contrato. Los ingresos se reducen en tal magnitud que no era posible la obtención de beneficios. Lo cual, unido a la ruptura del equilibrio entre las prestaciones, ha provocado que la conmutatividad contractual haya quebrado. Todo ello ha llevado a que se produzca una excesiva onerosidad para la parte arrendataria, con independencia de que el arrendador no haya realizado ninguna actuación culpable que haya podido producir tal onerosidad.

Según estos dos juzgados, es determinante que la parte que pretende una revisión jurisdiccional del contrato haya intentado previamente llegar a una negociación con su contraparte. En el supuesto de hecho de ambas sentencias, la arrendataria intentó previamente una negociación, y se encontró con la negativa de su arrendador. El juez de Barcelona incluso hace referencia a este intento de negociación como un cuarto requisito para que se pueda estimar la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*.

Aunque el tribunal matiza que, a pesar de que el local arrendado ya no cumpliera con la finalidad económica esencial del contrato (no se podía realizar la actividad económica), la posesión del mismo sí que le reportó al arrendatario alguna ventaja (pudo depositar mercancías, realizar trabajo de oficina, etc.). E indica el juez que esta utilidad debe ser remunerada. Por ello, no sería adecuado eximir al arrendatario del pago de la totalidad de la renta, sino que el restablecimiento del equilibrio solo se consigue con su reducción.

En definitiva, lo que pretenden estos dos jueces con la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* en la situación de pandemia es que las pérdidas de la modificación se distribuyan de manera equitativa y justa entre las partes. Siempre teniendo presente el objetivo último de mantener la viabilidad de las empresas.

3.3. Efectos de la cláusula *rebus sic stantibus*: adaptación o resolución del contrato

No existe unanimidad en la doctrina y jurisprudencia españolas sobre cuál de los remedios –adaptación del contrato o resolución– procede a través de la cláusula *rebus sic stantibus*.

- a) Parte de la doctrina (Díez-Picazo, 2008, pp. 1.080-1.081 y Orduña Moreno, 2017, pp. 22-23) defiende la resolución frente al remedio modificativo como regla general. La parte perjudicada dispone de la facultad de optar entre cumplir el contrato en sus propios términos o demandar su resolución por haber desaparecido la base de negocio, y haber perdido todo interés en recibir la prestación. Tampoco parece razonable, en opinión de esta doctrina, que se obligue a una parte a permanecer en un contrato que ha sido modificado por el juez, sin contar con su

participación en la reformulación de su contenido. En cualquier caso, cabe objetar a la resolución por frustración del contrato que tal remedio puede conseguirse sobre la base del principio de reciprocidad (art. 1289 CC) o de la existencia de una condición resolutoria implícita (Parra Lucán, 2015, p. 34).

- b) Otro sector de la doctrina (Lacruz Berdejo, 1999, p. 518 y Amunátegui Rodríguez, 2003, pp. 285 y ss.) considera, sin embargo, que la consecuencia jurídica debe ser la modificación o adaptación de los términos del contrato a la nueva situación. Invoca este sector el principio de conservación de los actos y los negocios jurídicos, o *favor contractus* (art. 1284 CC), elevado por la jurisprudencia a principio general del derecho⁴⁹, según el cual se debe tratar de «dar una respuesta adecuada a las vicisitudes que presenta la dinámica contractual desde la preferencia y articulación de los mecanismos que anidan en la validez estructural del contrato y su consiguiente eficacia funcional, facilitando el tráfico patrimonial y su seguridad jurídica»⁵⁰. También apoya la solución modificativa el principio de la buena fe del artículo 1258 CC, que nos lleva a pensar que uno de los contenidos del contrato es el deber de negociación cuando se ha producido la frustración del fin común de este, y no pueda atribuirse el riesgo a una de las partes (Parra Lucán, 2015, p. 31). Ahora bien, es muy difícil establecer cuál es el contenido de este deber de negociación, así como las consecuencias en caso de que falte acuerdo entre las partes.

No ofrece duda que en caso de frustración de la base del negocio cabe la resolución. La dificultad reside en los casos de excesiva onerosidad determinante de un desequilibrio de las prestaciones: ¿adaptación o resolución?

En derecho comparado, en los sistemas próximos al nuestro que regulan expresamente la *rebus sic stantibus*, observamos como en Italia, según el artículo 1467 del Codice Civile, la parte perjudicada puede exigir la resolución, pero la otra parte puede evitarla ofreciendo una modificación equitativa. Corresponde al juez, en todo caso, dictar la resolución, no la adaptación. En Alemania, solo cuando la adaptación del contrato no es posible entre las partes, procede la resolución. En Francia, la doctrina prioriza, conforme al principio de buena fe, el deber de renegociación frente a la extinción del contrato, y solamente si las partes no llegan a un acuerdo, cabe extinguir (Parra Lucán, 2015, p. 35).

⁴⁹ Como así contemplan las SSTS (Sala de lo Civil) de 15 de enero de 2013 [ECLI:ES:TS:2013:1153] o de 28 junio de 2012 [ECLI:ES:TS:2012:5765] que, además, consideran que este es también un principio fundamental del Derecho Contractual Europeo, de la Convención de Viena, de los Principios de Derecho Europeo de la Contratación (PECL) y, particularmente, de la propuesta de Anteproyecto de Ley de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos.

⁵⁰ Así lo indica la STS (Sala de lo Civil) de 15 de enero de 2013 [ECLI:ES:TS:2013:1153].

Se separan del planteamiento del derecho continental los sistemas anglosajones que sobre la base de la «frustration» defienden la liberación de las partes de sus deberes legales, de tal modo que la adaptación del contrato solo será posible si así lo tuvieran pactado en él (Speidel, 1982, pp. 801 y ss.).

En el derecho contractual europeo, plasmado tras una tarea de armonización a través del DCFR, se regula esta cláusula *rebus* en su artículo III.-1:110, que lleva como rúbrica «modificación o extinción por el juez a causa de un cambio en las circunstancias». En el mismo se nos establece que el tribunal puede modificar el contrato para que resulte más razonable y equitativo en las nuevas circunstancias. Además, también puede poner fin a la relación, indicando la fecha y condiciones en que se produce. Pero esta segunda solución judicial procede únicamente cuando se cumplen una serie de requisitos, destacando que el deudor haya intentado la renegociación del contrato y esta no se haya alcanzado.

En la PCC, vemos que la cláusula *rebus* se encuentra contemplada en el artículo 526-5, indicando que, primero, el contratante perjudicado debe intentar una renegociación dirigida a la revisión razonable del contrato. Solo cuando no sea posible, o no resulte razonable, imponerla a la otra parte, podrá el juez determinar la resolución, indicando los términos de la misma.

La jurisprudencia española, por su parte, establece que es de aplicación preferente la «modificación» de las cláusulas contractuales, aunque no especifica en qué debe consistir la modificación, más allá de procurar el equilibrio de las prestaciones, lo que en la práctica plantea también dificultades relevantes. Llegando incluso la STS (Sala de lo Civil, Sección 1.^a) de 12 noviembre de 2004 [ECLI: ES:TS:2004:7324] a indicar que: «En cuanto a sus efectos le ha negado los rescisorios, resolutorios o extintivos del contrato otorgándole los modificativos del mismo, encaminados a compensar el desequilibrio de las prestaciones»⁵¹. Asimismo, reitera la ya citada STS de 15 de octubre de 2014 [ECLI:ES:TS:2014:5090] que debe aplicarse de forma preferente la solución modificativa, que sigue el principio de conservación de los actos y los negocios jurídicos, o *favor contractus*, reconociendo que esta solución es la que mejor se adecua a la naturaleza y características del contrato del litigio.

Ahora bien, parece claro igualmente que la modificación del contrato, como remedio preferente al de resolución, corresponde a las partes. Es decir, no se atribuye al juez la facultad de adaptar el contrato e imponerlo a las partes, por lo que, si la renegociación entre estas no es posible, el juez únicamente puede decidir la resolución (el único texto que permite a los tribunales la adaptación es el DCFR). Y aún con todo, en caso de que el juez determi-

⁵¹ También las SSTS (Sala de lo Civil) de 29 de mayo de 1996 [ECLI:ES:TS:1996:3285], 10 de febrero de 1997 [ECLI:ES:TS:1997:855], 15 de noviembre de 2000 [ECLI:ES:TS:2000:8311], 27 de mayo de 2002 [ECLI:ES:TS:2002:3799], 21 de marzo de 2003 [ECLI:ES:TS:2003:1967] y 22 de abril de 2004 [ECLI:ES:TS:2004:2638].

nara la resolución del contrato, su labor no acabaría ahí, sino que le correspondería determinar las consecuencias derivadas de su decisión resolutoria como, a modo de ejemplo, la fijación de la fecha en que comienza a producir efectos la resolución, resolviendo sobre la existencia, o no, de retroactividad; el establecimiento de a quién le corresponde el pago de los gastos derivados de esta; la fijación, en su caso, de intereses, etc. Siempre teniendo presente que, en esta materia, prima la voluntad de las partes frente a la intervención del juez, que debe ser mínima.

4. Cláusulas MAC: configuración del cambio de circunstancias como riesgo pactado o previsto

4.1. Introducción

Hemos visto como la cláusula *rebus sic stantibus* sigue siendo aplicada por los tribunales de forma excepcional y, por lo tanto, nos planteamos cómo pueden aquellas empresas inversoras cubrirse de los riesgos derivados de modificaciones de las circunstancias imprevisibles y extraordinarias cuando firman contratos de compraventa de empresas. En otras palabras, la ausencia de una regla general que regula la *rebus sic stantibus* supone un incentivo para el desarrollo convencional de cláusulas en las que las partes prevean las consecuencias de ciertas circunstancias imprevisibles que pueden sobrevenir y perjudicar sus intereses. En este tipo de contratos es normal que se separe el momento de la firma⁵² y el momento de la producción de efectos y transmisión de la propiedad de la empresa objeto de adquisición (en adelante, empresa objetivo)⁵³. Este periodo intermedio es lo que se denomina «periodo interino». La duración de este dependerá del plazo que se pacte para verificar que se han cumplido las condiciones suspensivas del contrato, cabiendo todo tipo de previsiones, siendo las más comunes las relativas a reestructuraciones societarias, autorizaciones de carácter regulatorio, obtención de documentación financiera, contratos accesorios, etc. Cuanto más largo sea este periodo interino, aumentan las posibilidades de que se produzcan circunstancias sobrevenidas e imprevisibles (ya sea sobre la empresa objetivo, o sobre el comprador o el vendedor), o, al menos, poco previsibles para las partes, que aumenten extraordinariamente la onerosidad de alguna de las prestaciones, y que modifiquen las condiciones que motivaron la formación de la voluntad de las partes. Producidas estas, el comprador querrá modificar los términos, o incluso abandonar la operación. Para reducir este riesgo, las partes establecen cláusulas que regulan expresamente las consecuencias ante el acontecer de estos cambios: son las cláusulas de cambios materiales adversos o efectos materiales adversos, del inglés *material adverse change* o *material adverse*

⁵² El término usado en inglés para definir este hito es *signing*.

⁵³ El término usado en inglés para definir este hito es *closing*.

effect, o MAC (El Derecho Lefebvre, 2019). Debemos observar que los presupuestos de ejecución de tales cláusulas son casi idénticos a los que hemos usado para definir la cláusula *rebus sic stantibus*: «modificación sobrevvenida de las circunstancias», «imprevisibilidad», «extraordinaria onerosidad de las prestaciones» o «frustración del fin contractual». Y las consecuencias, asimismo, son las mismas, la renegociación del contrato o su extinción por el desistimiento de la parte perjudicada.

En cuanto al contenido de estas cláusulas, es importante definir detalladamente los supuestos que se incluyen, así como cuáles son sus efectos, en aras de una mayor seguridad jurídica y de una menor discrecionalidad de los jueces. Por ello, y teniendo presente la libertad de las partes conforme al artículo 1255 del CC, lo habitual es incluir una definición de «cambio material adverso» en las definiciones del contrato, y luego incluir la cláusula MAC en la parte de manifestaciones y garantías, indicando que, desde la fecha de firma, no se ha producido ningún cambio adverso relevante, e indicando criterios de relevancia y límites temporales o cuantitativos. La definición de MAC, según Glover, Becker y Alterbaum (2019), suele hacerse en los siguientes términos:

Cualquier evento, cambio, circunstancia, ocurrencia, efecto, resultado o estado de los hechos que, individualmente o en conjunto es, o razonablemente podría ser, materialmente adverso para el negocio, sus activos, pasivos, condiciones financieras, o el resultado de las operaciones de la empresa objeto de compra y sus filiales, y que, consideradas individual o conjuntamente, perjudican la capacidad del vendedor para consumar o impiden o retrasan materialmente cualquiera de las transacciones contempladas en el acuerdo final de compra⁵⁴ (p. 1).

Normalmente estos hechos se identifican de forma expresa, en función de las circunstancias, y los más destacables son de tres tipos: los externos a la empresa objetivo (como cambios en los mercados de valores, en el tipo de interés o en la normativa), los que afectan a la empresa objetivo (como la rescisión de contratos que sobrepasen un porcentaje de la facturación, o el descenso de la facturación por una cuantía previamente establecida) y los que afectan a la situación del comprador (como la imposibilidad de obtener financiación) (El Derecho Lefebvre, 2019).

En cualquier caso, Gili Saldaña (2013, p. 12) indica que el vendedor dispone de una serie de mecanismos para que estas cláusulas no sean demasiado onerosas para su posición. El

⁵⁴ Del inglés: «Any event, change, circumstance, occurrence, effect, result or state of facts that, individually or in the aggregate is, or would reasonably be expected to be, materially adverse to the business, assets, liabilities, condition (financial or otherwise) or results of operations of the target and its subsidiaries, taken as a whole, or that, individually or in the aggregate, materially impairs the ability of the seller to consummate or prevents or materially delays, any of the transactions contemplated by the definitive purchase agreement».

primero es definir claramente cuáles son los estándares de relevancia, es decir, establecer cómo debe ser el cambio, tanto cualitativa como cuantitativamente, para que se considere material (o relevante), aunque la realidad en la práctica es que se defina de forma general y abstracta, y será el juez quien lo determine. La segunda opción es incluir una serie de excepciones⁵⁵ bajo las que, en caso de darse un MAC, no sería responsable el vendedor. Y es que una cláusula MAC no deja de ser un mecanismo para distribuir el riesgo entre comprador y vendedor. La doctrina (Miller, 2009, p. 2.049 y ss.) divide los riesgos que pueden afectar a estas operaciones en cuatro tipos: el primero engloba los que afectan a la empresa objetivo, son los *firm-specific MACs*; el segundo tipo son los *systematic risks*, aquellos sobre los que las empresas no tienen control; en tercer lugar, los *indicator risks*, que comprenden la posibilidad de que no se cumpla con las expectativas financieras o económicas de la empresa; y por último, los *agreement risks*, que son aquellos riesgos que derivan de la celebración del propio contrato⁵⁶.

En derecho anglosajón, si nada se dice, el vendedor asume el primer tipo de riesgo, y el comprador asume los otros tres (Glover *et al.*, 2019, p. 3) y, partiendo de esto, se negociará quién pasa a asumir qué riesgos, dependiendo del caso concreto, y, por ejemplo, los compradores tratarán de incluir que un efecto sobre las «perspectivas» futuras de la empresa objetivo constituyan un MAE. Las largas negociaciones de la cláusula MAC, y de sus excepciones, son la regla general, y observaremos una dinámica en la que el comprador tratará de protegerse de los riesgos externos e internos, mientras que el vendedor buscará que esta cláusula no quede configurada como un auténtico derecho de desistimiento para el comprador (García Medina, 2010, pp. 5 y ss.).

También debemos mencionar que las funciones que la doctrina (Gili Saldaña, 2013, p. 13-16) otorga a estas cláusulas son tres: la primera es corregir posibles problemas de información asimétrica, el vendedor dispone de información a la que el comprador no tiene acceso. Como consecuencia, y ante la falta de información, el segundo querrá desarrollar una cláusula MAC amplia que le dé derecho a rescindir el contrato en una variedad extensa de supuestos, y así contrarrestar la incertidumbre, sin la que no comprará. Frente a esto, la única opción que tiene el vendedor es desvelar la información que posee y así reducir la incertidumbre. La segunda función es que incentiva al vendedor a invertir en la empresa objetivo en el periodo interino, eliminando así el riesgo moral que puede darse. Podemos pensar que si el propietario ha vendido la empresa, ya no tiene una motivación para mantener el nivel de inversión en la misma, y ante la falta de inversión se producirá una disminución del valor de esta, lo cual habilita para ejercitar la

⁵⁵ En inglés se denominan *carve-outs*.

⁵⁶ Otra clasificación de los riesgos de Macias (2011, pp. 8-9) distingue entre los cambios que afectan a todo el mercado (*market-wide MACs*) y aquellos que solo afectan a la compañía (*firm-specific MACs*), que se dividen, a su vez, en exógenos, cuando no guardan relación con los problemas de información asimétrica, y endógenos, cuando se derivan de problemas de selección adversa o de riesgo moral.

cláusula MAC. Por último, la tercera función es la asignación de riesgos entre comprador y vendedor, tal y como ya hemos indicado en líneas anteriores.

4.2. Origen y desarrollo en el derecho anglosajón

Las cláusulas MAC tienen su origen en los Estados Unidos de América (EUA) en la década de 1940, siendo en un primer momento disposiciones muy breves, y es a partir de la década de 1990 cuando comienzan a volverse más complejas y detalladas, implicando un proceso negociador enrevesado. Algunas de las razones que motivaron esta transformación fueron las crisis financieras y bancarias, la burbuja inmobiliaria, desastres naturales como el huracán Katrina, los escándalos financieros como Enron, o incluso los distintos ataques terroristas. Es notable, además, que desde 1990 ha habido un incremento exponencial de operaciones de fusiones y adquisiciones (Gili Sandaña, 2013, p. 6).

Ante la ausencia de pronunciamientos por parte de la jurisprudencia española, puede resultar interesante comentar alguno de los casos de los EUA y el Reino Unido (RU) que han configurado la figura en el derecho anglosajón. Así, el más importante es el caso *IBP, Inc. v. Tyson Foods, Inc.*⁵⁷, en la jurisdicción estadounidense, y el caso *Levinson Co v. Farin*⁵⁸, ante los tribunales ingleses, que comentaremos en líneas posteriores. También es destacable la decisión del Takeover Panel inglés en el caso *WPP Group PLC v. Tempus Group PLC*⁵⁹.

Es importante distinguir las cláusulas MAC de la doctrina de la frustración del contrato del derecho anglosajón. Esta última presupone imposibilidad del cumplimiento, sin culpa de las partes, como consecuencia de que las circunstancias tenidas en cuenta en su celebración han cambiado y exigen una prestación radicalmente distinta. En cambio,

⁵⁷ *In re IBP, Inc. Shareholders Litigation* [798 A. 2d 14 (Del. Ch. (2001))]: Tyson Foods, Inc. firma un contrato de fusión con IBT que incluía una cláusula MAC. Durante el primer semestre, tras la firma, IBT disminuye su beneficio de 1,93 \$/acción a 0,19 \$/acción, lo que representa una disminución de un 64 %. Tyson Foods, Inc. solicitó que se aplicara la cláusula MAC, pero el tribunal lo rechazó.

⁵⁸ *Levinson v. Farin* ([1978] 2 All E.R. 1149): Farin firma un contrato de adquisición de la firma Levinson Co. Levinson había comunicado a Farin que el diseñador de la primera estaba gravemente enfermo y que la compañía atravesaba por un duro momento económico, afirmando que no había ningún otro cambio adverso. Al tomar Farin el control de la empresa descubre que su valor neto era un 20 % inferior a lo manifestado. El tribunal consideró que ante la falta de una definición de lo que era «relevante», este supuesto tenía cabida y procedía aplicar la cláusula MAC.

⁵⁹ *WPP Group PLC v. Tempus Group PLC* (Statement 2001/15, Nov. 6, 2011): WPP realiza una oferta de adquisición de Tempus, firman contrato con cláusula MAC, pero tras los ataques del 11-S de 2001 desiste de la adquisición. El Takeover Panel indicó que solo se podían invocar las MAC frente a cambios adversos relevantes que afectaran a la finalidad principal de la operación y que fueran asimismo determinantes de la frustración del contrato, inadmitiendo la aplicación de la cláusula.

los requisitos para aplicar la cláusula MAC no son, o no deberían ser, tan estrictos en cuanto en que no exigen imposibilidad. Manzanares Secades (2016, p. 28) nos ofrece un ejemplo, para ver tal distinción, en la adquisición de Merrill Lynch por Bank of America, que se produjo durante la caída de Lehman Brothers. Merrill Lynch sufrió pérdidas de 15.000 millones de dólares durante el periodo interino de la operación, por lo que habría cabido la aplicación de la cláusula MAC, pero no la doctrina de frustración del contrato, ya que Merrill Lynch, a pesar de estas pérdidas, seguía teniendo valor por su marca, lo cual quedó aún más probado cuando el Gobierno de los EUA concedió beneficios fiscales (20 millones de dólares) a Bank of America para que no desistiera de la operación.

4.3. Requisitos. Casos relevantes

Para que la cláusula MAC sea de aplicación deben darse tres requisitos: a) que se produzca un cambio; b) que el cambio sea «material» o relevante; y c) que el cambio sea adverso.

1. En cuanto al primero de los requisitos, el cambio, se caracteriza por tres notas. La primera es que se haya producido una modificación de alguna de las circunstancias que estaban previstas en la cláusula en el momento de la firma del contrato, tal y como se indica en la definición acordada por las partes. La segunda es que la existencia del cambio sea ignorada por el comprador en el momento de la firma. Por ejemplo, en el caso *Levinson Co v. Farin* se admitió la aplicación de la cláusula porque Levinson, aunque conocía la mala situación de la firma, desconocía el alcance de esta, ya que de haber sabido que alcanzaba una caída del 20 % en el valor del activo, no la hubiera comprado. Y la tercera es el carácter largoplacista de este cambio, que debe ser valorado en años, no en meses. Por ejemplo, en el caso *IBP, Inc. v. Tyson Foods, Inc.*, se indica que una disminución del 64 % de los beneficios, comparados con el mismo trimestre del año anterior, no es suficiente, ya que para poder apreciar un MAC debe mirarse el largo plazo, y no el corto⁶⁰.
2. El cambio debe ser «material» o relevante en sentido cuantitativo, y esta determinación es el elemento más discutido. Para su análisis debemos fijarnos en el marco contractual, las circunstancias del caso y la redacción de la cláusula en concreto. Tal y como nos indica el caso *Greenwood Place v. Huntington National Bank*⁶¹, una reducción del patrimonio del 60 % significa un cambio «material», ya

⁶⁰ Este mismo razonamiento es seguido en el *Caso Hexion Speciality Chemicals, Inc. v. Huntsman Corp.* [C.A. No. 3841-VCL, 2008 WL 4457544 (Del. Ch. Sept. 29, 2008)].

⁶¹ *Caso Greenwood Place v. Huntington National Bank* [No. 1:2009cv01110 (S.D. Ind. 2011)]: En un contrato de financiación, el garante empeora considerablemente su situación económica tras la firma del contrato, pasando las cuentas de 7 millones de dólares a 0, produciéndose una reducción de su patrimonio del

que, en este caso, su patrimonio había pasado de 120 a 48 millones de dólares, caída suficiente para ser considerada relevante. Concluye el tribunal que el término «materialidad» es un «concepto inherentemente amorfo», en el sentido de que es relativo y debe analizarse a la luz del caso concreto. Es en el análisis de este requisito de materialidad donde debemos diferenciar con la doctrina de la frustración, tal y como indicábamos anteriormente.

3. En tercer lugar, el cambio además de material debe ser «adverso». Este es, de nuevo, un término relativo en el sentido de que, partiendo de una situación de idénticas o similares circunstancias, lo que es adverso para un sujeto podría no serlo para otro. Debe interpretarse en relación con el término «material», dado que todo cambio adverso implica que ha sido material, pero puede darse esa materialidad y que, sin embargo, el cambio no sea adverso. Así, por ejemplo, si acudimos de nuevo al *caso Greenwood Place v. Huntington National Bank*, ya hemos visto que la disminución del patrimonio era considerada un cambio material, pero, ahora bien, el patrimonio restante (48 millones de dólares) era suficiente para satisfacer el préstamo del que era garante, por lo que no se podía considerar relevante para el acreedor y, por lo tanto, no podía admitirse la cláusula MAC (Manzanares Secades, 2016, p. 36).

Por último, mencionar el *caso Akorn, Inc. v. Fresenius Kabi AG*⁶², que es el primer caso ante los tribunales de Delaware en el que un comprador ha desistido válidamente de la compraventa de una empresa mediante el ejercicio de una MAC. Fresenius se obliga a cerrar la compra bajo la condición de que las declaraciones de Akorn fueran ciertas y correctas tanto en la firma como en el cierre, excepto en aquellos casos en los que no se esperara, razonablemente, que la falta de veracidad y corrección tuviera un efecto material adverso. Pero en este caso se admite la ejecución de la MAC, dado que las declaraciones hechas por Akron en relación con el cumplimiento de la normativa no eran ciertas, y la desviación con la realidad era susceptible de causar un MAE de duración prolongada en el tiempo, es decir, se daba un cambio material y adverso, se daba un MAC (Glover *et al.*, 2019, p. 3).

4.4. Las cláusulas MAC en España

Como comentábamos en líneas anteriores, ha quedado claro que la cláusula *rebus sic stantibus* sigue siendo aplicada por los tribunales con prevención y excepcionalmente. En

60 % y teniendo unas contingencias litigiosas de 17 millones de dólares. El *borrower* busca el vencimiento anticipado del préstamo como consecuencia de que se haya producido una MAC.

⁶² *Caso Akorn, Inc. v. Fresenius Kabi AG* [No. 535, 2018 (Del. Dec. 7, 2018)]: Fresenius es una empresa farmacéutica alemana que firma la compra de Akorn, farmacéutica americana con base en Illinois, especializada en la producción de fármacos genéricos.

la búsqueda de otras alternativas que protejan a los inversores de aquellos riesgos que se acaben materializando, y dada la influencia que la práctica anglosajona ejerce en la contratación mercantil, es innegable que cada vez llegan más figuras de los EUA y del RU que los grandes despachos de abogados españoles recomiendan a sus clientes a la hora de cerrar operaciones tan complejas como son las adquisiciones de empresas. Un claro ejemplo son las cláusulas MAC. Aun así, mientras que en los EUA un 89 % de los contratos de compraventa de empresas celebrados (y que exceden los 100 millones de dólares) incluyen cláusulas MAC (Nixon Peabody LLP, 2019, p. 4)⁶³, en España esta cifra es de un 40 % (De Cendra y Balañá, 2019, pp. 14-15).

Cuando en un contrato sometido a derecho español se incluye una cláusula MAC, el comprador busca protegerse del riesgo en una doble vertiente, tanto respecto de las circunstancias internas a la empresa objetivo, prestándose atención a su patrimonio, cubriéndose de que no se produzca ningún cambio adverso en sus negocios o en sus cuentas anuales, como respecto de los riesgos ajenos a la empresa adquirida que disminuyan su solvencia o valor. Se pretende poder modificar la eficacia del contrato ante cambios sustanciales que afecten negativamente al propio objeto (la empresa adquirida), y al mercado en el que esta opera, ambos cambios susceptibles de disminuir el valor de la empresa. Si realizamos un ejercicio de subsunción de esta figura anglosajona en el ordenamiento español, vemos como, frente al primer riesgo interno, cierta doctrina considera que se le puede aplicar la regulación de las obligaciones condicionales (arts. 1.113 y ss. CC), mientras que, frente al riesgo externo, esta cláusula entra dentro de los presupuestos y desarrollo jurisprudencial de la cláusula *rebus sic stantibus* (García Medina, 2010, p. 5 y ss.).

García-Nieto Nubiola (2012, p. 1 y ss.) expone como un contrato importante sometido a legislación española en el que se incluyó una cláusula MAC fue la venta por parte de Centrica PLC de su negocio en España a la sociedad Villar Mir Energía, S. L. Destaca que en esta operación había dos condiciones suspensivas relevantes (aprobación de la CNMC y sustitución de las garantías otorgadas por la matriz británica), lo que hacía que el periodo interino fuera a tener una duración considerable. Es por ello por lo que la vendedora se planteó si permitir la inclusión de una cláusula MAC, concluyendo que se debía admitir, puesto que, si no se hacía, se comprometía la calidad de los compradores que se iban a atraer. La causa era que dado el escenario de recesión en el que se encontraba la economía, con los mercados de deuda y de capitales contraídos, la inclusión de estas cláusulas era lo normal, puesto que los compradores buscaban proteger

⁶³ Sobre la incidencia de las MAC en el mercado estadounidense, es muy interesante el informe de la firma legal Nixon Peabody PPL (2019), que indica que «de los 200 contratos analizados, 196 (el 98 %) contenían una cláusula MAC. Lo que significa un incremento respecto del 89 % del último informe. Y de los contratos de adquisición, en ninguno de los 200 analizados este año faltaba una cláusula MAC en las condiciones de cierre, comparado con el 7 % de 2017. Estas tendencias demuestran la aceptación universal de las cláusulas MAC en M&A» (p. 4).

su posición de los riesgos inherentes a la coyuntura económica. Más aún en el sector de la empresa objetivo, el energético, en el que los continuos cambios regulatorios aumentan la incertidumbre.

Es interesante el caso resuelto por el Laudo de 10 de enero de 2012 dictado por la Corte Española de Arbitraje. El contratante del servicio resuelve un contrato de transporte por ferrocarril de carbón de importación celebrado el 2 de mayo de 2010, como consecuencia del cambio normativo que restringía la importación de carbón, en aplicación de una cláusula contractual que regulaba las consecuencias de que se produjera la desaparición de la base del negocio⁶⁴. Esta cláusula estaba redactada en una forma muy vaga, usando conceptos amplios e indeterminados, tales como «inviabilidad económica del contrato» o «imposibilidad de utilizar carbón de importación en la cuantía necesaria». El árbitro recuerda el principio *contra preferentem vel contra stipulatorem* (art. 1288 CC), que prohíbe que aquella parte que ha causado la oscuridad en un contrato se vea favorecida por este hecho. Asimismo, indica que la *rebus sic stantibus* no cabe, dado que no se cumple la imprevisibilidad exigida, puesto que los decretos aprobados se basan en una competencia de desarrollo otorgada al Gobierno por la Ley del sector eléctrico. En cualquier caso, añade que si las partes concibieron la cláusula de esta manera, y no de otra, no procede considerar requisitos adicionales exigidos en la jurisprudencia, y concluye que en este caso estamos *de facto* ante una cláusula MAC, ya que las partes prevén los efectos (resolver el contrato) ante un cambio material adverso para una de las partes, como es la aprobación de una normativa, y por el principio *pacta sum servanda* debe respetarse lo acordado (Mendieta Grande y Serna Cabrera, 2013, pp. 1-11)⁶⁵.

Por último, indicar que aunque la jurisprudencia no se ha manifestado en relación con este tipo de cláusulas en contratos de compraventa de empresas, sí que lo ha hecho en algunos casos de préstamos sindicados que incluían una cláusula MAC, donde ha interpretado que estos pactos caben dentro de la figura del vencimiento anticipado, en virtud de la autonomía de la voluntad que proclama el artículo 1255 CC, y caracterizándolos como una facultad del acreedor que ejercerá si concurre justa causa, estos es, una dejación de las obligaciones esenciales, no sirviendo los incumplimientos accesorios⁶⁶.

⁶⁴ La aprobación del Real Decreto 134/2010, de 12 de febrero, en desarrollo de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del sector eléctrico afectó negativamente al carbón de importación, ya que establece que la demanda de carbón nacional debe ser satisfecha por carbón «autóctono» en un mínimo porcentual de hasta el 15 %.

⁶⁵ En este caso, al final, concluye el árbitro que no podría ejecutarse la cláusula MAC, porque la parte resolvió antes de que la ley entrara en vigor, por lo que el cambio no se había materializado.

⁶⁶ Entre otras, las SSTS (Sala de lo Civil) de 17 de febrero de 2011 [ECLI:ES:TS:2011:515], 16 de diciembre de 2009 [ECLI:ES:TS:2009:8466], 4 de junio de 2008 [ECLI:ES:TS:2008:2599] y 12 de diciembre de 2008 [ECLI:ES:TS:2008:6748]. Este grupo de sentencias defienden que la validez de las cláusulas MAC en los préstamos sindicados radica en su habitualidad en los usos del comercio bancario y en el principio de autonomía de la libertad del artículo 1255 del CC, y podrán ejecutarse «cuando concorra justa causa para

4.5. Las cláusulas MAC en el derecho español: efectos

La influencia de la práctica anglosajona es innegable en la contratación mercantil, y, por ello, debemos estudiar cómo encajan en nuestro derecho las figuras que se van normalizando en la práctica española. Como punto de partida debo destacar dos cuestiones: primero, que estos riesgos del periodo interino, si no se han previsto en el contrato, deberían ser asumidos por el adquirente de acuerdo con Código Civil. En segundo lugar, estamos en contratación entre partes iguales, debidamente asesoradas y que ejercen su libertad contractual, por lo que no entra en juego la especial protección prevista para la contratación con condiciones generales o con consumidores y usuarios, sino el principio de libertad contractual del artículo 1255 CC, que indica que «los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público» (Manzanares Secades, 2016, p. 40). De hecho, la doctrina que se ha ocupado de esta materia sostiene, mayoritariamente, que la figura en derecho español más afín a las MAC es la cláusula *rebus sic stantibus*. Pero también se defiende que nos encontramos ante condiciones suspensivas o resolutorias. O que la calificación de estas cláusulas depende de su redacción concreta y la finalidad con la que se la ha incluido en el contrato (Gili Saldaña, 2013, p. 5).

Aunque es cierto que, tal y como coincide la doctrina, la cláusula la MAC encuentra su mayor parecido en el ordenamiento jurídico español en la cláusula *rebus sic stantibus*, debemos indicar, tal como indican ciertos autores (Gimeno Beviá, 2016, pp. 229-236), que existen algunos matices que las diferencian. Procedo a analizar los tres más importantes. En primer lugar, podemos observar que mientras la aplicación de las MAC es voluntaria, la segunda depende de los tribunales, aunque eso sí, siempre que una de las partes ejercite la correspondiente demanda. Pero frente a este argumento podríamos indicar que, en relación con las cláusulas MAC, aunque se reconoce a una de las partes (normalmente el comprador) la posibilidad de rescindir el contrato, lo normal es que la contraparte se vaya a oponer a la interpretación que la primera hace de la cláusula, y el asunto acabe en los tribunales, siendo estos los que decidan si se aplica o no, al igual que en la *rebus*.

En segundo lugar, los requisitos ineludibles de imprevisibilidad y carácter extraordinario que se exige para la *rebus* resultan más flexibles en las MAC, dado que en estas la distribución de riesgos dependerá del poder negociador de los contratantes, y se realizará en términos de posibilidad. Un ejemplo de actualidad: si se produjera la independencia de la parte del territorio en la que se encuentre la sociedad adquirida, sería causa de ejecución de cláusula MAC en caso de que acarrearra consecuencias a nivel aduanero o de divisas. Sin embargo, no daría lugar a la aplicación de la *rebus*, dado que, si ha habido referéndums

ello, es decir, cuando nos encontremos ante una verdadera y manifiesta dejación de las obligaciones de carácter esencial contraídas».

previos, y ha sido un tema presente durante años, todo empresario diligente lo preverá al contratar⁶⁷. Lo mismo pasa con el requisito de excesiva onerosidad de la prestación que se exige para la *rebus*; en las MAC será menos estricto, puesto que depende de la negociación de las partes: el vendedor buscará equiparar el requisito a lo establecido para la *rebus*, mientras que el comprador tratará de redactarla en los términos más generales posibles, buscando configurarla de forma amplia. He de discrepar de este razonamiento puesto que, aunque en un plano teórico las cláusulas MAC parecen menos rígidas en cuanto a sus requisitos, lo cierto es que podemos observar como en la jurisprudencia anglosajona, tal como se ha analizado en el presente trabajo, solamente en casos muy concretos los tribunales las han admitido⁶⁸, mientras que en la mayoría de los casos planteados los tribunales han exigido los requisitos de la doctrina de la frustración del contrato anglosajona, y al no darse estos, las han rechazado, tal y como ocurre en la *rebus*.

En cuanto a sus efectos, defiende la mayoría de los autores que las cláusulas MAC permiten tanto la modificación del contrato como su extinción; son las partes las que determinarán cómo configurar estos en función de las circunstancias que se den. Los tribunales se inclinan, cuando han aplicado la *rebus*, por modificar el contrato, ya que cuando la situación era tan insostenible que han tenido que extinguir el contrato, han acudido a otras figuras como la doctrina de la desaparición de la base del negocio. Respecto a este último argumento podría decirse que, tal y como se ha comentado en líneas anteriores en este trabajo, cierta doctrina española considera que la *rebus* no necesariamente lleva a la modificación del contrato, sino que defiende el remedio resolutivo.

Para finalizar, en mi opinión, la diferencia fundamental existente entre las cláusulas MAC y la cláusula *rebus sic stantibus* se observa en la incompatibilidad de la apreciación de ambas. Precisamente, si pretendemos aplicar la cláusula MAC, significa que previmos el riesgo y este se ha materializado, por lo tanto, ya no cabe la imprevisibilidad que exige la *rebus*. Por el contrario, si se da la imprevisibilidad, que es presupuesto de la *rebus*, la cláusula MAC no cabrá, dado que dicha modificación no estará contemplada, y al no estarlo, no podremos aplicarle los efectos que recoge la cláusula. Debemos recordar que la *rebus* se configura como una cláusula implícita entre las partes que expresa su voluntad de repartir el riesgo equitativamente, mientras que en la MAC ese riesgo se asigna mediante pacto. En conclusión, si se dan las circunstancias que justifican la aplicación de la cláusula MAC, debemos aplicar las consecuencias previstas en el con-

⁶⁷ Ejemplo similar al del informe del despacho Slaugther and May en relación con el referéndum de independencia de Escocia en 2014. «Referendum on Scottish Independence. Some practical considerations». Disponible en <<https://www.slaughterandmay.com/media/2308098/referendum-on-scottish-independence.pdf>>.

⁶⁸ Como hemos visto en los casos analizados: *In re IBP, Inc. Shareholders Litigation* [798 A. 2d 14 (Del. Ch. (2001))]; *WPP Group PLC v. Tempus Group PLC (Statement 2001/15, Nov. 6, 2011)*; *Hexion Speciality Chemicals, Inc. v. Huntsman Corp* (2008); *Caso Greenwood Place v. Huntington National Bank*, etc.

trato, dado que la distribución de riesgos ha sido acordada. En cambio, si no se dan, no podremos aplicar estas consecuencias, pero si estamos ante un cambio extraordinario e imprevisible, con efectos materiales, adversos, y excesivamente onerosos sobre una de las partes, rompiendo el equilibrio prestacional, podremos solicitar la cláusula *rebus sic stantibus* (Gimeno Beviá, 2016, pp. 229-236).

5. Conclusiones

1. La excesiva onerosidad sobrevenida es el sacrificio económico sobre alguna de las prestaciones contraídas producido por acontecimientos que transcurren entre su celebración y su ejecución. La tutela del deudor frente al imprevisible endurecimiento de su prestación carece de regulación en el ordenamiento jurídico español, por lo que se hace preciso acudir a una figura de configuración jurisprudencial y doctrinal: la cláusula *rebus sic stantibus*.
2. La cláusula *rebus sic stantibus* se ha configurado tradicionalmente como un remedio frente a la alteración extraordinaria de las circunstancias básicas del contrato, siendo tres los requisitos que deben concurrir para su aplicación: a) alteración extraordinaria de las circunstancias que se tuvieron en cuenta al contratar; b) desproporción exorbitante (excesiva onerosidad) de una prestación en comparación con la otra; c) imprevisibilidad del cambio sobrevenido.
3. El Tribunal Supremo, tradicionalmente, ha venido interpretando estos requisitos de manera muy rígida, propugnando una aplicación «cautelosa» de la cláusula, puesto que en el mejor de los casos comporta una modificación de los términos del contrato, otorgando un mayor peso al principio *pacta sum servanda*. Aunque dos sentencias dictadas en 2014 parecían inclinarse hacia la flexibilización de los presupuestos indicados, lo cierto es que en los pronunciamientos más recientes del Alto Tribunal se ha vuelto a una interpretación restrictiva. En cualquier caso, tanto la situación sanitaria provocada por la covid-19 como la declaración del estado de alarma como medida para hacerle frente, son supuestos que están siendo analizados por nuestros tribunales para determinar si pueden considerarse como situación de cambio de las circunstancias que cumpla con los requisitos de la doctrina *rebus sic stantibus*. De hecho, ya son varios los juzgados que se han pronunciado en sentido afirmativo, y han procedido a la modificación del contrato que era objeto de litigio.
4. Otras de las cuestiones controvertidas es la relativa a los efectos de la cláusula *rebus*, dado que no hay consenso en la doctrina española sobre el remedio procedente ante una excesiva onerosidad determinante del desequilibrio de las prestaciones, centrándose el debate en torno a la procedencia de la adaptación del contrato o su resolución. Tanto en los ordenamientos de nuestro entorno (Italia,

Alemania y Francia), como en el DCFR y la PCC, la cuestión se encuentra regulada expresamente, decantándose todos ellos en favor de la solución modificativa y, solamente en defecto de esta, se admite la resolución del contrato. La jurisprudencia española también sigue esta línea, y establece el carácter preferente de la modificación, sobre cuyos términos deberán estar de acuerdo los contratantes.

5. Es la aplicación excepcional de la cláusula *rebus* y la preferencia por el modificativo del contrato lo que está llevando en la práctica, señaladamente en las relaciones comerciales, al pacto que prevé soluciones alternativas frente a una excesiva onerosidad sobrevenida de una de las prestaciones. Se trata de las cláusulas MAC (*material adverse change*), procedentes del derecho anglosajón, que revisten una importancia crucial, principalmente en los contratos complejos –como adquisiciones de empresa– o de larga duración. Por medio de ellas se crea un mecanismo de distribución del riesgo entre los contratantes, cuando concurren tres presupuestos fundamentales –cambio de las circunstancias iniciales, alteración «material» o relevante de las mismas en sentido cuantitativo y mayor onerosidad de una de prestaciones–, que son delimitados perfectamente por los contratantes, de mutuo acuerdo, al tiempo de su celebración.
6. Cabría sostener en principio que las cláusulas MAC se asimilan a la *rebus sic stantibus* pero, aunque es cierto que hay una considerable semejanza entre los elementos básicos de ambas, existen diferencias sustanciales entre unas y otra: las primeras presuponen no solo la previsión del riesgo y de la alteración cuantitativa, sino la determinación anticipada de las consecuencias; sin embargo, tratándose de la *rebus* es necesario que el cambio de las circunstancias sea imprevisible y que el juez aprecie una excesiva onerosidad, en cuyo caso y solo excepcionalmente procederá la aplicación de esta doctrina y la consecuente modificación del contrato.
7. En ausencia de una norma que disponga otra cosa, es razonable, a la vista de los cambios sociales y económicos del mercado, que sus agentes estén optando por incorporar las cláusulas MAC. Y es que en este contexto, la búsqueda de una solución a las alteraciones sobrevenidas deviene ardua para los tribunales, a quienes no corresponde enunciar una regla con pretensión de aplicación a todos los contratos.

Referencias bibliográficas

- Amunátegui Rodríguez, C. de (2003). *La cláusula rebus sic stantibus*. Tirant lo Blanch.
- Carrasco Perera, A. (2010). *Derecho de contratos*. Aranzadi.
- Cavallé Cruz, A. (2010). Obligaciones y contratos. Vol. 2.º. En J. F. Delgado de Miguel (Coord.), *Instituciones de Derecho Privado*, t. III (pp. 461-466). Aranzadi Thomson Civitas.
- Cendra, J. de y Balañá, J. M.ª. (2016). *Los contratos de M&A en España*. Hogan Lovells, LLP e Instituto de Empresa (IE). www.hoganlovells.com
- Delgado Echeverría, J. y Parra Lucán, M.ª A. (2005). *Las nulidades de los contratos. En la teoría y en la práctica*. Dykinson.
- Díez-Picazo, L. (2008). Las relaciones obligatorias. En L. Díez-Picazo, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, t. II. (6.ª ed.). (pp. 1080 y ss.). Thomson Civitas.
- Ebers, M. (2003). La nueva regulación del incumplimiento contractual en el BGB, tras la Ley de modernización del Derecho de obligaciones de 2002. *Anuario de Derecho Civil del BOE*, 1.588-1.560.
- García Medina, J. (2010). Otras pretendidas formas de garantía atípica, derivadas del comercio exterior, los convenios internacionales y el derecho comparado. *Diario La Ley*, 8975, 5-7.
- García-Nieto Nubiola, P. (2012). Venta por Centrica Plc de su negocio en España mediante un proceso de subasta: algunas consideraciones desde el punto de vista jurídico y práctico. *Diario La Ley*, 7600.
- Gili Saldaña, M. (2013). Las cláusulas de cambios adversos relevantes en las adquisiciones de empresas. *InDret*, 1/2013, 5-12.
- Gimeno Beviá, V. (2016). *Condición en los contratos de compraventa de empresa*. E. Gallego Sánchez (Dir.).
- Glover, S., Becker, B. L. y Alterbaum, D. S. (2019). Evolution of the Material Adverse Effect' Cause. *vLex*, 791766313.
- Lacruz Berdejo, J. L. (1999). *Derecho de Obligaciones*, edición revisada por J. Rivero Hernández. Dykinson.
- Luna Yerga, A. (2015). Rebus sic stantibus: ¿Un paso atrás? *InDret*, 7-10. <https://indret.com/es>
- Macias, A. J. (2011). *Risk Allocation in Acquisitions: The Uses and Value of MAE-Exclusions*. <https://papers.ssrn.com>
- Manzanares Secades, A. (2016). *Una aproximación a las cláusulas MAC (Material Adverse Change) en los contratos de financiación sindicada a la luz de la jurisprudencia anglo-americana*. Aranzadi.
- Martínez de Aguirre Aldaz, C. (2018). Ineficacia e invalidez de los contratos. En AA. VV., *Curso de Derecho Civil (II)*, vol. 1.º (*Teoría general de la obligación y el contrato*). (pp. 475-479 y 493 y ss.). Edisofer.
- Martínez de Aguirre Aldaz, C. (2018). Modificación del contrato. En AA. VV., *Curso de Derecho Civil (II)*, vol. 1.º (*Teoría general de la obligación y el contrato*). (pp. 461-466). Edisofer.
- Mendieta Grande, R. y Serna Cabrera, S. (2013). Impacto de un cambio normativo sobre un contrato de transporte por ferrocarril. Las cláusulas resolutorias por alteración esencial de las circunstancias. *La Ley*, 2936, 1-11.
- Milá Rafael, R. (2017). Contingencias de mercado, riesgo contractual y doctrina *rebus sic stantibus*. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 764, 2.972-2.973.
- Miller, R. T. (2009). The Economics of Deal Risk: Allocating Risk Through MAC Clauses in Business Combination Agree-

- ments. *William & Mary Law Review*, 50, 2.049 y ss.
- Nixon Peabody PPL (2019). MAC Survey. www.nixonpeabody.com
- O'Callaghan Muñoz, X. (2004). *Código Civil Comentado y con Jurisprudencia*. (4.ª ed.). La Ley.
- Orduña Moreno, J. (2016). Comentario de los artículos 1290 a 1299. En A. Cañizares Laso *et al.* (Coord.), *Código Civil comentado, Volumen III, Libro IV. Obligaciones y contratos. Teoría general de la obligación y el contrato (Arts. 1088 a 1444)*. (2.ª ed.). Civitas.
- Orduña Moreno, J. (2017). Capítulo VI. La nueva doctrina jurisprudencial de la cláusula *rebus sic stantibus*. Fundamentos de aplicación y concreción técnica. En J. Orduña Moreno, *La moderna configuración de la cláusula «rebus sic stantibus» (Desarrollo de la nueva doctrina jurisprudencial aplicable y Derecho Comparado)*. (2.ª ed.). (pp. 22 y ss.). Civitas.
- Parra Lucán, M.ª A. (2015). Riesgo imprevisible y modificación de los contratos. *Revista InDret*, 4/2015, 9-35. <https://www.dialnet.unirioja.es>
- Paz-Ares Rodríguez, C., Bercovitz Rodríguez-Cano, R., Díez-Picazo Ponce de León, L. y Salvador Coderch, P. (2015). De la rescisión de los contratos. En AA. VV., *Comentario del Código Civil*. Ministerio de Justicia.
- Raventós Soler, A. (2015). Cuesta abajo y sin frenos. Comentario a la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, de 30 de junio de 2014. *Revista Aranzadi Doctrinal*, 3/2015, 3-12.
- Sánchez García, J. y Pérez Daudí, V. (2021). La cláusula *rebus sic stantibus*. *Vlex*.
- Serrano Acitores, A. (2010). El principio de conservación de los contratos frente a las figuras de la nulidad y la anulabilidad. *Noticias Jurídicas*.
- Speidel, R. E. (1982). Restatement Second: Omitted Terms and Contract Method. 67 *Cornell L. Rev.*, 785, 801 y ss.