

Isabel ESPÍN ALBA

***Cláusula rebus sic stantibus
e interpretación de los contratos: ¿Y si viene otra crisis?*¹**

Susana Navas Navarro

Catedrática de Derecho civil
Universidad Autónoma de Barcelona

La última monografía de la Prof. ISABEL ESPÍN ALBA lleva un título casi premonitorio por lo que a su última parte se refiere “¿y si viene otra crisis?”. Ha llegado y antes de lo que, a buen seguro, la propia autora -y todos nosotros- hubiera imaginado. Pero, en este caso, la crisis es en esencia sanitaria (covid-19), aunque con consecuencias importantes, en lo que podría denominarse, subcrisis en otros ámbitos. Uno de ellos será el inmobiliario que es en el que se centra principalmente la autora. Su estudio toma como eje dos sentencias del Tribunal Supremo, las de 30 de junio y 15 de octubre de 2014 (Ponente: Excmo. Sr. JAVIER ORDUÑA MORENO) en las que se enmarca el tratamiento y fundamentación -al decir de la Prof. Isabel Espín- de la moderna configuración de la cláusula *rebus sic stantibus* sobre la base de la búsqueda de la justicia contractual y aplicando el principio de conmutatividad. Es lo que ella denomina la “normalización” de la cláusula *rebus* frente a la aplicación excepcional anterior y la vuelta a la normalidad, es decir, a la excepcionalidad, después de las dos decisiones judiciales recién mencionadas (pp. 110 ss).

La autora hace gala de su conocimiento acumulado, por el trabajo continuado y bien hecho a lo largo de los años, en Derecho de contratos. La bibliografía que maneja es la más reconocida en el ámbito que estudia, sin olvidarse de analizar otros ordenamientos jurídicos en los que la influencia de la alteración sobrevenida e imprevisible de las circunstancias en la vida del contrato ha sido recogida en los textos legales, singularmente en los Códigos civiles (pp. 53-55). El recurso al Derecho comparado le permite comprender mejor los intentos de modernización de nuestro

¹ ESPÍN ALBA, Isabel, *Cláusula rebus sic stantibus e interpretación de los contratos: ¿y si viene otra crisis?*, Reus, Madrid, 2020, 256 pp.

Código civil en los que se ha previsto legalmente una norma que regule los efectos de una alteración de las circunstancias de tal calibre que hace que el cumplimiento de las obligaciones dimanantes del contrato sea excesivamente oneroso para al menos una de las partes, la deudora (pp. 56-67).

Una primera conclusión que puede extraerse del estudio de la Prof. Espín es que, si nos hallamos en un contexto complejo, caracterizado por la ‘inestabilidad de las circunstancias’ (la impermanencia), que debemos ver hoy en día como el contexto normal y habitual del acontecer de la vida, no se pueden seguir utilizando formas de razonar propias de contextos simples. En virtud del principio de autorresponsabilidad, las personas deben dejar de razonar con la “ilusión” de vivir en un contexto simple controlable y seguro (E. J. LANGER, «The Illusion of Control», *Journal of Personality and Social Psychology*, 1975, v. 32, n. 2, pp. 311-328), donde los hechos inesperados se explican *a posteriori* para dar la sensación de control eliminando la ansiedad que la incertidumbre provoca (T. D. WILSON / D. B. CENTERBAR / D. A. KERMER / D. T. GILBERT, «The Pleasures of Uncertainty: Prolonging Positive Moods in Ways People Do Not Anticipate», *Journal of Personality and Social Psychology*, 2005, Vol. 88, n. 1, pp. 5-21), y asumiendo en cambio que las decisiones están sujetas a un margen de error (N. N. TALEB, *El Cisne negro. El impacto de lo altamente improbable*, Planeta, Madrid, 2007, p. 421). Ese mismo planteamiento equívoco es hecho por el legislador y los jueces que siguen pensando con esquemas propios de contextos simples para intentar dar soluciones en contextos complejos (C. R. SUNSTEIN / D. KAHNEMAN / D. SCHKADE / I. RITOV, «Predictably Incoherent Judgments», *54 Stand.L.R.*, 2002, p. 1157) que, la mayoría de las veces, les sobrepasan.

Otra conclusión que puede extraerse del muy elaborado trabajo de la Prof. Isabel Espín es que lo que la doctrina y la jurisprudencia denominan “alteración sobrevenida, excepcional y sustancial de las circunstancias” sólo debe cubrir hechos cuya producción es altamente improbable pero que si acontecen conllevan consecuencias devastadoras o desproporcionadas. Es lo que podríamos calificar como “cisnes negros” tomando prestada la expresión de N. N. TALEB. La previsión legal de estos hechos y su aplicación por parte de los jueces y tribunales debe ser, a mi juicio, excepcional en la medida en que, vivir en un contexto complejo, debe conllevar un cambio en la forma de razonar, de suerte que los sujetos pueden prever no sólo lo conocido, también lo no conocido pero que se puede conocer y lo que, en ese momento, no pueden conocer. Del contexto, de las circunstancias, si se hubiera razonado de otra manera, se habría podido deducir y, por tanto, prever la alteración de sus circunstancias y prevenir, si no todas, al menos parte de sus consecuencias. Se trata de evitar comportamientos paternalistas por parte del legislador y de los jueces, los cuales no deberían proteger al

individuo de sus propias decisiones autónomas sobre la base de que es un mal decisor (W. H. v. Boom / A. Ogus, «Introducing, Defining and Balancing ‘Autonomy versus Paternalism’» en W. H. v. Boom / A. Ogus, (dirs.), *Juxtaposing Autonomy and Paternalism in Private Law*, Oxford / Portland / Oregón, Hart Publishing, 2011, p. 6; J. J. RACHLINSKI, «The Uncertain Psychological Case for Paternalism», *97 Nw. U. L. Rev.*, 2002-2003, p. 1195). En este punto es menester destacar que la Prof. ISABEL ESPÍN hace un riguroso estudio jurisprudencial de la cláusula *rebus sic stantibus*, sin escatimar esfuerzos, para ofrecer una visión lo más certera posible a las diferentes situaciones en las que la misma ha sido aplicada por los jueces (pp. 101-183).

Comparto la aplicación estricta que hace el TS -y la autora de la monografía que recensiono- de la doctrina de la cláusula *rebus*. Por su parte, el legislador sólo debería prever normativamente soluciones a los “cisnes negros” dejando que sean las partes las que acuerden lo que tengan por conveniente para paliar las consecuencias de los “cisnes blancos”, de suerte que, si no lo hacen, deban asumir estas consecuencias. Se trataría de admitir tan sólo una forma de paternalismo muy débil, como límite a la libertad de celebrar negocios jurídicos, evitando, de esta forma, que se creen desincentivos para que los individuos aprendan por ellos mismos haciéndolos, por contra, dependientes de decisiones que tomen otros por ellos. En negocios jurídicos onerosos, los remedios jurídicos en caso de que acaezca un “cisne negro” deben ser de aplicación excepcional.

Sobre la base de todo ello, la forma de proceder de las personas a la hora de tomar decisiones, que pueden tener relevancia jurídica, puesto que se exteriorizan mediante una declaración de voluntad, que puede constituir, junto con los otros elementos esenciales exigidos por el legislador, un negocio jurídico, es la introducción, en el mismo, de estipulaciones que, a modo de una *checklist*, prevean la producción de posibles acontecimientos conocidos o que se pueden conocer (“cisnes blancos”), una cláusula general o *standard*, en virtud de la cual, se cubra la producción de cualquier evento no conocible (“cisnes negros”) y una estipulación por mor de la cual las partes se comprometen a revisar el negocio jurídico, si se da cualquiera de los hechos anteriores, ya sean los que encajen en la previsión específica como los que se comprendan en la cláusula general. En este extremo, la autora se decanta por el que se denomina “Derecho proactivo” de clara raigambre escandinava (pp. 191-222).

No se trata de que, en el negocio jurídico, propongan soluciones, sino que determinen causas que pueden dar lugar a hallar una solución consensuada en el momento en que esas causas acaezcan. Anticipar soluciones a hechos sobre la base de circunstancias inestables no tiene demasiado sentido ya que supone convertir el futuro en presente.

Se trata, pues, de que exista la posibilidad, establecida *ex ante*, por las partes de poder revisar o renegociar todas o algunas de las estipulaciones, sin que necesariamente ello implique extinción de la relación obligatoria, y poder hacerlo en cualquier momento para adaptar la relación a la ‘normal inestabilidad de las circunstancias’.

La combinación de una *checklist* con una cláusula general evita, por un lado, que las partes incurran en excesivos costes de transacción en la fase previa a la celebración del negocio jurídico (R. E. SCOTT / G. G. TRIANTIS, «Anticipating Litigation in Contract Design», *The Yale Law Journal*, enero, 2006, 115-4, p. 836) y, por otro lado, reduce el margen de arbitrio del juez cuando tenga que decidir si un hecho encaja dentro de la cláusula general. Además proveen una solución a la normal subestimación de posibles riesgos que hacen debido a su exceso de confianza, puesto que, primero, habrá determinados hechos que específicamente se habrán excluido de la cláusula general al incluirse en la lista y, segundo, cláusulas específicas, y cláusula general se pueden interpretar de forma sistemática, de suerte que las primeras sirvan para entrever los supuestos que se comprenden en la cláusula general y ésta contribuya a precisar, si cabe, aún más el sentido de las anteriores (art. 1285 CC).

Se puede oponer a este planteamiento que incluir, en un negocio jurídico, una cláusula general no elimina la incertidumbre o, mejor aún, que bastaría con la cláusula general para comprender todos los supuestos, los específicos que negocien las partes y los que no les sea dable conocer. Sin embargo, esto sería dejar totalmente la decisión a un tercero, el juez, que no tiene el mismo grado de información que las partes y que, puede, en función de su forma de razonar, a veces errónea, conducir a una solución que no satisfaga los intereses de las partes haciendo que éstas acaben incurriendo en más costes (J. J. RACHLINSKI, «The Uncertain Psychological Case for Paternalism», p. 1197). Se sustituirían los costes de transacción *ex ante* por los costes de litigación *ex post*. Esta última solución, esto es, que baste una cláusula general, no incentivaría, a mi entender, la inversión de recursos ni la celebración de negocios jurídicos. Por eso, nos parece que una solución “eficiente” es la combinación de ambas, lo que implica, a su vez, el reparto de los costes (R. E. SCOTT / G. G. TRIANTIS, «Anticipating Litigation in Contract Design», p. 856).

Además, en contextos complejos, como el actual, caracterizados por la ‘inestabilidad de las circunstancias’, la incertidumbre es inherente a los mismos -es ‘normal’- y un cambio en la forma de razonar de las personas implica justamente tomar decisiones asumiendo esa incertidumbre, sobre la base de aquella (J. J. RACHLINSKI, «The Uncertain Psychological Case for Paternalism», pp. 1211-1213). Por tanto, no se trata de eliminar la inestabilidad, sino de asumirla, de tenerla en cuenta a la hora de tomar decisiones

que pueden derivar en la celebración de negocios jurídicos. Dicho con otras palabras, las personas (partes negociales, jueces y tribunales, el legislador), en un contexto complejo (con tintes de caótico), incierto e inestable, deben establecer mecanismos jurídicos que permitan adaptar las situaciones jurídicas, los negocios jurídicos y las instituciones jurídicas a esa 'inestabilidad'; de ahí la combinación de ambos tipos de cláusulas junto con la previsión de una estipulación para la revisión de los negocios jurídicos. Lo contrario, esto es, "fijar" las circunstancias negando su inestabilidad supone seguir pensando como si se estuviera en un "contexto simple" o, todo lo más, "complicado". Y esto, me parece, es un error de planteamiento que es necesario corregir para evitar, sobre todo de cara al futuro, las consecuencias negativas que se deriven. Así, en un contexto complejo es siempre mejor que las partes tomen decisiones y prevean mecanismos jurídicos de solución de sus controversias *ex ante*, que no dejar que quién decida sea un tercero (un juez, por ejemplo) que no va a estar mejor informado que ellas. La solución dada *a posteriori*, por un tercero, añade más incertidumbre, máxime al existir el riesgo del sesgo profesional que le lleve a razonar sobre la base de un contexto simple. Así, disiento de que, sobre la base de que el individuo que toma decisiones está racionalmente limitado, la doctrina de la alteración sobrevinida de las circunstancias se aplique de forma generalizada a cualquier cambio, como propone M. A. EISENBERG («Impossibility, Impracticability and Frustration», 2009 *Journal of Legal Analysis*, vol. 1, nr. 1, pp. 213 ss). Este planteamiento hace que el individuo no sea precavido a la hora de tomar una decisión, no valore en todo su alcance las previsibles consecuencias de esa decisión, no sea diligente a la hora de informarse, no tenga en cuenta las posibles externalidades de su comportamiento ni siquiera los costes de oportunidad. Si el individuo sabe de antemano, porque así lo ha previsto el legislador, que una modificación de las circunstancias, que le provoca efectos perjudiciales, le permite desvincularse de su obligación (resolución) o revisar el negocio jurídico celebrado para adaptarlo al nuevo contexto, con lo cual pueda seguir teniendo, sino una solución óptima, si la menos mala, sin llegar a perder toda la inversión hecha por su parte, que por otro lado, en costes de transacción será mínima, no será diligente e incrementará la asunción de riesgos o tendrá comportamientos desleales. En definitiva, es lo que se conoce, en términos gratos a los economistas, como *moral hazard*, esto es, personas que al tomar decisiones normalmente se comportarían de forma diligente, dejan de hacerlo si conocen que las consecuencias pueden paliarse, por otros, *a posteriori*. Así, tanto la ley (cuando se haya positivizado) como los jueces cuando apliquen la doctrina de la cláusula *rebus sic stantibus*, en lugar de estimular un comportamiento diligente acaban provocando el contrario (R. P. MALLOY, *Legal Law in a Market Context. An Introduction to Market Concepts in Reasoning*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004, p. 115).

La creatividad e innovación respecto a las soluciones que pueden ofrecerse a la 'alteración de las circunstancias' sólo puede venir de las partes; no del juez, como expone con soltura la Prof. ISABEL ESPÍN ALBA (pp. 194-198). Debe huírse de las justificaciones sociales para impedir que un contrato se cumpla. Son las partes las que tienen que introducir las cláusulas correspondientes.

En definitiva, el planteamiento propuesto por la Profesora Isabel Espín -y que me parece el más adecuado para razonar acerca de la alteración sobrevenida de las circunstancias- defiende una intervención paternalista del legislador y de los jueces llevada a su mínima expresión ("paternalismo muy débil") que se referiría exclusivamente a constatar la existencia de "cisnes negros" ofreciendo remedios legales para paliar las consecuencias de la producción de los mismos y no a intervenir en casos de "cisnes blancos" que son los que suelen darse, por suerte, en mayor número en la realidad (C. R. SUNSTEIN / R. H. THALER, «Libertarian Paternalism Is Not an Oxymoron», 70 *U. Chi. L. Rev.*, 2003, p. 1159).

Solo me resta felicitar a la autora por sus reflexiones y propuestas de regulación contractual para las partes en un logrado intento de sugerir cláusulas que poseen una evidente relevancia práctica (pp. 199-222).

CODA: 1) ¿Es la pandemia covid-19 un "cisne negro"? Aunque parezca lo contrario, no lo es; 2) La intervención del legislador en los contratos como consecuencia de la pandemia ocasionada por el covid-19 mediante los Reales Decretos-leyes 8/2020, 11/2020 y 15/2020, ¿es una intervención paternalista muy débil? No lo es y, además, desplaza el coste de parte de los daños que pudiera ocasionar esa intervención a los acreedores; 3) ¿puede alegar el deudor que no puede cumplir su obligación de pago de la renta en el contrato de arrendamiento para uso distinto de vivienda fuerza mayor o alteración sobrevenida de las circunstancias? El nexo causal se entabla con la medida adoptada por la administración de cierre de determinados locales, no con la pandemia covid-19. Esa decisión se enmarca en el "caso fortuito", no en la fuerza mayor ni en la cláusula *rebus*.

Fecha de recepción: 11.05.2020

Fecha de aceptación: 03.06.2020