



Beques a la investigació 201

Conservació del contracte en casos d'asimetria econòmica: l'avantatge injust, la rescissió per lesió i l'alteració sobrevinguda de les circumstàncies

Novembre 2015

Autores

Rosa Barceló Compte
Gemma Rubio Gimeno

El Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada ha editat aquesta recerca respectant el text original dels autors, que en són responsables de la correcció lingüística.

Les idees i opinions expressades en la recerca són de responsabilitat exclusiva dels autors, i no s'identifiquen necessàriament amb les del Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada.

Avís legal



Aquesta obra està subjecta a una llicència de [Reconeixement-NoComercial-SenseObraDerivada 3.0 No adaptada de Creative Commons](http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/3.0/deed.ca) el text complet de la qual es troba disponible a <http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/3.0/deed.ca>

Així doncs, es permet la reproducció, la distribució i la comunicació pública del material, sempre que se citi l'autoria del material i el Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada (Departament de Justícia) i no se'n faci un ús comercial ni es transformi per generar obra derivada.

DESCRIPTORS

- Risc contractual
- *Pacta sunt servanda*
- Conservació del negoci jurídic
- *Rebus sic stantibus*
- Alteració sobrevinguda de les circumstàncies
- Equilibri contractual
- Justícia contractual
- Constitucionalització del dret privat
- Rescissió per lesió *ultra dimidium*
- Avantatge injust
- Explotació injusta
- Renegociació contractual
- Adaptació del contracte

PALABRAS CLAVE

- Riesgo contractual
- *Pacta sunt servanda*
- Conservación del negocio jurídico
- *Rebus sic stantibus*
- Alteración sobrevenida de las circunstancias
- Equilibrio contractual
- Justicia contractual
- Constitucionalización del derecho privado
- Rescisión por lesión *ultra dimidium*
- Ventaja injusta
- Explotación injusta
- Renegociación contractual
- Adaptación del contrato

KEYWORDS

- Contractual risk
- Sanctity of contract

- Preservation of the contractual relationship
- Hardship
- Contractual equilibrium
- Social justice
- Constitutionalization of private law
- *Laesio enormis*
- Unfair advantage
- Unfair exploitation
- Renegotiation of the contract
- Contract adjustment

RESUM

L'equilibri econòmic entre les prestacions, aparent o inicial, es trenca a causa de la situació de dependència d'una de les parts, a causa del valor atribuït al bé alienat, o bé perquè les circumstàncies han variat de forma totalment inesperada. En tots aquests casos, cal preveure mecanismes alternatius adreçats a conservar i a adaptar el contracte, preferibles a la solució antieconòmica que representa la resolució del negoci.

El principi de conservació del contracte justifica l'opció de redefinir l'equilibri patrimonial quan aquest es veu pertorbat per circumstàncies anteriors o sobrevingudes a la celebració.

El present estudi aborda les figures de l'avantatge injust, la rescissió per lesió i l'alteració sobrevinguda de les circumstàncies com a supòsits d'asimetria econòmica del contracte que condueixen a la seva revisió o ineficàcia. Els remeis enfront l'asimetria es plantegen en clau conservativa atès que tant en els casos d'asimetria inicial com en els casos d'asimetria sobrevinguda, s'han ampliat i flexibilitzat els pressupòsits d'aplicació en les propostes de dret contractual europeu en les que s'emmiralla el dret civil català i també en l'aplicació jurisprudencial recent.

La finalitat del treball és definir i sistematitzar el principi de conservació del contracte en el marc del futur dret contractual català -de moment fragmentària però decisivament favorable a la seva incorporació- a partir de la proposta d'incorporació i optimització de les figures jurídiques que permeten recuperar la simetria econòmica, tot adaptant i conservant el contracte asimètric.

RESUMEN

El equilibrio económico entre las prestaciones, aparente o inicial, quiebra debido a la situación de dependencia de una de las partes, debido al valor atribuido al bien enajenado, o bien porque las circunstancias han variado de forma totalmente inesperada. En todos estos casos, hay que prever mecanismos alternativos dirigidos a conservar y a adaptar el contrato,

preferibles a la solución antieconómica que representa la resolución del negocio.

El principio de conservación del contrato justifica la opción de redefinir el equilibrio patrimonial cuando éste se ve perturbado por circunstancias anteriores o sobrevenidas a la celebración.

El presente estudio aborda las figuras de la ventaja injusta, la rescisión por lesión y la alteración sobrevenida de las circunstancias como supuestos de asimetría económica del contrato que conducen a su revisión o ineficacia. Los remedios ante la asimetría se plantean en clave conservativa dado que tanto en los casos de asimetría inicial como en los casos de asimetría sobrevenida, se han ampliado y flexibilizado los presupuestos de aplicación en las propuestas de derecho contractual europeo en las que se inspira en el derecho civil catalán y también en la aplicación jurisprudencial reciente.

La finalidad del trabajo es definir y sistematizar el principio de conservación del contrato en el marco del futuro derecho contractual catalán -de momento fragmentaria pero decisivamente favorable a su incorporación- a partir de la propuesta de incorporación y optimización de las figuras jurídicas que permiten recuperar la simetría económica, adaptando y conservando el contrato asimétrico.

ABSTRACT

Contractual equilibrium, initial or supervening, can be disrupted by the dependence of one party on the other's, a disparity in price or because there is a change in the circumstances that renders the performance extremely burdensome. In all these cases, law should provide with alternative remedies focused on the conservation and the adaptation of the contract, which are better solutions rather than the termination of the contract, the easiest and more drastic solution in the cases of contractual disequilibrium.

The principle of *favor contractus* had been advocated to support the option of redrafting the contractual equilibrium, in cases of significant imbalances between the counter-obligations because of initial or supervening circumstances.

The scopes of the research are the subject-matters of a change of circumstances, unfair advantage and *laesio enormis* as examples of economic asymmetry of the contract that leads to the revision or termination of it. The remedies against this asymmetry are presented under preservation of the contract view because both initial and supervening disequilibrium have been analyzed and generalized by the European contractual law. The new Catalan codification under obligations and contracts and also the recent jurisprudence have taken into account this soft law emerged from the European doctrine.

The main purpose of our research is to define and systematize the *favor contractus* principle in the new Catalan contractual law –nowadays not completed but in favour of adding this principle-, emerging from the new instruments of contract law that introduce and state for these new contractual figures that permit to get back the economic stability, adapting and preserving the asymmetric contract.

ÍNDEX

Introducció

Capítol I. Remeis reequilibradors de l'economia del contracte i codificació civil

1. Cap a un dret contractual més just: el principi de solidaritat contractual i la redifinició de la igualtat entre les parts

1.1.- El risc contractual i la ruptura de l'equilibri econòmic del contracte

1.2.- La constitucionalització del dret privat

2.- El principi de conservació del contracte i la seva funció integradora

3.- La qüestió competencial: la incorporació del principi general de conservació del contracte i de concrets remeis reequilibradors en el futur Llibre VI del Codi civil de Catalunya

Capítol II. Supòsits d'alteració inicial de l'equilibri econòmic del contracte: de la rescissió per lesió a l'avantatge injust

1.- La rescissió per lesió

1.1.- Evolució i origen de la rescissió per lesió *ultra dimidium*

1.2.- Rescissió per lesió i el principi de l'equivalència objectiva de les prestacions

1.3. La idea aristotèlica de justícia: la justícia distributiva i commutativa

1.4. L'època codificadora i la preponderància del principi de l'autonomia de la voluntat: eficàcia obligatòria del *pacta sunt servanda*

1.5. La relativització del *pacta sunt servanda*: reintroducció de remeis rescissoris en l'ordenament jurídic.

1.6. La codificació catalana del llibre Viè i l'emmirallament en el dret contractual europeu.

2.- L'avantatge injust

2.1. La gross disparity o excessiva desproporció en els principis UNIDROIT

2.2.- De la *undue influence* del common law a la *unfair advantage* o avantatge injust dels PECL

2.3. De l'avantatge injust a l'explotació injusta

2.3.1. Expressions de l'explotació injusta en els drets nacionals

2.3.1.1. L'abús de circumstàncies del Codi civil holandès

2.3.1.2. La usura en el dret civil alemany

2.3.1.3. La violència econòmica en l'Avantprojecte de Reforma del Dret d'Obligacions francès i en la reformulació de l'article 1267 del CCE

2.3.1.4.- Els supòsits de reequilibri econòmic en el CCE: la rescissió per lesió amb pressupòsit subjectiu tipificat i la Llei contra la usura

2.3.1.5. L'article 621-45 del projecte de llibre VIè del Codi civil de Catalunya

2.3.2. L'explotació injusta en les propostes d'harmonització del dret contractual europeu

2.3.2.1. La regulació de l'explotació injusta en el DCFR

2.3.2.2. La *unfair exploitation* de l'Instrument Opcional sobre Compravenda Europea (CESL)

CAPÍTOL III. L'alteració sobrevinguda de les circumstàncies

1.- L'encunyació jurisprudencial del remei reequilibrador i la seva relació amb el principi de la bona fe

1.1. L'excepcionalitat del remei en la doctrina jurisprudencial de la *rebus sic stantibus*

1.2.- La vinculació debilitada del contracte de llarga duració en la recent jurisprudència sobre la *rebus sic stantibus*

1.3.- La previsió asistemàtica de l'alteració de les circumstàncies com a excepció al principi de vinculació dels contractes en l'ordenament civil català.

1.3.1. Pactes en previsió de futura ruptura de parella i alteració sobrevinguda de les circumstàncies

1.3.2. Pactes successoris i alteració sobrevinguda de les circumstàncies

1.4. Els models comparats de regulació de de l'alteració de l'alteració sobrevinguda de les circumstàncies

1.5. L'alteració de les circumstàncies en les propostes de dret contractual europeu: el canvi de circumstàncies i l'excessiva onerositat del contracte.

1.5.1. La *hardship* dels PEC i els principis UNIDROIT

1.5.2. El canvi excepcional de circumstàncies en el DCFR i la CESL

2. Els pressupòsits de la *rebus sic stantibus*

2.1. El canvi de circumstàncies i contractes d'execució diferida

2.2. L'alteració de circumstàncies

2.1.1. Alteració sobrevinguda

2.1.2. Alteració per causa imprevisible

2.1.3. Alteració extraordinària

2.3. L'excessiva onerositat d'una de les prestacions

3. Oposabilitat de l'alteració sobrevinguda de circumstàncies

CAPÍTOL IV: Els remeis del desequilibri: renegociació, adaptació i ineficàcia del contracte

1. La renegociació *inter partes* com el primer efecte de la ruptura de l'equilibri contractual

1.1. la renegociació entre les parts en els supòsits de *hardship*

1.1.1. Existeix el deure de renegociar en els casos de canvi sobrevingut de les circumstàncies o *hardship*?

1.1.2. Existeix el deure d'acceptar una proposta raonable de renegociació?

1.2. La renegociació *inter partes* pels casos de *gross disparity* o *unfair exploitation*

2. La revisió judicial dels contractes

2.1. La revisió judicial dels contractes en els supòsits de *gross disparity*

2.2. La revisió judicial dels contractes en els supòsits de canvi sobrevingut de circumstàncies

2.3. L'adaptació judicial dels “*unfair contracts*” en general: el cas paradigmàtic de l'article §36 del *Nordic Contract Act*

3. La ineficàcia del contracte: la resolució judicial en els casos de desequilibri econòmic del contracte

INTRODUCCIÓ

El projecte de Llei del Llibre VI CCCat –decaigut amb la finalització de la X Legislatura¹- ha iniciat la incorporació d'un nou principi de dret europeu dels contractes: el *principi de conservació del contracte* directament relacionat amb el principi de seguretat (cfr. Principis 28 DCFR i 0:204 dels *Principes directeurs*). Aquest principi revela una nova concepció que prioritza la composició d'interessos originàriament volguda i justifica el disseny d'instruments que permeten adaptar el contracte amb la finalitat de salvar el projecte econòmic que els contractants consideraven apte per satisfer llurs interessos respectius. Representa la possibilitat de revisar i adaptar el contracte, tot evitant-ne la resolució i recuperar-lo com instrument de configuració dels interessos que ja havia encarrilat.

Aquesta necessitat és especialment palesa quan l'equilibri econòmic entre les prestacions, aparent o inicial, es trenca a causa de la situació de dependència d'una de les parts, a causa del valor atribuït al bé alienat, o bé perquè les circumstàncies han variat de forma totalment inesperada. En tots aquests casos, cal preveure mecanismes alternatius dirigits a conservar i adaptar el contracte, preferibles a la solució antieconòmica que representa la resolució.

El principi de conservació del contracte justifica l'opció de redefinir-lo si l'equilibri patrimonial es veu pertorbat per circumstàncies anteriors o sobrevingudes a la celebració.

El Projecte es col·loca en la línia del dret europeu més avançat. Tot i així, el principi de conservació del contracte encara no s'ha incorporat plenament, possiblement a causa del mètode de treball fragmentari que permet l'estructura d'un codi obert.

¹ Consulteu [la tramitació del Projecte de Llei del llibre sisè del Codi civil de Catalunya, relatiu a les obligacions i els contractes](#)

Amb caràcter general, el Projecte de Llei de Llibre VI o les referències de Dret comparat vinculen les institucions següents amb el principi de conservació del contracte:

- L'avantatge injust: 621-45 i 621-47 del Projecte (unfair exploitation; cfr. art. II. – 7:207 DCFR, *versus* art. 1291 CCE, 321 CDCC).
- La rescissió per lesió: art. 621-46 i 621-47 del Projecte.
- L'excessiva onerositat sobrevinguda, no incorporada encara al Projecte de Llibre VI atès que la seva ubicació sistemàtica escauria a la Part general de les obligacions (cfr. art. 1213 PMCCE, art. III.-1:110 DCFR, 89 CESL, art. 313(1) BGB *versus* inexistència al CCE i construcció jurisprudencial).

A més, també justifica la incorporació de solucions jurídiques en la dinàmica contractual que no seran objecte del nostre estudi, respecte a:

- La indeterminació del preu: art. 621-5 del Projecte (cfr. arts. 1277 i 1447 PMCCE, art. II.-9:104 DCFR, art. 55 CSIG; *versus* 1273 in fine CCE).
- La impossibilitat inicial de la prestació, sense previsió al Projecte (cfr. art. 1450 PMCCE, art. II.-7:102 DCFR; art. 311a BGB, *versus* art. 1460 CCE).
- El dret de subsanar la prestació defectuosa abans d'optar per la resolució: arts. 621-39, 621-37.1.a i 621-42 del Projecte (cfr. art. 1190 i 1197-1198 PMCCE, art. III.-3:202 a 204 DCFR, art. 48 CSIG).

La finalitat de l'estudi que es presenta és definir i sistematitzar el principi de conservació del contracte en el marc del futur dret contractual català -de moment fragmentària però decisivament favorable a la seva incorporació- i sobretot, proposar pautes per a incorporar i optimitzar les figures jurídiques que permeten recuperar la simetria econòmica tot adaptant i conservant el contracte.

En concret, es creu pertinent articular l'anàlisi en tres grans vessants:

- 1a) Els criteris de recepció del principi de conservació del contracte en institucions jurídiques concretes. Algunes figures encara no han esta

objecte de regulació en l'Avantprojecte català (excessiva onerositat) i cal plantejar els motius de la no regulació i si és adient incorporar-les (resposta que s'anuncia afirmativa per donar una resposta coherent i unitària a la protecció dels interessos canalitzats a través del contracte). A més, cal determinar la sistemàtica de la incorporació. De moment només s'han regulat alguns tipus contractuals, especialment la compravenda que és el model que aglutina tradicionalment figures aplicables als contractes onerosos. Cal plantejar si és convenient mantenir la regulació en la compravenda o bé si caldria regular-les en el Títol I, encara no redactat. Aquesta opció afectaria la regulació actual, que el legislador ha encetat pels tipus contractuals (Títol II).

2a) La consideració de l'avantatge injust, que té una entitat pròpia *acollida ex novo* en l'Avantprojecte de Llibre VI CCCat, que conviu amb la rescissió per lesió.

Des d'una òptica subjectiva s'incorpora la *unfair advantage* (tot seguint la línia marcada pels projectes contractuals de dret europeu, vid. 3.6 principis UNIDROIT, 4:109 PECL i II.-7:207 DCFR) amb la finalitat d'evitar casos d'abús d'una de les parts envers l'altra; situacions en què existeix una manifestació de debilitat en una de les parts en el moment de conclusió del contracte: dependència d'una part respecte l'altra, relació de confiança entre les parts o d'una necessitat econòmica asfixiant i/o imperiosa; o ignorància, inexperiència i/o incapacitat de la part perjudicada per preveure les conseqüències econòmiques dels seus actes. El que és essencial és que una de les parts no és totalment lliure quan presta el seu consentiment, sinó que la seva decisió ve condicionada per alguna circumstància que en deixa palesa la seva debilitat. Si bé el contracte pot ésser rescindit en els casos anteriors, el legislador català també preveu la possibilitat de què la part perjudicada en sol·liciti la seva adaptació judicial d'acord amb els principis de la bona fe i la honradesa en els tractes.

En l'àmbit objectiu, l'aposta legislativa es materialitza en el manteniment i la generalització de la doctrina de la *laesio enormis* (prevista actualment

en els arts. 321 i seg. de la Compilació de Dret Civil de Catalunya) i que permet també la rescissió o adaptació per part de l'autoritat judicial d'aquells contractes onerosos en què el valor de la prestació que rep una de les parts és inferior a la meitat del valor de la prestació que fa en el moment de la conclusió del contracte

3a) L'excessiva onerositat sobrevinguda per alteració sobrevinguda i imprevisible de les circumstàncies, la coneguda com a clàusula *rebus sic stantibus*, que enllaça amb la doctrina de la base del negoci i de la frustració de la seva finalitat, és una figura que hauria d'encaixar-se en les Disposicions Generals del Llibre VI i que per tant, no ha estat abordada encara en seu contractual. Es tracta en aquest cas d'un supòsit d'asimetria econòmica del contracte que s'esdevé sobrevingudament i per tant, no pot relacionar-se, com succeeix en relació a l'avantatge injust, amb la correcta formació del consentiment negocial ni amb un comportament de preeminència negocial injusta.

Cal palesar, tanmateix, que el legislador català, a diferència de l'espanyol, sí contempla aquest remei reequilibrador en un context molt particular com ho és el dels pactes en previsió de futura ruptura (231-20 CCCat) i també en seu de pactes successoris (art. 431-14.d). S'observa que en aquest context s'han flexibilitzat alguns dels requisits construïts per la jurisprudència del Tribunal Suprem que sempre s'ha mostrat molt restrictiva a l'hora de donar procedència a aquest fonament que permet la novació o resolució d'un contracte vàlid. La jurisprudència recent ha vasculat cap a una progressiva objectivització del fonament tècnic de la figura (cfr. STS de 30 de juny de 2014, RJ 2014\3526 i STS de 15 de octubre de 2014, RJ 2014\6129). Les noves orientacions en els treballs acadèmics europeus incideixen en el remei i el vinculen no només a l'extinció del contracte, sinó també a la novació del contracte de resultes de la seva renegociació. És indubtable que existeix una relació entre aquest remei i el principi de vinculació dels contractes i caldrà valorar si la positivització de la figura amb la seva incorporació al Llibre VI, que

resultaria pionera en el context espanyol, és compatible amb el sostre competencial en matèria obligacional.

Capítol I. REMEIS REEQUILIBRADORS DE L'ECONOMIA DEL CONTRACTE I CODIFICACIÓ CIVIL

1.- Cap a un dret contractual més just: el principi de solidaritat contractual i la redefinició de la igualtat entre les parts

Els límits de l'autonomia de la voluntat no constitueixen un tema nou en l'àmbit civil. Tanmateix, sí es detecta l'extensió d'un moviment doctrinal que pretén redefinir el principi d'igualtat contractual sobre criteris de solidaritat entre les parts.

La doctrina que analitza el nou dret contractual europeu impulsa un nou principi de dret contractual de protecció de les parts o protecció de la justícia contractual (*Principle of Regard and Fairness*², o de justícia social o solidaritat), situat a la mateixa posició jeràrquica que el principi de l'autonomia de la voluntat i la llibertat contractual (*freedom of contract*)³, sense subordinar un a l'altre. Aquest primer principi es caracteritza per disparar una idea de protecció de la part més dèbil i tenir cura de l'equilibri econòmic del contracte, tant en la fase inicial (*unfair advantage*) com en la fase més de desenvolupament del contracte (canvi de circumstàncies o *hardship*). La força vinculant del contracte (*pacta sunt servanda*)⁴ es relaxa a favor de la part més dèbil i el principi de

² LURGER, BRIGITTA (2007), "The Common Frame of Reference/Optional Code and the Various Understandings of Social Justice in Europe", a WILHELMSSON, THOMAS (Ed.), *Private Law and the Many Cultures of Europe*, Alphen aan den Rijn: Kluwer law international, pàg. 188.

³ En aquest sentit HONDIUS, EWOUT (2004), "The Protection of the Weak Party in a Harmonised European Contract Law: A Synthesis", a *Journal of Consumer Policy*, 27, Alphen aan den Rijn: Kluwer Lawer Academic Publishers, pàg. 246 expressa que: "I have been convinced for some time that freedom of contract is no longer the sole paradigm of Contract Law. In the 20th Century, it has gained the company of an often opposing paradigm, that of protecting the weak party. If one analyses the content of a modern Civil Code, such as the Dutch one, one will find a large number of provisions of a mandatory nature. Most of these provisions have been drafted, not with a view to the protection of third parties, but rather to that of the –weaker- other party".

⁴ La conclusió d'un contracte és un acte d'autodeterminació a través d'una autovinculació. Per tal que el contracte sigui un acte d'autodeterminació és necessari que les parts puguin prendre la decisió lliurement. Per això la llibertat contractual és també un principi de dret just. Té, no obstant, alguns límits. La realització de l'autodeterminació a través del contracte té com a pressupòsit que cap de les parts es troba en una necessitat de plegar-se a tot allò que l'altra

transparència i informació ocupa un lloc central en el nou dret contractual. S'integren les terceres parts en la distribució de la responsabilitat contractual (relativització del *pacta sunt servanda*) i els interessos legals protegits pel dret de contractes s'expandeixen per abraçar tots els interessos econòmics i la plena llibertat de fons de contractar de la part més dèbil⁵.

Aquest nou principi proteccionista apareix vinculat a idees tradicionals del dret de contractes com són la bona fe, l'equilibri contractual o el principi de cooperació entre les parts⁶. La major part de codis civils tradicionals incorporen clàusules d'aquest tipus (*Treu und Glauben*, ex art. §242 BGB; *bonne foi*, art. 1134 Codi civil francès; *buona fede*⁷, 1337, 1366 i 1375 del Codi civil italià; arts. §33 i 36 del *Nordic Contract Act*, art. 7 CCE i 111-7 CCCat, entre altres).

Observem com la doctrina camina cap a una nova formulació del principi de l'autonomia de la voluntat que incorpori exigències recents derivades de la justícia contractual⁸; el principi de l'autonomia de la voluntat emana de

demani, a causa de la seva inferioritat econòmica o perquè depèn exclusivament de l'altra, *vide*, LARENZ, KARL (1985), *Derecho justo. Fundamentos de ética jurídica*, Madrid: Civitas, pàg. 74.

⁵ LURGER, BRIGITTE (2011), "The 'Social' Side of Contract Law and the New Principle of Regard and Fairness", a HARTKAMP, ARTHUR, HONDIUS, EWOUDE., MAK, CHANTAL, DU PERRON, EDGAR, *Towards a European Civil Code*, Alphen aan den Rijn: Kluwer law international, pàgs. 366 i 367.

⁶ En relació al principi de cooperació entre les parts, NUSSBAUM ho assenyala com una obligació col·lectiva perquè tots els humans puguin tenir una vida digna: "*Humanity is under a collective obligation to find ways of living and co-operating together so that all human beings have decent lives*", a NUSSBAUM, MARTHA CRAVEN (2004), "Beyond the Social Contract: Capabilities and Global Justice", *Oxford Development Studies*, Vol. 32, n^o1, pàg. 13.

⁷ De fet, la bona fe objectiva, s'ha utilitzat com una clàusula general per inserir valors fonamentals en el contracte; aquests valors constitucionals sempre s'han vist com un criteri interpretatiu per regular l'autonomia privada. L'autonomia, com a principi jurídic, comença a ser considerada també des d'un punt de vista solidari. Malgrat aquesta tendència, el DCFR sembla que ha primat la *freedom of contract* i la seguretat contractual per sobre de la justícia contractual, *vide.*, NICOLUSSI, ANDREA (2014), "Ètica del contratto e contratti di durata per l'esistenza della persona", a NOGLER, UDO., *Life time contractats. Social long-term contracts in Labour, Tenancy and Consumer Credit Law*, The Hague: eleven International publishing, pàg. 131-132.

⁸ Vegi's el raonament que fonamenta resolucions com la que incorpora la STS de 13 de gener de 2015 que introdueix la possibilitat de qualificar l'enriquiment injust el que obté aquell que ven una finca adquirida en adjudicació derivada d'execució hipotecària i obté una plusvàlua considerable en un breu lapse de temps, malgrat que en el cas concret no s'apreciés la concurrència d'enriquiment injust: "*El enriquecimiento injusto sólo podría advertirse cuando, tras la adjudicación, y en un lapso de tiempo relativamente próximo, el acreedor hubiera obtenido una plusvalía muy relevante, pues este hecho mostraría que el crédito debía haberse tenido por satisfecho en una proporción mayor, y al no serlo, el acreedor obtiene un*

l'ordenament jurídic, que és qui el crea; per tant, és la llei que el protegeix i qui n'atorga efectes⁹. El contracte és l'expressió més pura d'aquesta autonomia i n'emana d'aquest també el principi d'autoresponsabilitat contractual però la igualtat formal de què parteix en molts casos és només una quimera, ja que substantivament aquest principi d'igualtat és només aparent; la desigualtat de les parts en el tràfic econòmic és precisament la que comporta l'existència de normes que defensin mecanismes proteccionistes¹⁰, tal i com són les normes en seu de dret de consum però també els principis generals de la bona fe i honradesa en els tractes i les doctrines del canvi de circumstàncies i l'avantatge injust. S'advoca també per una aplicació horitzontal dels drets fonamentals en el sí del dret privat (*Dritwirkung*)¹¹. El que es pretén no és trencar amb aquesta essència vinculatòria i de responsabilitat sinó trobar una dimensió més solidària que encaixi amb aquests nous pressupòsits de justícia contractual¹².

enriquecimiento injusto con la plusvalía, o por lo menos con una parte de la misma. En este hipotético caso, que no es el que nos corresponde juzgar, la aplicación del enriquecimiento injusto se fundaría en su configuración como principio general de Derecho y en su proyección técnica respecto del necesario control causal de las atribuciones y desplazamientos patrimoniales en el curso de las relaciones jurídicas. Estas matizaciones están en la línea de la reciente jurisprudencia [contenida, entre otras, en la Sentencia 8 de septiembre de 2014 (RJ 2014, 4660) (núm. 464/2014)], que pretende reforzar la justicia contractual que deriva de los principios de buena fe y de conmutabilidad del comercio jurídico, para superar una concepción meramente formalista y rigorista de los esquemas de aplicación del derecho de crédito y la responsabilidad patrimonial derivada.”.

⁹ MARTÍN PÉREZ, JOSÉ ANTONIO (1995), *La rescisión del contrato (en torno a la lesión contractual y el fraude de acreedores)*, Barcelona: Bosch Editor, pàgs.38-39.

¹⁰ El Parlament Europeu va formular la qüestió de si el DCFR preveia un dret contractual només com un instrument per regular les relacions privades entre parts iguals o si contenia elements de justícia social a favor de consumidors, víctimes, petites i mitjanes empreses i altres parts dèbils, *cfr.* HESSELINK, MARTIN W., MAK, CHANTAL., RUTGERS, JACOBIN W (2009), *Constitutional Aspects of European Private Law. Freedoms, Rights and Social Justice in the Draft Common Frame of Reference*, Amsterdam: Centre for the Study of European Contract Law, Universiteit von Amsterdam, pàg. 1. En el mateix sentit, HESSELINK, MARTIN W., *CFR & Social Justice* (2008), Munich: sellier european law publishers, pàg. 29: “Does the DCFR perceive contract law only as a tool for regulating private law relations between equally strong parties or does it contain elements of ‘social justice’ in favour of consumers, victims of discrimination, small and medium sized enterprises and other possibly weaker parties to contracts?”.

¹¹ HESSELINK, MARTIN W., MAK, CHANTAL., RUTGERS, JACOBIN W (2009), *Constitutional Aspects of European Private Law*, *op.cit.*, pàg.86 i ss.

¹² “The contract is, in reality, an expression of the autonomy and individual responsibility of those, who, in the act of concluding a contract, are consciously bound by that act. What is required is a solution that does not distort the essential nature of the contract, but instead

Al llarg del segle XX es va començar a observar un canvi en el dret privat pel reconeixement d'una justícia social que va comportar una limitació a l'autonomia de la voluntat i la llibertat contractual plena pròpia de la societat liberal del segle XIX, i els deures d'informació, cooperació o de tenir cura de l'altre s'incorporaren per tal de protegir els contractants davant d'injustícies manifestes i protegir les parts més dèbils¹³. Aquests arguments provinents de la justícia social s'han originat no només legislativament sinó que, en nombrosos casos, ha sigut el poder judicial qui ha impulsat aquesta socialització del dret privat a través de la utilització de conceptes generals tals com la bona fe, la honradesa en els tractes o les bones costums. La idea que evoca aquesta intervenció judicial correspon a la fórmula *bona fides quae in contractibus exigitur aequitatem summam desiderat*¹⁴ (la bona fe que es requereix en els contractes és la necessària per a la màxima equitat); el jutge ha d'exercir un gran equilibri en la col·lisió de valors que provenen de l'autonomia de la voluntat i la justícia contractual. Es tracta de trobar una justificació al deure de solidaritat contractual, que sigui compatible amb una nova concepció de l'autonomia de la voluntat, sense renunciar a delegar la tasca íntegrament a una eventual i hipotètica reforma legal, més o menys orientada a la *social justice of contracts*¹⁵. Aquest posicionament d'ampliar el camp de l'autonomia privada al perfil més solidari, en la mesura en què es trobi una base jurídic-ètica, pot ser institucionalitzat constitucionalment o bé deduït d'una clàusula general com és la *bona fides*. Aquesta darrera s'ha desenvolupat en els ordenaments jurídics d'Holanda o d'Alemanya com una norma oberta que permet al jutge trobar la solució més justa en l'aplicació abstracta del dret en

determines the scope of intervention, conditions and procedures that are compatible with the concept of the contract that can be integrated in the neo-institutionalist model that characterises the law in Europe after the crisis of pure normativism", NICOLUSSI, ANDREA, *Etica del contratto e contratti di durata per l'esistenza della persona*, op.cit., pàg. 123.

¹³ Per exemple, la Constitució italiana incorporà en l'article 2 una obligació de *solidarietà sociale* com un instrument de socialització del dret privat; la constitució alemanya, per altra banda, una clàusula de solidaritat (art. 14, *Sozialstaatsklausel*), a HESSELINK, MARTIN W., MAK, CHANTAL., RUTGERS, JACOBIN, W, *Constitutional Aspects of European Private Law*, op.cit., pàg. 7.

¹⁴ ZIMMERMANN, REINHARD., WHITTAKER, SIMON (2000), *Good faith in European Contract Law*, Cambridge: Cambridge University Press, pàg. 87, nota peu de pàgina 155 (D. 16.3.31 pr).

¹⁵ NICOLUSSI, ANDREA (2014), *Etica del contratto e contratti di durata per l'esistenza della persona*, op. cit., pàgs. 138-139.

els casos concrets¹⁶. El DCFR conté en l'article III.-I:103 el precepte dedicat a la bona fe i honradesa en els tractes però té un paper limitat¹⁷. El deure general de bona fe contractual no és reconegut en tots els ordenaments jurídics dels Estats membres (per exemple, en el *common law* anglès) però el legislador comunitari presenta la bona fe des del prisma d'un paper interpretador i que permet suplir aquells buits que poden produir-se en l'ordenament jurídic.

En aquest sentit, un grup d'acadèmics experts en dret contractual europeu ja van manifestar la seva preferència per un dret contractual amb un perfil més solidari, malgrat la dificultat per establir un procediment examinador del grau de justícia social dels textos legals (per exemple, aquests acadèmics es mostraven preocupats perquè el DCFR finalment apostés per un caràcter menys social que els PECL i pel caràcter tecnocràtic que el marc comú pogués arribar a tenir; i així va ser ja que el DCFR té un caràcter més liberal que els PECL)¹⁸¹⁹.

La utilització del dret privat amb objectius marcadament socials és la manifestació d'aquesta socialització del dret contractual, com també ho és la constitucionalització del dret privat. És un objectiu jurídic que ha reforçat la

¹⁶ Els PECL, antecedents del DCFR, contenen un precepte general de la bona fe. L'article 1:201 podria ser utilitzat pels tribunals a fi d'imposar estàndards de decència i justícia encara que no hi hagi un precepte específic en els PECL que pugui ser aplicat, *cfr.* LANDO, OLE (2007), "Is good faith an over-arching general clause in the Principles of European Contract Law", a ANDENAS, MADS, et al (Eds.) (2007), *Liber amicorum Guido Alpa. Private law beyond the national systems*, British Institute of International and Comparative Law, pàgs. 601-613

¹⁷ III.-I:103 DCFR: Buena fe contractual

- (1) *Toda persona debe actuar de acuerdo con el principio de buena fe en el cumplimiento de una obligación, en el ejercicio de su derecho a reclamar el cumplimiento, en el ejercicio de los remedios por incumplimiento y en el ejercicio del derecho a resolver una obligación o relación contractual.*
- (2) *Este deber no puede excluirse o limitarse mediante contrato u otro acto jurídico*
- (3) *El incumplimiento de este deber no dará derecho directamente a los remedios por incumplimiento de una obligación, pero podrá impedir a la persona incumplidora el ejercicio de remedios, excepciones, u otros derechos de los que, de lo contrario, no dispondría.*

¹⁸ "It is a mistake to conceive of this project as a simple measure of market building, because private law determines the basic rules governing the social justice of the market order", a STUDY GROUP ON SOCIAL JUSTICE IN EUROPEAN PRIVATE LAW (2004), "Social Justice in European Contract Law: A Manifesto", *European Law Journal*, Vol. 10, nº6, Oxford: Blackwell Publishing, pàg. 673

¹⁹ On el DCFR difereix més dels PECL és en la direcció d'atorgar més autonomia a les parts, *cfr.* HESSELINK, MARTIN W., MAK, CHANTAL, RUTGERS, JACOBIN W., *Constitutional aspects of European Private Law*, *op.cit.*, pàg. 29

protecció de treballadors, consumidors i de les parts considerades més dèbils, i ha creat una forma jurídica d'equilibri entre les parts contractants²⁰.

1.1.- El risc contractual i la ruptura de l'equilibri econòmic del contracte

La ruptura de l'equilibri de l'economia del contracte es pot produir, principalment, en dues fases; *ex ante*, durant la fase de formació del contracte (equilibri inicial), per l'existència d'una situació de debilitat d'una de les parts del contracte i/o d'una lesió enorme, que és aprofitada per l'altra; o *ex post* (equilibri funcional), quan es produeixen circumstàncies de caràcter extraordinari, imprevisibles per les parts, i que provoquen un desequilibri entre les prestacions, que trenca amb l'equilibri inicial que existia entre les prestacions contractuals.

Per tal de mantenir o restablir l'equilibri econòmic inicial de la relació contractual, el Dret proposa algunes solucions, d'acord amb els principis de la bona fe i de l'equitat, com poden ser la *laesio ab initio* o *laesio superveniens*, i la consegüent necessitat de moderar el vincle obligatori propi de les relacions contractuals en cas de ruptura de l'equilibri de l'economia del contracte. Una de les solucions per restablir l'equilibri es troba en l'axioma jurídic medieval "*reductio ad aequitatem*": és un principi de modificació equitativa del contracte, que es troba entre les previsions de la revisió o adaptació del contracte i la resolució d'aquest²¹. Es tracta d'una figura idònia per tal de reequilibrar les prestacions de la relació jurídica i la igualtat de les parts contractants.

Aquesta idea de reequilibrar l'economia del contracte tenia una pràctica medieval a través de la *reductio ad aequitatem*, però va entrar en crisi el segle XIX amb l'inici de l'època il·lustrada i la prevalença del dogma de l'autonomia de la voluntat. El principi voluntarista d'origen clàssic defensava amb una voluntat fèrria la llibertat contractual i, una vegada les parts havien pactat el

²⁰ EICHENHOFER, EBERHARD (1997), "L'utilizzazione del diritto privato per scopi di politica sociale" a VV.AA, *Rivista di Diritto Civile*, 43, Padova: CEDAM, pàg. 213.

²¹ CHAMIE, JOSÉ FELIX (2012), "El principio general de *reductio ad aequitatem* por desequilibrio contractual", *Revista de Derecho Privado* (Colombia), nº22, gener-juny 2012, pàgs. 219 i seg.

contingut del contracte, el compromís esdevenia un vincle obligatori i se li atribuïa *fuera de ley entre las partes* (art. 1091 CCE) Ara bé, al llarg del segle XX va tornar a entrar amb força la idea del manteniment de l'equilibri contractual, aquest cop disfressada d'un nou paradigma: les exigències de la bona fe, la col·laboració, la solidaritat; en definitiva, la justícia contractual. La correcció, revisió o adaptació del contingut contractual són les formes a través de què el principi de la *reductio ad aequitatem* es manifesta.

En aquest context i abans d'iniciar l'estudi dels remeis que ofereix el legislador català en el Projecte de Llibre VIè del Codi Civil de Catalunya, per tal de reequilibrar l'economia del contracte i que estan orientats a la conservació del negoci, ens fixarem amb el disseny de les figures jurídiques que palesen el desequilibri inicial del contracte, quan la part forta de la relació contractual obté un benefici considerat excessiu del vincle contractual. Així, procedirem a estudiar els instruments jurídics de la *laesio enormis* o lesió *ultra dimidium* i de l'avantatge injust o explotació injusta. Aquestes figures jurídiques mostren el conflicte existent entre, d'una banda l'autonomia privada (que beu de la llibertat contractual) i el just equilibri entre les prestacions (que emana de la justícia contractual).

Veurem com el dret contractual proposa normes que poden ser aplicades més enllà d'un àmbit negocial concret, com podria ser el dret de consumidors, i que s'apliquen a supòsits d'asimetries negocials (en el sentit que les dos parts ocupen posicions diferents en la relació contractual i tenen un grau de poder contractual totalment diferent), que detecten una part dèbil (sigui o no consumidor) mereixedora d'algun tipus de protecció. Parlarem de mecanismes de protecció de la part dèbil del contracte asimètric (contractes en què una de les parts es troba en una situació d'inferioritat)²². Són mecanismes correctius que limiten tant l'autonomia de la voluntat com la pròpia responsabilitat contractual (*pacta sunt servanda*)²³, si bé cal destacar que aquesta limitació ha

²² ROPPO, VICENZO (2009), "Del contrato con el consumidor a los contratos asimétricos: perspectivas de derecho contractual", a *European Review of Contract Law*, 3, pàg. 214.

²³ RUBIO GIMENO, GEMMA (2014), *Autorregulación de la crisis de pareja (Una aproximación desde el Derecho civil catalán*, Madrid: Dykinson, pàg. 68.

de ser justificada; altrament, anul·laríem tota facultat dispositiva que per sí té el dret privat, manifestació de la llibertat civil.

L'objecte doncs, d'aquest treball, és l'estudi de tres institucions que es vinculen amb el principi de conservació del contracte:

- L'avantatge injust: 621-45 i 621-47 del Projecte de Llibre sisè del Codi civil de Catalunya (unfair exploitation; *cfr.* art. II. – 7:207 DCFR, *versus* art. 1291 CCE, 321 CDCC).
- La rescissió per lesió: art. 621-46 i 621-47 del Projecte de Llibre sisè.
- L'excessiva onerositat sobrevinguda (*cfr.* art. 1213 PMCCE, art. III.- 1:110 DCFR, art. 313(1) BGB *versus* inexistència al CCE i construcció jurisprudencial, clàusula rebus sic stantibus).

1.2.- La constitucionalització del dret privat

Durant molt de temps els drets fonamentals eren considerats com un mecanisme de defensa dels individus en front de la vigilància de l'Estat (no tenien impacte en les relacions entre particulars). Recentment, en alguns ordenaments jurídics (per exemple l'alemany²⁴²⁵) s'ha produït un canvi i els drets fonamentals han començat a tenir impacte en les relacions horitzontals (*horizontal effect in contract law*). Per això la doctrina ha començat a elaborar la teoria de la constitucionalització del dret privat²⁶.

Els orígens d'aquest terme es poden trobar els anys 50 quan el Tribunal Federal Laboral alemany es va referir al principi d'equitat en relació al salari a

²⁴ CHEREDNYCHENKO, OLHA O (2007), "Fundamental rights and private law: A relationship of subordination or complementarity?", a *Utrecht Law Review*, Vol. 3, Issue 2, pàg. 5.

²⁵ En el dret alemany, a tall d'exemple, l'article 1(3) de la Constitució determina que els drets constitucionals vinculen les tres àrees governamentals – la legislativa, l'executiva i el poder judicial- ja sigui estatal o federal i això significa que una violació d'un dret constitucional, *cfr.*, CHEREDNYCHENKO, OLHA O (2007), *Fundamental Rights, Contract Law and the Protection of the Weaker Party. A comparative Analysis of the Constitutionalisation of Contract Law, with Emphasis on Risky Financial Transactions*, Utrecht: Sellier european law publishers, pàg. 73.

²⁶ CHEREDNYCHENKO, OLHA O, *Fundamental rights and private law: A relationship of subordination or complementarity?* *op.cit.*, pàg. 1 i ss.

percebre per l'home i per la dona. S'observen dues manifestacions d'aquesta aplicació dels drets fonamentals en les relacions horitzontals, en funció de quin sigui el seu impacte. Així, parlem d'efecte directe (*direct effect, unmittelbare Drittwirkung*²⁷) quan una de les parts pot causar una amenaça a un dret fonamental de l'altra, i la salvaguarda d'aquest dret blindat per la constitució fa que les dues parts contractants estiguin vinculades pels drets fonamentals de la mateixa manera que ho està l'Estat. En segon lloc, l'efecte indirecte (*indirect effect, mittelbare Drittwirkung*) considera que els individus no són els destinataris dels drets fonamentals i, per tant, no els obliga a contemplar-los en les seves relacions particulars. Els valors que són protegits pels drets fonamentals, no obstant, influencien el dret privat a través de la interpretació de les normes generals tals com la bona fe o l'honradesa en els tractes²⁸.

Aquesta tendència ja ha impregnat alguns ordenaments jurídics dels Estats membres de la Unió Europea i és precís fer esment també del paper que el Tractat de Funcionament de la Unió Europea (TFUE) reconeix als drets de la *Carta de Drets Fonamentals de la Unió Europea*: així, aquests tenen el mateix valor jurídic que el propi Tractat (ex art. 6.1 i 2 TUE)²⁹. La necessitat creixent de

²⁷ La teoria de l'efecte directe va ser introduïda en l'ordenament germànic per Hans Nipperdey, el primer president de la *Bundesarbeitsgericht* (Tribunal Federal Laboral). L'any 1950 va expressar les seves opinions en relació al tema dels drets fonamentals i el dret privat en un article sobre la igualtat salarial entre homes i dones. Nipperdey va rebutjar la interpretació de l'article 1(3) del *Grundgesetz* en el sentit que implicava que les parts no es trobaven vinculades pels drets fonamentals, en aquest cas per l'article 3 GG (igualtat). Va considerar que aquesta interpretació traïa el significat de les modernes Constitucions democràtiques, i considerà que els drets fonamentals desenvolupaven un efecte directe i no eren només un objectiu o unes línies a seguir. Aquests drets constitucionals només podien ser garantits si eren aplicats no només pel legislador, sinó també pel poder judicial (a qui vinculen), el poder executiu i els ciutadans (particulars), *cfr.* MAK, CHANTAL (2008), *Fundamental Rights in European Contract Law. A comparison of the Impact of Fundamental Rights on Contractual Relationships in Germany, the Netherlands, Italy and England*, Alphen aan den Rijn: kluwer law international, pàg. 47.

²⁸ HESSELINK, MARTIN W., MAK, CHANTAL., RUTGERS, JACOBIN W (2009), *Constitutional aspects of European Private Law. Freedoms, Rights and Social Justice in the Draft Common Frame of Reference*, Amsterdam: Centre for the Study of European Contract Law, pàg. 87.

²⁹ Article 6.1 i 2 TUE:

(1) *La Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, tal como fue adaptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados. Las disposiciones de la Carta no ampliarán en modo alguno las competencias de la Unión tal como se definen en los Tratados. Los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta se interpretarán con arreglo a las disposiciones generales del título VII de la Carta por las que se rige su interpretación y*

protegir la part dèbil de les relacions contractuals i d'equilibrar l'economia del contracte és paral·lela a aquest estímul d'incorporar el catàleg de drets fonamentals en el sí del dret contractual i així ho denota la literatura³⁰.

En el mateix ordre d'idees, aquesta influència emergent dels drets fonamentals sobre les relacions privades desemboca en una relació de complementarietat entre les dues disciplines; així, en el dret germànic és el dret privat qui encara té la facultat i poder de decisió sobre les condicions i els límits que els valors constitucionals tenen les relacions entre particulars. L'exemple de cas paradigmàtic d'influència dels drets reconeguts en la constitució sobre les relacions contractuals és el cas *Bürgschaft*³¹, en què la Cort Constitucional

aplicación y teniendo debidamente en cuenta las explicaciones a que se hace referencia en la Carta, que indican las fuentes de dichas disposiciones.

(2) *La Unión se adherirá al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Esta adhesión no modificará las competencias de la Unión que se definen en los Tratados.*

³⁰ COLOMBI CIACCHI, AURELIA (2006), "The Constitutionalization of European Contract Law: Judicial Convergence and Social Justice", a *ERCL*; MAK, Chantal, *Fundamental Rights in European Contract Law. A comparison of the Impact of Fundamental Rights on Contractual Relationships in Germany, the Netherlands, Italy and England*, *op.cit.*, De la mateixa autora, també: "The Constitution of a Common Frame of Reference for European Contract Law", *ERCL 4/2008*; i "Harmonising Effects of Fundamental Rights in European Contract Law", *Erasmus Law Review*, Vol.1 Issue 1, 2007; CHEREDNYCHENKO, OLHA O, *Fundamental rights and private law: A relationship of subordination or complementarity?*, *op.cit.*; i d'aquesta mateixa: "The Harmonisation of Contract Law in Europe by means of the Horizontal Effect of Fundamental Rights", a *Erasmus Law Review*, Vol. 1 Issue 1, 2007 i "Fundamental rights and private law: A relationship of subordination or complementarity", *Utrecht Law Review*, Vol. 3, Issue 2, 2007; SAFJAN, MAREK (2014), "The Horizontal Effect of Fundamental Rights in Private Law- On Actors, Vectors, and Factors of Influence", a PURNHAGEN, KAI., ROTT, PETER (Eds.), *Varieties of European Economic Law and Regulation, Studies in European Economic Law and Regulation*, 3, Cham: Springer International Publishing; HESSELINK, MARTHIN W (2005), "Non-Mandatory Rules in European Contract Law", *ERCL 1/2005*; COLLINS, HUGH (2006), "Utility and Rights in Common Law Reasoning: Rebalancing Private Law Through Constitutionalization", *LSE Law, Society and Economy Working Papers 6/2007* i "The Alchemy of Deriving General Principles of Contract Law from European Legislation: In Search of the Philosopher's Stone", *ERCL 2*.

³¹ En el *Bürgschaft case*, un agent immobiliari volia obtenir un crèdit extra pel seu negoci del banc local estatal. El banc va acceptar incrementar el crèdit només si la filla de l'agent signava un contracte d'assegurança per la quantitat total que devia el seu pare. Els tribunals ordinaris, en base al *pacta sunt servanda*, es mostraven inflexibles amb la vinculació contractual de la filla de l'agent però la Cort constitucional va considerar que aquesta filla no havia pogut exercir lliurement la seva autonomia de la voluntat (article 2.1 de la Constitució alemanya) perquè el banc havia mostrat un domini absolut de les negociacions fins a l'extrem que havia imposat unilateralment el contingut del contracte. El jutge de primera instància hagués hagut d'investigar si els empleats del banc havien informat adequadament la filla dels riscos que corria amb la signatura del contracte d'assegurança, *vide.*, HESSELINK, MARTHIN W., MAK, CHANTAL., RUGERS, JACOBIN W (2008), *Constitutional aspects of European Private Law*, *op.cit.*, pàgs. 79 i 80 i també MAK, CHANTAL (2008), *Fundamental Rights in European Contract Law. A Comparison of the Impact of Fundamental Rights on Contractual Relationships in Germany, The Netherlands, Italy and England*, Alphen aan den Rijn: kluwer law International, pàg.75 i ss.

alemanya va reconèixer que en aquells casos en què existís una desigualtat extrema en el poder de negociació de les parts (*imbalance of bargaining power*), els tribunals ordinaris haurien d'intervenir tot seguint els criteris establert per les clàusules generals de la bona fe i les bones costums (§138.1 i §242 BGB). Aquesta obligació té com a origen el deure de protegir el dret constitucional de l'autonomia de la voluntat (article 2.1 de la Constitució alemanya) en conjunció amb el principi de l'Estat social (articles 20.1 i 28 de la Constitució alemanya)³². Aquest cas va certificar la justícia contractual en el context dels contractes d'assegurances alemanys³³ i és un exemple que denota aquesta vessant proteccionista de la part dèbil, molt present en la constitució alemanya per la idea omnipresent de la dignitat humana³⁴ que regeix tot l'ordenament germànic, com a conseqüència de les circumstàncies històriques tan deplorables que regnaren en l'Alemanya del Tercer Reich.

Tanmateix, el dret contractual disposa d'equipaments suficientment vàlids per tal de promoure aquest desig proteccionista de les parts més febles, tal i com deixarem exposat en el desenvolupament d'aquest treball³⁵, i la utilització dels valors constitucionals ha de ser complementària als recursos ja existents en el sí del dret privat. Aquesta onada de constitucionalització del dret privat, que parafrasejant RODOTÀ³⁶ no és un oxímoron, ha de contribuir a fer un dret contractual que persegueixi paràmetres de justícia i que contempli els valors constitucionals com a elements que vinculen a les parts i als jutges que resolen els conflictes civils, però, sense subordinar-lo; el dret contractual ha de seguir conservant la independència i l'autoregulació perquè l'autonomia de la voluntat

³² CHEREDNYCHENKO, OLHA O, *Fundamental Rights, Contract Law and the Protection of the Weaker Party*, op. cit., pàg. 237.

³³ *Ibidem*, pàg. 237, a partir d'aquesta decisió el 9è Senat de la Cort Suprema alemanya va començar a intervenir en aquells contractes d'assegurances que havien estat firmats per membres de la família del deutor principal.

³⁴ L'article 1 de la Constitució alemanya eleva la dignitat humana a la categoria d'inviolable i el seu respecte és un deure per tots els poders de l'Estat. És la norma jurídica que té un rang jeràrquic superior en l'ordenament germànic i el focus principal de tots els valors constitucionals, cfr. CHEREDNYCHENKO, OLHA O, *Fundamental Rights, Contract Law and the Protection of the Weaker Party*, op. cit., pàg. 248.

³⁵ Vegeu, *infra*, Capítols II i III.

³⁶ RODOTÀ, STEFANO (2007), "Editoriale", a *Rivista Critica del Diritto Privato*, n°1, pàg. 3.

és també un dels principis vertebradors i constituents dels ordenaments jurídics europeus.

2.- El principi de conservació del contracte i la seva funció integradora

Els supòsits d'injustícia contractual plantegen quina hagi de ser la resposta que el legislador ha de donar un cop se'n constata la concurrència en un cas concret.

El projecte de Llei del Llibre VI CCCat ha iniciat la incorporació d'un nou principi de dret europeu dels contractes: el principi de conservació del contracte directament relacionat amb el principi de seguretat contractual³⁷ (cfr. Principis 28^o DCFR³⁸ i el 0:204 dels *Principes directeurs*³⁹). Aquest principi revela una nova concepció que prioritza la composició d'interessos originàriament volguda i justifica el disseny d'instruments que permeten adaptar el contracte amb la finalitat de salvar el projecte econòmic que els contractants consideraven apte per a satisfer llurs interessos respectius. Representa la possibilitat de revisar i adaptar el contracte, tot evitant-ne la resolució i recuperar-lo com a instrument de configuració dels interessos que ja havia encarrilat.

Aquesta necessitat és especialment palesa quan l'equilibri econòmic entre les prestacions, aparent o inicial, es trenca a causa de la situació de dependència d'una de les parts, a causa del valor atribuït al bé alienat, o bé perquè les

³⁷ Principi 17.5 DCFR: "...el principio de la conservación del contrato, en virtud del cual, a la hora de tratar las cuestiones relacionadas con la interpretación, la invalidez o el cumplimiento de un contrato se dará prioridad a la perspectiva que otorgue eficacia al contrato frente a la que no lo haga, si ésta resulta perjudicial para los intereses de una de las partes."

³⁸ Principi 28 DCFR: Conservación de la relación contractual: "Este principio, recogido en los Principes directeurs bajo el epígrafe de *faveur pour le contrat*, queda también reconocido en distintas disposiciones del DCFR, como las relativas a la interpretación o al poder de un tribunal para adaptar un contrato afectado por un motivo de invalidez (...) Por otra parte, el DCFR ofrece un método más general para completar el acuerdo con el objeto de que resulte aplicable cuando usrja una cuestión no prevista o contemplada por las partes "conservando el contrato" y aumentando la seguridad contractual"

³⁹ 0:204: "Faveur pour le contrat: Lorsque le contrat est sujet à interprétation, ou lorsque sa validité ou son exécution est menacée, l'efficacité du contrat doit être préférée si son anéantissement nuit aux intérêts légitimes de l'un des contractants", precedit del principi de la força obligatòria dels contractes i ambdós principis emanats del principi general de la seguretat. Cfr. FAUVARQUE-COSSON, B. & MAZEAUD, D. *Projet de cadre commun de référence. Principes contractuels communs. Association Henri Capitant des Amis de la Culture, Société de législation comparée*, Paris, 2008, pág. 197 i ss.

circumstàncies han variat de forma totalment inesperada. En tots aquests casos, cal preveure mecanismes alternatius dirigits a conservar i adaptar el contracte, preferibles a la solució antieconòmica que representa la resolució.

El principi de conservació del contracte justifica l'opció de redefinir-lo si l'equilibri patrimonial es veu pertorbat per circumstàncies anteriors o sobrevingudes a la celebració.

El judici de l'eficàcia contractual resultant de l'apreciació d'un supòsit de rescissió per lesió, d'avantatge injust o d'alteració sobrevinguda de les circumstàncies passa per orientar-la cap a la conservació del negoci. La ineficàcia del negoci en aquests casos, tal com s'esdevé respecte la nul·litat en cas de concurrència d'una clàusula abusiva, només es pot esdevenir en els casos quan resulti frustrada la finalitat del negoci o doni lloc a una situació no radicalment inequívoca d'impossible subsanació⁴⁰.

La incorporació de nous remeis enfront la injustícia contractual originària i sobretot, l'ampliació de l'àmbit d'aplicació dels supòsits d'injustícia contractual sobrevinguda comporten una impacte sobre el principi de seguretat jurídica i més particularment, sobre el principi de vinculació dels contractes i de l'autoresponsabilitat contractual de les parts.

La tensió és inevitable. El principi de conservació del contracte és manifestació del de vinculació negocial, no exclusivament contractual (1091 i 1256 Cce); veiem així, per exemple, en seu successòria, que les clàusules testamentàries s'han d'interpretar en el sentit més favorable a llur eficàcia (art. 423-6.2 CCCat). En aquest sentit, cap ordenament condicionarà l'eficàcia d'un acord vinculant a

⁴⁰ Cfr. STS de 15 de gener de 2013 (Roj 827/2013), de 17 de gener de 2013 (Roj 820/2013) i de 11 de març de 2014 (Roj 1484/2014). L'última de les sentències citades assenyala que: *"Esta función comporta un juicio de la eficacia de la relación contractual objeto de examen que excede de la mera interpretación integrativa del contrato como complemento o extensión de lo acordado por las partes y, en su caso, de lo declarado abusivo, ya que encierra una auténtica valoración causal del entramado contractual resultante a los efectos de declarar el ámbito de eficacia contractual que resulte aplicable conforme, entre otros extremos, a la naturaleza y tipicidad del contrato celebrado, al engarce o conexión contractual afectada por la cláusula abusiva en cuestión y al cumplimiento obligacional observado, todo ello, conforme al principio de la buena fe contractual y a la sanción del enriquecimiento injustificado por alguna de las partes."*

la plena o suficient realització de les expectatives de les parts al moment de concloure'l⁴¹ però tampoc pot romandre passiu i no contemplar la revisió dels acords manifestament injustos. L'alternativa que es planteja aleshores, en clau positiva, i sobre la que s'aprofundirà en l'últim capítol del treball, serà la d'haver de triar entre imposar a la part contra la que no s'ha girat el risc contractual unes condicions no volgudes al temps de concloure'l o bé, extingir el contracte.

Així doncs, és justament el principi de conservació del negoci jurídic el que condueix a la proposta d'incorporar el principi de conservació del contracte per donar resposta a les vicissituds de la dinàmica contractual en clau de preferència enfront la contingència d'una eventual ineficàcia si bé assumint que el "contracte conservat" no sempre podrà mantenir una equivalència exacta amb el contracte conclòs a partir d'un concepte d'eficàcia funcional del contracte⁴².

3.- La qüestió competencial: la incorporació del principi general de conservació del contracte i de concrets remeis reequilibradors en el futur Llibre VI del Codi civil de Catalunya.

A l'hora de plantejar propostes legislatives en la matèria que ocupa el present treball, resulta ineludible referir-se al sostre competencial que en matèria civil i més en concret, en matèria d'obligacions contractuals, resulta de l'art. 148.1.8a de la Constitució espanyola, de l'art. 129 de l'Estatut d'Autonomia de Catalunya i de la interpretació que el Tribunal constitucional ha fet d'aquestes normes.

Com sabem la interpretació d'aquest límit competencial ofereix dos escenaris contraposats pel que fa a l'àmbit de la competència autonòmica en matèria d'obligacions i contractes. El primer posicionament estén el límit competencial a la regulació de tota la part general de les obligacions i dels contractes i deixa com a únic objecte possible de la competència autonòmica la matèria pròpia dels tipus contractuals concrets; el límit relatiu a "*les bases de les obligacions contractuals*" condueix a una atribució de títol competencial a favor de l'Estat per a regular la part general de les obligacions i els contractes i aquest

⁴¹ HONDIUS, EWOUUD i GRIGOLEIT, HANS CHRISTOPH (2011), *Unexpected circumstances in european contract law*, Cambridge: Cambridge University Press, pàg. 4.

⁴² Cfr. la SsTS de 15 de gener de 2013 (STS 2013\2276) o de 28 junio (RJ 2012\ 8603).

posicionament s'expressa en treballs preparatoris com la ja llunyana en el temps Propuesta de Modernización del Código civil en material de Obligaciones y Contratos (2009)⁴³. Aquest avantprojecte, en la seva Exposició de Motius, apartat X, atribueix vigència directa en tot el territori espanyol, “*incluidas las Comunidades Autónomas con legislación civil propia*”, a la regulació íntegra continguda en els dos primers títols del Llibre IV (*De las obligaciones* i *De los contratos*). En aquesta proposta, tant el remei de previst per a l'alteració extraordinària de les circumstàncies (art. 1213 de l'Avantprojecte) com la regulació relativa a la rescissió dels contractes (art. 1310 i ss) s'inclourien dins la reserva competencial a favor de l'Estat.

Per contra, l'expressió “*bases*” i considerada la voluntat omnicomprensiva de la matèria civil que resulta de l'art. 129 EAC 2006, excloses només les matèries estrictament reservades a la competència de l'Estat, permetria una interpretació conduent a una regulació àmplia del dret d'obligacions i contractes, excloses només aquelles normes relatives a la validesa i eficàcia del contracte i a les normes relatives al compliment de les obligacions⁴⁴.

Cal tenir en compte que el Tribunal Constitucional, amb ocasió de la STC 31/2010, restringeix la competència de Catalunya en matèria civil a la conservació, modificació i desenvolupament de la regulació existent al moment que es va constituir en CA, sentit en el que estableix que cal interpretar l'art. 129 EAC, però sense cap al·lusió ni judici projectat sobre la tasca legislativa que s'ha dut a terme des d'aleshores la qual cosa ha estat interpretat per la doctrina com una assumpció de la tasca legislativa duta a terme fins aleshores per la Generalitat de Catalunya⁴⁵.

⁴³ Text de la proposta del [Anteproyecto de ley de modernización del derecho de obligaciones y contratos](#)

⁴⁴ Cfr. MIRAMBELL ABANCÓ, A. “La competència catalana en matèria d'obligacions i contractes”, en LLÁCER MATAÇÀS, M.R. (coord.), *La codificación del derecho contractual de consumo en el derecho civil catalán*, Dykinson, Madrid, 2015, pág. 32 i ss.

⁴⁵ Per a BADOSA COLL, F., “Sentència 31/2010, de 28 de juny”, en *Revista Catalana de Dret Públic. Especial Sentència sobre l'Estatut*, 2010, pàgs. 336 i 337, aquest raonament inclou una doble incoherència pel fet que, d'una banda, l'activitat legislativa de conservació, modificació i desenvolupament en què es vol fer gravitar la competència és incompatible amb la retroactivitat a la legislació de 1979 i de l'altra, per la total abstracció que es fa de l'activitat legislativa duta a

Pel que fa a la qüestió concreta sobre la competència del legislador català per a regular les figures que són objecte d'estudi en el present treball, cal valorar de diversa manera el judici de competència legislativa per a la positivització del principi general de conservació del contracte i el referit a la regulació de les figures concretes de reequilibri contractual com ho són la rescissió per lesió, l'avantatge injust i l'alteració sobrevinguda de les circumstàncies.

Les majors reserves es poden projectar sobre la norma que incorporés el principi de conservació del contracte i orientés la seva aplicació cap a la possibilitat de novar acords amb reconeixement de la facultat d'instar un procés de renegociació del contracte, malgrat aquesta possibilitat no s'hagués previst per les parts en el contracte. Aquesta obligació legal es configuraria com a obligació de mitjans i mai de resultat.

Sembla clar que, fins i tot aplicant una perspectiva estricta del concepte, el principi de vinculació contractual expressat en l'art. 1091 Cce s'ha de qualificar de base de les obligacions contractuals en tant que es tracta d'una norma relativa l'eficàcia dels contractes; de fet, es tracta de la norma general sobre l'eficàcia dels contractes. Així doncs, l'esmentada norma restaria exclosa de la competència autonòmica a l'hora d'integrar el contingut de les Disposicions Generals del Llibre VI. Tanmateix, el principi de conservació del negoci jurídic incorporat a partir de la configuració d'un deure legal de les parts de passar per un procés de renegociació en casos en què l'eficàcia del contracte perillés, es pot connectar fàcilment amb el principi general de bona fe i honradesa en els tractes *ex art. 111-7 CCCat* i troba la seva expressió singular en normes ja positivitzades. Seria per tant, una norma que, en seu de Disposicions Generals, contindria una obligació legal de renegociar en supòsits d'asimetria econòmica i amb la finalitat de restablir un equilibri econòmic raonable del contracte. Aquesta mateixa norma general podria contenir la facultat judicial d'adaptar un contracte asimètric a petició d'una o ambdues parts segons la incidència o no

terme des de l'aleshores, la qual cosa permet deduir un judici favorable sobre la constitucionalitat d'aquesta activitat legislativa.

d'un comportament dolós per l'altra part, en el qual cas aquesta part no tindria legitimació per instar l'adaptació⁴⁶.

Pel que fa a la competència per a legislar sobre les concretes institucions que plantegen situacions d'asimetria originària –rescissió per lesió o avantatge injust- o sobrevinguda –alteració de les circumstàncies- del contracte resta plenament justificada a l'empara de la competència no discutida per al desenvolupament del dret civil propi.

⁴⁶ Es proposaria per tant, una sistemàtica diversa a la continguda en la [*Proposta d'un text articulat sobre teoria general del contracte per al Llibre sisè del Codi civil de Catalunya*](#) a càrrec de BOSCH CAPDEVILA, ESTEVE, DEL POZO CARRASCOSA, PEDRO i VAQUER ALOY, Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada, que incorporés un article adreçat a la conservació del contracte i no només a la seva adaptació i alhora, que no restringís la projecció de la norma als supòsits d'alteració sobrevinguda de les circumstàncies, sinó que l'estengués, com fan els propis autors al proposar la regulació sobre l'anul·labilitat del contracte en cas d'avantatge injust, a d'altres institucions.

Capítol II. SUPÒSITS D'ALTERACIÓ INICIAL DE L'EQUILIBRI ECONÒMIC DEL CONTRACTE: DE LA RESCISSIÓ PER LESIÓ A L'AVANTATGE INJUST

1.- La rescissió per lesió

1.1.- Evolució i origen de la rescissió per lesió *ultra dimidium*

La rescissió per lesió manté la seva vigència, en l'actualitat, en la Compilació de Dret Civil de Catalunya (CDCC). L'article 321 de la Compilació i següents⁴⁷ permeten a l'alienant rescindir els contractes onerosos relatius a béns immobles en els que hagi sofert lesió en més de la meitat del preu just. És a dir, és suficient que el preu pagat sigui inferior a la meitat del preu just per què procedeixi la rescissió, excepte que la falta d'equivalència econòmica es basi en un ànim liberal del venedor o alienant (*negotium mixtum cum donatione*)⁴⁸.

Si ens remuntem a l'origen històric de la rescissió per lesió, aquest el trobem en dos lleis del *Codex* de Justinià (C.44,4,2 i C.4, 44,8). Es tracta de dos rescriptes atribuïts als emperadors Dioclecià i Maximià, de l'any 285 dC i 293 dC^{49 50}.

⁴⁷ Article 321 CDCC:

Els contractes de compravenda, permuta i altres de caràcter oneros, relatius a béns immobles, en què l'alienant hagi sofert lesió en més de la meitat del preu just, seran rescindibles a instància seva, baldament en el contracte concorrin tots els requisits necessaris per a la seva validesa.

Aquesta acció rescissòria no serà procedent en les compravendes fetes mitjançant subhasta pública, ni en aquells contractes en els quals el preu o contraprestació hagi estat decidivament determinat pel caràcter aleatori o litigiós del que s'adquireix o pel desig de liberalitat de l'alienant. En les vendes a carta de gràcia o amb pacte de retrovenda no es podrà exercitar la dita acció rescissòria fins que s'hagi extingit o hagi caducat el dret de redimir, lluir, quitar o recuperar.

⁴⁸ VAQUER ALOY, ANTONI (2001), *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, Madrid: Civitas Ediciones, abril/setembre, pàg. 631

⁴⁹ MARTIN CASALS, MIQUEL (1984), *Lesió ultra dimidium i equivalència. Naturalesa de la lesió i àmbit d'aplicació*. Barcelona: Universitat de Barcelona, Facultat de Dret, (Tesi Doctoral), pàg. 32

⁵⁰ El dret romà deixava, inicialment, la llibertat d'establir el preu entre les parts. La interferència judicial es veia com un fre a la llibertat contractual de les parts, Paul. D. 19, 2, 22, 3:

Anteriorment a aquests rescriptes, però, el Dret romà tenia un principi general de dret contractual (quan l'economia romana no estava subjecta a cap control) que permetia vendre per qualsevol preu que s'hagués establert)⁵¹.

A Catalunya, a diferència del dret castellà codificat, en el qual es van imposar raons pràctiques i els postulats liberals de l'època, fins a la promulgació de la Compilació del dret civil de Catalunya de 21 de juliol de 1960, la institució va ser aplicada en la mesura en què ho van ser el dret canònic i el dret romà, així com la doctrina dels doctors, les constitucions, els capítols de corts i altres drets⁵².

La lesió *ultra dimidium* com a causa de rescissió dels contractes no es defineix com un consentiment viciat o per una manca de capacitat sinó per l'existència de la lesió, per tant, des d'un fonament purament objectiu, no vinculat a cap vici de consentiment, sinó a la causa. Així, la rescissió per lesió s'esdevindrà encara que l'atorgant del contracte tingués coneixement de la lesió; l'únic requisit que exigeix l'article 321 de la Compilació de Dret Civil de Catalunya (i així ho manté l'article 621-46.1 del Projecte de Llibre VIè del Codi civil de Catalunya, CCCat) és el desequilibri econòmic en més de la meitat⁵³(del preu just –CDCC- o de del valor de la prestació que fa, en el Projecte de Llibre VIè). Tal i com ens indica la STSJCAT de 20 de desembre de 1990, quan la lesió

“Quemadmodum in emendo et vendendo naturaliter concessum est quod pluris sit minoris emere, quod minoris sit pluris venderé et ita invicem se circumscribere, ita in locationibus quoque et conductionibus iuris est”, però els juristes romans també eren conscients que els usos del comerç no sempre es revestien d'uns alts estàndards d'honestedat, Paulo D. 50, 17, 144: *“Non omne quod licet honestum est”*. Per això sorgeix la figura de la *laesio enormis* en el Codex de Justinià, com una fusió de l'ètica i la *humanitas* en el Dret i per l'esperit de l'Emperador de protegir al feble i mitigar la rigidesa de la llei, *Vide.*, ZIMMERMANN, REINHARD (1990), *The law of obligations. Roman foundation of the Civilian Tradition*, Kenwyn: Juta&Co, Ltd, pàgs. 255-261

⁵¹ Així, el text del DIGEST 19,2,22,3 reflecteix el dret romà clàssic, que permetia a les parts un comportament totalment lliure per a fixar el preu, *vide.* GORDLEY, JAMES (1981) “Equality in Exchange” *California Law Review*, Vol. 69, pàg. 1601

⁵² ALEGRET BURGUÉS, M^a EUGÈNIA (2010), *La rescissió per lesió ultra dimidium en la jurisprudència del Tribunal de Cassació i en la doctrina del Tribunal Superior de Justícia. Discurs d'ingrés a l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya*, Barcelona: Revista Jurídica de Catalunya, núm.2, pàg. 9

⁵³ ROCA SASTRE, RAMON MARIA (2009), “La lesió *ultra dimidium* y las alteraciones del valor de la moneda”, *Estudios de Derecho Privado*, Cizur Menor (reimpresió de l'edició de 1948), Vol I, pàg. 261.

excedeix en més de la meitat del preu just, la venda és rescindible per aquest sol fet⁵⁴.

Es tracta d'un sistema purament objectiu, basat en la simple lesió, però la majoria de vegades qui en resultarà protegit serà la part feble del contracte. Així doncs, qui vengui un immoble, per exemple, per menys de la meitat del preu just, serà quasi sempre la part dèbil del contracte, que en nombroses ocasions es trobarà en un estat de necessitat, feblesa, angoixa econòmica o inexperiència, o bé tindrà una relació de confiança amb l'altra part⁵⁵.

1.2.- Rescissió per lesió i el principi de l'equivalència objectiva de les prestacions

La rescissió per lesió *ultra dimidium* actua com a norma causal de l'onerositat que tutela l'equivalència objectiva de les prestacions i que possibilita que es rescindeixi el contracte quan no s'observa el grau mínim de correlació econòmica o equivalència de les prestacions⁵⁶⁵⁷. La causa del contracte o causa en sentit impropï la podem definir com la funció econòmica del contracte

⁵⁴ Sentència del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, de 20 de desembre de 1990 (RJ1992|2580): “*Si la desproporció del preu es tan enorme que excede de la mitat, resultado precio vio o rayano en irrisorio el estipulado, la venta torna rescindible por el solo hecho de la lesión salvo que el comprador desvirtúe por prueba en contrario la presunción iuris tantum de que en tal supuesto el vendedor no contrató libremente, sino con la voluntad captada por error o por engaño, o acuciado por necesidad agobiante de vender (...) En opinión de la Sala de Instancia, la venta en menos de la mitad del justo precio presume -salvo prueba en contra a cargo del comprador- que el vendedor contrató con la voluntad viciada por error, engaño o acuciante necesidad, parecer subjetivista que considera la lesión como vicio del consentimiento con regulación análoga a la prevista por los arts. 1265 y siguientes del Código civil. Tesis que choca frontalmente con el art. 321.1 de la Compilación cuando prevé que la resolución se producirá “aunque en el contrato concurren todos los requisitos necesarios para su validez. (...) Se aplica pues (...) un criterio meramente objetivo (...) La figura del derecho foral catalán de la rescisión por lesión o engany de mitges... no requiere el complemento de otras circunstancias o elementos subjetivos para su existencia o eficacia (...)*”

⁵⁵ BOSCH CAPDEVILA, ESTEVE (2006), “La protecció de la part feble del contracte en el dret civil català i en el dret civil europeu”, *INVESTIGACIÓ (Ajuts a la investigació)*: Document de treball del Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada, Barcelona: Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada, pàg. 34

⁵⁶ MARTÍN CASALS., MIQUEL (1998): “Perspectives de futur de la rescissió per lesió *ultra dimidium*”, a *El Futur del Dret Patrimonial de Catalunya. Material de les Desenes Jornades de Dret Català a Tossa*, València: Tirant lo Blanch, pàg. 173

⁵⁷ A més a més, alguna doctrina considera que l'equilibri entre les prestacions és en si mateix un element essencial del contracte, que equival a la causa, i d'aquí la noció d'equivalència objectiva, *Vide*. RIPERT, GEORGES (1949), *La règle moral dans les obligations civiles*, París: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, pàg. 117

i pressuposa l'existència d'una determinada estructura negocial (tipus negocial) que serveix de vehicle per a la seva realització (en sentit propi, la causa és el fonament de l'existència de l'efecte jurídic, element indispensable del consentiment). L'estructura econòmica tendeix, precisament, al resultat econòmic de la seva causa típica, és a dir, a l'equivalència econòmica de les prestacions – causa onerosa- (en el Codi civil, ex art. 1289.1). Per tant, la inexistència absoluta d'una equivalència de les prestacions faria que la subsistència d'una causa onerosa esdevingués impossible⁵⁸. Fins i tot alguna doctrina ha proposat que el just equilibri entre les prestacions esdevingui un principi general o criteri inspirador de tot el dret contractual i doni així un nou contingut al concepte d'onerositat, “*el control sobre la proporción de las concretas prestaciones en los intercambios onerosos que conduzca a negar la tutela jurídica a todos aquellos acuerdos que, por ser manifiestamente inequitativos, pongan en evidencia la insatisfacción del interés de un contratante, normalmente el más débil*”⁵⁹.

Tot i fent una mirada a la jurisprudència més embrionària del Tribunal Suprem en matèria de rescissió, observem que el fonament de què deriva aquesta figura és el perjudici jurídic-econòmic que ocasiona l'excessiva desproporció de les prestacions⁶⁰. Precisament és aquesta confluència entre la tècnica de la rescissió amb la idea del preu just la que va fer sorgir històricament la figura de la rescissió per lesió que, d'alguna manera, fou la introductora a l'ordenament jurídic de la idea de justícia contractual, en la seva fase més embrionària⁶¹.

L'instrument de la rescissió per lesió també ha sigut criticat per alguna doctrina com un remei extraordinari per a destruir el contracte i com una figura que s'oposa frontalment a l'article 1256 del Codi civil, que proclama el principi de

⁵⁸ LLÀCER MATAÇÀS, MARIA ROSA (1992), *El saneamiento por vicios ocultos en el Código civil: su naturaleza jurídica*, Barcelona: Bosch Editor, pàgs. 92 i seg.

⁵⁹ MARTÍN PÉREZ, JOSÉ ANTONIO (1995), *La rescisión del contrato (en torno a la lesión contractual y el fraude de acreedores)*, Barcelona: Bosch Editor, pàg. 33

⁶⁰ Vide. STS 17 abril de 1943 (RJ 1943\418) (...) y la rescisión presupone que la relación jurídica ha sido válidamente constituida, si bien concurren en ella determinadas circunstancias - en general un agravio jurídico- económico- que obstan a su eficacia (...)

⁶¹ ARECHEDERRA ARANZADI, LUIS IGNACIO (1978), *La equivalencia de las prestaciones en el derecho contractual*, Madrid: Editorial Montercorvo, pàgs. 69-70

vinculació contractual, perquè destrueix un contracte per raons d'oportunitat econòmica⁶². Se senyala que si es manté la teoria de l'equivalència objectiva de les prestacions i de la configuració econòmica de la causa onerosa, quan es trenca aquest equilibri s'altera, precisament, la causa del contracte; falta doncs, un dels pressupòsits de l'obligatorietat de la relació contractual (tal i com l'esdeveniment d'un vici del consentiment permet l'anul·lació del contracte) i, per tant, l'exercici de la rescissió d'un contracte lesiu –si es manté la teoria de l'equivalència objectiva de les prestacions- desfà un contracte que ja d'entrada no tindria força vinculant perquè un dels elements essencials del contracte, com és la causa, ha estat alterat prèviament. A més a més, també s'argumenta que en la conclusió del contracte lesiu hi manca una llibertat igualitària entre les parts perquè, en la majoria de les vegades, les posicions de les parts quan negocien l'*iter* del negoci contractual són desiguals.

1.3. La idea aristotèlica de justícia: la justícia distributiva i commutativa

Aquesta idea de justícia que presenta l'equilibri entre les prestacions és una idea pròpia de la justícia commutativa, que exigeix una idea d'igualtat entre prestació i contraprestació. Es tracta d'una idea aristotèlica⁶³: el contracte té per efecte provocar el naixement d'obligacions i, en conseqüència, de drets de

⁶² BADOSA COLL, FERRAN (1969), (Rescisión por lesión. Carácter de la acción de rescisión por lesión en la Compilación catalana. Ejercicio de la acción de rescisión por lesión de uno de los coherederos del enajenante. Comentario a la Sentencia de 5 de abril de 1968, *Revista jurídica de Cataluña*, pàgs. 82-84), sosté que (...) *la rescisión por lesión, puesto que es un medio extraordinario y unilateral de destruir el contrato, se opone al art. 1256, que proclama exactamente el principio opuesto: el de vinculación contractual. A diferencia de la anulabilidad que es un remedio ordinario, o sea, justificado por la propia normatividad del contrato, la rescisión, puesto que el desequilibrio entre las prestaciones no afecta a la estructura ni a la validez del contrato sino a su función económica, es un remedio arbitrario, porque equivale a permitir el juego del arbitrio de un contratante en orden a mantener o no el contrato. La rescisión, entonces, vulnera el art. 1256 porque el contratante destruye el contrato fundándose no en razones de legalidad sino de oportunidad económica*".

⁶³ Segons Aristòtil [cfr. GORDLEY, JAMES (2011), *The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine*, Oxford: Clarendon Law Series, pàg. 13 hi ha dues concepcions de justícia: la distributiva i la commutativa. La justícia distributiva és la justícia « *manifested in distributions (...). Each citizen receives in proportion to merit. Political regimes differ, however, on what constitutes merit: »democrats identify it with the status of freeman, supporters of oligarchy with wealth (or with noble birth), and supporters of aristocracy with excellence* ». La justícia commutativa, per contra, és aquella que « *follows an arithmetic proportion. One person has too much and another too little. He has too much in involuntary transactions because he has taken something from the other, in voluntary transactions because things of unequal value have been exchanged. Justice is done by taking the amount necessary to restore equality from one party and giving to the other* ».

crèdit, que atorguen el poder al creditor per a exigir al deutor l'execució d'una prestació. Existeix una necessitat d'equilibri entre drets i patrimoni i, per tant, també s'ha estès la idea de què la justícia contractual reclama que l'intercanvi entre les prestacions no impliqui una destrucció de l'equilibri econòmic inicial. Si caracteritzem el contracte com un instrument de justícia immediatament també li afegim una dimensió d'intercanvi equilibrat i, per tant, una relació contractual pròpia de la justícia commutativa o justícia contractual no només compleix amb la voluntat de les parts sinó també serveix per a propagar la idea d'un desenvolupament correcte de l'ordre econòmic⁶⁴. És un concepte que emana de la doctrina aristotèlica: “no one should gain by another's loss”⁶⁵. La idea del preu just que elaborà a posteriori Sant Tomàs d'Aquino s'inspira en aquesta idea de la justícia commutativa aristotèlica, que es troba en l'Ètica Nicomàquea⁶⁶. L'altra idea de justícia d'Aristòtil, la distributiva, s'esdevé en el sí del dret públic i l'ordre públic de direcció; intenta imposar una determinada concepció d'interès general en l'univers econòmic; així, mitjançant preus legals i taxes el que es vol es pal·liar els efectes del lliure mercat, per tal de conformar-lo tot seguint paràmetres de justícia distributiva^{67 68}.

⁶⁴ GINÉS CASTELLET, NÚRIA (2011), « Enriquecimiento injusto y contrato: ¿La equivalencia de prestaciones como exigencia de un principio de justicia contractual? Una mirada a la rescisión por lesión en Cataluña », a *Diario La Ley*, nº7543, Sección Tribuna, Año XXXII, pàg.1

⁶⁵ GORDLEY, JAMES (1981), “Equality in Exchange”, *op.cit.*, pàg. 1589

⁶⁶ CHARPENTIER, ÉLISE (2004), « Les fondaments théoriques de la transformation du rôle de l'équilibre des prestations contractuelles », *Les Cahiers de Droit*, vol 45, nº1, pàg. 72

⁶⁷ MARTÍN PÉREZ, JOSÉ ANTONIO, *La rescisión del contrato*, *op.cit.*, pàg. 55

⁶⁸ Aquesta separació tan rígida entre justícia distributiva i justícia commutativa es posa en qüestió per ANDREA NICOLUSSI. L'autora italiana defensa que el dret privat també pot tenir objectius propis de la justícia distributiva, *cfr.*, NICOLUSSI, ANDREA, a NOGLER, LUCA., REIFNER, UDO (Eds.) (2014), *LIFE TIME CONTRACTS. Social Long-Term Contracts in Labour, Tenancy and Consumer Credit Law*, The Hague: Eleven international publishing, pàg. 153, “ (...)Tanto più che il soggetto creditore, la banca, è un operatore professionale, mentre il debitore è un soggetto (consumatore) mosso dal bisogno personale e non dotato di una struttura organizzativa. Poiché la banca è soggetto professionale, essa è la parte meglio in grado di prevedere e amministrare questi rischi nell'ambito del contratto di durata, e ciò può giustificare una sospensione dell'obbligo a tutela della parte debole, nonché talora eventualmente anche l'accollo alla banca del costo di tale sospensione. La regola non costituisce, evidentemente, applicazione del principio di giustizia commutativa, ma di una giustizia distributiva che si attua mediante un soggetto privato con cui la persona intreccia una parte della propria vita”. Duncan KENNEDY també és un dels autors que més ha defensat aquesta visió distributiva en el sí del dret contractual, *Vide.*, KENNEDY, DUNCAN (1982), “Distributive and Paternalist Motives in Contract and Tort Law, with Special Reference to Compulsory Terms and Unequal Bargaining Power”, a *Maryland Law Review* 563, Volum. 41, tema 4, pàg. 622. I un altre autor que s'hi ha

Tanmateix, constatem també una crítica a la utilització de la rescissió per lesió com un instrument al servei de la justícia contractual. CARBONNIER ja considerava que “(...) Cualquiera que sea la fórmula adoptada, la rescisión por lesión ha dejado de ser el más eficaz instrumento de justicia contractual (...) La solución es excesivamente individualista. ¿Se va a servir el individuo del remedio que se concede? Las técnicas de economía dirigida (control de precios, salario mínimo), implicadas en un sistema de Derecho público con un mecanismo represivo para garantizar su ejecución, realizan más idóneamente, y a nivel masivo, el ideal de justicia en los contratos”⁶⁹.

Inevitablement la idea de la lesió apareix pintada d'influències de la moral sobre el procés de contractació: el Dret, si l'entendem com un mínim de conductes ètiques que s'exigeixen de forma coercitiva, no pot cobrir totes les exigències de justícia⁷⁰. Ara bé, si les disposicions legals no donen cobertura a totes les relacions que s'esdevenen en el sí dels contractes, és precisament aquesta idea de moral la que ens serveix de referència per a buscar una solució o si més no una justificació per a donar respostes diferents a les de la regla general (*freedom of contract*). Això s'observa d'una forma ben notòria en el dret alemany; el codi civil alemany (BGB) té un article (§138) que permet declarar la nul·litat d'aquells contractes que van en contra de les bones costums (*guten Sitten*) i engloba des de supòsits de *laesio enormis* fins a supòsits usuraris. La doctrina italiana més recent és propera a una conciliació del principi de l'autonomia de la voluntat amb una dimensió moral, tal i com concreta NICOLUSSI “(...) Il punto di innesto più evidente della morale nel contratto può essere colto sul riflesso che il principio dell'autonomia contrattuale non è espressione della semplice autodeterminazione individuale delle parti, perché il contratto rimane pur sempre un atto relazionale, onde l'autodeterminazione di un contraente deve quantomeno conciliarsi con quella dell'altro. L'autonomia contrattuale è, in altri termini, un'autonomia relazionale e ciò dovrebbe essere

referit és KRONMAN, ANTHONY T (1980), “Contract Law and Distributive Justice”, *Faculty Scholarship Series*, Paper 1069, pàg. 473 i seg.

⁶⁹ CARBONNIER, JEAN (1971), *Derecho civil*, t. II, Vol. II., trad. esp. per Zorrilla Ruiz, Barcelona: Bosch, pàg. 299

⁷⁰ *Ibidem*, pàg. 69

sufficiente per riconoscere in apicibus la plausibilità di una dimensione morale intersoggettiva, non semplicemente individuale, del contratto (...) la ricerca di un fondamento morale degli obblighi che vengono imposti a una parte offre insomma una spiegazione di quegli stessi obblighi che una rígida separazione della disciplina del contratto dalla morale lascerebbe irrisolta (...) In definitiva, quando si parla di morale si allude a una morale giuridicamente rilevante e sostenibile, che prescinde dalle valutazioni soggettive, e qualifica i comportamenti secundo una misura compatibile con l'autonomia"⁷¹.

Nogensmenys, però, ens plantegem la qüestió següent: la solució a la lesió en més de la meitat ha de tenir un fonament ètic, si té com a base una consideració de naturalesa econòmica que preveu el restabliment de l'equivalència entre les prestacions?⁷² Sí que és cert que les idees de justícia commutativa que s'observen en l'Ètica Nicomàquea d'Aristòtil beuen de regles morals, però, aquest base ètica potser s'adaptaria millor si s'analitza la vessant subjectiva de la figura, tal i com succeeix en l'avantatge injust o explotació injusta perquè si no es produeix una barreja de conceptes relatius a la causa onerosa amb pressupòsits que configuren els vicis del consentiment. Com veurem *a posteriori*, l'explotació injusta o la *gross disparity* són figures que permeten l'anul·lació dels contractes quan es compleixen determinats requisits, i les noves regulacions destaquen les circumstàncies que rodegen la part més

⁷¹ I continua l'autora, "(...)La prospettiva che si va descrivendo, in definitiva, tenta di integrare il problema di trovare una giustificazione ad obblighi di solidarietà, e quindi senza contropartita, compatibili con una nuova dogmatica dell'autonomia privata, senza rassegnarsi a delegare il compito interamente a una eventuale, ipotetica riforma legale, più o meno orientata alla c.d. social justice of contracts. Infatti, l'apertura dell'autonomia privata a profili di solidarietà, nella misura in cui può trovare una base etica –fosse pure istituzionalizzata costituzionalmente o ricavata da una clausola generale come la buona fede –perde quella allure autoritaria che altrimenti promanerebbe dalla mera imposizione legale e che potrebbe apparire come l'effetto del prevalere nel conflitto sociale di una categoria a scapito di un'altra, una mera applicazione del principio sola auctoritas facit legem con i suoi riflessi espropriativo-punitivi a carico di chi subisce le decisioni dell'autorità di altri", Vide., NICOLUSSI, ANDREA, *Etica del contratto e "contratti 'di durata' per l'esistenza della persona*, op.cit., pàgs. 136 i seg.

⁷² La bona fe també serveix com un camí per tal de justificar la rellevància de la lesió i garantir el just equilibri de prestacions, perquè com a principi general permet identificar exigències i actituds que són reprovables per la llei, i també serveix per omplir els buits que el sistema legal no preveu davant de situacions de la vida econòmica i social, i correspon al jutge establir, en concret, el que és conforme i contrari a la bona fe. Aquest argument ha sigut utilitzat per admetre el restabliment de la justícia objectiva en els supòsits de *hardship* o excessiva onerositat sobrevinguda, MARTÍN PÉREZ, JOSÉ ANTONIO (1995), *La rescisión del contrato* (en torno a la lesión contractual y el fraude de acreedores), Barcelona: Bosch Editor, pàg. 67

dèbil del contracte i que impregnen la relació contractual d'una desigualtat en el poder de negociació que en la majoria de casos és la responsable de la desproporció excessiva existent entre les prestacions de les parts. És aquesta desproporció la que origina un avantatge injust en la part explotadora (qui és conscient – o almenys hauria de ser-ho- de la situació de debilitat de l'altra part).

1.4. L'època codificadora i la preponderància del principi de l'autonomia de la voluntat: eficàcia obligatòria del *pacta sunt servanda*

Al llarg del segle XIX juristes i doctrina anglosaxona, francesa i alemanya, van fer una reformulació pròpia de la teoria del contracte i la van fer reposar en la idea que la voluntat de les parts era considerada de forma exclusiva; per tant, la doctrina de la causa va perdre sentit i la teoria de la lesió va deixar de ser una causa general de rescissió del contracte⁷³. Durant l'època de la Codificació, que es nodria dels pressupòsits filosòfics del liberalisme, la voluntat era sinònim de llibertat, i s'elevava a una categoria dogmàtica. Així, la llibertat contractual era entesa com la llibertat de concloure contractes i de determinar-ne el seu contingut. Aquesta llibertat va arribar a esdevenir el bé jurídic més protegit⁷⁴. L'axioma del *pacta sunt servanda* dotava d'una eficàcia obligatòria d'alta magnitud al vincle contractual i el protegia d'una possible pretensió rescissòria. La regla general era que el contracte s'havia de complir en conformitat a allò que s'havia establert per les parts, encara que no realitzés un equilibri equitatiu d'interessos. A més a més, els postulats del jusnaturalisme racionalista, que va elevar a dogma el poder il·limitat de l'home- raó i voluntat- com a creador de regles jurídiques, van arribar a convèncer i establir que el contracte, com que era voluntari, era just, perquè era conforme a la raó, font de tota regla ètica i

⁷³ CARO GRANADA, ROCÍO (2013), « En la secular búsqueda europea de un paradigma de justicia contractual: el enfoque de justicia relacional », a SÁNCHEZ LORENZO, SIXTO (Ed.), *Derecho contractual comparado. Una perspectiva europea y transnacional*, Pamplona : Civitas Thomson Aranzadi, pàg. 69

⁷⁴ MARTÍN PÉREZ, JOSÉ ANTONIO, *La rescisión del contrato (en torno a la lesión contractual y el fraude de acreedores)*, op.cit, pàg. 26

jurídica. “*Toute justice est contractuelle, qui dit contractual dit juste*”; per tant, idees com la rescissió per lesió o la usura van esdevenir innecessàries⁷⁵.

1.5. La relativització del *pacta sunt servanda*: reintroducció de remeis rescissoris en l'ordenament jurídic

En dret civil el principi de l'autonomia de la voluntat sempre ha tingut una posició privilegiada i el contracte és l'expressió màxima d'aquesta autonomia. Però el Dret sempre ha intentat impregnar el dret de contractes amb unes garanties mínimes i elementals de justícia. Per aquest motiu, a partir de la segona meitat del segle XIX, amb l'aparició del contractació en massa i de les lleis “socials”, la idea d'una exclusivitat de l'autonomia de la voluntat va començar a perdre força⁷⁶. L'exigència d'equilibri contractual semblava reflectir un canvi en els postulats més clàssics de la teoria del contracte: la tradicional norma *pacta sunt servanda*, que postulava una intangibilitat quasi màxima de la *freedom of contract* es va veure relativitzada per aquesta idea d'equilibri

⁷⁵ *Ibidem*, pàgs. 26 i seg.

⁷⁶ Al llarg del segle XX, la justícia social transforma radicalment la concepció de dret privat. Tots els estats membres de la Unió Europea viuen una transformació de la concepció clàssica del dret privat a una nova formulació de la llibertat contractual i de l'autonomia de la voluntat. La llibertat contractual i la seva força vinculant es limiten a través dels deures d'informació de cooperació i de cooperar amb l'altra part del contracte, amb l'objectiu d'evitar les injustícies i protegir la part dèbil. Aquesta socialització va tenir lloc via legislació (especialment per a protegir la part feble: treballadors, arrendataris, consumidors, pacients), ja fos mitjançant la regulació d'un Codi civil o bé en lleis especials, però sovint amb un ús per part del poder judicial de clàusules generals com la bona fe. En alguns estats aquest procés de socialització també ha tingut una dimensió constitucional, per exemple, el *Sozialstaatsklausel* de la Constitució alemanya (art. 14) o la obligació de *solidarietè sociale* de la constitució italiana, mentre que la constitució espanyola, grega o portuguesa, entre altres, reconeixen el caràcter social del dret de propietat. I, a més a més, la línia fronterera entre la justícia distributiva, pròpia de dret públic, i la commutativa, de dret privat, s'ha anat diluint, *cfr.* HESSELINK, MARTIN W (2008), *CFR & Social Justice*: Sellier European Law publishers, pàgs. 13-14. També COLLINS, HUGH (2006) senyala que “(...) *in contract law the distributive concerns of regulation infiltrated private law doctrine, sometimes removing whole classes of contracts such as employment from the general law, and at other times leading to revisions to the patterns of Applications of general doctrinal principles. Old doctrines such as good faith, abuse of rights, and unconscionability were reoriented towards more instrumental and distributive purposes. Private law did not become the same as regulation, because it remained oriented towards the resolution of disputes between individuals. Instead, private law became a synthesis, albeit a precarious one, that combined both its traditional concerns about corrective justice between individuals and instrumental ambitious about steering Markets towards distributive justice*”, a “The Alchemy of Deriving General Principles of Contract Law from European Legislation: In Search of the Philosopher's Stone”, 2 *ERCL*, pàg. 223

contractual⁷⁷. Aquesta nova exigència contractual es tradueix en deures de moderació i cooperació que s'acostumaven imposar a la part dominant del contracte. La doctrina defensora de la llibertat contractual sense límits no s'immisciria en aquesta relació contractual⁷⁸, ara bé, encara que el contracte hagi sigut acceptat per una persona plenament capaç, en determinats casos, la llei pot permetre a una de les parts desfer-se de la relació jurídica o corregir-ne el resultat lesiu, amb la finalitat de demostrar que aquell contracte, tal i com estava plantejat i a la llum de la justícia contractual, resultaria injust⁷⁹. Així, la justícia commutativa esdevé un factor més per a la plena validesa de l'íter negocial a través del remei jurídic de la rescissió per lesió⁸⁰.

El fet que la lesió descansi sobre una concepció de la justícia commutativa fa que hagi de donar presència també a l'autonomia de la voluntat, però el que és volgut o desitjat no és necessàriament just. Per això ha d'existir aquesta figura que permeti reprimir aquest abús de la llibertat contractual que està marcat per un component lesiu. Aquesta moralitat contractual és un concepte que estudia

⁷⁷ Tal i com assenyala Mazeaud, *“une nouvelle culture contractuelle gagne du terrain depuis quelques années, qui témoigne de la crise dont le contrat et son droit sont aujourd'hui l'objet, et dont la lutte contre les déséquilibres contractuels, qui n'ont pas d'autre légitimité qu'un rapport de forces inégalitaire, est un des chevaux de bataille”*, a MAZEAUD, DENNIS (2003), *La nouvelle crise du contrat*, Paris: Dalloz, pàg.137

⁷⁸ *“If there is one thing which more than another public policy requires it is that men of full age and competent understanding shall have the utmost liberty of contracting and that their contracts when entered into freely and voluntarily shall be held sacred and shall be enforced by the Courts of Justice. Therefore, you have this paramount public policy to consider –that you are not lightly to interfere with this freedom of contract”*: ZIMMERMANN, REINHARD (2000), *The law of obligations. Roman foundation of the Civilian Tradition*, op.cit, pàg. 577

⁷⁹ Bona part de la doctrina anglesa i americana –*common law*- s'ha mostrat contrària a acceptar figures com la rescissió per lesió. Per exemple, BERLIER s'ha expressat de la següent manera: *“(the) determination of the price should be left to the free agreement of the parties”*, o tal i com indica Joseph STORY: *“every person who is not from his peculiar condition or circumstances under disability is entitled to dispose of his property in such a manner and upon such terms as he chooses; and whether his bargains are wise and discreet or profitable or unprofitable or otherwise, are considerations not for courts of justice but for the party himself to deliberate upon”*, ambdós a GORDLEY, JAMES, *Equality in Exchange*, op. cit, pàgs. 1599-1601. No obstant, en el mateix text, un altre autor (GLASSON) assenyala que tot i que la doctrina de la *lésion* vagi en contra del principi de llibertat contractual per què un accepta la responsabilitat de les conseqüències dels seus actes, *“relief (is) not necessarily a bad idea. Relief (is) justified for reasons of humanity”*, *Ibidem*, pàg. 1601.

⁸⁰ GINÉS CASTELLET, NÚRIA, *“Enriquecimiento injusto y contrato: ¿La equivalencia de prestaciones como exigencia de un principio de justicia contractual? Una mirada a la rescisión por lesión en Cataluña”*, op.cit, pàg. 2

POTHIER, qui propugna una defensa de la solidaritat i una sanció a la part contractual que treu avantatge de la conclusió d'un contracte lesionari⁸¹.

Aquesta reintroducció del remei de la lesió, que marca el triomf d'una regla moral, en nom de la consciència ("*contrat contraire à la conscience*") permet analitzar si l'acte dels contractants és *unconscius*: l'acte jurídic sí que reuneix tots els requisits necessaris per a la seva validesa; però, per una situació de feblesa, estat de necessitat o inexperiència d'una de les parts, es tradueix en un enriquiment injust en l'altra part contractant. Quin és el valor d'aquest acte i com es restableix l'equilibri s'obté tot comparant el valor econòmic de les prestacions; aquesta font d'equivalència objectiva de les prestacions és considerada, per alguna doctrina, com un element essencial del contracte: la *causa*⁸².

L'equivalència de les prestacions (*equality in exchange*) en l'ordenament jurídic determina que el dret contractual no pot protegir l'autonomia de la voluntat o la llibertat de contractació d'una forma totalment abstracta, és a dir, ha de determinar quin tipus de llibertat vol protegir⁸³.

Durant el segle XX alguns països van fer renéixer en els seus ordenaments institucions que perseguien, precisament, aquest equilibri en l'intercanvi de prestacions: així, els Estats Units i Anglaterra (*Common Law*) tenen la doctrina de la *unconscionability* i la *inequality of bargaining power*; Alemanya l'anomena *Wucher* i França manté el concepte de *lésion*⁸⁴. La doctrina alemanya va

⁸¹ CHARPENTIER, ÉLISE, *Les fondements théoriques de la transformation du rôle de l'équilibre des prestations contractuelles*, *op.cit.*, pàg. 85

⁸² RIPERT, GEORGES, *La règle moral dans les obligations civiles*, *op.cit.*, pàgs. 118 i 119

⁸³ *If there are reasons why a party should be free to Exchange but should not be free to redistribute wealth in his own favor, then the law should insist that he exchange without redistributing. To put in another way, exchange should require equality. Ut dicit Aristoteles.* GORDLEY, JAMES, "Equality in Exchange", a *California Law Review*, *op.cit.*, pàg. 1625

⁸⁴ *Vide.* GORDLEY JAMES, qui fa un estudi sobre què cal entendre per *equality in exchange*: "*in the twentieth century, there has been a revival of interest in the problem of unjust exchange and in legal doctrines such as unconscionability in England and America, Wucher in Germany, and lésion in France. Yet these doctrines are still defended in terms reminiscent of the nineteenth century. A remedy is appropriate, not because the disparity in values is itself an evil, but because that disparity is evidence of some other evil. According to some French jurists, the evil is fraud, mistake or duress; according to certain Germans, it is the exploitation of another's distress; according to some Americans, it is the abuse of an unequal bargaining position. The idea that the disparity in value is an evil in itself still seems to involve swampy and mystical*

començar a considerar l'existència de principis de justícia i equivalència en seu de dret contractual i a preocupar-se per la relació d'equivalència entre les prestacions en el sí de l'ordenament jurídic⁸⁵.

El Projecte de Llibre VIè del Codi Civil de Catalunya⁸⁶ manté i generalitza (ex art. 621-47), des de l'àmbit objectiu, la doctrina de la *laesio enormis* per a resoldre els supòsits de greu desequilibri entre les prestacions. S'estableix una acció de rescissió, renunciable només amb posterioritat a la conclusió del contracte, i la part legitimada pot demanar al tribunal, en tot cas, l'adaptació del contracte.⁸⁷ A més a més, incorpora una nova regulació de l'avantatge injust en l'àmbit subjectiu amb la finalitat d'evitar casos clars d'abús d'una de les parts envers l'altra part.

En aquest sentit constatem que l'evolució dels sistemes jurídics al llarg dels segles XVIII i XIX permet palesar un aspecte comú: el problema de la lesió deixa d'analitzar-se des d'un punt de vista estrictament d'equilibri econòmic, entès com un element objectiu de la relació jurídica, i es comença a estudiar també des del punt de vista del correcte desenvolupament de la fase de formació contractual. Això també ens permet veure la diferència entre els Codis de tall jusnaturalista o els que tenen més influència de la pandectística. Els

notions of value that the nineteenth-century jurists did well to reject", "Equality in Exchange", a *California Law Review*, op.cit, pàgs. 1587-1588.

⁸⁵ "(...) para alcanzar validez jurídica en un ordenamiento jurídico positivo y ser protegido por él, el contrato tiene que ser reconocido por el ordenamiento, de suerte que el contenido contractual no puede resultarle por completo indiferente al ordenamiento (...) la justicia de una ordenación contractual no está asegurada por el consentimiento de la otra parte contratante, sino que presupone que la constitución económica y social se cuida de la protección de la parte que es económicamente más débil", LARENZ, KARL (1995), *Derecho justo. Fundamentos de ética jurídica*, Madrid: Editorial Civitas, pàgs.79 i 80

⁸⁶ El Projecte de Llei del llibre sisè del Codi civil de Catalunya, relatiu a les obligacions i els contractes fou publicat pel Butlletí Oficial del Parlament de Catalunya núm. 505, el dia 25 de febrer de 2015

⁸⁷ Vide. arts. 621-46 CCCat:

621-46. Lesió en més de la meitat

1. El contracte de compravenda, com els altres de caràcter onerosos, també pot ser rescindit si la part perjudicada prova que, en el moment de la conclusió del contracte, el valor de la prestació que rep és inferior a la meitat del valor de la prestació que fa.
2. L'altra part pot oposar que el pretès desequilibri es justifica en el risc contractual propi dels contractes aleatoris o en la concurrència d'una causa gratuïta.
3. En els supòsits d'opció de compra, el desequilibri ha d'existir en el moment en què es pacta l'opció.

primers posen l'accent en la posició del contractant dèbil, lesionat, que no té un consentiment plenament lliure (per exemple, la idea de rescissió del Codi civil Italià o de violència econòmica de l'Avantprojecte de Reforma del Llibre d'Obligacions francès, que segueixen una línia basada en un vici del consentiment que permet l'anul·labilitat del contracte); en canvi, els segons, posen l'èmfasi en la posició del contractant que obté el benefici excessiu per una explotació injusta i consideren que té un comportament abusiu (per exemple, el §138.2 BGB, en seu d'usura. Les propostes contractuals europees mostren una conducta mixta ja que barregen ambdós elements subjectius, la posició de debilitat de la part més feble i el component abusiu de la part que obté l'avantatge injust del contracte)⁸⁸.

1.6. La codificació catalana del llibre Viè i l'emmirallament en el dret contractual europeu

La codificació del dret d'obligacions i contractes en el dret civil català s'ha fixat en els processos d'harmonització jurídica provinents del dret contractual europeu. Així, el legislador català ha seguit les línies marcades pel legislador europeu, encara que en forma de *soft law*, com són els principis UNIDROIT, els principis de dret contractual europeu (PECL) o l'esborrany del marc comú de referència (DCFR). Històricament, la doctrina catalana ja reclamava un emmirallament als PECL per tal de codificar el dret civil català⁸⁹⁹⁰.

⁸⁸ CHAMIE, JOSÉ FÉLIX, *El principio general de reductio ad aequitatem por desequilibrio contractual*, op.cit, pàg. 235

⁸⁹ MARTÍN CASALS considerava com una "prova de foc" *la constitució d'una llei especial d'actualització de la rescissió per lesió ultradimidium- la qual tard o d'hora s'haurà de dur a terme- d'acord amb els criteris evolutius que li haurien estat propis si Catalunya hagués desenvolupat lliurement el seu dret i que coincideixen substancialment amb els establerts pels Principis de Dret Contractual Europeu* (cfr. art. 4:109 PECL), MARTÍN CASALS, MIQUEL (2008), "Els principis de Dret patrimonial Europeu: Fonts i Principis", a *Fonaments i Institucions del Dret de Catalunya*, Revista La Notaria: Barcelona, Colegio Notarial de Cataluña, pàg. 1201. Vide també VAQUER ALOY, ANTONI (2003), "¿Armonización del derecho privado en Europa vs. Codificación del Derecho civil en Cataluña?", a *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, Madrid: Thomson-Civitas, pàg.1069. I, del mateix autor, "La codificació del Derecho patrimonial en Cataluña: en busca de modelos comparados", a *Fonaments i Institucions del Dret de Catalunya*, Revista La Notaria: Barcelona, Colegio Notarial de Cataluña, pàg. 1203

⁹⁰ "Los principios contractuales recogidos en los PECL pueden servir como fuente de inspiración al legislador catalán en orden al desarrollo del Derecho propio en materia de contratos, permitiéndole, al mismo tiempo, configurar un derecho contractual susceptible de integrarse dentro del proceso de unificación jurídica europea", Vide. ESPIAU ESPIAU, SANTIAGO

VAQUER ALOY citava l'exemple de la rescissió per lesió com una de les figures jurídiques que calia reformar tot i seguint els aires que emanaven de les propostes contractuals europees⁹¹. Aquestes propostes del dret contractual europeu propugnen l'establiment d'un model subjectiu que, a més de l'excessiva desproporció (element objectiu), exigeixen unes circumstàncies subjectives en la part perjudicada per tal d'anul·lar (i/o adaptar) el contracte: la seva situació de dependència, necessitat, ignorància, inexperiència o manca d'habilitat en els negocis. Tant els principis de Dret Contractual europeu (vide 4:109), els principis UNIDROIT (arts. 3.2.7 i seg. dels principis UNIDROIT 2010) com el DCFR (II.-7:207) i l'article 51 de la Proposta de Reglament Europeu sobre la Compravenda (CESL) opten per una vessant subjectiva de la figura.

El que constatem és que l'evolució de la figura jurídica de la lesió es transforma i deixa de tenir com a fonament principal l'element objectiu⁹², basat en l'excessiva desproporció entre les prestacions, per donar pas a una noció de lesió basada en l'abús o l'explotació d'una de les parts contractuals de la situació de debilitat de l'altra, per obtenir així un benefici o avantatge injust. Aquesta posició de preeminència d'una de les parts desemboca en un desequilibri econòmic i una falta de correspondència entre les prestacions de

(2000), "La codificación del derecho civil catalán en el proceso de unificación del derecho europeo", a *Derecho Privado y Constitución*, Núm. 14, Enero-Diciembre, pàg. 111

⁹¹ VAQUER ALOY, ANTONI (2003), "¿Armonización del Derecho privado en Europa vs. Codificación del Derecho civil en Cataluña", a *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, Madrid: Thomson Civitas, pàgs. 1069-1070.

⁹² I així s'observa en l'evolució de la jurisprudència del TSJCAT que desvertebra la figura de la rescissió per lesió i en flexibilitza la rigidesa del fonament purament objectiu. A tall d'exemple, la STSJCAT 28/2010, de 26 de juliol (RJ\2010\5266), a més d'obrir les portes a la rescindibilitat de les compravendes mercantils de béns immobles, sosté que l'element subjectiu no desapareix totalment en la rescissió per lesió, perquè *la connexió entre lesió i la voluntat és inevitable* (FJ 6è). Abans, les STSJCAT 4/2008, de 14 de febrer (RJ\2009\3132) i la STSJCAT 34/2006, de 18 de setembre (RJ\2006\8118) ja havien relaxat els pressupòsits de l'article 321 de la CDCC, tot permetent la rescindibilitat d'un contracte de renda vitalícia, aleatori per definició, si en el moment de concloure el contracte per les parts, aquest equilibri entre les possibilitats de guanys o de pèrdues, propi dels contractes aleatoris, no va existir o va ser molt desproporcionat el risc que ambdues parts van assumir; en aquest cas, el TSJCAT en permet la seva rescindibilitat (FJ 8è STSJCAT núm. 34/2006 i FJ 4t STSJCAT n.ºm. 4/2008), ja que de "este modo se asegura un mínimo de equidad contractual en los contratos aleatorios, de tal modo que pueda impedirse que contra tantas poco escrupulosos puedan realizar impunemente adquisiciones de bienes inmuebles a bajo coste" (FJ 8è, STSJCAT núm. 34/2006)

les parts⁹³. La lesió que s'esdevé és una revelació, precisament, d'aquesta explotació prèvia.

En definitiva, la institució tradicional de la *laesio enormis*, vinculada al concepte de causa i d'equilibri econòmic entre les prestacions passa per un procés de modernització tot desvinculant-se de la causa per nodrir-se dels pressupòsits dels vicis del consentiment, sense perdre, però, la noció reequilibradora de l'economia del contracte (compartida amb altres figures o instruments jurídics tals com la clàusula *rebus sic stantibus*, la usura, la manifestació de l'aplicació dels drets fonamentals en el contracte – *Drittwirkung*- o la protecció del consumidor a través de mecanismes com les clàusules abusives) que finalment no deixen de ser una expressió d'aquest pelegrinatge de solidarització del dret privat⁹⁴, més sensible amb les desigualtats i amb una voluntat palesa (i política) de protegir les parts contractants per tal de garantir una dimensió ètica en el sí del contracte.

2.- L'avantatge injust

2.1. La gross disparity o excessiva desproporció en els principis UNIDROIT

L'article 3.2.7 dels principis UNIDROIT de l'any 2010 (*cf.* art 3.10 dels principis UNIDROIT 2004) permet a una de les parts anul·lar el contracte quan es produeix una excessiva desproporció entre les prestacions, que dóna lloc a un avantatge excessiu per a una de les parts⁹⁵.

⁹³ GETE-ALONSO CALERA, MARIA DEL CARMEN (2008), *Estudios sobre el contrato*, Barcelona: Atelier Libros Jurídicos, pàg. 125

⁹⁴ *Cfr.* EICHENHOFER, EBERHARD (1997), "L'utilizzazione del diritto privato per scopi di politica sociale" a *Rivista di Diritto civile*, n°2, Padova: CEDAM, pàg. 193 i seg. : "Il diritto privato utilizzato a scopi di politica sociale è una conquista giuridica in quanto ha rafforzato la tutela della salute e della personalità di lavoratori, conduttori e loro familiari, così come dei consumatori, ha creato forme giuridiche di equilibrio tra le parti contrattuali che perseguono interessi contrapposti, ed infine ha sviluppato forme di partecipazione dei lavoratori all'organizzazione del potere organizzativo sulle imprese".

⁹⁵ Artículo 3.2.7

Aquest avantatge excessiu ha d'existir en el moment de la conclusió del contracte; si s'esdevingués sobteingudament, estaríem parlant d'una altra figura jurídica: *hardship* (ex arts. 6.2.1 a 6.2.3 UNIDROIT)

Els comentaris oficials dels principis UNIDROIT exigeixen que aquest avantatge excessiu provoqui un desequilibri “*so great as to shock the conscience of a reasonable person*”⁹⁶. A més a més, no només ha de ser excessiu sinó injustificat; aquí és on apareixen les circumstàncies subjectives que palesen la situació de debilitat d'una de les parts.

Així, quan una de les parts obté un avantatge injust de la dependència, de la situació econòmica angoixant o de les necessitats urgents, o de la ignorància, inexperiència o falta d'experiència o manca d'habilitat negociadora de la part dèbil, l'article li dóna la possibilitat d'anul·lar o sol·licitar al jutge l'adaptació del contracte⁹⁷.

Una parte puede anular el contrato o cualquiera de sus cláusulas si en el momento de su celebración el contrato o alguna de sus cláusulas otorgan a la otra parte una ventaja excesiva. A tal efecto, se deben tener en cuenta, entre otros, los siguientes factores:

(a) que la otra parte se haya aprovechado injustificadamente de la dependencia, aflicción económica o necesidades apremiantes de la otra parte, o de su falta de previsión, ignorancia, inexperiencia o falta de habilidad en la negociación; y

(b) la naturaleza y finalidad del contrato.

(2) A petición de la parte legitimada para anular el contrato, el tribunal podrá adaptar el contrato o la cláusula en cuestión, a fin de ajustarlos a criterios comerciales razonables de lealtad negocial.

(3) El tribunal también podrá adaptar el contrato o la cláusula en cuestión, a petición de la parte que recibió la notificación de la anulación, siempre y cuando dicha parte haga saber su decisión a la otra inmediatamente, y, en todo caso, antes de que ésta obre razonablemente de conformidad con su voluntad de anular el contrato. Se aplicará, por consiguiente, el párrafo(2) del Artículo 3.10

⁹⁶ UNIDROIT PRINCIPLES OF INTERNATIONAL COMMERCIAL CONTRACTS, Rome: International Institute for the Unification of Private Law (Unidroit), 2011, pàgs. 108-110

⁹⁷ L'exemple que posen els comentaris oficials és el següent: “A” és el director d'una planta d'automòbils, que ven una cadena antiga de producció a “B”, una entitat d'un país que vol muntar la seva pròpia indústria automobilística. Sense recórrer a cap maniobra en l'eficàcia de la cadena de producció, “A” aconsegueix fixar un preu manifestament excessiu. “B” podria anul·lar el contracte si descobreix que ha pagat una suma que s'esdevindria si la cadena de producció fos més moderna. *Vide:* (edició en castellà) CUATRECASAS GONÇALVES PEREIRA (2012), *Principios UNIDROIT sobre los contratos Comerciales Internacionales 2010*, Madrid: Editorial LA LEY, pàg. 129

Tot i això, l'article també fa referència a la naturalesa i la finalitat del contracte. Hi ha situacions en què un avantatge excessiu és injustificable, encara que la part que se'n beneficiï no hagi abusat de la situació de debilitat de l'altra⁹⁸.

Alguna doctrina ha criticat que aquesta figura operi en el sí de contractes internacionals; així, els més crítics amb aquesta figura, consideren que pot tenir poca aplicabilitat en el món dels negocis on els professionals tenen o és fàcil que puguin obtenir els coneixements tècnics necessaris. No obstant, l'opinió majoritària és sensible al a justícia contractual i argumenten que circumstàncies com la ignorància, la inexperiència o la imprevisibilitat també poden trobar-se en els actors internacionals. A més a més, els nous països emergents, provinents de l'Est o aquells països que tenen unes economies que fins fa poc eren considerades subdesenvolupades (com podria ser el Brasil o la Xina) o les petites i mitjanes empreses no tenen la mateixa capacitat negociadora que països amb una llarga tradició de negocis o actors o multinacionals que porten anys operant en el mercat mundial⁹⁹. Per tant, no és cap contradicció perquè no es pot considerar que no hi hagi cap part feble en el comerç internacional¹⁰⁰.

⁹⁸ Els comentaris oficials posen el següent exemple: una vídua (X) que viu amb els seus fills en una casa que Y, el seu veí, sempre ha volgut comprar. La senyora X ha confiat sempre en Y i Y aconseguí que X li vengui la casa. El preu que li ofereix és el de mercat, però sense advertir-la que li serà impossible de viure en el mateix barri amb la quantitat de diner rebuda. La senyora X podrà anul·lar el contracte. *Vide* LANDO, OLE., BEALE, HUGH (2000), *Principles of European Contract Law, Parts I and II*, Dordrecht: Kluwer Law International, pàg. 263. Un dels altres exemples que es citen és el de la vídua d'avançada edat, que tenia una aflicció mental i confiava en el seu assessor financer, li va vendre la casa a aquest, i ell sabia que ella el que volia era conservar la casa. Encara que ella hagués rebut un preu just, encara podia anul·lar el contracte, *cfr.*, BUSCH, HONDIUS, VAN KOOTEN, SCHELHAAS I SCHRAMA (Eds.)(2002), *The principles of European Contract Law and Dutch Law*, Nijmegen: Kluwer Law International, pàg. 213

⁹⁹ CEMIL YILDIRIM, AHMET (2011), *Equilibrium in International Commercial Contracts. With particular regard to gross disparity and hardship provisions of the UNIDROIT principles of International Commercial Contracts*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers, pàgs. 44-45

¹⁰⁰ *Vide* MARTIN CASALS, MIQUEL, *Perspectives de futur de la rescissió per lesió ultra dimidium*, *op.cit.*, pàg. 254 : «La primera qüestió que sorprèn, des de la perspectiva de l'experiència catalana, és que la protecció del contractant feble es plantegi precisament en aquest àmbit del comerç internacional, on els subjectes, en principi, són professionals experts, i que es faci mitjançant una disposició que, sense cap mena de dubte, introdueix un element d'inseguretat en el tràfic mercantil. En aquest sentit, la doctrina més autoritzada senyala que no és cap contradicció en els termes parlar de part feble en els contractes de comerç internacional i que seria poc realista considerar que, a la pràctica, tots els que hi participen tenen el mateix poder de negociació, operen en les mateixes condicions d'igualtat i estan lliures de les temptacions d'aprofitar-se de la debilitat i les necessitats dels altres. Admet, també, que no hi ha cap dubte que aquesta mena de disposicions introdueixen un element d'inseguretat i és conscient que, si s'arriba a recórrer a elles de manera abusiva, donaran lloc a la proliferació de litigis i a una

2.2.- De la *undue influence* del common law a la *unfair advantage* o avantatge injust dels PECL

Els principis de Dret contractual europeu o principis LANDO dediquen un article a la llibertat contractual o autonomia de la voluntat (art. 1:102 PECL) però hi afegixen a continuació que aquesta no és il·limitada, sinó que es troba subjecta a excepcions (principi de bona fe o normes imperatives). La doctrina cada vegada es mostrava més favorable a l'elaboració d'un dret contractual europeu més radicalitzat socialment¹⁰¹¹⁰².

Els PECL, d'alguna manera, pretenen simbolitzar el triomf del principi de bona fe ja que aquest es troba present al llarg del text nombroses vegades (art.

important pèrdua de temps i de diners per part de tots els afectats. Del que es tracta és, doncs, que aquestes disposicions aconseguixin un equilibri raonable entre les exigències de la justícia i el risc de la inseguretats i de l'abús".

¹⁰¹ Per exemple, el *Manifesto* per a un dret contractual més just, estableix: “*The European Union has been inspired by the ideals of peace, prosperity, and justice for the people of Europe. We embrace that ideal of promoting the solidarity of the citizens of Europe. Given the equally important ideal of respecting the diversity of national traditions and cultures, the realization of those ideals has required complex experiments in forms of multi-level governance (...) This Manifesto argues that in the construction of a European private law system, we need to ensure that the political process is geared towards the achievement of social justice (...)*”, STUDY GROUP ON SOCIAL JUSTICE IN EUROPEAN PRIVATE LAW (2004), “Social Justice in European Contract Law: a Manifesto”, *European Law Journal*, Vol. 10, n°6, pàg.673

¹⁰² Alguns autors com COLLINS, HUGH (2006), també autor del *Manifesto*, argumenten un principi de justícia social (*fairness*) també es troba present en les relacions entre particulars i, per tant, no és un terreny exclusiu del dret més enfocat a la regulació (o dret públic). Segons aquest autor, el principi de *fairness* s'adreça a aquelles relacions entre particulars en què o bé hi ha una desigualtat en el poder de negociació (*inequality of bargaining power*) o bé hi ha una desigualtat en les obligacions contractuals. En canvi, el dret públic és designat per què redistribueixi la riquesa que es genera en el mercat (d'aquí s'esdevé la divisió entre dret públic-justícia distributiva; i dret privat-justícia correctiva): “*private law examines the particular case, whereas regulation contemplates the distributive effect on groups in the market of a type of market transaction; private law is concerned with the outcome between individuals, regulation with consequences on the operation of the market and on economic groups. These contrasts in modes of governance indicate the nature of the difficulty in translating the concerns of one mode into another*”, d'aquí deriva la dificultat d'elaborar un principi de justícia (*fairness*) en seu de dret contractual (“*The project of finding general contract law principles in the *acquis* appears to be as futile as trying to distil Beer from grapes, or as wishful as turning a toad into a handsome prince. In the absence of some kind of philosopher's Stone, it seems that this alchemy is unviable*”), i l'autor segueix eposant que doctrines com la bona fe, l'abús de dret o la *unconscionability* van ser reorientades cap a un propòsit més distributiu; això no vol dir que el dret privat esdevingui de caràcter regulatori, perquè es manté com una resolució de disputes inter partes, però sí que esdevé una síntesis que combina els postulats tradicionals de la justícia correctiva, pròpia del dret privat amb alguns instruments més propis de la justícia distributiva, COLLINS, Hugh, “The Alchemy of Deriving General Principles of Contract Law from European Legislation: In Search of the Philosopher's Stone, a *European Review of Contract Law*, 2, pàgs. 213 a 226

2:301, 2:302, 4:109, 6:102, 8:104 i 9:102). Alguns autors han posat èmfasi en considerar el principi de bona fe no com un principi autònom o separat de la resta sinó com una eina per mitigar el rigor formalista del text jurídic¹⁰³.

L'article 4:109 dels PECL permet anul·lar el contracte en els casos en què un dels contractants s'aprofita, il·lícitament, de la situació de debilitat en què es troba l'altra part, per tal de concloure un contracte del que s'esdevé un avantatge excessiu. El supòsit és una causa més d'anul·labilitat del contracte¹⁰⁴. Es tracta d'una regulació molt similar a la ja establerta en els principis UNIDROIT (art. 3.2.7, *gross disparity* o excessiva desproporció).

El contractant que invoca l'anul·labilitat ha de trobar-se en alguna situació que palesi aquesta debilitat o estat de necessitat, ja sigui una relació de confiança o dependència amb l'altra part o bé una situació econòmica angoixant o falta d'experiència, etc.

La *unfair advantage* té pinzellades comunes amb la rescissió per lesió¹⁰⁵: la desaparició d'aquesta última en molts ordenaments jurídics, pel rebuig a l'exigència d'una equivalència objectiva de les prestacions, i la seva substitució per una figura amb un tall d'equivalència subjectiva, implica que la lesió no és per sí mateixa (element objectiu) motiu d'anul·labilitat del contracte, sinó que necessita aquesta vessant subjectiva que denota una debilitat en una de les parts de l'íter contractual. Els PECL recullen la tradició de la rescissió per lesió (l'avantatge excessiu) però matisat pel fet que aquest s'ha obtingut gràcies a una característica de l'altra part, que es trobava en una situació de feblesa i, per tant, no s'ha desenvolupat amb una plena llibertat contractual en el moment de la conclusió del contracte.

¹⁰³ HESSELINK, MARTIN W., DE VRIES, GERARD (2001), *Principles of European Contract Law*, Alphen aan den Rijn: Kluwer, pàg. 56

¹⁰⁴ Art. 4:109 PECL:

(1): *Una parte puede anular el contrato si, al tiempo de la conclusión del mismo:*

a. *Se hallaba en estado de dependencia con respecto de la otra parte o en una relación de confianza con ella, en situación de carencia de medios materiales o de necesidad urgente, de despreocupación, ignorancia, falta de experiencia o ineptitud para las negociaciones,*
b. *La otra parte conoció o debió conocer tal situación y, dadas las circunstancias y finalidad del contrato, obtuvo ventaja de ella con gran deslealtad, o un beneficio excesivo.*

¹⁰⁵ CÁMARA LAPUENTE, SERGIO (2000), *Derecho privado europeo*, Madrid: Colex, 2000, pàg. 389

Aquesta causa d'anul·labilitat (i/o adaptació) del contracte que és l'avantatge injust també ens recorda a la figura establerta pel dret anglosaxó de la *undue influence*¹⁰⁶: aquesta té com a base una conseqüència injusta derivada de l'exercici d'una influència indeguda: alguns autors la caracteritzen com un tipus de traïdoria civil en què una de les parts fa valer la seva situació de superioritat o confiança, i s'aprofita paral·lelament de la debilitat, estat de necessitat o dependència de l'altra part per a incitar-la a concloure el contracte, que té el seu equivalent en el dret nord-americà en la figura de la *unconscionability*, recollida en la secció 2-302 UCC i l'article §208 del *Second Restatement* com en la jurisprudència que l'aplica¹⁰⁷. Es distingeix entre l'*actual undue influence*, pràcticament absorbita pel concepte de *duress*, i el supòsits de *presumed undue influence* (on hi ha una relació especial de confiança o dependència entre les parts, p.ex, pare/fill, doctor/pacient, advocat/client, confessor/feligres, però no entre cònjuges¹⁰⁸, tot i que no es tracta d'una *numerus clausus*) i l'acreditació d'un desequilibri contractual o si més no una transacció que *calls for explanation*¹⁰⁹. La presumpció *iuris tantum* es pot desvirtuar si la part dominant pot acreditar la voluntat independent i la llibertat de l'altra part en la conclusió del contracte (per exemple, a través d'una assessorament independent). És a dir, en aquest tipus de relacions es presumeix que la voluntat no s'ha format lliurement i que, per tant, els contractes són anul·lables (*voidable*) per vici del consentiment. Però el contracte no es podria anul·lar si es pot demostrar que la

¹⁰⁶ MORALES MORENO, ANTONIO MANUEL (2006), *La modernización del derecho de obligaciones*, Cizur Menor: Thomson Civitas, pàg. 320

¹⁰⁷ SÁNCHEZ LORENZO, SIXTO (2013), "El Derecho contractual inglés" a *Derecho contractual comparado. Una perspectiva europea y transnacional*, Cizur Menor: Thomson Reuters Civitas, pàg. 169

¹⁰⁸ TREITEL, GUENTER H (1995), *The law of contract*, London: Sweet&Maxwell, pàg. 379

¹⁰⁹ *Royal Bank of Scotland Plc v Etridge (No.2)*, HL, 2002, paràgraf 24: "Proof that the complainant placed trust and confidence in the other party in relation to the management of the complainant's financial affairs, coupled with a transaction which calls for explanation, will normally be sufficient, failing satisfactory evidence to the contrary, to discharge the burden of proof. On proof of these two matters the stage is set for the court to infer that, in the absence of a satisfactory explanation, the transaction can only have been procured by undue influence. In other words, proof of these two facts is prima facie evidence that the defendant abused the influence he acquired in the parties' relationship. He preferred his own interests. He did not behave fairly to the other"

part feble havia tingut la possibilitat d'assessorar-se per un tercer independent abans de concloure el contracte¹¹⁰.

En els casos d'*actual undue influence* no hi ha presumpció *iuris tantum* i, per tant, el demandant ha de demostrar que va concloure el contracte mogut per una influència indeguda.

Quan es tracta d'un abús de la inexperiència de l'altra part s'utilitza la figura de la *unconscionability*, en què la desigualtat de les parts habilita una inversió de la càrrega de la prova. En aquests supòsits, especialment si hi ha una relació de debilitat, es pot presumir *iuris tantum* el dol i pot prosperar una acció per anul·lar el contracte¹¹¹.

Una altra modalitat de la *undue influence*, més present potser en el dret nord-americà, ve configurada per la "*unconscionable bargain*" (negoci contrari a la consciència, negoci injust). Es tracta d'un negoci conclòs en condicions que són particularment favorables a una de les parts, i que no presenta una mínima equivalència entre les prestacions. En aquests casos es presumeix el frau (que aquí significa abús de posició dominant). Aquesta expressió va ser utilitzada per primera vegada pel jutge anglès Lord Denning, en el cas *Lloyd's Bank LTD vs. Bundy*¹¹², qui arriba a la conclusió que el dret anglosaxó dona protecció a aquells que per ignorància ("*without independent advice*"), celebren contractes que contenen condicions molt desfavorables o transfereixen propietats per uns preus molt inadequats ("*enters into a contract upon terms which are very unfair or transfers property for a consideration which is grossly inadequate*"), sempre que la seva força contractual ("*bargaining power*") s'hagi vist afectada per un

¹¹⁰ DELL'AQUILA, ENRICO (2001), *El contrato en el derecho inglés. Aspectos de derecho comparado*, Barcelona: PPU, pàg. 138

¹¹¹ SÁNCHEZ LORENZO, SIXTO, *El derecho contractual inglés*, op.cit, pàg.169

¹¹² *Lloyd's Bank Limited v Herbert James Bundy [1974] EWCA Civ 8:(...)* Gathering all (categories of cases in which courts set aside transactions- duress of goods, unconscionable transactions, undue influence, undue pressure, and unfair salvage agreements) together, I would suggest that through all these instances there runs a single thread. They rest on "inequality of bargaining power". By virtue of it, English law gives relief to one who, without independent advice, enters into a contract n terms which are very unfair or transfers property for a consideration which is grossly inadequate, when his bargaining power is grievously impaired by reasons of his own needs or desires, or by his own ignorance or infirmity, coupled with undue influences or pressures brought to bear on him by or for the benefit of the other

estat de necessitat, ignorància o malaltia, a més de pressions o influències indegudes, que hagin sigut exercides per l'altre contractant o per un tercer en benefici d'aquest darrer ("*undue influences or pressures brought to bear on him by or for the benefit of the other*"). Aquesta teoria s'ha vist qüestionada per tribunals i poc utilitzada a la pràctica, ja que també s'assenyala que "*justice requires that men... be held to their bargains unless it can be shown that their consent was vitiated by fraud, mistake or duress*", i la regla que elabora Lord Denning podria "*would render the law uncertain*".¹¹³ La intenció de Lord Denning segurament seria no només referir-se a una aproximació clàssica dels vicis de consentiment, sinó fixar-se més en les condicions econòmiques i socials que existeixen en el moment de la conclusió del contracte. Tot i aquesta línia oberta per Lord Denning, la doctrina de la *inequality of bargaining power* no ha tingut arrelament en el dret anglès¹¹⁴.

La diferència estaria en què no es poden anul·lar per sí els contractes celebrats en un estat de necessitat, en què una de les parts s'aprofita d'això per extreure un benefici excessiu o un avantatge injust. La *undue influence* s'aproxima als conceptes de violència i intimidació (el dret anglosaxó no els distingeix i els agrupa en el concepte de la *duress*). Els casos d'estat de necessitat s'assemblarien més als que proposa la doctrina de la *inequality of bargaining*

¹¹³ Vide. Lord Scarman a *National Westminster Bank Ltd. V. Morgan* [1985] 1 A.C.686: "*the doctrine of undue influence has been sufficiently developed not to need the support of a principle which by its formulation in the language of the law of contract is not appropriate to cover transactions of gift where there is no bargain. The fact of an unequal bargain will, of course, be a relevant feature in some cases of undue influence. But it can never become an appropriate basis of principle of an equitable doctrine which is concerned with transactions "not to be reasonably accounted for on the ground of friendship, relationship, charity, or other ordinary motives on which ordinary men act (...) and even in the field of contract I question whether there is any need in the modern law to erect a general principle of relief against inequality of bargaining power. Parliament has undertaken the task - and it is essentially a legislative task - of enacting such restrictions upon freedom of contract as are in its judgment necessary to relieve against the mischief (...)*"

¹¹⁴ En la decisió de la House of Lords, en el cas *National Westminster Bank v Morgan*, Lord Scarman va expressar una forta oposició a acceptar l'ús generalitzat d'aquesta doctrina ("*inequality of bargaining power*"), "*The fact of an unequal of bargain will of course be a relevant feature in some cases of undue influence. But it can never become an appropriate basis of a principle of an equitable doctrine... and even in the field of contract I question whether there is any need in the modern law to erect a general principle of relief against inequality of bargaining power?*", NATHAN THAL, SPENCER (1988), "*The inequality of bargaining power doctrine: the problema of defining contractual fairness*" a 8 *Oxford J. Legal Stud.* 17, pàgs. 18-19

*power*¹¹⁵, que, com ja hem constatat, no està generalment establerta en el dret anglès.

La *unfair advantage*, com hem avançat, també preveu uns elements subjectius: situacions de dependència [els PECL aclareixen que la part feble ha d'haver depès de l'altra part o ha d'haver estat en una relació de confiança amb ella, *cfr.* art. 4:109(1)(a)], situacions d'aflicció econòmica o de necessitats apressants i situacions de feblesa inherents a la part perjudicada, com ara la falta de previsió, la ignorància o la manca d'habilitat negociadora. A més a més, s'estableix de forma explícita el requisit del coneixement o del deure de coneixement de la part forta de la situació de feblesa de l'altra. L'avantatge excessiu, tal i com feien els principis UNIDROIT, tampoc es quantifica.

2.3. De l'avantatge injust a l'explotació injusta

L'esborrany del Marc Comú de Referència pren en consideració el concepte de l'avantatge injust dels principis LANDO, i el reformula amb el nom d'explotació injusta. Veiem a més, com els principals models nacionals enllacen precisament amb aquesta noció d'explotació o abús, en algun cas expressat com a violència econòmica.

2.3.1. Expressions de l'explotació injusta en els drets nacionals

2.3.1.1. L'abús de circumstàncies del Codi civil holandès

La categoria de "*grossly unfair advantage*" es correspon amb l'abús de circumstàncies de l'article 3:44(4) del Codi civil holandès¹¹⁶, que es va inspirar en l'article §138 del *Bürgerliches Gesetzbuch*, BGB (Codi civil alemany)¹¹⁷.

¹¹⁵ Una definició força vàlida és la que ofereix TREITEL a *The Law of Contracts*, *op. cit.*, Pàg. 382-383: " (...) *one party to a contract may be entitled to relief if the other has taken unfair advantage of the fact that there is a marked inequality of bargaining power between them*". L'autor copia un paràgraf del cas *Lloyd's Bank Ltd v. Bundy* ([1975] Q.B.326, en què el jutge Lord Denning M.R expressa : "*English law gives relief to one who, without independent advice, enters into a contract upon terms which are very unfair or transfers property for a consideration which is grossly inadequate, when bargaining power is grievously impaired by reason of his own needs or desires, or by his own ignorance or infirmity, coupled with undue influence or pressures brought to bear on him by or for the benefit of the other*". Els altres jutges van utilitzar com a base dels seus raonaments només la doctrina de la *undue influence* i, tot i mostrar simpatia amb el raonament de Lord Denning, van considerar que no era necessari fer remissió a la doctrina de *the inequality of bargaining power*.

El Codi Civil holandès té una regulació molt similar a la de l'avantatge injust que estableixen els principis LANDO. Així, l'article 3:44 del *Burgerlijk Wetboek* (BW) també demana unes circumstàncies subjectives¹¹⁸ a la part dèbil per tal de poder anul·lar el contracte, i no només es refereix a una excessiva desproporció entre les prestacions (en termes purament monetaris) sinó que l'avantatge injust es pot relacionar amb altres factors. Malgrat tenir una regulació paral·lela, en el terreny dels remeis és on discrepen les dues regulacions: els PECL (així com el DCFR) permeten l'adaptació del contracte, però sempre via judicial: és a dir, són les parts les qui sol·liciten al jutge que adapti el contracte. Però l'article 3:54 BW permet que la part avantatjada de la relació pugui evitar la resolució del contracte si fa una proposta d'adaptació a la part dèbil: és a dir, es prima una fase de renegociació *inter partes*, sense necessitat de recórrer a l'autoritat judicial per tal que adapti el contracte¹¹⁹. Les

¹¹⁶ Art. 3:44(4) BW: "Abuse of circumstances is legally present when someone who knows or should have known that another person might be induced to perform a juridical act because he is under the influence of particular circumstances, like a state of emergency, dependency, thoughtlessness, an addiction, an abnormal mental condition or inexperience, nevertheless has stimulated this other person to perform this juridical act, although what this someone knew or should have known, should have refrained him from doing so"

¹¹⁷ §138 BGB: Legal transactions contrary to good policy; usury

(1) A legal transaction which is contrary to public policy is void.

(2) In particular, a legal transaction is void by which a person, by exploiting the predicament, inexperience, lack of sound judgement or considerable weakness of will of another, causes himself or a third party, in exchange for an act of performance, to be promised or granted pecuniary advantages which are clearly disproportionate to the performance.

¹¹⁸ Durant el procés de codificació del nou Codi Civil holandès, MEIJERS va decidir formular qüestions al poder legislatiu holandès en relació al futur codi civil. Així, una de les preguntes que va formular (qüestió 19) fou en relació a la figura de l'avantatge injust: "A més a més de la intimidació, el dol i l'error, ¿l'abús de circumstàncies ha de ser considerat com un motiu d'anul·labilitat del contracte? Resposta: A més a més del dol, l'error, i la intimidació, l'abús de circumstàncies hauria de ser considerat com un motiu d'anul·labilitat del contracte. La llei hauria d'abstenir-se d'enumerar les circumstàncies en què no es tolera l'abús" (traducció pròpia), DAINOW JOSEPH (1956), "Civil Code Revision in the Netherlands: the Fifty Questions", Vol. 5 *The American Journal of Comparative Law*, pàg. 606. També a VAQUER ALOY, ANTONI (2002), "La codificació del Derecho patrimonial en Cataluña: en busca de modelos comparados", a GARRIDO MELERO, MARTÍN, FURGADO ESTIVILL, JOSEP MARIA, SERRANO DE NICOLÁS, ÀNGEL (2008), *Fundamentos e Institucions del Derecho de Cataluña*, Revista La Notaria, Barcelona: Marcial Pons, pàg.1206 (nota peu de pàgina).

¹¹⁹ Article 3:54 BW: Offer to repair the disadvantageous effects of the voidable juridical act: (1) The right to appeal to an abuse of circumstances with the purpose to nullify a more-sided (multilateral) juridical act, ceases to exist when the opposite party, within appropriate time, presents an alternative for the original effects of the voidable juridical act, that puts aside the disadvantageous results of that act sufficiently.

parts sempre estan més informades que el jutge per adaptar el contracte i més quan ens trobem en seu de dret privat¹²⁰.

2.3.1.2. La usura en el dret civil alemany

La idea d'explotació injusta l'observem en la formulació que fa de la usura el BGB. La Comissió del *Reichstag*, l'any 1896, que s'encarregava de redactar el nou codi civil alemany va decidir no incorporar les provisions relatives a la *laesio enormis*, però sí va fer reaparèixer la figura sota la forma d'una idea vella: la usura, i va unificar els conceptes d'usura pecuniària (explotació de la situació de necessitat, de la lleugeresa o de la inexperiència a través de l'estipulació d'avantatges desproporcionats en la concessió d'una pròrroga d'un crèdit pecuniari) i usura material (altres casos d'explotació de la situació de necessitat, lleugeresa o inexperiència) en un concepte unitari del dret civil, i va declarar nul en general el negoci usurari, per ser contrari a la moral¹²¹. La raó per què el *Reichstag* incorporà aquestes previsions va ser que, fins a principis del segle XIX, existien a l'Estat alemany lleis que imposaven un tipus màxim d'interès, però l'any 1867 es va promulgar l'abolició de qualsevol restricció a aquelles interessos que s'haguessin pactat contractualment. Ara bé, la crisi econòmica de l'any 1873 va reflectir que si no s'imposava algun tipus de límit, es cometien abusos, sobretot en referència als petits empresaris o agricultors quan sol·licitaven crèdits per als seus negocis. L'article 3 de la Llei de 29 de juliol de 1876 va ser qui va donar la redacció a l'apartat segon de l'article §138, tot i modificant lleugerament la formulació dels elements subjectius de la usura per tal d'adaptar-los a una reforma penal de la matèria.

¹²⁰ Tot i l'aparent característica de modernitat que sovint se li atribueix al *Burgerlijk Wetboek*, des d'una perspectiva internacional, la majoria de les innovacions que va incorporar ja estaven presents en el Codi Civil italià de 1942, i també varen ser adaptades pels PECL. En aquest sentit, els PECL o el DCFR resulten més moderns que el BW i, tot i que sí que es troba a l'avantguarda d'alguns codis europeus, no es pot oblidar que va ser originalment pensat per MEIJERS l'any 1950 i quan la darrera part va entrar en vigor el 1992, ja havia perdut la seva esplendor avantguardista i modernitat, *cfr.* HESSELINK, MARTIN W (2002), *The New European Private Law. Essays on the Future of Private Law in Europe*, The Hague: Kluwer Law International, pàg.158-159

¹²¹ ENNECCERUS, KIPP, WOLFF (1981)., *Tratado de Derecho civil*, Tomo Primero, Parte General, II Parte, Barcelona: Bosch Editorial, pàg. 640

La norma del §138.II declara nul·la qualsevol transacció que evidenciï una clara desproporció entre el valor de les prestacions i que s'hagi produït per un abús – per part de la part forta del contracte- d'una situació d'angoixa o inexperiència de l'altra part¹²². Tanmateix, aquesta idea d'equivalència de les prestacions i aquest principi de justícia, durant molt temps s'havia considerat des d'un punt de vista negatiu¹²³.

L'excessiva desproporció entre les prestacions dels contractes alemanys exigia que hi hagués una explotació de la situació de necessitat (*Notlage*), inexperiència (*Unerfahrenheit*) o la falta de capacitat previsorària (*Leichtsinn*) de la part dèbil¹²⁴. El *Reichstag* va incorporar el terme d'usura (*Wucher*) en el nou BGB, juntament amb l'article §138.1, que regula els negocis contraris a les bones costums (i.e. *gegen die gute Sitten*)¹²⁵.

L'explotació és un ús injust; l'explotador utilitza una de les parts de la relació contractual d'una manera injusta. El que l'explotador “explota” en una relació contractual és un avantatge estratègic sobre l'explotat: normalment, la seva capacitat de negociació superior, habilitat o oportunitat. Però sempre hi ha una acció deliberativa en els actes dels explotadors: ells “*freely and counsciously use the special power that they enjoy over the exploiters in virtue of the latter's known weakness or serious vulnerability relative to them. A judgment of exploitation requires that D must either intend to take advantage of P's*

¹²² ZIMMERMANN, REINHARD (2008), (Traducció al castellà d'Esther Arroyo i Amayuelas): *El nuevo derecho alemán de obligaciones. Un análisis desde la Historia y el Derecho comparado*, Barcelona: Bosch Editorial, pàgs.195-196

¹²³ “(...) *El problema de si en la configuración del Derecho de contratos, junto a los principios de autodeterminación y la autovinculación, debe ser tenido en cuenta también como es debido el principio de equivalencia y por tanto un principio de justicia, está hoy de nuevo en discusión, después de haberse considerado durante mucho tiempo resuelto en sentido negativo. Sin embargo, ¿hay posibilidad de comprobar objetivamente que dos prestaciones son entre sí aproximadamente equivalente?*”, LARENZ, KARL, “*Derecho justo. Fundamentos de ética jurídica*”, *ob.cit.*, pàgs. 80 i 81

¹²⁴ JACQUES DU PLESSIS., “Threats and Excessive Benefits or Unfair Advantage”, a MACQUEEN, HECTOR., ZIMMERMANN, REINHARD (2006), *European Contract Law: Scots and South African Perspectives*, Edinburgh: Edinburgh University Press, pàg. 160

¹²⁵ El §138.2 no apareixia a l'esborrany de Codi que es va presentar a la Comissió del *Reichstag* el 1897, per resistència de l'ala més conservadora., però al final sí que es va incorporar al text definitiu, *Vide*, DAWSON, JOHN P (1976)., “Unconscionable coercion: The German version” a *Harvard Law Review*, Número 6, Volum 89, pàg. 1053

(peculiar) weakness or vulnerability, or else act in reckless disregard of P's probable weakness or vulnerability"¹²⁶.

És precisament el BGB qui empra el terme "explotació", ja que la usura és definida com una explotació de la situació de necessitat, de la lleugeresa o de la inexperiència de l'altra part de la relació contractual, que aporta un avantatge patrimonial a la part explotadora, que excedeix del valor de la prestació que té una desproporció extraordinària amb la contraprestació. Veiem, per tant, la doble vessant de la figura: el pressupòsit objectiu -la concessió d'avantatges patrimonials que excedeixen el valor de la prestació de manera que hi ha una desproporció extraordinària entre les prestacions- i la situació de debilitat de l'altra part, que apareix en els comentaris al BGB que fa ENNECCERUS caracteritzat com un element objectiu. I el pressupòsit subjectiu és precisament aquesta explotació indeguda de la necessitat, lleugeresa o inexperiència¹²⁷, de què la part explotadora n'és conscient.

Com ja hem avançat, en l'article §138.2¹²⁸ del BGB un contracte és nul si una de les parts explota una situació de debilitat de l'altra i n'obté un desproporció excessiva. Quan hi ha una evidència menor de la necessitat o de la inexperiència de la part dèbil, els jutges alemanys solen anar per la via del §138.1 que permet anul·lar aquells contractes que vagin en contra de les bones costums¹²⁹. El negoci usurari, com tot aquell contracte que vagi en contra de

¹²⁶ BIGWOOD, RICK (2005), "Contracts by Unfair Advantage: From Exploitation to Transactional Neglect", a *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 25, nº1, pàgs. 78 i 79

¹²⁷ ENNECCERUS, KIPP, WOLFF., *Tratado de Derecho civil, op.cit*, pàgs. 640-641

¹²⁸ §138 BGB: *Legal transactions contrary to good policy; usury*
(1) *A legal transaction which is contrary to public policy is void.*
(2) *In particular, a legal transaction is void by which a person, by exploiting the predicament, inexperience, lack of sound judgement or considerable weakness of will of another, causes himself or a third party, in exchange for an act of performance, to be promised or granted pecuniary advantages which are clearly disproportionate to the performance.*

¹²⁹ El concepte de desproporció excessiva (*striking disproportion*) va ser una de les preguntes formulades en el moment de la codificació al *Reichsgericht*, el tribunal civil que es trobava en el rang jeràrquic més alt l'any 1936, que va respondre: *a striking disproportion by itself could not void a contract under paragraph one since then there would be no point to the limitations of paragraph two. But, the extra element required by paragraph one was that the advantaged party has displayed a reprehensible attitude by exploiting the precarious situation of another. Furthermore, a court could sometimes infer from the mere size of the disproportion that the situation of the disadvantaged party had been precarious and that the other party had behaved*

les bones costums, és nul. L'explotació de les necessitats de l'altra part és una conducta que va en contra de la bona fe o de les bones costums (que és la moral jurídica que ha d'existir en les relacions de tràfic entre els ciutadans alemanys) i per tant pot ser anul·lada aquella relació jurídica que segueixi aquesta conducta (§138.1); però, a més a més, el §138.2 descriu unes circumstàncies especials en què la conducta és immoral perquè explota unes debilitats determinades. Són les bones costums el límit a la llibertat contractual establert per una moral social jurídicament reconeguda. En moltes ocasions, l'explotació de la situació de necessitat d'una de les parts no tindrà tampoc una importància molt significativa ja que el jutge pot inferir l'explotació abusiva de l'excessiva desproporció; el jutge assumirà que una desproporció tan desorbitant entre les prestacions de les parts només pot haver sigut causada per una actuació abusiva de la part forta de la relació contractual¹³⁰. La raó per què es dóna la possibilitat d'anul·lar el contracte és per combatre la conducta immoral de la part que treu un avantatge injust de l'íter negocial, tot i explotant un estat de necessitat de l'altra. El contracte no és nul només per l'excessiva desproporció entre les prestacions, sinó perquè hi ha una conducta negligent d'una de les parts. Ara bé, sembla que la conducta només pugui ser qualificada de negligent si hi ha hagut un avantatge injust. Per tant, veiem que s'han de complir dues condicions per tal d'anul·lar el contracte per usura (*Wucher*): una desproporció excessiva entre les prestacions (*auffällige Mißverhältnis*), i que ens recorda que s'aplica un estàndard de justícia (*substantive justice*); i, en segon lloc, cal que la part forta exploti una de les situacions de la part dèbil: la seva inexperiència (*Unerfahrenheit*), angoixa econòmica (*Zwangslage*) o bé la seva irreflexió (*erhebliche Willensschwäche*). Aquesta segona condició o criteri es refereix a les deficiències en el procés contractual (*procedural justice*)¹³¹.

reprehensibly, either by taking advantage of that situations knowingly or by failing to know of it through gross negligence, GORDLEY, JAMES (1981), "Equality in Exchange", *California Law Review*, Vol. 69, pàg. 1630-1631

¹³⁰ *When the disparity in price is great enough, relief is given although the evidence of the precarious situation of the disadvantaged party is scanty*, GORDLEY, JAMES, *Equality in Exchange*, *op.cit.*, pàg. 1650.

¹³¹ MARKESINIS, BASIL S., UNBERATH, HANNES, JOHNSTON, ANGUS (2006), *The German Law of Contract. A comparative Treatise*, Portland: Hart Publishing, pàg. 249

2.3.1.3. La violència econòmica en l'Avantprojecte de Reforma del Dret d'Obligacions francès i en la reformulació de l'article 1267 del CCE

Pel que fa al dret francès, el *Code de Napoleó*, fill de la Il·lustració i la Revolució francesa i que va inaugurar l'era de la codificació a Europa, ja definia el contracte com l'instrument principal de circulació de béns i de riquesa, i era l'expressió màxima de llibertat de l'individu en les seves relacions jurídiques. L'article 1134 estableix el contracte com a llei entre les parts, i el 1118 renuncia a que la lesió pugui viciar els acords (amb excepcions)¹³². No obstant, després de la celebració del bicentenari del *Code*, Pierre Catala va decidir prendre la iniciativa per engegar una reforma del dret d'obligacions francès¹³³. Un dels temes objectes de reforma és el dels vicis del consentiment, en què es defineix la violència econòmica (art. 1114-3 del Projecte *Catala*): la violència permet protegir la llibertat d'una part en la relació contractual que s'ha vist obligada a concloure el contracte per una amenaça física o moral exercida per l'altra part o per un tercer¹³⁴. El que intenta assegurar el Projecte és la protecció de la llibertat del qui contracta contra els desequilibris contractuals excessius. A més a més, la figura de la lesió es regula a l'article 1126-1, "*Le défaut d'équivalence*

¹³² Després de la Primera Guerra Mundial, els diputats MM. Guibal i Dupin, el 20 de juny de 1920, van presentar una proposició de llei que completava l'article 1118 del Codi Civil, de la següent manera: "*La lesión est une cause de rescision des conventions si la disproportion des obligations qui en résulte est énorème et été déterminée par l'exploitation de la gêne, de la légèreté et de l'inexpérience du lésé*", però la Société d'Etudes législatives, l'any 1921, va estudiar la proposició de llei i en va modificar el text, tot i admetent la figura de la lesió *ultra dimidium* en més de meitat. La doctrina francesa sempre ha estudiat el problema de la lesió, també des d'una perspectiva moral, i així alguns autors assenyalen que els contractes lesionaris són aquells contraris a la consciència, (...) "*l'acte juridique réunit les conditions essentielles de validité, mais, par suite de la faiblesse, de l'erreur, de l'état de nécessité ou de la légèreté des parties, il se traduit par l'enrichissement injuste de l'un au détriment de l'autre. On demande alors au juge d'apprécier la valeur de cet acte, de l'annuler ou d'en modifier les termes, pour rétablir cet équilibre qui représente pour nous la justice par l'égalité*", cfr. RIPERT, G., *La règle morale dans les obligations civiles*, op.cit, pàgs. 115-117

¹³³ HONDIUS EWOU (2007), "The Two Faces of the Catala Project- Towards a New General Part of the French Law of Obligations", *European Review of Private Law*, 6, pàgs. 835-836

¹³⁴ L'article 1114.3 de l'Avantprojecte diu el següent: "*hay igualmente violencia cuando una parte se compromete bajo el imperio de un estado de necesidad o de dependencia, si la otra parte explota esta situación de debilidad para obtener de la convención una ventaja manifiestamente excesiva. La situación de debilidad se aprecia de acuerdo con el conjunto de circunstancias, teniendo en cuenta especialmente la vulnerabilidad de la parte que la sufre, la existencia de relaciones anteriores entre las partes y su desigualdad económica*", vide. VAQUER ALOY, ANTONI., BOSCH CAPDEVILA, ESTEVE., SÁNCHEZ GONZÁLEZ, MARÍA PAZ (2012), *Derecho europeo de contratos, Libros II y IV del Marco Común de Referencia*: Barcelona, Atelier, pàg. 496

entre les prestations convenues dans un contrat commutatif n'est pas une cause de nullité, hormis le cas où la loi admet la rescision du contrat pour cause de lésion", on observem alguna influència de la violència econòmica prevista, com ja hem avançat, a l'article 1114-3 del Projecte Català¹³⁵.

La *Cour de Cassation* va establir a la sentència de 3 d'abril de 2002 (*Kannas vs Larousse- Bordas*) que l'amenaça econòmica pot ser qualificada de violència i la violència econòmica pot comportar la nul·litat del contracte. Crea així un nou règim de violència, econòmica: "*seule l'exploitation abusive d'une situation de dépendance économique, faite pour tirer profit de la crainte d'un mal menaçant directement les intérêts légitimes de la personne, peut vicier de violence économique le contrat*"¹³⁶. L'anul·labilitat per violència econòmica significa que una de les parts contractants ha abusat d'una situació asimètrica, i n'ha extret un benefici excessiu, que s'esdevé a través d'una desproporció excessiva entre les prestacions. Precisament, l'anul·labilitat contractual per violència té com a objectiu protegir la llibertat contractual i, per això, la *Cour de Cassation* fa un pas per a defensar aquella part dèbil que obté un desequilibri contractual excessiu; per sota de la figura de la violència s'esdevé, precisament, la *lésion*.

La nul·litat per violència econòmica suposa que una de les parts contractants ha abusat de la situació de superioritat en què es troba respecte de l'altra, i n'ha extret un benefici excessiu o un avantatge injust¹³⁷. Per tant, veiem que és

¹³⁵ MAZEAUD, DENNIS (2008) « Rapport Français. La révision du contrat », a: Société de Législation Comparée (Ed.), *Le Contrat : Journées Brésiliennes*, Paris : Société de Législation Comparée, pàg.576

¹³⁶ Aquesta idea de la violència econòmica és molt similar a la idea de lesió que tenien alguns autors francesos, que la consideraven com una prova d'un vici del consentiment: "*celui qui est lésé par le contrat a été victime d'un dol ou d'une violence morale; il s'est trouvé dans la nécessité de contracter ou bien il s'est trompé sur la valeur de la chose, et l'autre partie a abusé de cette situation pour lui extorquer une promesse*". La proposició de llei de MM. Guibal i Dupin recollia aquesta fórmula, similar a la formulació del BGB i del Codi civil suís, que no es caracteritzaven per la desproporció entre les obligacions, sinó que el que determinava la lesió era precisament l'avantatge lesionari que s'obtenia de l'explotació de la situació de lleugeresa o necessitat de la part dèbil. La lesió, per tant, canvia de caràcter i esdevé un factor d'injustícia que té com a origen l'abús d'una de les parts contractants; la causa de nul·litat contractual no és la desigualtat econòmica entre les prestacions sinó l'explotació abusiva d'un dels contractants sobre l'altre, *Vide*. RIPERT, G., *La règle morale dans les obligations civiles*, op.cit., pàg. 121

¹³⁷ MAZEAUD, DENNIS (2010), "Le droit européen des contrats et ses influences sur le droit français", *ERCL 1/2010*, Vol. 6, Issue 1, pàg. 9

un concepte pràcticament igual al d'avantatge injust (PECL) o explotació injusta (DCFR i CESL) o a la lesió qualificada o usura (§138.2 BGB i art. 21 del Codi d'Obligacions suïsses), tot i diferenciant-se en què no crea un nou vici del consentiment com sí fan els projectes europeus sinó que desenvolupa el mateix vici de la violència, tot i afegint-li el tret característic d'"econòmica".

Alguns autors catalans, com BOSCH CAPDEVILA, són favorables a fer també una reinterpretació del vici de la violència de l'art. 1267 del CCE, que possibilitaria l'anul·lació dels contractes celebrats en estat de necessitat: es tracta d'una força irresistible (que constitueix una amenaça), que prové d'un estat de necessitat, que encaixaria en el concepte de violència presentat pel CCE¹³⁸. Quan no existeixen amenaces sinó un estat de necessitat, la regla general és que no es pot anul·lar el contracte; si caracteritzem l'estat de necessitat com una força irresistible es pot configurar un nou concepte de violència que sí que facilitaria l'anul·lació del contracte, encara que l'amenaça no sigui provocada per un tercer o per l'altra part; el que és essencial és que l'amenaça constitueixi una força irresistible, amb independència de qui o què la provoca^{139 140}.

També podria entendre's l'estat de necessitat com una manifestació del vici de la intimidació i no el de la violència¹⁴¹, tot i que és menys apropiat perquè (en

¹³⁸ VAQUER ALOY, ANTONI, BOSCH CAPDEVILA, ESTEVE, SÁNCHEZ GONZÁLEZ, MARÍA PAZ, "*Derecho europeo de contratos*" *op.cit.*, pàg. 495

¹³⁹ BOSCH CAPDEVILA, ESTEVE (2009), "Estado de necesidad y consentimiento contractual: ¿Una reinterpretación de los conceptos de violencia e intimidación como vicios del consentimiento a la luz del derecho contractual europeo y comparado?", a *Revista crítica de derecho inmobiliario*, any 85, n^o711, p. 72

¹⁴⁰ Aquest concepte de la violència, i també el de la intimidació, ens pot recordar el de la "*duress*" del dret anglès, que s'ha vist desenvolupat per tal d'estendre'n la seva aplicació no només a supòsits en què les amenaces recaiguessin sobre el demandant o la seva propietat, sinó també per als casos de pressió econòmica: "*it must be illegitimate pressure which gave the claimant no practical choice but to submit*". Abans d'estendre aquesta aplicació de la *duress*, aquests casos es presentaven com a supòsits d'*undue influence* (que ja va ser utilitzada per les Corts de l'*Equity* en aquells supòsits que no tenien cabuda dins del concepte de la *duress*), CARTWRIGHT, J., "Defects of Consent in Contract Law" a HARTKAMP, ARTHUR, HESSELINK, MARTIN W., HONDIUS, EWOUDE., MAK, CHANTAL., DU PERRON, EDGAR (2011), (Eds.) *Towards a European Civil Code*, Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer Law & Business, pàg. 543

¹⁴¹ Si bé BOSCH CAPDEVILA és partidari d'encabir l'estat de necessitat com una manifestació del vici de violència perquè de la gramaticalitat de l'article 1267.1, quan es refereix a la violència, s'utilitza el verb "se emplea", que pot interpretar-se com "se aprovecha". En canvi, segons l'autor, la intimidació s'escriu amb el verb "se inspira", que sempre implicarà que l'amenaça

els supòsits d'intimidació) cal acreditar que l'altra part és la que causa aquest estat de necessitat o la situació d'asfíxia econòmica, i els casos tractats per la *unfair advantage* són situacions de necessitat en què es troba el demandant, però que no han de ser causades per la part demandada (malgrat que aquesta sí que havia de tenir coneixement de la situació o estat de la part dèbil). És a dir, la diferència entre la intimidació i l'aprofitament d'una situació de necessitat, perill, asfíxia econòmica o inexperiència recau en dues consideracions: la primera, que ja hem esmentat, és que la provocació d'aquestes circumstàncies no recau en l'altra part contractant (com sí passa en la intimidació) i, en segon lloc, el desequilibri que es produeix és pel resultat, i per això s'ofereixen remeis com la rescissió. Però l'adquisició d'un avantatge econòmic necessàriament es veu pintat per supòsits d'il·legitimitat, no essent suficient en molts casos només el pressupòsit objectiu del desequilibri. Per aquest motiu una bona forma de provar l'estat de necessitat d'una de les parts és fer palès el desequilibri existent entre les prestacions de les parts¹⁴².

La intimidació constitueix una causa d'impugnació del negoci contractual però no reclama pinzellades d'injustícia que no siguin les que ja provoca el temor que sofreix la víctima; *“en consecuencia, la intimidación no constituye en el Derecho civil español el camino para solucionar en general problemas de iniquidad o desequilibrio irrazonable contractual nacida de la asimétrica posición negociadora de las partes. Ni es la vía para combatir contratos de adhesión ni las cláusulas lesivas predispuestas por una parte. Tampoco es un remedio contra las contrataciones realizadas bajo las fuertes restricciones que puede provocar un estado de necesidad”*¹⁴³. Per aquest motiu, CARRASCO PERERA afirma que l'estat de necessitat no pot ser un pressupòsit d'intimidació, *“de la misma forma que la coacción ambiental no cualifica la*

haurà de ser causada per un altre subjecte, mentre que la violència de l'article 1267 no ha de ser provocada per una de les parts o per un tercer, *Estado de necesidad y consentimiento contractual... op.cit.* pàg. 72

¹⁴² GARCÍA VICENTE, JOSÉ RAMÓN a BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, RODRIGO (2013), *Comentarios al Código Civil, Tomo VII*, València: Tirant lo Blanch, pàg. 9097, no obstant, el Codi civil només demana correspondència formal entre les prestacions de les parts, sense fer cap tipus de judici sobre l'equilibri objectiu o proporcionalitat entre les prestacions de les parts contractants.

¹⁴³ CARRASCO PERERA, ÁNGEL (2010), *Derecho de Contratos*, Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi, pàg. 372

intimidación, tampoco lo hace el estado o situación de necesidad desesperada de quien, para remediarlo, realiza una disposición patrimonial desventajosa en favor de un tercero, que se aprovecha pasivamente de aquel estado"¹⁴⁴.

2.3.1.4.- Els supòsits de reequilibri econòmic en el CCE: la rescissió per lesió amb pressupòsit subjectiu tipificat i la Llei contra la usura

En primer lloc hem d'apuntar que el Codi civil no contempla de forma general la rescissió per lesió dels contractes immobiliaris, a diferència de la Compilació catalana o la navarresa. Aquesta última barreja elements objectius, com és la lesió econòmica, amb el fonament subjectiu propi dels vicis del consentiment (inexperiència i necessitat apressant), i això invita a reconsiderar el fonament que té la lesió en el dret navarrès, per tal de reubicar-lo dintre dels vicis del consentiment en un sentit més ampli¹⁴⁵.

El Codi civil contempla en els articles 1290 i següents aquells supòsits en què per raó d'un perjudici econòmic es declara la possibilitat de declarar la ineficàcia d'un contracte. El Codi utilitza la paraula rescissió perquè es tracta d'una enumeració de supòsits d'ineficàcia del contracte, i no d'invalidesa (com serien els propis de vicis del consentiment). Són supòsits excepcionals de lesió perquè en dret comú no s'exigeix, en general, cap requisit quantitatiu en el sí dels contractes onerosos; és a dir, no es fa cap judici sobre l'equilibri objectiu existent entre les prestacions de les parts contractants, perquè són les parts qui decideixen i consenten aquest equilibri econòmic¹⁴⁶.

¹⁴⁴ *Ibidem*, pàg. 379. L'autor es mostra totalment contrari a incorporar una regla paral·lela a la *unfair exploitation* en l'ordenament espanyol perquè considera que la barreja que hi ha entre patologia del consentiment i justícia intrínseca és indicadora d'una regla de límits confusos. Alguns dels supòsits, en pensaments de l'autor, poden ser reconduïts a supòsits d'error o intimidació, on no és precisa cap prova de lesió econòmica (malgrat que els supòsits que estableix el dret contractual europeu sí que parlen d'un benefici excessiu o avantatge injust però tampoc el quantifiquen) i la resta de casos

¹⁴⁵ Vegeu, en aquest sentit, les lleis 409 a 507 del *Fuero Nuevo* (Ley 1/1973, de 1 de marzo, por la que se aprueba la Compilación de Derecho civil foral de Navarra)

¹⁴⁶ Ideològicament el Codi és de tall liberal i el que vol assegurar és la llibertat dels contractants per tal d'establir els pactes que vulguin, sense cap tipus de limitació; no pretén assegurar una justícia de l'intercanvi, sinó que és precisament la llibertat econòmica la que confia aquesta justícia, *cfr.* GARCÍA VICENTE, JOSÉ RAMON a BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, RODRIGO (2013), *Comentarios al Código Civil, Tomo VII*, València: Tirant lo Blanch, pàg. 9201 i seg: "El codificador, de acuerdo con la inspiración liberal de su tiempo, establece de modo contundente el carácter excepcional de la rescisión por lesión en un sentido estricto, esto es, aquella que se

Observem que l'articulació de la lesió de forma excepcional que fa el Codi, limitada a supòsits de fet poc probables, fa que la seva aplicació sigui poc comuna. No obstant, l'existència de lesió pot provocar, a la pràctica, l'exercici d'accions d'impugnació de la validesa del contracte per vicis del consentiment¹⁴⁷.

Aquesta aproximació a l'observació de circumstàncies subjectives que poden ser les causants del perjudici econòmic i de la desproporció excessiva entre les prestacions i, per tant, que es situen més properament al voltant del concepte de vicis del consentiment (i no tant de la causa onerosa) té un reflex en l'ordenament jurídic espanyol¹⁴⁸ a través de la repressió de la usura i també mitjançant la Llei 60/1962, de 24 de desembre, sobre *auxilios, salvamentos, remolques, hallazgos y extracciones marítimas*.

La Llei de la Usura és una manifestació de la repressió de l'ordenament jurídic contra la injustícia contractual¹⁴⁹: el sistema espanyol reflecteix els canvis que

refiere o que toma como punto de partida un precio considerado justo, sin que sea necesario, como ocurre con otras normas, la concurrencia de circunstancias subjetivas en uno de los contratantes para que triunfe la ineficacia del contrato por lesión económica, circunstancias que se aproximan a los vicios del consentimiento: así lo previsto en el artículo 1 de la Ley de represión de la usura de 23 de julio de 1908 o en el artículo 8 de la Ley 62/1962, de 24 de diciembre, sobre auxilios, salvamentos, remolques, extracciones y hallazgos marítimos". a

¹⁴⁷ *Ibídem*, pàg. 9202

¹⁴⁸ També la jurisprudència del TS es fa ressò dels nous aires que provenen del dret contractual europeu en matèria d'explotació injusta. A tall d'exemple, la Sentència de l'Audiència Provincial de Santa Cruz de Tenerife, núm. 214/2012, de 23 de maig (JUR\2012\301220) esmenta els elements subjectius que conformen una situació de debilitat, tal i com ho és la relació de confiança entre les parts: "(FJ4t) ... *la relación de confianza que la sentencia apelada señala entre el cliente y el personal de la entidad bancaria lo que genera es, precisamente, una seguridad en aquél sobre la realidad de la información que recibe y la creencia e incluso certidumbre de que se le está ofreciendo un producto que se ajusta a los términos de la información. En este sentido puede ser oportuno una referencia a los Principios del Derecho europeo de los contratos (PECL) que, en función del origen común de las reglas que integran su contenido, permite utilizarlos como texto interpretativo de las normas vigentes en esta materia en nuestro Código civil, tal y como se han utilizado en la jurisprudencia del Tribunal Supremo (sentencia de este Tribunal de 17 de diciembre de 2008, por citar alguna de las más recientes, y las que en ella se recogen). Pues bien, el art. 4:109 PECL contempla la posibilidad de la impugnación de los contratos en una relación de confianza entre las partes de la que una de ellas se aprovecha en forma gravemente desleal y contraria a la buena fe para obtener una ventaja excesiva en perjuicio de la otra*".

¹⁴⁹ "*El que inspirándose en nobles sentimientos de humanidad, creyó que llegada la ocasión en que el Poder Legislativo interviniera, poniendo coto él a las demasías de los usureros, a sus incalificables abusos y a los repugnantes delitos que realizan en sus odiosas maquinaciones, explotando las tristes circunstancias, los momentos de angustia que sufren aquellos desgraciados que por necesidades urgentísimas, por imperiosos apremios, al no disponer de*

es produïren al voltant de la incorporació o no de normes relatives a la rescissió per lesió en l'ordenament jurídic espanyol. Si bé el Codi civil no contempla la rescissió per lesió de forma general, com ja hem indicat, (*cf.* 1291 i seg. CCE), sí que permet declarar la nul·litat dels préstecs usuraris per aplicació de la Llei Azcárate contra la usura (Llei de repressió de la Usura de 23 de juliol de 1908). Aquesta llei aspira a declarar la nul·litat d'aquells contractes de préstec que impliquen una falta real i positiva de consentiment, això és, un vici de fons. Anomenada també llei justa i moralitzadora, tots els préstecs en què l'interès excedeixi del tipus normal o corrent, és usurari, així com també ho és l'obligació de pagar més d'allò que legítimament s'ha de pagar¹⁵⁰. I, en relació amb els supòsits de l'avantatge injust, aquesta llei de repressió de la usura també pren en consideració la situació de necessitat o de debilitat del prestatari, que accepta un préstec de condicions que són perjudicials per a ell, entre les que pot estar pagar un interès molt elevat¹⁵¹.

Un exemple d'una aplicació en concret de l'ordenament jurídic espanyol que reflecteix una condemna de l'abús exercit per una de les parts sobre les circumstàncies de l'altra és l'article 8 de la Llei 60/1962, de 24 de desembre,

los recursos más precisos para vivir, tienen que entregarse a los vampiros de la miseria, los que faltos en absoluto de sentido moral, en su codicia insaciable, facilitan dinero a los que a ellos acuden, exigiéndoles muchas veces hasta el 10% mensual, a la vez que enormes intereses de demora (...) El objeto principal de esta ley es, a nuestro parecer, alentar a los jueces y Tribunales de justicia para que resueltamente prosigan el ejemplar camino emprendido, y que no sean tímidos al procurar el restablecimiento del derecho y el imperio de la sana moral, y que no interpreten de la manera inflexible que se ha venido aplicando el rigorismo del dogma jurídico establecido en el Ordenamiento de Alcalá por Alfonso XI", PALOMO, LUIS (1908), *Ley contra la usura*, Madrid: Librería de Fernando Fe, pàgs. 8 i seg

¹⁵⁰ Els tres supòsits en què el préstec és usurari són: a) "el préstamo en el que se estipule un interés notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso; b) el contrato que se estipule en condiciones tales que resulte aquél leonino, habiendo motivos para estimar que ha sido aceptado por el prestatario a causa de su situación angustiosa, de su inexperiencia o de lo limitado de sus facultades mentales; c) el contrato en que se suponga recibida mayor cantidad que la verdaderamente entregada", *cf.* DE VERDA Y BEAMONTE, JOSÉ RAMÓN, "Comentarios al artículo 1755 y 1756 del Código civil, a BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, RODRIGO (2013), *Comentarios al Código civil, Tomo VII*, Valencia: Tirant lo Blanch, pàg. 12003 i seg.

¹⁵¹ SAP Saragossa, núm. 22/2003, de 17 de gener (JUR\2003\44860) fa referència a la situació d'angoixa del prestatari, "(...) la catalogación como usurario del préstamo no merece mayor razonamiento, dada la compleja y costosa operativa que los demandados impusieron a la actora con la que pretendent justificar el cobro de unos gestos, honorarios y comisiones (...) lo que implica la imposición de condiciones leoninas que sin duda fueron aceptadas por la actora dada la situación económica en la que se encontraba que afectaron a su equilibrio psicológico (...) FJ 7è)

sobre *auxilios, salvamentos, remolques, hallazgos y extracciones marítimas*, que estableix¹⁵²:

“Todo convenio de auxilio y de salvamento estipulado en el momento y bajo el influjo del peligro podrá ser, a petición de una de las partes, modificado por el Tribunal Marítimo Central, si se estima que las condiciones estipuladas no son equitativas. En todos los casos en que se pruebe que el consentimiento de una de las partes ha sido viciado por dolo o engaño, o, cuando la remuneración esté, por exceso o por defecto, fuera de proporción con el servicio prestado, el convenio podrá ser anulado o modificado por el Tribunal a requerimiento de la parte interesada”.

Observem que es tracta d'una disposició condemnatòria d'un abús exercit per una part que aprofita l'estat de necessitat o de perill de l'altra, però que es troba limitada en un camp molt petit, el del salvament marítim.

Creiem que l'opció més idònia per a l'ordenament jurídic espanyol seria configurar l'avantatge injust com un pressupòsit d'anul·labilitat del contracte, a mode d'un nou vici de consentiment¹⁵³, tal i com fa el DCFR¹⁵⁴ i els PECL, dintre de la teoria general del contracte i dels vicis del consentiment perquè la figura no encaixa de ple amb els pressupòsits de la violència¹⁵⁵ i caldria fer una interpretació molt extensiva; a més considerem que els fonaments tal i com son

¹⁵² BOSCH CAPDEVILA, ESTEVE, *Derecho europeo de contratos*, op. cit, pàg. 495

¹⁵³ Així s'esdevé en la *Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos*, presentada pel *Ministerio de Justicia* l'any 2009, que en el capítol relatiu a la nul·lilitat i anul·labilitat dels contractes, després dels vicis de l'error i el dol, apareix la figura de l'avantatge injust, cfr. art. 1301 PMCC:

“Una de las partes puede anular el contrato que, en el momento de su celebración, otorga a la otra parte una ventaja excesiva si, teniendo en cuenta la naturaleza y fin de aquél, resulta que se ha aprovechado injustificadamente de una situación de dependencia, de su inexperiencia o falta de previsión. A petición de la parte perjudicada, puede el Juez introducir en el contrato aquellas modificaciones que sean necesarias para adaptarlo a las exigencias de la buena fe y lo que sea usual en el tráfico jurídico”

¹⁵⁴ El DCFR ho emmarca dins del capítol 7, causes d'ineficàcia, i dintre de la secció relativa als vicis del consentiment (secció segona)

¹⁵⁵ Vegeu, *supra*, en aquest mateix capítol 2, l'epígraf 2.3.1.3

establerts per les propostes doctrinals europees permeten configurar aquesta figura autònomament, com un vici de consentiment¹⁵⁶.

2.3.1.5.- Els articles 621-45 i 621-46 del projecte de llibre VIè del Codi civil de Catalunya

El Projecte de Llibre VIè regula l'avantatge injust a l'article 621-45. És curiós que el situï per davant de la rescissió per lesió, tot i essent aquesta una figura històrica en el dret civil català¹⁵⁷.

Per una banda, el legislador català ha optat per la nomenclatura d'avantatge injust (i no d'explotació injusta¹⁵⁸): tal i com fan els projectes d'harmonització contractual europea, escull una vessant subjectiva de la figura (situació de debilitat) i també esmenta la desproporció excessiva (element objectiu), sense quantificar-la. Per altra, també recull la idea de l'existència de la mala fe en la part explotadora, és a dir, la consciència de què l'altra part es trobava en un

¹⁵⁶ També podria encaixar en un supòsit de dol incidental. Veurem que la figura de l'explotació injusta, tal i com apareix regulada a les propostes europees, va vestida de pressupòsits objectius i subjectius. Objectivament reclama una desproporció excessiva entre les prestacions i, subjectivament, podem observar dos requisits: l'estat de necessitat de la part dèbil i l'abús o coneixença de l'altra part d'aquesta situació de debilitat. En funció de si l'abús s'exigeix d'una forma més o menys clara, podem veure també aquesta figura com una manifestació del dol incidental, que només demana una indemnització de danys i perjudicis, i que engloba aquells supòsits en què la part que surt perjudicada del contracte ha consentit perquè s'ha vist enganyada per l'altra part; sí que hi ha voluntat contractual, ara bé, si no hagués existit el dol les condicions del contracte haguessin estat diferents. Però, com molt raonadament apunta Díez-Picazo, no és fàcil afirmar que en els casos de dol incidental el contractant, mogut pel dol, hauria conclòs el mateix contracte però amb unes condicions diferents; "pues esto es tanto como decir que hubiera celebrado otro contrato" perquè el contracte no és qualificat només pel seu "*nomen iuris*" sinó també per totes les seves circumstàncies, *cfr.* Díez-Picazo, Luis (2009), "Notas sobre la indemnización causada por el dolo incidental", *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 62, nº3, pàg. 1054

¹⁵⁷ La Memòria de Duran i Bas ja mencionava la institució de la lesió *ultra dimidium* com un mitjà per a destruir la força vinculant del jurament promissori, *vide* MARTÍN CASALS, M., "De la rescisión por lesión: concepto y naturaleza", a ALBALADEJO, MANUEL (Dir.) (1987), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, Tomo XXX, Arts. 277 al final. Compilación de Cataluña*, Madrid: Edersa, pàg. 469

¹⁵⁸ La nomenclatura d' *explotació injusta* és la que apareix en el DCFR (art. II.-7:207) i la d' *avantatge injust* és l'aposta dels PECL (art. 4:109). Els principis UNIDROIT l'anomenen *gross disparity* (excessiva desproporció, *cfr.* art. 3.2.7 principis UNIDROIT 2010)

estat de necessitat o de feblesa El Projecte de Llibre VIè també recull de la Compilació el remei de la rescissió *ultra dimidium* (621-46)¹⁵⁹.

Una proposta alternativa a la divisió entre avantatge injust i lesió en més de la meitat que fa el Projecte és la que presenten Bosch Capdevila, Del Pozo Carrascosa i Vaquer Aloy¹⁶⁰. En un intent d'unificació proposen un sol article amb el títol d'avantatge injust que ja incorpora en el paràgraf segon la regulació de la lesió *ultra dimidium*. Dintre de la secció quarta dedicada a la ineficàcia del contracte, i integrat en la subsecció segona (l'anul·labilitat del contracte), per tant, com un supòsit d'anul·labilitat (malgrat que la proposta també esmenta la possibilitat d'adaptació judicial del contracte en els supòsits d'avantatge injust) es regulen les dues figures en un sol article. Així, les circumstàncies subjectives s'expressen en el primer paràgraf, d'una forma molt similar a l'article II.-7:207 DCFR (l'article fa referència a circumstàncies subjectives tals com la inexperiència, la ignorància, la manca de previsió o la relació de confiança de la víctima amb l'altra part, la relació de dependència entre les parts o la situació econòmica angoixant o necessitat imperiosa que viu la part més dèbil), tot i que s'exclou (com fa també la Proposta de Modernització del Codi civil) la falta d'habilitat en la negociació. La lesió *ultra dimidium* es manté en el segon paràgraf, aparentment des d'una vessant objectiva (fonament que sí que es desprèn dels articles 321 i seg. de la CDCC i de l'article 621-46 del Projecte), tot permetent l'anul·labilitat d'aquells contractes en què el valor de la contraprestació que es rep és inferior a la meitat del valor de la prestació que es dona. La subjectivitat s'immisceix quan es presumeixen els requisits subjectius de l'avantatge injust en la lesió en més de la meitat, en la redacció proposada per Del Pozo Carrascosa, Bosch Capdevila i Vaquer Aloy (*“els requisits exigits per l'apartat 1 d'aquest article per l'anul·lació del contracte es presumeixen quan la part perjudicada prova que, en el moment de la conclusió del contracte, el valor de la contraprestació que rep és inferior a la meitat del*

¹⁵⁹ Els articles del Projecte de Llibre VIè que regulen l'avantatge injust i la lesió en més de la meitat del preu són els 621-45 a 621-48 (subsecció sisena: avantatge injust i lesió en més de la meitat)

¹⁶⁰ BOSCH CAPDEVILA, ESTEVE, DEL POZO CARRASCOSA, PERE, VAQUER ALOY, ANTONI (2014), *Proposta d'un text articulat sobre teoria general del contracte per al Llibre sisè del Codi civil de Catalunya*, Barcelona: Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada, Beques a la investigació

valor de la seva prestació. La presumpció admet la prova en contrari per l'altra part, que també pot oposar que el pretès desequilibri es justifica en el risc contractual propi dels contractes aleatoris o en la concurrència d'una causa gratuïta"). Entenem que la proposta podria ser criticable perquè pot portar a confusió: d'entrada, hi ha una mixtologia entre una patologia del consentiment i elements vinculats a la causa; per tant, es barregen aspectes de vicis del consentiment (avantatge injust) amb aspectes del desequilibri econòmic (rescissió per lesió) vinculat a la causa onerosa. En aquest sentit, el projecte de llibre sisè és més raonable perquè configura dos instruments, un de tall subjectiu com és l'avantatge injust (621-45) i la rescissió per lesió com tradicionalment ha sigut establerta, és a dir, des d'un punt de vista objectiu¹⁶¹ vinculat al desequilibri econòmic, per tant, a una falta d'equivalència econòmica de les prestacions (621-46). El remei de l'adaptació judicial sí que es comparteix per tots dos instruments (621-47). A més, el remei de l'anul·labilitat

¹⁶¹ La Sentència del Tribunal de Cassació de 25 de novembre de 1935, abans del text compilat, ja considera que ni de la lletra ni de l'esperit de les lleis del Codi Justinià es pot deduir que la lesió *ultra dimidium* requereixi, com a causa de rescissió de la compravenda, el complement de cap altra circumstància o d'elements subjectius. A més a més la STSJC de 25 de maig de 2000 (RJ2000\7442) es recorda que: " *En sede del vigente derecho civil catalán esta institución tiene hoy una naturaleza jurídica objetiva –como ya puso de manifiesto la sentencia de esta Sala de 20 de diciembre de 1990 y repitieron las de 22 de diciembre de 1993 y 20 de octubre de 1995-, independiente, pues, de los vicios de consentimiento que hayan determinado la manifestación de voluntad...*" i de la STSJCAT de 9 d'octubre de 2008 (JUR\2009\296117) es dedueix que " *La rescisión de los contratos de compraventa por la lesión enorme o en más de la mitad de su justo precio (ultra dimidium) vino a contradecir la inexigibilidad del precio justo en las ventas y la posibilidad de engaño entre los contratantes, según el principio liberal "tanto pagan, tanto vales". Sin embargo, en el vigente Derecho civil catalán y pese a su denominación tradicional (engany a mitges) la institución ha adquirido una naturaleza jurídica objetiva... independiente, pues, de los vicios de consentimiento que hayan determinado la manifestación de la voluntad (321.1 CDCC), a diferencia de lo que ocurre en el Derecho navarro (Ley 499). De ahí se deduce la absoluta necesidad de que el precio sea una compensación estricta del valor de la cosa recibida, causalizándose, en consecuencia, la equivalencia de las prestaciones, lo que excluye de aquél cualquier elemento ajeno a dicha consideración*". Finalment, també la STSJCAT de 23 de gener de 2012 (RJ\2012\4210) conclou que " (... en cuanto al fundamento del instituto de la rescisión por lesión *ultra dimidium*, que a diferencia de lo invocado por la sociedad demandada, y aquí recurrente, la Compilació de Dret Civil de Catalunya, y concretamente su artículo 321, configura la rescisión por lesión en base a unos criterios eminentemente objetivos, puesto que, según el precepto, son rescindibles los contratos en los cuales el enajenante haya sufrido lesión en más de la mitad del justo precio, aunque en el contrato concurren todos los requisitos necesarios para su validez, es decir, el contrato es rescindible si existe lesión en más de la mitad del justo precio, con independencia de que el enajenante se encuentre o no en estado de necesidad y con independencia, también, de que haya intervenido o no un vicio del consentimiento en la formación de la voluntad contractual del enajenante".

proposat per Del POZO, Bosch CAPDEVILA i Vaquer ALOY¹⁶² per a supòsits de lesió objectiva, com seria la rescissió per lesió, és criticable perquè la figura d'ineficàcia que més s'hi encaixa és la rescissió; i, a la inversa, per a supòsits de tall subjectiu emmarcats en els vicis del consentiment el remei d'ineficàcia més raonable és l'anul·labilitat.

Aquesta ambivalència és deguda perquè tot i que la doctrina sempre ha definit la figura de la rescissió per lesió com un instrument que té un fonament purament objectiu (i així és perquè l'article 321, contràriament al sentit de les lleis 499 a 508 de la Compilació navarresa¹⁶³, estableix el fonament de la rescissió per lesió en el desequilibri en més de la meitat), alguns autors veuen difícil pensar en supòsits en què s'hagi produït una lesió de tal magnitud (en més de la meitat) que no integrin situacions de debilitat o estats de necessitat i asfíxia econòmica¹⁶⁴¹⁶⁵. Però aquesta barreja d'elements vinculats a la causa i elements vinculats al consentiment desdibuixen la figura tradicional de la rescissió per lesió *ultra dimidium*, que era considerada com un mecanisme de control de preus (tal i com seria la protecció del crèdit perjudicat o la usura).

¹⁶² BOSCH CAPDEVILA, ESTEVE, DEL POZO CARRASCOSA, PERE, VAQUER ALOY, ANTONI, *Proposta d'un text articulat sobre teoria general del contracte per al Llibre sisè del Codi civil de Catalunya*, op.cit.

¹⁶³ La Compilació Navarresa (*Ley 1/1973, de 1 de marzo, por la que se aprueba la Compilación de Derecho civil foral de Navarra*) ofereix la possibilitat de rescindir a qui hagi sofert lesió enorme a causa d'un contracte oneros acceptat per una necessitat asfixiant o inexperiència, "quien haya sufrido lesión enorme a causa de un contrato que hubiere aceptado por apremiante necesidad o inexperiencia, podrá pedir la rescisión del mismo", ANDREU RAMI, XAVIER (1974), "Fundamento de la rescisión por lesión en las compilaciones del Derecho civil de Navarra y de Cataluña", *Revista Jurídica de Catalunya*, pàg. 164

¹⁶⁴ "(...) Y no vale decir que aquí la rescisión procede en el caso presente porque, además de la lesión, se ha producido un abuso de confianza o una explotación de la debilidad ajena; pues no cabe imaginarse cómo puede resultar en general una situación de lesión económica que necesariamente no presuponga alguna de estas dos patologías"; aquí l'autor no fa esment a la rescissió catalana, que, com ja hem analitzat, sí que té un patró objectiu i així ho declara nombrosa jurisprudència del TSJCAT; així CARRASCO PERERA, ÀNGEL (2010), *Derecho de Contratos*, Navarra: Thomson Reuters Aranzadi, pàg. 382

¹⁶⁵ No és difícil concloure que la lesió contractual ve provocada per una infracció del principi de la bona fe que ha de presidir tota negociació, ja que darrera de tot contracte lesiu normalment hi ha una conducta que excedeix els límits imposats pel dret i que va en contra de la bona *fides* contractual. Això permet explicar per què la lesió a vegades s'integra dins de supòsits de vici del consentiment, i altres vegades com a supòsits de comportament il·lícit que es desvien de la bona fe i la correcció contractual, cfr. MARTÍN PÉREZ, JOSÉ ANTONIO, *La rescisión del contrato*, op.cit, pàg. 67

A diferència del que passa amb la resta de vicis del consentiment, per poder anul·lar el contracte per explotació injusta es requereix un element objectiu: el “benefici excessiu” o “avantatge manifestament injust” aconseguits per l'altra part contractant¹⁶⁶ (a més a més de l'exigència d'elements subjectius).

Una legislació que aposta per configurar una figura de rescissió per lesió amb elements propis dels vicis del consentiment és el *Codice civile* italià. Per una banda, parla de rescissió dels contractes celebrats en estat de necessitat (ex art. 1448) quan la part dèbil hagi obtingut una prestació de valor inferior a la meitat del valor de la prestació que realitza; per tant, veiem l'element de tipus objectiu configurat pel límit quantitatiu, tal i com fa el *Code* o la rescissió per lesió en més de la meitat del preu just catalana, però, per altra banda, afegeix l'element de l'explotació d'aquest estat de necessitat, sense especificar els conceptes com sí fa el §138.2 BGB, el 3:44 BW holandès o les propostes contractuals europees¹⁶⁷. Aquesta mixtura presenta elements vinculats a la causa onerosa (quan afegeix el límit quantitatiu o quan parla de “rescissió” i no d’“anul·labilitat”) i elements vinculats a vicis del consentiment (com seria l'estat de necessitat).

¹⁶⁶ BOSCH CAPDEVILA, ESTEVE, DEL POZO CARRASCOSA, PERE, VAQUER ALOY, ANTONI, *Proposta d'un text articulat sobre teoria general del contracte per al Llibre sisè del Codi civil de Catalunya*, op.cit., “el concepte de benefici es refereix especialment al preu, en el sentit que la situació de debilitat pot provocar que es pagui un preu molt superior o es rebi una contraprestació de valor molt inferior al que seria normal. L'article (...) no ofereix cap mesura del benefici/perjudici; per això és novament útil la presumpció de l'apartat segon de l'article, de tal manera que si la lesió és superior al 50% es presumeix que hi ha un benefici excessiu; quan no s'arribi a aquest percentatge, o l'avantatge no es pugui quantificar en aquestes magnituds, el contracte també es podrà anul·lar si s'aconsegueix demostrar que el benefici és excessiu”.

¹⁶⁷ El que justifica una intervenció correctiva en el *Codice civil* és, precisament, la situació de necessitat que comporta que la part dèbil conclouï el contracte; no es tracta d'un criteri purament objectiu perquè no es basa exclusivament en la lesió sinó que es fixa en les circumstàncies subjectives de la part dèbil i en l'aprofitament i explotació d'aquestes per la part que obté el benefici excessiu de la relació contractual. Es manté el límit quantitatiu de la desproporció (la qual cosa ha estat objecte de crítica; una de les raons de més pes que empra la doctrina per al manteniment d'aquest límit quantitatiu és la permanència d'un judici que no es basi exclusivament en elements subjectius) i els antecedents de l'art. 1448 es poden trobar en la formulació que fa el Codi penal italià del delictes d'usura (explotació d'un estat de necessitat); abans de l'entrada en vigor del Codi civil italià de 1942, l'article 644 del Codi penal italià no tenia una regulació paral·lela en l'àmbit civil; amb l'arribada del *Codice*, la jurisprudència va començar a interpretar el 644 en el sentit de no considerar usurària aquella prestació que no presentés una desproporció *ultra dimidium*, com en l'àmbit civil; ara bé, la nova disposició de l'art. 644 bis del Codi penal ja no parla d'estat de necessitat sinó de “condicions de dificultat econòmica o financera”, per tant, sembla que aprimi el concepte d'estat de necessitat ampli que utilitza el *Codice* en l'àmbit civil. Vide, CHAMIE, JOSÉ FÉLIX, *El principio general de reductio ad aequitatem por disequilibrio contractual*, op. cit, pàgs. 235-238

Altrament en el nostre ordenament jurídic, la Proposta de Modernització del Codi Civil, presentada pel Ministeri de Justícia l'any 2009, regula a l'article 1301 la figura de l'explotació injusta, d'una forma molt similar a la que estableix el DCFR. Ara bé, s'observen diferències en les circumstàncies subjectives de la part dèbil (la PMCC exclou la relació de confiança i la manca d'habilitat negociadora, i qualifica les dificultats econòmiques com a extraordinàries); a més, no exigeix el coneixement per part de qui surt beneficiat del contracte de les circumstàncies de debilitat de l'altra part (no entra a fer cap valoració sobre la bona o mala fe) i també hi ha algun canvi en l'apartat dels remeis, concretament en la legitimació de sol·licitar l'adaptació del contracte (la PMCC ho limita només a la part perjudicada, a diferència del DCFR que també atorga aquesta possibilitat a la part beneficiada inicialment per l'explotació injusta)¹⁶⁸.

La norma que presenta la proposta espanyola està ubicada dintre de la secció de la teoria general del contracte i en el sí dels vicis del consentiment (no en seu de compravenda com fa el Projecte de llibre sisè o les compilacions catalana i navarresa) i pot resultar d'interès per la possible rescindibilitat per lesió de les compravendes mercantils. L'article 344 del Codi de Comerç exclou la possibilitat de rescindir les compravendes mercantils, però el 1301 no hauria de resultar afectat per aquesta norma, perquè no està en seu de contracte de compravenda (a diferència del que passa amb la rescissió per lesió catalana o navarresa)¹⁶⁹. I si a més considerem que l'Avantprojecte de Llei del Codi Mercantil (presentat per la Comissió General de Codificació el 30 de maig del 2014) no incorpora una norma paral·lela al 344 del Codi de comerç a la seva regulació, semblaria que s'obririen definitivament les portes a la rescindibilitat de les compravendes mercantils també per als ordenaments català i navarrès, perquè ja no hi hauria el límit establert pel Codi de comerç.

¹⁶⁸ BOSCH CAPDEVILA, ESTEVE (2012), "La anulación del contrato por explotación injusta en la Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos", a *Nuevas Perspectivas del derecho contractual*, Barcelona: Bosch, pàg. 365 i seg. L'exclusió de la "falta de habilidad negociadora" com un dels supòsits que permeten anul·lar el contracte per explotació injusta en seu de DCFR és un encert (en la PMCC) segons BOSCH CAPDEVILA perquè " *si el contratante está lo suficientemente formado y la única debilidad que tiene es que no es hábil en la negociación, la diligencia le llevaría a recabar un asesoramiento*", *Ibidem*, pàg. 381

¹⁶⁹ BOSCH CAPDEVILA, ESTEVE (2012), *Nuevas perspectivas del derecho contractual europeo*, Barcelona: Bosch, pàg. 387

2.3.2. L'exploració injusta en les propostes d'harmonització del dret contractual europeu

2.3.2.1. La regulació de l'exploració injusta en el DCFR

L'esborrany de Marc Comú de Referència (DCFR) agafa el concepte d'exploració injusta del BGB i incorpora la regla (art. II.-7:207) que permet anul·lar un contracte per excessiva onerositat entre les prestacions, en una línia molt similar als principis PECL i als principis UNIDROIT¹⁷⁰.

El DCFR permet l'anul·lació del contracte per exploració injusta (com una causa d'invalidesa del contracte) quan es compleixin una sèrie de requisits, uns de caràcter subjectiu (la situació de debilitat d'una de les parts i l'exploració d'aquesta situació per l'altra part) i l'obtenció d'un benefici excessiu o avantatge injust (element objectiu).

Les circumstàncies subjectives de la part dèbil són varies (i es repeteixen en alguns casos amb les que ja havien descrit els PECL): relació de dependència, de confiança amb la part explotadora o bé si tenia necessitats urgents o dificultats econòmiques o una falta d'habilitat en la negociació; també si era imprevisora, ignorant o inexperta. I, a més a més, la part que obté l'avantatge injust o benefici excessiu coneixia (o havia de conèixer) la situació per què passava la víctima¹⁷¹. Com ja feien els principis PECL, el DCFR tampoc

¹⁷⁰ II.-7:207 DCFR "Exploración injusta"

(1) *Una parte puede anular el contrato si, en el momento de su conclusión:*

a) *Tenía una relación de dependencia o de confianza con la otra, se encontraba en dificultades económicas o tenía necesidades urgentes, era imprevisora, ignorante, inexperimentada o carente de habilidad en la negociación; y*

b) *Esta otra parte sabía o es razonable suponer que sabía dicha situación del otro contratante y, atendidas las circunstancias y la finalidad del contrato, se aprovechó de ello para conseguir un beneficio excesivo o una ventaja manifiestamente injusta.*

(2) *A petición de la parte legitimada para anular el contrato, el juez puede, si lo considera oportuno, adaptar el contrato con el fin de ajustarlo a lo que se hubiera acordado si se hubiesen respetado las exigencias de la buena fe y la honradez en los tratos.*

El juez también podrá adaptar el contrato a petición de la parte que haya recibido la notificación de su anulación por explotación injusta, siempre que ésta informe sin demora excesiva a la que solicitó su anulación y antes de que dicha parte actúe en consecuencia.

¹⁷¹ VAQUER ALOY, ANTONI, BOSCH CAPDVEILA, ESTEVE, SÁNCHEZ GONZÁLEZ, MARÍA PAZ (2012), *Derecho europeo de contratos. Libros II y IV del Marco Común de Referencia*, Barcelona: Atelier, pàg. 493

quantifica l'abast de la desproporció excessiva (i té efectes tan pels casos de benefici excessiu –termes monetaris- com d'avantatge injust)¹⁷².

2.3.2.2. La *unfair exploitation* de l'Instrument Opcional sobre Compravenda Europea (CESL)

La Normativa comú de compravenda europea (*Common European Sales Law*, CESL) també regula l'explotació injusta en l'article 51¹⁷³. Aquest defineix l'explotació injusta com una causa d'anul·labilitat del contracte, tal i com fa el DCFR, i també permet anul·lar el contracte en els casos en què una de les parts, ocupant una posició de superioritat respecte l'altra, explota aquesta situació de debilitat i obté un benefici excessiu o avantatge injust de la relació contractual¹⁷⁴.

Exigeix tres elements: l'explotació de la part dominant o forta del contracte, que ocupa una posició privilegiada respecte la més dèbil (*vitiated bargaining position*), la situació de debilitat de la part més feble i l'excessiva desproporció entre les prestacions de les parts. El contracte és anul·lable (no és nul *ab initio*, com si ho és en el §138 BGB)¹⁷⁵.

L'article 51 CESL beu del DCFR i dels PECL (II.-7:207 i 4:109 PECL) i, pel que fa als principis UNIDROIT, s'observen dues diferències entre el 51 CESL i el 3.2.7 dels principis. Aquests últims ressalten l'excessiva desproporció i no

¹⁷² VON BAR, CHRISTIAN; CLIVE, ERIC (2009), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR). Full Edition*, Munich: sellier. european law publishers, pàg. 509

¹⁷³ “Una parte podrá anular un contrato si, en el momento de su celebración: a) tenía una relación de dependencia o de confianza con la otra, se encontraba en dificultades económicas, tenía necesidades urgentes o era imprevisora, ignorante o inexperimentada; y b) esta otra parte sabía o cabía esperar que supiera dicha situación del otro contratante y, atendidas las circunstancias y la finalidad del contrato, se aprovechó de ello para conseguir un beneficio excesivo o una ventaja injusta”.

¹⁷⁴ CARTWRIGHT JOHN. AND SCHIMDT-KESSEL, MARTIN (2013), “Defects in consent. Mistake, Fraud, Threats, Unfair exploitation” in DANNEMAN AND VOGENAUER (Eds). *The Common European Sales Law in context. Interactions with English and German Law*, Oxford: Oxford University Press, pàg. 406

¹⁷⁵ Art. 51 (...) It is a rather provision on an unfair exploitation of a specifically advantageous bargaining position which resulted in an excessive benefit from the contract or another unfair advantage (...), SCHULZE (2012) (Ed.), “Common European Sales Law (CESL)”, *Commentary*”, Baden: C.H.Beck, Hart, Nomos, pàg.277

esment l'expressió "explotació"; podem veure que l'Institut per a la Unificació de Dret Privat se centra més en la vessant objectiva de la figura o, si més no, en vol ressaltar aquest aspecte, mentre que en la proposta relativa a la compravenda posa èmfasi en l'aspecte subjectiu, tant de les circumstàncies subjectives de la part dèbil com en el coneixement de la part que explota. A més a més, els principis UNIDROIT estan redactats d'una forma més general, i proveeixen una regla general per anul·lar un contracte en cas d'excessiva desproporció (*gross disparity*) entre les prestacions.

L'explotació indeguda definida a l'article 51 consta de tres elements: la situació de la part dèbil, que es pot trobar en un estat de dependència, urgència o incompetència; les circumstàncies subjectives de la part que explota, que és conscient d'aquesta explotació; i finalment el desequilibri que s'esdevé entre les prestacions contractuals. Els dos primers elements configuren la vessant subjectiva de la figura mentre que el darrer conforma la part objectiva d'aquesta.

Sempre és necessària aquesta explotació, indeguda, perquè els principis CESL també són conscients de la problemàtica que pot derivar aquest article 51 amb el principi de l'autonomia de la voluntat o *freedom of contract*¹⁷⁶.

Els elements subjectius que integren el contracte anul·lable per explotació injusta poden ser, o bé relatius a la situació de la part dèbil: l'angoixa econòmica o una necessitat urgent (per exemple, si hi ha un dany imminent que implica iniciar un judici o si no pot fer front seves obligacions pecuniàries a curt termini; la necessitat urgent es refereix a una urgència imminent, que ve propera a una emergència. La urgència ha de ser de tal magnitud que la part dèbil no tenia cap altra opció que concloure el contracte).

O bé relatius a la capacitat de la part dèbil: ignorant, imprevisora, inexperta. La ignorància es refereix al coneixement que té la víctima del contracte o de l'objecte i ha de ser de tal magnitud que la part dèbil desconeixia completament el contracte o les seves parts essencials o les seves conseqüències econòmiques, socials o legals.

¹⁷⁶ SCHULZE, *Common European Sales Law (CESL)*... *op.cit.*, Pàg. 280

Pel que fa als aspectes subjectius de la part forta del contracte, el CESL demana que la part forta o la part que efectua l'explotació injusta sigui conscient de la seva posició de superioritat en la relació contractual (o s'espera que coneixia la situació de debilitat de la víctima). A més a més, l'explotació s'ha dut a terme per a obtenir un avantatge injust o un benefici excessiu (finalitat).

En definitiva, les propostes per a la incorporació d'una nova figura que permeti equilibrar l'economia del contracte que s'ha vist truncada des del bon inici de la relació contractual presenten diferent cromaticitat: des de la rescissió per lesió, configurada des d'un patró objectiu, fins al naixement d'un nou vici de consentiment, com seria l'estat de necessitat causat per una explotació injusta, tot i passant per pressupòsits de negocis usuraris. Creiem que el Projecte de Llibre sisè encerta quan regula les dues figures separadament, la rescissió per lesió tal i com històricament ha sigut emmarcada, com un mecanisme de control de preus (com també serien els negocis usuraris) que protegeix el desequilibri excessiu entre les prestacions de les parts, i el naixement d'un nou vici contractual com és el que regulen les propostes contractuales europees: la *gross disparity*, *unfair advantage* o *unfair exploitation*. El més idoni seria caracteritzar aquest com un nou vici (per tant, en la part de teoria general del contracte) que pot ser anul·lable (o adaptable per les parts o pel jutge), que presenta un component objectiu (compartit amb la lesió en més de la meitat) no quantificable, per tant de límit més difós a diferència de la *laesio enormis*, però marcat clarament pels supòsits de tall subjectiu: la posició de debilitat de la víctima (relació de confiança, asfíxia econòmica, etc) i abús o explotació de l'altra part d'aquesta necessitat (la graduació de la mala fe variarà en funció de l'aposta que finalment faci el legislador).

CAPÍTOL III. L'alteració sobrevinguda de les circumstàncies

1.- L'encunyació jurisprudencial del remei reequilibrador i la seva relació amb el principi de la bona fe.

1.1. La replantejada excepcionalitat del remei en la doctrina jurisprudencial de la *rebus sic stantibus*

Com s'ha assenyalat en el primer capítol del treball al tractar la qüestió competencial, l'excessiva onerositat en l'execució d'un contracte per alteració sobrevinguda i imprevisible de les circumstàncies, la coneguda com a clàusula *rebus sic stantibus*, que enllaça amb la doctrina de la base del negoci i de la frustració de la seva finalitat o del seu fonament, és una figura que s'hauria d'encaixar en les Disposicions Generals del Llibre VI i que per tant, no ha estat abordada encara en seu contractual en el projecte codificador en matèria d'obligacions i contractes. Es tracta en aquest cas, d'un supòsit d'asimetria econòmica del contracte que s'esdevé sobrevingudament i per tant, no es pot relacionar, com s'esdevé en relació a l'avantatge injust, amb la correcta formació del consentiment negocial ni amb un comportament de preeminència negocial injusta.

Cal palesar, tanmateix, que el legislador català, a diferència de l'espanyol, sí contempla aquest remei reequilibrador en contextos sistemàtics aliens al dret dels contractes com s'esdevé en seu de pactes en previsió de futura ruptura (231-20 CCCat) o en el marc de la regulació de la revocació dels pactes successoris per voluntat unilateral (art. 431-14 CCCat). S'observa que en aquests contextos s'han flexibilitzat alguns dels requisits construïts per la jurisprudència del Tribunal Suprem que fins a data recent s'ha mostrat molt restrictiva a l'hora de donar procedència a aquest fonament que permet extingir un contracte¹⁷⁷. Les noves orientacions contingudes en els treballs acadèmics

¹⁷⁷ SALVADOR CODERCH, PAU (2009), "Alteración de circunstancias...*cit.*", pàg. 3 i ss., es refereix al caràcter rigurosament excepcional amb el que la jurisprudència ha aplicat tradicionalment aquest remei. En aquest sentit l'autor manifesta que el Tribunal Suprem: "*ha tendido a considerar que la clàusula rebus es un remedio extralegal, peligroso, de última instancia,*

europaus incideixen sobretot en el remei i el vinculen no només a l'extinció del contracte, sinó prioritàriament a la seva novació resultat d'un procés obligat de renegociació.

És indubtable que existeix una relació entre aquest remei i el principi de vinculació dels contractes i ja hem establert que la positivització de la figura amb la seva incorporació al Llibre VI, que resultaria pionera en el context espanyol, és compatible amb el sostre competencial en matèria obligacional.

Amb caràcter general, l'aplicació d'aquest remei judicial implica que amb posterioritat a la celebració d'un determinat contracte, s'han produït circumstàncies sobrevingudes i imprevisibles que han comportat que el contracte resulti excessiva i inassumiblement onerosa per a una de les parts, la qual cosa permet eludir el principi *pacta sunt servanda* pel fet que ha fet fallida l'equilibri necessari entre les prestacions de les parts¹⁷⁸; pel fet, en definitiva, que el contracte inicialment celebrat s'ha desnaturalitzat com a conseqüència de les circumstàncies concurrents al temps de la seva execució.

admissible sólo en casos extraordinarios, imprevisibles y generadores de un desequilibrio causal exorbitante, de una desproporción inusitada en la economía contractual".

¹⁷⁸ Sentències del Tribunal Suprem prèvies al canvi de doctrina esdevingut amb les SsTS de 2014 que comentem a text, han desestimat l'aplicació del remei, a partir de la constatació dels requisits del remei; així la STS de 13 de febrer de 2013 (RJ 2013, 2012), la de 18 de gener de 2013 (RJ 2013, 1604) o la de 25 de enero de 2007 (RJ 2007,592): "*analizando la aplicabilidad al caso de la cláusula «rebus sic stantibus», dice la sentencia de 23 de abril de 1991 (RJ 1991, 3023) que «la doctrina ha examinado la dificultad extraordinaria sobrevenida en el cumplimiento de la obligación al igual que lo ha hecho la jurisprudencia, al tratar de la posibilidad de construir dentro de nuestro derecho vigente, la cláusula "rebus sic stantibus" como medio de establecer equitativamente el equilibrio de las prestaciones; con cita de las sentencias de 14 de diciembre de 1940 (RJ 1940, 1135), 17 de mayo de 1941 (RJ 1941, 632), y 5 de junio de 1945 (RJ 1945, 698), la de 17 de mayo de 1957 (RJ 1957, 2164) establece las siguientes conclusiones en relación con la aplicación de la citada cláusula: 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; D) Que su admisión requiere como premisas fundamentales: a) alteración extraordinaria de las circunstancias 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 radicalmente imprevisibles; y E) En cuanto a sus efectos, hasta el presente, le ha negado los rescisorios, resolutorios o extintivos del contrato otorgándole los modificativos del mismos, encaminados a compensar el desequilibrio de las prestaciones». Tal doctrina se ha mantenido en posteriores resoluciones de esta Sala, Sentencias, entre otras, de 29 de mayo de 1996 (RJ 1996, 3862), 10 de febrero de 1997 (RJ 1997, 665), 15 de noviembre de 2000 (RJ 2000, 9214), 27 de mayo de 2002 (RJ 2002, 4573) y 21 de marzo de 2003 (RJ 2003, 2762)".*

Com hem assenyalat, l'aplicació del remei per part de la jurisprudència ha pressuposat tradicionalment la concurrència d'uns pressupòsits de molt estricta apreciació¹⁷⁹

El canvi de tendència en la doctrina del Tribunal Suprem s'inicia a finals de 2012 (STS de 8 de novembre, RJ 2013\2402) i prossegueix en sentències de 2013 (26 d'abril de 2013, RJ 2013\3268), que van culminar l'any 2014 en les conegudes Sentències 30 de juny (RJ 2014\3526) i de 15 d'octubre (RJ 2014\6129), reiterades per la més recent de 24 de febrer de 2015 (RJ 2015\1409). Algunes d'aquestes resolucions assolien una decisió emparades més en criteris pragmàtics que jurídics -malgrat al·ludir a la progressiva objectivització del fonament tècnic de la figura- com el de la impossibilitat material d'un comprador de satisfer el preu de la venda per manca de subrogació en el préstec hipotecari del venedor¹⁸⁰. El resultat d'aquesta evolució jurisprudencial és el de la normalització en l'aplicació de la clàusula¹⁸¹. En tot cas, aquesta doctrina jurisprudencial que es consolida, condueix a

¹⁷⁹ Vegeu la STS de 25 de gener de 2007 (RJ 2007\592) que al·ludeix al: "*rigor impuesto por la jurisprudencia de esta Sala para modificar lo pactado en virtud de circunstancias sobrevenidas, exigiendo que la alteración sea extraordinaria, que el equilibrio de las prestaciones resulte aniquilado, por darse una desproporción exorbitante, y que las circunstancias sobrevenidas sean radicalmente imprevisibles, todo lo cual entraña una evidente excepcionalidad, así como la necesidad de que, quien pretende la modificación de lo acordado, pruebe todos esos requisitos, en forma racionalmente conveniente y decisiva*", tot recollint la jurisprudència anterior incorporada a STS com la de 17 de gener de 2000 (RJ 2000\9343).

¹⁸⁰ STS de 26 d'abril de 2013 (RJ 2013\3268); tanmateix, la STS de 18 de gener de 2013 (RJ 2013\1604), nega la procedència del remei en el cas concret pel fet d'entendre que "*no cabe atribuir efectos extintivos a los impedimentos sobrevenidos que fueron tomados en consideración por las partes al contratar o que, razonablemente, deberían haberlo sido, ya para evitarlos o superarlos, ya para evitar o superar sus consecuencias*" en un supòsit en el que el comprador no va obtenir el finançament projectat per assumir les obligacions del contracte que es pretenia revisar.

¹⁸¹ Cfr. MARTINEZ VELENCOSO, Luz M. "Hacia una aplicación normalizada de la cláusula "rebus sic stantibus" en la jurisprudencia de la sala 1ª del Tribunal Supremo: comentario a la STS 30 de junio 2014" (2014), a Revista Aranzadi de derecho patrimonial, núm. 35, págs. 289 i ss (RJ 2014, 3526). Vegi's l'argumentació de la posterior STS de 15 d'octubre de 2014 (RJ 2014\6129) justifica el canvi de doctrina "*en la línea del necesario ajuste o adaptación de las instituciones a la realidad social del momento, así como al desenvolvimiento doctrinal consustancial al ámbito jurídico, la valoración del régimen de aplicación de esta figura tiende a una configuración plenamente normalizada en donde su necesaria aplicación prudente no deriva de la anterior caracterización, sino de su ineludible aplicación casuística, de la exigencia de su específico y diferenciado fundamento técnico, y de su concreción funcional en el marco de la eficacia causal de la relación comercial derivada de su imprevisibilidad contractual y de la ruptura de la base económica del contrato, con la consiguiente excesiva onerosidad para la parte contractual afectada*".

l'acceptació ja no absolutament excepcional, del reajustament dels contractes en els casos d'asimetria econòmica sobrevinguda.

1.2.- La vinculació debilitada del contracte de llarga duració en la recent jurisprudència sobre la *rebus sic stantibus*.

No es pot qüestionar que la normalització en l'aplicació d'un remei novatori o resolutori en casos d'alteració sobrevinguda de les circumstàncies existents al moment de celebrar el contracte va en detriment del principi de vinculació contractual. Es pot argumentar que els contractes resultaran vinculants sempre que la seva execució resulti en abstracte compatible amb un equilibri/desequilibri raonable de les prestacions de les parts i en tot cas, que el principi de vinculació contractual no és absolut, tal i com ho palesen d'altres remeis legalment previstos com la resolució per incompliment o la rescissió en cas de frau de creditors, en funció de la correlació d'interessos en joc. La diferència d'escenari respecte dels pressupòsits d'aquests remeis rau en què l'alteració sobrevinguda de circumstàncies pressuposa una situació d'incompliment inicialment imputable, atès que la prestació és encara possible, malgrat la inimputabilitat de les circumstàncies que hi han conduït.

Enfront l'afebliment del principi de vinculació contractual que resulta de les esmentades resolucions, s'alça un sector de la doctrina contrari al paternalisme que s'exhibeix en els pronunciaments jurisprudencials recents orientats a un reequilibri contractual davant situacions que resultarien previsibles esmerçant una diligència adequada a un context naturalment canviant. En aquest sentit, s'ha al·ludit a la "*normal inestabilitat de les circumstàncies*"¹⁸², a la incertesa o la impermanència com a context natural en qualsevol execució contractual. Des d'aquest punt de vista, allò més previsible és que les circumstàncies canviïn de manera substancial o no i per tant, aquest canvi que condicionarà l'equivalència final de les prestacions de les parts, només ha de ser considerat com un fet sobrevingut des del punt de vista material, però no en canvi, des del punt de

¹⁸² Cfr. NAVAS NAVARRO, SUSANA (2015), "La «normal inestabilidad de las circunstancias» en el derecho de familia y de sucesiones (sobre la toma de decisiones en contextos complejos y su relevancia en el derecho)", a ARNAU RAVENTÓS, LÍDIA i ZAHINO RUIZ, MARIA LUISA (dirs.), *Cuestiones de Derecho sucesorio catalán*, Barcelona-Madrid-Buenos Aires, Marcial Pons, pàg. 199 i ss.

vista de la previsió jurídica que correspon a les parts. Se suggereix un canvi de paradigma que condueixi a integrar naturalment el canvi de circumstàncies en el desenvolupament contractual i no en les solucions que ofereixi la regulació; així, l'alteració sobrevinguda de circumstàncies només hauria d'obtenir resposta legal en aquells supòsits en els que s'esdevinguin circumstàncies radicalment improbables, realment anòmales i impossibles de preveure malgrat l'assumpció d'un context altament canviant i potser fins i tot en aquests casos, sempre i quan les parts hagin previst en el propi contracte una clàusula general de revisió del contracte pel cas que s'esdevinguin situacions imprevistes que alterin radicalment l'equivalència de les prestacions de les parts. Posicions intermèdies plantegen que el jutge només pugui intervenir a instància de la part perjudicada en els casos en els que el propi contracte no hagi previst una obligació de renegociar esdevingudes determinades circumstàncies¹⁸³.

1.3.- La previsió asistemàtica de l'alteració de les circumstàncies com a excepció al principi de vinculació dels contractes en l'ordenament civil català

L'ordenament civil català no conté una regulació general relativa al remei de l'alteració sobrevinguda i imprevisible de les circumstàncies que escauria incorporar al Títol I del Llibre VI relatiu a les Disposicions generals de l'obligació i el contracte. Tanmateix, com hem constatat en el capítol I del treball, el legislador català ha incorporat directament el remei a institucions concretes a fi de relativitzar-ne la vinculació i en d'altres casos l'admissibilitat de la revisió d'acords es basa en alteracions de les circumstàncies sobrevingudes però no imprevisibles, comprometent encara més la vinculació dels pactes assolits. Aquests darrers casos se circumscriuen a les mesures acordades en el context d'una crisi matrimonial i no poden ser objecte d'abstracció a l'hora de generar la regla general que positivitzi el remei. En d'altres seus també es prenen en consideració canvis de circumstàncies sobrevinguts i més o menys substancials o significatius que conduiran a una excepció en la normal eficàcia

¹⁸³ Cfr. MOMBERG URIBE, RODRIGO ANDRÉS (2011), *The effect of a change of circumstances on the binding force of contracts. Comparative perspectives*, Utrecht: Intersentia Ius Commune Europaeum Series en relació a la regulació de la *imprévision* en els projectes de reforma del dret francès d'obligacions i contractes i en concret, en la regulació continguda en l'*avant-projet Catala*, arts. 1135-1 a 3.

de l'acte de què es tracti i sovint a la possibilitat d'instar la ineficàcia del negoci: així la possibilitat de revocar una donació per superveniència o supervivència de fills (531-18 CCCat), de renunciar al compliment del mandat exonerat de tota responsabilitat quan l'execució de l'encàrrec pugui comportar-li un detriment greu (art. 1736 Cce), la facultat d'instar la nul·litat de l'acceptació o la repudiació d'una herència si posteriorment apareixen altres disposicions d'última voluntat que eren desconegudes i que alteren substancialment el contingut del títol successori acceptat o repudiat (art. 461-10.1 CCCat) o la d'instar la modificació de les mesures acordades en un procés de divorci en cas de canvi substancial de circumstàncies (233-7.3 CCCat) i ja fora de l'àmbit negocial, la modificació significativa de les circumstàncies permet modificar mesures com l'internament voluntari (art. 212-6 CCCat) o la declaració de desemparament (art. 228-5 CCCat).

1.3.1. Pactes en previsió de futura ruptura de parella i alteració sobrevinguda de les circumstàncies

El Llibre II del Codi civil de Catalunya, en seu de relacions econòmiques conjugals, va introduir els pactes en previsió de futura ruptura, d'importació nord-americana¹⁸⁴, una figura només insinuada per l'anterior Codi de Família. La nova regulació, continguda en l'art. 231-20 CCCat, té una clara orientació tuitiva del cònjuge econòmicament feble a fi de defensar la institució enfront la

¹⁸⁴ Vegi's un estudi complet sobre el tema a DI FONZO, J.H. (2000) "Customized marriage" en *Indiana Law Review*, 75, p. 875 y ss, la conclusió final del qual, suggerida en el títol de l'article, remet a la possibilitat de construir un matrimoni i un divorci a l'estricta mesura dels interessos dels contraents o cònjuges. Més recentement, cfr. l'estudi comparat de SCHERPE, JENS M. (2012), *Marital Agreements and Private Autonomy in Comparative Perspective*, Oxford, Hart Publishing, p. 403 y ss. En el nostre context doctrinal, situa la qüestió en el context nordamericà EGEA FERNÁNDEZ, J. "Pensión compensatoria y pactos en previsión de una ruptura matrimonial" en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, tomo III. Madrid, 2003, pàg. 4552 y ss. També permet una comparativa entre la previsió catalana i la nordamericana, CERVILLA GARZÓN, MARIA DOLORES (2013), *Los acuerdos prematrimoniales en previsión de ruptura. Un estudio de Derecho Comparado*, Valencia, 2013. El paradigma nordamericà contrasta amb el model anglès, intensament restrictiu quant a la validesa i l'eficàcia d'aquest tipus d'instrument, o més exactament, sobre el seu caràcter vinculant un cop esdevinguda la crisi. Cfr. LOWE, NIGEL (2008) "Prenuptial agreements: the English position", en *InDret*, núm. 1. Malgrat tot, la tradicional restricció que l'ordre públic ha exercit sobre aquest tipus de pactes en el dret anglès s'està flexibilitzant sobretot a partir de la Sentència del Tribunal Suprem de 2010 en el cas *Radmacher vs Granatino* (cfr. SCHERPE, JENS M. (2012). "Los acuerdos matrimoniales en Inglaterra y Gales tras *Radmacher v. Granatino*", en *InDret* 2/2012), a partir d'assolir un equilibri suficient entre la protecció del cònjuge dèbil i la llibertat d'autoregulació dels cònjuges. Cfr l'informe de la Law Comisión (Reforming the law) anglesa de enero de 2011: www.lawcom.gov.uk/marital_property.htm.

doctrina que considera que aquests acords mercantilitzen el vincle matrimonial i en determinats casos, els de renúncia de drets, poden arribar a comprometre el principi d'igualtat entre els cònjuges i a afavorir comportaments oportunistes d'un cònjuge envers l'altre¹⁸⁵.

L'eficàcia dels pactes sobre eventuals drets derivats de la crisi matrimonial es difereix en el temps i lògicament només es planteja si finalment la crisi s'esdevé. Entre el pacte i la seva al·legació per aconseguir la seva eficàcia, transcorreran, en la majoria de casos, anys, la qual cosa comporta que s'hagin de revisar els termes de l'acord i la justícia econòmica dels pactes al temps d'exigir-ne el compliment. Aquesta revisió, que és molt excepcional en seu contractual, en realitat extraordinària, es normalitza en seu del particular negoci dels pactes en previsió de ruptura i es tipifica com a causa d'ineficàcia de l'acord celebrat. Això és així segurament perquè la contemplació a un canvi sobrevingut i substancial de circumstàncies ja era una norma existent i d'aplicació habitual en relació amb les mesures definitives acordades en conveni regulador a l'empara de l'actual art. 233-7 CCCat i anterior 80 CF en aquest cas en consideració al compliment diferit d'allò estipulat.

Una de les resistències habituals a la validesa i eficàcia dels pactes en previsió de ruptura es basa, precisament, en el fet que el cònjuge pot pactar en funció d'una realitat actual i d'un sistema de relacions de parella que finalment poden haver variat dràsticament al moment de pretendre l'efectivitat dels pactes; això exigeix plantejar-se, aleshores, la previsibilitat dels canvis esdevinguts en la relació de parella i la seva relació amb l'objecte del pacte. Però, en qualsevol cas, la simple modificació de les circumstàncies que rodegen la contractació no és motiu d'invalidesa ni d'ineficàcia del pacte; l'acord en previsió de ruptura s'haurà de considerar vàlid i eficaç, sotmès, com tot acord i si es vol especialment, a la regla *rebus sic stantibus*, els requisits de la qual, com hem dit, el legislador flexibilitza en aquest context.

¹⁸⁵ Cfr. LÓPEZ BURNIOL, JOAN JOSEP (2000) "Comentari a l'art. 15 del Codi de Família" a EGEA FERNÁNDEZ, J.-FERRER RIBA, J. (coord.) *Comentarios al Codi de Família, a la Llei d'unions estables de parella i a la Llei de situacions convivencials d'ajuda mútua*, Madrid, Tecnos, pàg.158.

Així, la norma (art. 231-20.5), atenent a les escasses experiències pràctiques que han transcendit jurisprudencialment, ha manllevat la teoria de l'alteració de la base del negoci en la regulació dels acords en consideració d'una futura ruptura. Particularment il·lustrativa resulta la Sentència de l'Audiència Provincial de Granada de 14 de maig de 2001 (AC 2001\1599) que determina la ineficàcia d'un pacte prenupcial abdicatiu de posteriors reclamacions pel fet d'apreciar que les circumstàncies concurrents al moment del seu atorgament havien variat de manera substancial al moment de fer valer l'acord, principalment donada la professió d'un dels cònjuges que, per raó de les successives i heterogènies destinacions que va ocupar, va impedir a l'altre mantenir la professió exercida abans de l'adopció de l'acord¹⁸⁶. Podria no obstant això, qüestionar-se l'encert

¹⁸⁶ Fonament de Dret Primer: *“Es preciso señalar que los cónyuges, antes de contraer matrimonio, suscribieron capitulaciones matrimoniales para establecer que su régimen económico es el de la separación de bienes, pactando, además entre otras estipulaciones, que ambos comparecientes convienen que la «separación o disolución del futuro matrimonio, en ningún caso, llevará como consecuencia de ello la fijación de la pensión compensatoria a que se refiere el artículo 97 del Código Civil, por no producir desequilibrio entre los cónyuges». Esta cláusula contenida en las capitulaciones matrimoniales es claramente atípica, atendiendo a lo que entiende por capitulaciones matrimoniales el artículo 1325 del CC. Pero es válida, puesto que la pensión por desequilibrio es un derecho disponible, según ha podido declarar el TS en su importante sentencia de 2 de diciembre de 1987 (RJ 1987, 9174), y, por tanto, es perfectamente renunciabile. Así lo acordaron mutuamente los futuros contrayentes cuando firmaron la escritura pública en fecha de 27 de diciembre de 1991. Con la celebración del matrimonio el 7 de enero de 1992, los pactos capitulares adquirieron plena eficacia de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1334 del CC, y, por ello, también la cláusula de renuncia recíproca a una futura pensión por desequilibrio económico. Se puede calificar como un pacto con vistas a una futura separación (el TS no rechaza, en principio, los acuerdos de separación no homologados por una resolución judicial -SS. 22 abril 1997 (RJ 1997, 3251), 19 diciembre 1997 (RJ 1997, 9110) y 21 diciembre 1998 (RJ 1998, 9649)-. En el momento en que se redactó la cláusula, los futuros cónyuges tenían sus propios ingresos al estar ejerciendo cada uno su profesión./Aun cuando este pacto vincula a ambos cónyuges, cuando la esposa presenta la demanda de separación solicita, no obstante, la pensión compensatoria, porque las circunstancias son, a su juicio, ahora muy distintas a las que sirvieron de base para pactar aquella cláusula. Es un hecho cierto, y además expresamente reconocido, que el marido trabaja para un empresa de laboratorios farmacéuticos como representante, por cuyo trabajo se veía obligado a desplazarse fuera de la capital, acompañándole su esposa. También es un hecho constatado, igualmente no negado por el marido, que la esposa, antes de casarse, trabajaba, dejando su trabajo al momento de casarse. Desde entonces, la esposa no ha realizado actividad profesional alguna, siguiendo a su marido en los distintos destinos laborales. Esta circunstancia ya es suficiente por sí sola para entender que las bases para la suscripción de aquel pacto han dejado de existir, pudiendo, por tanto, pedir la pensión compensatoria si se dan las circunstancias previstas en el art. 97 del CC. Se puede traer aquí a colación la teoría de la base objetiva del negocio jurídico, tímidamente admitida en algunas resoluciones del TS (SS. 30 junio 1948 [RJ 1948, 1115], 30 de diciembre 1985 [RJ 1985, 6620]*

de la resolució judicial si considerem que la decisió de l'esposa de no mantenir la seva activitat professional es va adoptar malgrat l'existència de l'acord previ de renúncia i per tant, amb ple coneixement d'aquesta existència; el pacte celebrat hauria d'haver condicionat la presa ulterior de decisions per part de l'esposa o bé, haver comportat una novació del pacte al temps de reorientar les decisions sobre la seva dedicació professional¹⁸⁷. No s'aprecia en el supòsit la concurrència del requisit relatiu la imprevisibilitat de les circumstàncies sobrevingudes, referència que hem de considerar que inclou l'alienat o inimputabilitat en els fets que han motivat el canvi de circumstàncies .

En qualsevol cas, la concreció d'aquest canvi rellevant no previsible raonablement i que ha derivat en un greu perjudici no és tasca senzilla; la pèrdua d'ocupació o la situació d'insolvència per crisi empresarial del subjecte econòmicament obligat pel pacte o per al que hagi de resultar creditor d'una atribució o quantitat que restringeixi la que pogués correspondre-li legalment, l'existència de fills en comú amb discapacitat o sense ella, la sobrevenença d'una situació d'invalidesa per a cònjuge deutor o creditor, són situacions en certa mesura previsibles i incorporables a un acord ben elaborat. La pràctica jurisprudencial determinarà l'exigència amb que s'apliqui en aquest context concret el remei que el legislador ha incorporat i si com hem vist, en seu contractual, la tendència és a donar entrada amb major naturalitat al remei examinat, per propagació, aquesta entrada encara haurà de ser major en contextos que acompanyen la vinculació de l'acord a la seva exigible revisió

y 20 de abril 1994 [RJ 1994, 3216]), que puede tener lugar cuando la base o la causa que se tuvo en cuenta en el acuerdo negociado desaparece al no tener ya ningún sentido su mantenimiento./Entre las circunstancias cabe señalar que, además de la dedicación de la esposa al marido durante seis años, incluso atendiendo durante algún tiempo a un hijo de éste, carece, a excepción de unos ahorros que no superan los tres millones de pesetas, de medios económicos suficientes para poder vivir independientemente, careciendo igualmente de vivienda propia, sin contar, en la actualidad, con un puesto de trabajo y tampoco con una proyección más o menos inmediata para incorporarse en el mundo laboral, aun cuando tiene los títulos de pedagogía, magisterio y de idiomas, teniendo en cuenta, por otra parte, su estado psíquico, admitido por el propio marido. Todas estas circunstancias le hacen acreedora a la esposa de 41 años, de una pensión compensatoria «ex» artículo 97 del CC, que el Juzgador de instancia cifra en 70.000 pesetas mensuales en atención a los ingresos que percibe el marido.”

¹⁸⁷ Cfr MARTÍNEZ ESCRIBANO, CELIA (2009) “Consecuencias de la crisis matrimonial y autonomía de la voluntad” en GUILARTE MARTÍN-CALERO, CRISTINA. (coord.) *Aspectos civiles y penales de las crisis matrimoniales*, Valladolid, pàgs.116 y 117.

ulterior.

El fet que la clàusula es positivitzi precisament en un entorn aliè al que va motivar la seva creació inicial i s'elevi a condicionant d'eficàcia del negoci té una importància considerable, donat el caràcter molt restrictiu amb el qual la jurisprudència ha apreciat l'alteració sobrevinguda de les circumstàncies com a motiu eficient de novació o fins i tot, de resolució, d'un acord vàlidament aconseguit¹⁸⁸. Cal concloure, a més, que els requisits que tot seguit examinarem per a l'aplicació de la rebus en seu contractual i particularment, el relatiu al caràcter extraordinari del canvi de circumstàncies esdevingut en el període que transcorre entre l'atorgament del pacte i la seva pretesa eficàcia, s'atenuen en aquesta particular versió legal de la "clàusula" *rebus*, atès que el legislador substitueix l'"extraordinarietat" per la mera rellevància, encara que sí es mantenen intactes els requisits de l'excessiva onerositat –"*greument perjudicial*"- i de la imprevisibilitat; a aquest últim s'aplica un qualificatiu de raonabilitat –"*no es van preveure ni podien raonablement preveure's al moment del seu atorgament*"-.

S'ha de concloure llavors, que la revisió judicial dels acords en previsió de futura ruptura i l'eventual declaració d'ineficàcia dels mateixos, ha de basar-se en la concurrència necessària dels dos elements: canvi sobrevingut de circumstàncies i perjudici greu per a un dels cònjuges a conseqüència d'aquest canvi.

1.3.2. Pactes successoris i alteració sobrevinguda de les circumstàncies

Malgrat la inicial manifestació relativa a la irrevocabilitat dels pactes successoris continguda en l'art. 431-18 CCCat, la nova regulació de la institució

¹⁸⁸ En realitat, la doctrina del Tribunal Suprem ha considerat en la majoria de casos i com s'examinarà en el capítol IV del treball, que l'aplicació del remei implicarà com a molt una revisió del contracte amb "*efectos modificativos, nunca rescisorios, resolutorios o extintivos*", Cfr. STS de 20 de noviembre de 2009 (RJ 2009,7296) o la de 20 de febrero de 2001 (RJ 2001, 1490). La jurisprudència menor també ha acollit aquesta limitació: SAP de Cádiz de 10 de gener de 2012 (JUR 2012, 77632) o SAP de Jaén de 14 d'octubre de 2011 (JUR 2012, 247963), que ha estat matisada en les sentències recents relatives a l'aplicació de la clàusula en contractes d'adquisició d'habitatge en els que el comprador no ha aconseguit el finançament projectat. Cfr. STS de 17 de gener de 2013 (RJ2013\1819)

incorporada en el Llibre IV inclou nombrosos supòsits en els que els pactes esdevenen revocables per voluntat unilateral de qualsevol dels atorgants. Un d'aquests supòsits és precisament el canvi substancial, sobrevingut i imprevisible de les circumstàncies que van ser el fonament del pacte (art. 431-14.d). Aquest fonament no s'ha d'identificar amb la finalitat del pacte que s'hi pot fer constar de conformitat amb l'art. 431-6 CCCat, sinó que pot fer al·lusió a qualsevol altre aspecte que hagi incidit decisivament en el seu atorgament malgrat no s'ha expressat formalment. Ho fa palès el fet que el propi art. 431-14.c) incorpori en una altra causa de revocació unilateral precisament referida a la impossibilitat de compliment de la finalitat que va ser determinant del pacte¹⁸⁹.

Cal plantejar si un remei concebut per a reequilibrar econòmicament un pacte pot tenir cabuda en el marc d'un negoci amb causa gratuïta com apriorísticament ho és un pacte successori¹⁹⁰. En aquest sentit, caldrà restringir l'aplicació del remei que aquí s'articula com a causa de revocació i no pas d'adaptació de l'acord, als supòsits en els que es pugui apreciar la concurrència de causa onerosa en el concret pacte successori examinat, tot i que certament la norma no discrimina supòsits i per tant, sembla prescindir de l'element del perjudici patrimonial –l'excessiva onerositat- com a pressupòsit del remei revocatori previst¹⁹¹.

1.4. Els models comparats de regulació de l'alteració de l'alteració sobrevinguda de les circumstàncies

L'aproximació dels diversos ordenaments a la figura de l'alteració de les circumstàncies pressuposa en tots els casos que la prestació que ha esdevingut excessivament onerosa és encara possible. En el cas de l'ordenament espanyol, de fet, la previsió legal es limita al supòsit de prestació impossible (1184 Cce) i deixa sense resposta positiva el supòsit de l'excessiva onerositat, de construcció jurisprudencial. Atesa la contraposició impossibilitat

¹⁸⁹ Cfr. DEL POZO CARRASCOSA, PEDRO et alt. (2013), *Derecho civil de Cataluña. Derecho de sucesiones*, Barcelona-Madrid-Buenos Aires, Marcial Pons, pàg. 318 i ss.

¹⁹⁰ Cfr. EGEA FERNÁNDEZ, JOAN (2009), "El nou règim jurídic de la successió contractual, *Revista Jurídica de Catalunya*, vol. 108, núm. 1, pàg. 50 i ss.

¹⁹¹ Cfr. NAVAS NAVARRO, SUSANA, *op.cit.*, pàg. 200.

versus excessiva onerositat es planteja també la contraposició entre adaptació *versus* extinció, atès que l'extinció o l'exoneració d'entrada no seria una solució adequada a un supòsit de prestació encara possible. En tot cas, desenvolupem el tema dels remeis en l'últim capítol del treball.

La manca de contemplació legal d'un remei en cas d'excessiva onerositat sobrevinguda en el Codi civil espanyol ve donada principalment per la influència francesa en el procés de codificació. L'ordenament francès orienta la qüestió sobre el principi de vinculació contractual expressat en l'art. 1134 del Code, precedent de l'art. 1091 Cce, que no es pot excepcionar per raons de justícia contractual. Tanmateix, jurisprudencialment, tal com s'esdevé en el cas espanyol, i amb una molt restrictiva aplicació, es construeix la teoria de la imprevisió per als casos de canvis de circumstàncies sobrevinguts, imprevisibles, irresistibles i aliens a l'àmbit d'actuació de la part perjudicada. La concurrència d'aquests requisits s'exigeix en grau màxim d'intensitat¹⁹² i en la majoria de casos es prefereix acudir a solucions alternatives si això és possible¹⁹³¹⁹⁴.

Però la terminologia que habitualment ha emprat la nostra jurisprudència a l'hora de resoldre casos d'excessiva onerositat per alteració sobrevinguda de les circumstàncies prové de la doctrina alemana de la desaparició de la base del negoci¹⁹⁵, construïda un cop superada la teoria de la pressuposició i finalment incorporada al § 313 BGB per la Llei de modernització del Dret d'obligacions que va entrar en vigor el 1 de gener de 2002. Aquesta teoria es basa en la distinció entre la base subjectiva del negoci o representació mental compartida per les parts al moment de celebrar el contracte i que van ser decisives per a la seva celebració i la base objectiva del negoci o seguit de

¹⁹² Cfr. GARCÍA CARACUEL, MANUEL (2014), *La alteración sobrevenida de las circunstancias contractuales*, Madrid: Dykinson, pàg. 189 i ss.

¹⁹³ Cfr. FAVARIO, THIERRY (2010), "La Cour de cassation révisé sa perception de l'imprévision... en toute discrétion", a *La Semaine Juridique Edition Générale*, núm. 43, pàg. 1999 i ss.

¹⁹⁴ Les propostes recents de modificació del dret contractual incorporen la previsió normativa dels supòsits d'alteració sobrevinguda de les circumstàncies, posant l'èmfasi en la facultat d'instar la renegociació del contracte. Cfr. art. 1135-1 a 1135-3 de l'Avantprojecte CATALÀ també restringida la seva aplicació als contractes d'execució successiva o fraccionada.

¹⁹⁵ Finalment destil·lada per LARENZ, KARL (2002), *Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos*. Trad. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, CARLOS, Granada, Ed. Comares, p`ag. 91 i ss.

circumstàncies l'existència o persistència de les quals resulta necessària perquè el contracte pugui existir com a regulació dotada de sentit. S'advertia que una transformació radical de la situació econòmica d'una part no era suficient per a considerar que la base del negoci havia desaparegut.

L'ordenament civil italià (art. 1467 a 1469) contempla l'excessiva onerositat com un supòsit que permet instar la resolució d'un contracte d'execució diferida quan la prestació d'una de les parts ha esdevingut excessivament onerosa¹⁹⁶.

1.5. L'alteració de les circumstàncies en les propostes de dret contractual europeu: el canvi de circumstàncies i l'excessiva onerositat del contracte.

No només la crisi econòmica ha incidit en la revisió de l'aplicació de la *rebus*, també la influència dels treballs per a una proposta d'unificació del dret contractual europeu han estat decisius per replantejar-se el rigor amb el que aquest remei s'havia aplicat fins ara.

1.5.1. El canvi de circumstàncies dels PECL i la *hardship* dels principis UNIDROIT

Els treballs preparatoris continguts en l'art. 6.1.1 dels Principis del Dret contractual europeu (2002)¹⁹⁷ i l'art. 6.2.1 a 6.2.3 dels Principis Unidroit (2010)¹⁹⁸ posen l'accent en el caràcter vinculant del contracte malgrat el canvi de circumstàncies i plantegen les previsions sobre excessiva onerositat sobrevinguda en clau excepcional, amb plena coherència amb el principi de seguretat jurídica i de vinculació contractual i amb els plantejament clàssics que són els precedents de les previsions harmonitzadores. Alhora, introdueixen la facultat d'instar una renegociació que s'haurà de desenvolupar de bona fe però

¹⁹⁶ La crítica més evident a la regulació és l'opció preferent per la resolució enfront la renegociació del contracte, en la mateixa clau en la que nosaltres contemplem la gradació de solucions en els supòsits de rescissió per lesió. CASELLA, GIOVANNI (2001), *La risoluzione del contratto per eccessiva onerosità sopravvenuta*, Ed. ETURE, Turin, pàg.36 i ss.

¹⁹⁷ Art. 6:111: (1) "*Las partes deben cumplir con sus obligaciones, aun cuando les resulten más onerosas como consecuencia de un aumento en los costes de la ejecución o por una disminución del valor de la contraprestación que se recibe.* (2)

¹⁹⁸ Art. 6.2.1: "*Cuando el cumplimiento de un contrato llega a ser más oneroso para una de las partes, esa parte permanece obligada, no obstante, a cumplir sus obligaciones salvo lo previsto en las siguientes disposiciones sobre excesiva onerosidad*". L'art. 6.2.2. descriu els pressupòsits objectius i subjectius de l'excessiva onerositat rellevant i l'art. 6.2.3. els remeis enfront aquesta situació.

sense obligació d'assolir un acord novatori. Finalment, miren d'encaixar el delicat paper del jutge en els casos en els que el procés de renegociació no hagi reeixit.

1.5.2. El canvi excepcional de circumstàncies en el DCFR i la CESL

L'art. III-1:110 incorpora la proposta de regulació de l'alteració sobrevinguda de les circumstàncies amb contingut essencialment idèntic al de l'art. 6:111 PECL amb una novetat consistent en l'ampliació de l'àmbit d'aplicació del remei que s'estén a les obligacions unilaterals i per tant, dogmàticament s'allunya de l'objectiu identificat de la figura adreçat al reequilibri contractual¹⁹⁹. La norma va ser posteriorment filtrada pel Feasibility Study i incorporada a l'art. 89 CESL²⁰⁰ com a una regla d'aplicació excepcional adreçada al reajustament contractual a partir de la renegociació i amb la possibilitat subsidiària d'intervenció judicial.

2. Els pressupòsits de la *rebus sic stantibus*

La pròpia eventualitat del canvi de circumstàncies i la incertesa inherent de l'esdevenir és una dada que haurà hagut de ser tinguda en compte per les parts a l'hora de procurar-se informació rellevant, en compliment de l'autoresponsabilitat contractual que els és exigible. Tanmateix, una alteració extraordinària de les circumstàncies que concorrien al moment de concloure el

¹⁹⁹ GARCÍA CARACUEL, MANUEL, *op.cit.*, pàg. 412.

²⁰⁰ Art. 89 CESL: "1. *Una parte deberá cumplir sus obligaciones aun cuando el cumplimiento de las mismas resulte más oneroso como consecuencia de un aumento en los costes de la ejecución o por una disminución del valor de la contraprestación que se recibe./ Cuando el cumplimiento resulte excesivamente oneroso debido a un cambio excepcional en las circunstancias, las partes tendrán el deber de iniciar negociaciones para adaptar o resolver el contrato.*

2. *Si las partes no llegan a un acuerdo en un plazo razonable, un órgano jurisdiccional, a petición de cualquiera de las partes, podrá:*

a) *adaptar el contrato para adecuarlo a lo que las partes habrían razonablemente acordado en el momento de su celebración si hubieran tenido en cuenta el cambio en las circunstancias; o*
b) *resolver el contrato a tenor del artículo 8 en fecha y condiciones que deberán ser fijadas por él.*

3. *Los apartados 1 y 2 se aplicarán únicamente si:*

a) *el cambio en las circunstancias se produjo después de la celebración del contrato;*
b) *la parte que invoca el cambio de circunstancias no tuvo en cuenta en ese momento, y no pueda esperarse que lo tuviese en cuenta, la posibilidad de que se produjese dicho cambio en las circunstancias o la magnitud del mismo; y*
c) *la parte perjudicada no asumió, y es razonable suponer que no asumiera, el riesgo de dicho cambio en las circunstancias.*

4. *A efectos de los apartados 2 y 3, se entenderá que los tribunales arbitrales forman parte de los órganos jurisdiccionales.*

contracte i de les que raonablement podia esperar-se que s'esdevinguessin fins a la seva completa execució, pot comportar una fractura severa de l'equilibri causal que permeti a la part perjudicada instar una revisió de les condicions acordades o eludir el seu compliment íntegre.

2.1. El canvi de circumstàncies i contractes d'execució diferida

L'àmbit d'aplicació propi del remei s'ha concretat en els "*contratos a largo plazo de tracto sucesivo y ejecución diferida*" (STS de 20 de febrer de 2001, RJ 2001\ 1490). Això és degut al fet que contra més es defereix en el temps l'execució d'un contracte, més probabilitat existeix que entrin en joc factors imprevisibles i rellevants que alterin l'equilibri contractual inicial i contemplable. Alhora, una segona constatació és la de que en casos d'execució diferida molt dilatada en el temps, les parts han d'assumir un major impacte degut al canvi de circumstàncies²⁰¹ atès que cap context és immutable indefinidament.

Tanmateix, un dels aspectes en els que ha derivat el tractament jurisprudencial, a més d'en rebaixar la intensitat dels seus pressupòsits que ara examinarem, ha estat en ampliar el seu àmbit d'aplicació a contractes de tracte únic i més en concret, a compravendes immobiliàries condicionades per una operació de finançament del preu. S'adverteix que l'aplicació de la clàusula en aquests casos pot comportar l'atribució al venedor de riscos –el de la devaluació ràpida del bé adquirit o el del major rigor exigít per a la concessió de finançament per part d'un tercer- que corresponen al comprador²⁰², mentre que en els casos en els que el guany ha estat per al comprador per raó d'un increment continuat en el nivell de preus dels immobles no es permet una revisió econòmica del contracte²⁰³. El raonament no és del tot acurat atès que aquesta plusvàlua no és pressupòsit d'un incompliment contractual, com si succeïxi en el

²⁰¹ CASTIÑEIRA JEREZ, JORGE, *op.cit.*, pàg. 100.

²⁰² BUSTO LAGO, JOSÉ MANUEL (2013), "Cabe aplicar "rebus sic stantibus" en un contrato de compraventa como contrato de tracto único", a CARRASCO PERERA, ÁNGEL (dir.), *Tratado de la compraventa: homenaje al Prof. Rodrigo Bercovitz*, Cizur Menor, Aranzadi, pàg. 1732.

²⁰³ Sí s'ha suggerit per part del jurisprudència la possibilitat d'apreciar un supòsit d'enriquiment injust en casos en els que es ven una finca adquirida en adjudicació derivada d'execució hipotecària i l'adjudicatari obté una plusvàlua considerable en un breu lapse de temps (STS de 13 de gener de 2015, RJ 2015\267).

supòsit de fet de la figura examina en el que el creditor de la cosa no podrà en cap cas satisfer el preu pactat i per tant, assumida una situació habitual d'insolvència en aquests casos, la solució que empararà al venedor afectarà també a la subsistència del vincle si s'exercita, com serà el més probable, la resolució del contracte ex art. 1124 Cce.

Assumida l'extensió del remei a determinats contractes de tracte únic, l'afirmació que es pot continuar mantenint és que només es pot aplicar a contractes pendents d'execució. Si la part compleix, de manera excessivament costosa, però compleix, no podrà instar la revisió d'aquest compliment al·legant la lesió econòmica que li ha suposat, atès que aquesta no existia originàriament, supòsit en el que si es podria, en determinats supòsits, plantejar aquesta revisió ulterior d'un contracte ja executat.

2.2. L'alteració de circumstàncies

L'alteració de circumstàncies susceptible de trencar l'equilibri contractual suficient i de permetre la modificació o extinció del vincle entre les parts ha de reunir uns pressupòsits i un resultat concrets. Pel que fa als pressupòsits, aquesta alteració ha de ser sobrevinguda, imprevisible i extraordinària i pel que fa al resultat, ha de conduir a una excessiva onerositat de les prestacions que entri en col·lisió amb les exigències de la bona fe.

2.2.1. Alteració sobrevinguda

L'aplicació de la clàusula *rebus sic stantibus* s'ha relacionat jurisprudencialment amb la correcta formació del consentiment i en concret, en relació amb la regulació de l'error *in substantia* com a vici invalidant del negoci²⁰⁴.

Tanmateix s'ha de concloure que la *rebus* no protegeix la correcta formació del consentiment –i per això les circumstàncies que han canviat hauran de ser sempre sobrevingudes i no simplement prèvies i desconegudes-, ni per tant, incideix en la validesa de l'acord, sinó que suposa un correctiu posterior davant

²⁰⁴ Así lo comenta MARTÍNEZ VELENCOSO, L.M. *La alteración de las circunstancias contractuales. Un análisis jurisprudencial*. Madrid, 2003, p. 171 y ss.

un efecte econòmicament injust derivat de l'execució del contracte i en funció d'unes variables que no es van poder contemplar al temps de la seva celebració i que han resultat decisives en la concreció del resultat lesiu del pacte.

2.2.2. Alteració per causa imprevisible i aliena

Els pressupòsits de la *rebus* es relacionen amb l'autoresponsabilitat contractual i amb la diligència esmerçada en el procés d'autocomposició de la voluntat contractual. La imprevisibilitat de l'alteració funciona en el mateix plànol que el de l'excusabilitat en l'error invalidant del consentiment i condueix a una vinculació debilitada del contracte que la part perjudicada no hauria conclòs si hagués pogut anticipar el canvi de circumstàncies. No obstant, i atès que els judicis de resultat són sempre exactes enfront la incertesa inherent als judicis de previsió o anticipatoris, la imprevisibilitat ha d'excedir la mesura que proporcioni el risc contractual inherent a tot contracte commutatiu i normal del contracte concret que s'examini i en el qual les parts no hagin fet assumpcions addicionals de risc (1477 Cce). No operará el remei respecte contractes aleatoris en els que el desequilibri econòmic del contracte forma part del resultat volgut per les parts²⁰⁵.

La imprevisibilitat o imprevisió inimputable que s'exigeix per a l'aplicació del remei té un marcat caràcter subjectiu –una persona mitjana en la mateixa o assimilada situació i context que la persona contractant no hauria pogut raonablement preveure el fet- i per tant, incorpora l'exigència d'alienitat en la causa de les circumstàncies alterades que ha d'excedir de l'àmbit de control de la part.

L'alienitat també no es projecta sobre la part no perjudicada, en el sentit que sí ha incidit en la producció de l'alteració que ha ocasionat el perjudici a l'altra part, aquesta incidència afavorirà l'apreciació del contracte i la inexigibilitat íntegra de la prestació que en resulti afectada.

²⁰⁵ L'art. 1467.3 del Codi civil italià en preveu expressament l'exclusió.

2.2.3. Alteració extraordinària

L'alteració qualificada de les circumstàncies que pressuposa l'aplicació del remei que analitzem afegeix al requisit de la imprevisibilitat, el de la naturalesa extraordinària del canvi esdevingut. Tanmateix, no sempre la distinció entre allò imprevisible i allò extraordinari ha estat ben delimitada jurisprudencialment, sinó que sovint l'extraordinarietat s'ha fet derivar directament de la naturalesa imprevisible del fet esdevingut per la simple raó que allò extraordinari és més difícil de preveure²⁰⁶ i pel fet que haver previst un fet extraordinari en rebaixa, en certa mesura, l'abast dels efectes derivats de la seva excepcionalitat però no l'excepcionalitat en sí.

L'extraordinarietat o excepcionalitat presenta una naturalesa objectiva i per tant, no vinculada al grau de diligència esmerçat en l'autocomposició de la pròpia voluntat negocial.

2.3. L'excessiva onerositat (hardship) d'una de les prestacions

Una de les precisions que se solen fer al presentar la *rebus* és la que distingeix el seu pressupòsit del de la impossibilitat sobrevinguda de la prestació regulada a l'art. 1184 Cce²⁰⁷. En ambdós casos, un fet sobrevingut repercuteix sobre les

²⁰⁶ Cfr. CASTIÑEIRA JEREZ, JORGE (2012), "Pacta sunt servanda, imprevisión contractual y alteración sobrevenida de las circunstancias", a *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, núm. 29, pàg. 87 i ss.

²⁰⁷ Cfr. STS de 30 de juny de 2014 (RJ 2014\3526) precisa en aquest sentit que: *la aplicación de la cláusula rebus no se realiza en atención a la perspectiva de la posible liberación del deudor desde el estricto plano de la posibilidad o no de realización de la prestación tras el acontecimiento sobrevenido, cuestión que por su alcance requiere la naturaleza fortuita del mismo y la rigidez de su imprevisibilidad sino que le basta con que dicho acontecimiento o cambio de las circunstancias, más allá de la posibilidad de realización de la prestación, comporte una alteración de la razón o causa económica que informó el equilibrio prestacional del contrato que determina una injustificada mayor onerosidad para una de las partes. De esta forma, la imprevisibilidad de esta alteración no queda informada por el carácter fortuito de la misma, sino por un juicio de tipicidad contractual derivado de la base del negocio y especialmente del marco establecido respecto a la distribución del riesgo natural del contrato, con lo que la imprevisibilidad, fuera de su tipicidad en el caso fortuito, queda reconducida al contraste o resultado de ese juicio de tipicidad, esto es, que dicho acontecimiento o cambio no resultara "previsible" en la configuración del aleas pactado o derivado del contrato. De ahí, que la nota de imprevisibilidad no deba apreciarse respecto de una abstracta posibilidad de la producción de la alteración o circunstancia determinante del cambio, considerada en sí misma, sino en el contexto económico y negocial en el que incide"*

possibilitats de complir d'una part, però en un cas n'agreuja extraordinàriament el cost i en l'altra exclou aquella possibilitat.

Fins a dates recents, però, els pressupòsits d'aplicació de la figura eren tan estrictes que l'excessiva onerositat s'identificava amb una desproporció exorbitant que l'aproximava econòmicament a la impossibilitat. L'evolució de la figura la fa transitar de l'onerositat exorbitada a la desproporció no raonable. És clar però, que si la solució preferent és l'adaptació del contracte, segons analitzarem en l'últim capítol, el resultat d'aquesta adaptació ha de preservar el desequilibri de prestacions que ha donat lloc a l'aplicació del remei. Si el risc contractual, sense mala fe de cap de les parts, s'ha girat contra una d'elles, no escau reequilibrar la relació fins a fer-la justa o equitativa, sinó només evitar que no sigui manifestament i desproporcionadament injusta.

L'excessiva desproporció pot tenir dues manifestacions: una en forma d'augment del cost de la prestació a la que una part es va obligar; l'altra en forma de disminució o pèrdua del valor de la prestació rebuda per una part. Respecte d'aquest segon escenari, resultaran de tot irrellevants els menors errors en els motius que no hagin transcendit en el contracte ni per tant, no s'hagin causalitzat.

3.- Oposabilitat de l'alteració sobrevinguda de les circumstàncies

Pel que fa a les condicions d'exercici de l'acció per al·legar aquest perjudici excessiu del contracte i sol·licitar-ne l'adaptació o l'extinció, la jurisprudència ha establert en relació amb el remei general que aquest s'hagi de sol·licitar per via d'acció o reconvenció²⁰⁸.

El legislador haurà de plantejar l'al·legació del remei en un moment concret, aquell en el qual es pretén el compliment de l'acord excessivament oneros. Aquest moment es considerarà el *dies a quo* d'una acció personal subjecta al termini de prescripció general, a Catalunya de deu anys ex art. 121-20 CCCat.

²⁰⁸ Cfr. STS de 13 de febrer de 2013 (2013, 2012), STS de 18 de gener de 2013 (RJ 2013, 1604) o la ja antiga de 12 de novembre de 1990 (RJ 1990, 8701).

No obstant això, ha de fer-se una important precisió en els casos en que la part perjudicada hagi ja donat compliment a l'acord atès que caldrà concloure que en virtut de la doctrina dels propis actes ex art. 111-8 CCCat i com ja hem dit, no podrà instar la novació o ineficàcia de l'acord lesiu²⁰⁹.

²⁰⁹ Cfr. en relació a l'aplicació de la *rebus* sobre pactes en previsió de futura ruptura, RUBIO GIMENO, GEMMA (2014), *Autorregulación de la crisis de pareja (Una aproximación desde el Derecho civil catalán)*, Madrid, Dykinson, pàg. 84 i ss.

CAPÍTOL IV: Els remeis del desequilibri: renegociació, adaptació i ineficàcia del contracte

La ruptura de l'equilibri contractual, ja sigui perquè s'ha produït un canvi de circumstàncies excepcional i imprevisible, o bé perquè es trenca l'equilibri contractual i l'execució del contracte esdevé radicalment a favor d'una de les parts, que obté un avantatge injust perquè l'altra es troba, precisament, en un estat de necessitat, obre la porta a un sistema de remeis que haurien de donar preferència a la validesa del negoci jurídic, de manera que la recomposició de l'acord inicial fos possible o es permetés reequilibrar el contracte que d'entrada ja era desigual i injust, almenys per la part més feble. Ara bé, en matèria contractual el principi rector del *pacta sunt servanda* (ex art. 1911) i la vinculatorietat dels pactes històricament s'han situat en un lloc de prevalença i privilegi i s'han vist, sovint, protegits per una barrera gairebé inamovible.

Tanmateix, observem la contraposició que s'esdevé entre els principis de seguretat i estabilitat i el d'equitat i justícia contractual. El principi de seguretat i estabilitat en les transaccions concreta la necessitat que les parts contractuals comencin les seves negociacions amb el coneixement que les seves relacions en el sí del negoci jurídic no es veuran afectades per un possible canvi en l'ambient econòmic; això té com a fonament la idea de "*moral hazard*" o perill moral, que permet evitar que les parts es puguin alliberar fàcilment de les obligacions a què es van lligar quan van concloure el contracte. Aquest és una de les bases del principi d'inviolabilitat contractual²¹⁰. No obstant, l'altre principi col·lisionador (el de l'equitat i la justícia contractual) estableix que els contractes estan basats en una balança recíproca que és la que equilibra les prestacions de les parts. Quan s'esdevé aquesta figura de la *hardship* o *canvi excessiu i sobrevingut de les circumstàncies contractuals* o *excessiva onerositat sobrevinguda* (i també quan es donen els supòsits de la *gross disparity* o *avantatge injust*) aquest equilibri es trenca (en el supòsit de la *gross disparity* ja no existeix l'equilibri contractual des de l'inici de la relació). Seria injust i contrari

²¹⁰ KARAMPATZOS, ANTONIS (2005), "Supervening Hardship as Subdivision of the General Frustration Rule: A Comparative Analysis with Reference to Anglo-American, French and Greek Law, a *European Review of Private Law* 2-2005, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, pàg. 109

a la mala fe mantenir el contracte i que el deutor hagués de complir la seva part i, per tant, les solucions que apareixen són el restabliment de l'equilibri o bé, com a *ultima ratio*, la resolució (parcial o total) del negoci jurídic. Aquest principi de restabliment de l'equilibri inicial del contracte (*aequalitas*) iniciat per Aristòtil i desenvolupat a posteriori per Grotius (*ne plus exigatur quam par est*) es correspon amb el principi de justícia contractual. La intervenció judicial per adaptar el contracte a aquest equilibri més embrionari es farà tot seguint allò que les parts haguessin acordat (en cas que l'efecte que resultés del canvi de circumstàncies sobrevingut fos l'adaptació judicial del contracte)²¹¹ o al que correspondria si s'haguessin seguit els postulats de la justícia contractual.

1.- La renegociació *inter partes* com el primer efecte de la ruptura de l'equilibri contractual

Una vegada esdevingut el desequilibri econòmic de les prestacions contractuals, ja sigui inicialment (*gross disparity* o *unfair exploitation*) per una explotació de la situació de necessitat de la part feble, o sobrevingudament, pels casos de canvi excessiu de les circumstàncies contractuals, un dels primers efectes que se'ns presenta és la renegociació del contracte a fi de reequilibrar-ne la seva economia.

1.1.- La renegociació entre les parts en els supòsits de *hardship*

Els ordenaments jurídics que contempnen els supòsits de canvi sobrevingut de circumstàncies o *hardship* també preveuen quins n'han de ser els efectes jurídics. En el dret contractual europeu el manteniment del contracte és un principi informador i és vist com el mitjà idoni que preserva el legítim compliment de les expectatives que les parts tenien en l'esdeveniment de la relació contractual²¹².

²¹¹ *Ibidem*, pàg. 111

²¹² El principi de la conservació del contracte (*faveur pour le contrat*) és destacat com un element de la seguretat contractual, i estableix que es donarà preferència a la perspectiva que

El Codi Civil no reconeix cap norma que estableixi la possibilitat de rectificar el contingut del contracte, ni pels casos de canvi sobrevingut de les circumstàncies ni pels casos d'un abús de la dependència econòmica o de l'estat de necessitat. No obstant, l'autonomia de la voluntat permet que les parts puguin arribar a un nou acord que substitueixi l'anterior²¹³.

Tot i això, en els supòsits tipificats subjectivament de lesió pel CCE, les facultats d'apreciació judicial es contemplen d'una forma àmplia pels casos admesos legalment, ex arts. 1074 i 1291 CCE, en què el jutge ha de ponderar qüestions com la quantia de la lesió, els límits de la *reductio ad aequitatem*, l'existència de frau, les conseqüències de la ineficàcia, etc. Tots ells són aspectes valoratius que és prudent que sigui el jutge qui els analitzi. Encara es podria ampliar més aquesta facultat interventora, però això depèn del paper que tingui reconegut el poder judicial en l'adaptació dels contractes²¹⁴.

Les noves propostes de renovació en matèria civil sí que atorguen un paper rellevant a la renegociació dels contractes entre les parts i a l'adaptació judicial, tal i com ho fa la Proposta de Modernització del Codi civil presentada pel Ministeri de Justícia l'any 2009. En els articles relatius al canvi sobrevingut de circumstàncies o *hardship* en la terminologia més anglosaxona, la Proposta considera que (article 1213.1): “*el contratante al que (...) no le sea razonablemente exigible que permanezca sujeto al contrato, podrá pretender su revisión, y si ésta no es posible o no puede imponerse a una de las partes, podrá aquel pedir su resolución*”. Afegeix aquest mateix article en el paràgraf segon que “*la pretensión de resolución solo podrá ser estimada cuando no*

doni eficàcia al contracte en front a la que no ho faci, cfr. VON BAR, CHRISTIAN, CLIVE, ERIC (2009), (Eds.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR), Full Edition*, Munich: sellier, european law publishers, pàg. 45

²¹³ PARRA LUCÁN, MARIA ÁNGELES (2004)., “Las anomalías del contrato”, *Anuario de Derecho civil*, vol. 57, nº2, pàg. 608

²¹⁴ MARTÍN PÉREZ, JOSÉ ANTONIO (1995), *La rescisión del contrato (en torno a la lesión contractual y el fraude de acreedores)*, Barcelona: Bosch Editor, pàgs. 56 i 57, i afegeix l'autor que “siempre podrá alegarse que esta intervención supone una amenaza para la certidumbre y la seguridad jurídica, puesto que la equidad judicial puede actuar más allá de la ley, pero también es cierto que son muchos los casos particulares que no encuentra una idónea y adecuada disciplina en la norma general, y surge la necesidad de adaptar el texto inmóvil de la ley a la realidad socio-económica”.

quepa obtener de la propuesta o propuestas ofrecidas por cada una de las partes una solución que restaure la reciprocidad de intereses del contrato”.

Així, la resolució és subsidiària de la revisió o adaptació, però encara que el text no preveu una fase prèvia de renegociació del contracte sí que pressuposa -“cuando”- que hi haurà hagut una proposta o propostes d’una o d’ambdues parts que tendiren a una “solución que restaure la reciprocidad de intereses”. El text no estableix un deure o una càrrega de demanar la renegociació dels contractes, ni tampoc n’estableix una *conditio sine qua non* per a l’exercici de les accions d’adaptació o resolució del contracte, però la locució adverbial que empra sí que implica que una de les parts, com a mínim, ho haurà intentat²¹⁵.

Els principis UNIDROIT sí que semblen condicionar la pretensió judicial a una petició prèvia de renegociació: en cas d’excessiva onerositat, la part que es troba en una pitjor situació té dret a sol·licitar una nova negociació i només si no s’arriba a un acord en un termini que sigui raonable podrà l’altra part recórrer al jutge^{216 217}.

La doctrina francesa també ha elaborat un projecte de reforma del dret d’obligacions (*Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la*

²¹⁵ SALVADOR CORDERCH, PABLO (2009), “Alteración de circunstancias en el art. 1213 de la Propuesta de Modernización del Código civil en materia de Obligaciones y Contratos”, *InDret*, Barcelona, pàg. 44 i seg.

²¹⁶ Els comentaris oficials dels principis UNIDROIT de 2010 estableixen que “*si las partes no llegan a un acuerdo acerca de la adaptación del contrato dentro de un tiempo razonable, el párrafo (3) de este artículo autoriza a ambas partes a recurrir a un tribunal. Esta situación puede presentarse bien porque la parte que no ha sido perjudicada por el cambio de situación decide ignorar el reclamo de renegociación, o porque las renegociaciones no prosperaron a pesar de la buena fe de ambas partes. La complejidad del tema y las circunstancias concretas de cada caso determinarán cuánto tiempo debe esperar la parte en desventaja antes de recurrir al Tribunal*”, Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales, La Ley, Madrid 2010, pàg. 234 i seg

²¹⁷ Article 6.2.3 (efectes de l’excessiva onerositat):

(1) *En caso de “excesiva onerosidad” (hardship), la parte en desventaja puede reclamar la renegociación del contrato. Tal reclamo deberá formularse sin demora justificada, con indicación de los fundamentos en los que se basa.*

(2) *El reclamo de renegociación no autoriza por sí mismo a la parte en desventaja para suspender el cumplimiento.*

(3) *En caso de no llegarse a un acuerdo dentro de un tiempo prudencial, cualquiera de las partes puede acudir a un tribunal.*

(4) *Si el tribunal determina que se presenta una situación de “excesiva onerosidad” (hardship), y siempre que lo considere razonable, podrá:*

a) *resolver el contrato en fecha y condiciones a ser fijadas; o*

b) *adaptar el contrato con miras a restablecer su equilibrio.*

prescription), publicat per l'Association Henri Capitant²¹⁸, que en els articles 1135-1 i següents estableixen el pressupòsit del canvi sobrevingut de circumstàncies i permeten que les parts fixin clàusules de renegociació (si preveuen l'esdeveniment de circumstàncies excepcionals) o la possibilitat de sol·licitar al jutge l'adaptació del contracte²¹⁹.

Observem en aquestes propostes que les parts són encoratjades a estipular clàusules de renegociació en els contractes que sobretot siguin de llarga durada ja que són en els que més circumstàncies excepcionals i sobrevingudes es poden produir per la dificultat de preveure tots els supòsits que puguin ocórrer.

L'Esborrany del Marc Comú de Referència (DCFR) preveu també, en els casos de canvi de circumstàncies que converteixen el contracte excessivament onerosos per a una de les parts, que el jutge pugui o bé adaptar el contracte o bé resoldre'l, si el deutor ha intentat, d'una forma raonada i de bona fe, aconseguir, mitjançant una negociació, una adaptació del contracte equitativa per a totes dues parts contractants (article III-1:110)²²⁰. D'una forma molt similar

²¹⁸ HINESTROSA, FERNANDO (2006), *Ante-proyecto de Reforma del Código Civil francés, Libro III, títulos III y XX* [recurs electrònic]. Colòmbia: Universidad Externado de Colòmbia, 2006 (http://www.henricapitant.org/sites/default/files/Version_espagnole.pdf) (consulta 14.09.2015)

²¹⁹ *Ibidem*, Art. 1135-1:

“En los contratos de ejecución sucesiva o escalonada, las partes pueden comprometerse a negociar una modificación de su convención en el caso de que, por efecto de las circunstancias, se altera el equilibrio inicial de las prestaciones recíprocas, al punto de que el contrato pierda todo interés para una de ellas”.

Art. 1135-2:

“A falta de esta cláusula, la parte que pierda interés en el contrato puede demandar al presidente del tribunal de gran instancia, que ordene una nueva negociación”.

Art. 1135-3:

“Llegado el caso, en esas negociaciones se procederá como se indica en el capítulo I del presente título. Ante su fracaso, exceptuado el caso de mala fe, se abrirá para cada parte la posibilidad de terminar (résilier) el contrato sin expensas ni perjuicios”.

²²⁰ Com estableixen els comentaristes del DCFR, no existeix una obligació de negociació entre les parts. *“the Article does not impose an obligation on the parties to negotiate. In order to encourage negotiated solutions to the problems caused by changes in circumstances it does, however, make it a requirement for relief that the debtor has attempted, reasonably and in good faith, to achieve a satisfactory negotiated adjustment. The words “reasonably and in good faith” imply that a reasonable time must have been allowed for the negotiation process”*, VON BAR,

als principis UNIDROIT però diferent als PECL (6:111) que sí que imposen una obligació a les parts de renegociar el contracte²²¹²²².

Així, l'article III-1:110 del DCFR no imposa una obligació de renegociar però sí que és un requeriment per tal d'accedir a altres remeis (similar als principis UNIDROIT, amb una redacció lleugerament diferent, com ja hem apuntat). És necessari haver intentat, prèviament i de bona fe, una modificació raonable i equitativa del contracte. La raó per què s'aposta per aquesta tendència d'adaptació del contracte per les parts o judicial podria trobar-se en un dels fonaments bàsics del marc comú de referència, la seguretat, malgrat que d'entrada pugui semblar contradictori perquè de la seguretat emana el principi de vinculatorietat dels contractes; ara bé, un dels braços que surten de la seguretat contractual és el de conservació del contracte (*faveur pour le contrat*),

CHRISTIAN, CLIVE, ERIC, *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR), Full Edition, op.cit*, pàg. 715

²²¹ Els PECL (art. 6:111) sí que imposen una obligació a les parts contractants de renegociar el contracte per tal d'adaptar-lo a les noves circumstàncies o bé resoldre'l; a més, existeix la possibilitat de sol·licitar una indemnització per danys en el cas que s'haguessin trencat les negociacions de mala fe i sense honradesa en els tractes. Només si les negociacions no obtenen un resultat pot el jutge adaptar el contracte. Aquesta tècnica fou criticada per la seva rigidesa i per això el DCFR no imposa una obligació tan ferma de renegociar sinó que per tal d'accedir als altres remeis (adaptació i/o resolució judicial) cal prèviament fer un intent de bona fe d'adaptar el contracte entre les parts sense que s'esmenti cap possibilitat de sol·licitar una indemnització per danys i perjudicis, *Ibidem*, pàg. 713-714

²²²Art. III-1:110 DCFR:

- (1) *Toda obligación debe cumplirse aun cuando el cumplimiento de la misma resulte más oneroso como consecuencia de un aumento en los costes de la ejecución o por una disminución del valor de la contraprestación que se recibe*
- (2) *Sin embargo, si debido a un cambio excepcional en las circunstancias el cumplimiento de una obligación contractual o de una obligación derivada de un acto jurídico unilateral resulta tan oneroso que sería manifiestamente injusto seguir exigiendo su cumplimiento al deudor, el juez podrá:*
 - a. *Modificar la obligación a fin de hacerla más razonable y equitativa en las nuevas circunstancias; o*
 - b. *Extinguir la obligación en una fecha y en unas condiciones que determinará el juez.*
- (3) *El apartado (2) se aplicará únicamente si:*
 - a. *El cambio en las circunstancias se produjo después de contraerse la obligación*
 - b. *El deudor no tuvo en cuenta en ese momento, y cabe razonablemente esperar que no tuviese en cuenta, la posibilidad de que se produjese dicho cambio en las circunstancias o la magnitud del mismo;*
 - c. *El deudor no asumió, y no puede razonablemente darse por asumido, el riesgo de dicho cambio en las circunstancias; y*
 - d. *El deudor ha intentado, razonablemente y de buena fe, negociar una modificación razonable y equitativa de los términos que regulan la obligación*

que ens indica que quan es tractin qüestions en relació amb la interpretació, invalidesa o compliment d'un contracte es prioritzarà la perspectiva que persegueix l'eficàcia del contracte per davant d'aquella que no ho faci²²³.

Malgrat que el CSIG (Convenció de les Nacions Unides sobre els Contractes de Compravenda Internacional de Mercaderies) no incorpora una clàusula expressa i clara sobre la *hardship*, alguna doctrina considera que l'article 79 sí resultaria d'aplicació pels casos de canvis sobrevinguts de les circumstàncies i els remeis que se li aplicarien preferentment serien la renegociació entre les parts i l'adaptació judicial. D'entrada el CSIG sembla alinear-se totalment amb la interpretació més severa del *pacta sunt servanda*. A més a més, el context del CSIG facilita que les parts contractants siguin més diligents a l'hora d'assumir i preveure els riscos o d'establir clàusules que així ho contemplin. Observem una divisió en la doctrina quan interpreta l'esmentat article 79, encara que la majoria aposta per incloure el supòsit de *hardship* en aquest article. Pel que fa als remeis, la solució de l'adaptació és ben rebuda, com a principi que afavoreix el manteniment del contracte, i fins i tot s'interpreta que l'article 7(1) imposa un deure de renegociar entre les parts, per la bona fe que opera en les compravendes internacionals, encara que és difícil assumir que un deure així sigui reconegut en les transaccions internacionals (d'entrada, un deure com aquest només podria ser establert per les parts contractants)²²⁴.

²²³ Aquest principi de conservació de la relació contractual apareix apuntat a la introducció de l'esborrany de marc comú de referència. Així, la versió en llengua espanyola del DCFR indica que "este principio, recogido en los *Principes directeurs* bajo el epígrafe de *faveur pour le contrat*, queda también reconocido en distintas disposiciones del DCFR, como las relativas a la interpretación o al poder de un tribunal para adaptar un contrato afectado por un motivo de invalidez", *DCFR translation Project, English-Spanish*, Universität Osnabrück, version of 15 may 2012, pàgs. 22-23. Per a veure la versió original en anglès, en el mateix sentit, VON BAR, CHRISTIAN, CLIVE, ERIC, (Eds.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR), Full Edition*, op.cit., pàgs. 49-50

²²⁴ "Nevertheless, the prerequisites of hardship can be deduced by way of analogy from Art. 79(1) since both concepts aim at solving parallel problems. Hence, the event disturbing the contractual equilibrium has to be beyond control of the obligor, unforeseeable at contract conclusion and not assumed in the contract by any party. However, in addition to this contractual equilibrium must have been fundamentally altered so that performance would be extremely onerous for one of the parties", vide ATAMER, YESIM M (2011), "Section IV. Exemption" a KRÖLL/MISTELIS/PERALES VISCASILLAS (Ed.) (2011)., *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CSIG) Commentary*, Oxford: C.H. Beck · hart · Nomos, pàgs. 1090-1091

Finalment, el projecte de Normativa Comú de Compravenda Europea (CESL) també preveu pels casos de canvi de circumstàncies (ex art. 89) una primera fase de renegociació entre les parts; en cas que les negociacions no arribessin a un nou acord, la part perjudicada podria sol·licitar la intervenció judicial, que podria o bé resoldre o adaptar el contracte²²⁵.

1.1.1.- Existeix el deure de renegociar en els casos de canvi sobrevingut de les circumstàncies o *hardship*?

Un dels primer efectes que poden sorgir del canvi sobrevingut de circumstàncies és la regulació del deure de renegociació dels contractes. D'entrada, configurar la renegociació com un deure de les parts genera conflicte entre la doctrina. Una de les opcions que apareix com a vàlida és la renegociació del contracte entre les parts, com un deure de bona fe, previ a la sol·licitud d'adaptació o resolució judicial (tal i com hem explicat *a priori* que fan els principis UNIDROIT, ex art. 6.2.3, i els PECL en l'article 6:111)²²⁶.

Aquest deure de renegociar els contractes s'imposaria a totes dues parts; si fos obligatori només per la part que s'ha vist afectada pel canvi sobrevingut, caldria configurar-lo com un requisit processal per sol·licitar, a posteriori, l'adaptació o resolució judicial.

En general els ordenaments jurídics nacionals no contempen de manera explícita aquest deure de renegociació (sí ho fan Itàlia, Alemanya i Holanda). L'ordenament alemany coneix la doctrina del canvi sobrevingut de circumstàncies (*Störung der Geschäftsgrundlage* en l'article §313), encara que no hi ha una referència directa al deure de renegociar. Ara bé, la supletorietat de la resolució judicial a l'adaptació ens podria portar a concloure que sí que

²²⁵ SCHULZE, REINER (2012) (Ed.), *Common European Sales Law (CESL) Commentary*, Baden-Baden: C.H. Beck · Hart · Nomos, pàgs. 415 i seg: "The aggrieved party cannot directly demand a judicial decision. Before the court can be asked to intervene into the content of the contractual relationship, the party whose performance could be affected by the exceptional change of circumstances has to enter into negotiations with its counterpart. If the other party refuses to enter into the process of negotiation, the aggrieved party may resort to all remedies provided for non-performance... in the case of the refusal to negotiate, the aggrieved party may directly ask the court to make a decision"

²²⁶ CASTIÑEIRA PÉREZ, JORGE (2014), "¿Existe (o debe existir) un deber de renegociar los contratos?", a ABEL LLUCH, XAVIER, *Las medidas preventivas de conflictos jurídicos en contextos económicos inestables*, Barcelona: Bosch, pàg. 821 i seg.

existeix un deure de renegociar de bona fe, sense cap obligació de resultat²²⁷. La rescissió i resolució són vistes com *ultimae rationes* i permeten que el *pacta sunt servanda* segueixi blindat sota aquesta nova fórmula de col·laboració *inter partes*.²²⁸ El legislador holandès també opta per una aposta paral·lela a la del legislador germànic. Així, els articles 6:258 i 6:260 del BW no imposen un deure explícit de renegociació però així és interpretat per alguns autors sota el paraigües de l'equitat i l'honradesa en els tractes (ex art 6:248 BW)²²⁹.

Els principis que regulen o que serveixen com a base d'aquest deure de renegociació dels contractes són, com assenyala MOMBERG URIBE, el principi de bona fe i el principi de conservació del negoci jurídic²³⁰. Precisament la bona fe²³¹ contractual és també la base de la doctrina descrita com l'alteració

²²⁷ Les parts són completament lliures per establir els riscos que assumeixen en el moment de la conclusió del contracte, però també posteriorment per entrar a redefinir aquella mateixa relació contractual. Malgrat que es pugui compel·lir les parts a renegociar de bona fe, encara no és del tot clar com es podria obligar les parts a renegociar quan aquesta bona fe, precisament, no existís, *cfr.* GALLO, PAOLO (1998), "Changed Conditions and Problems of Price Adjustment. An historical and Comparative Analysis", *European Review of Private Law* 3, The Netherlands: Kluwer Law International, pàg. 290 i 291

²²⁸ KARAMPATZOS ho expressa de la següent forma "(...)for the parties are initially forced to search for a solution that responds to their real will and interests, and, in this way, to make an attempt to avoid a contractual modification imposed by the "reasonable third party", i.e. the judge, at his almost free discretion", KARAMPATZOS, ANTONIS (2005), "Supervening Hardship as Subdivision of the General Frustration Rule: A Comparative Analysis with Reference to Anglo-American, German, French and Greek Law", *op.cit.*, pàg. 134

²²⁹ MOMBERG URIBE, RODRIGO (2011), *The effect of a change of circumstances on the binding force of contracts. Comparative perspectives*, Utrecht: Intersentia Ius Commune Europaeum Series, pàg. 220

²³⁰ MOMBERG URIBE, RODRIGO (2015), "Los efectos de la imprevisión contractual. Un análisis comparado", a *Revista de Derecho Patrimonial* 36, Enero-Abril, pàg. 69 i seg

²³¹ "En sentit objectiu, la bona fe es configura com un principi o cànon de conducta del qual sorgeixen normes en sentit tècnic, sent irrellevant allò que hom pugui pensar, creure o voler, i la trobem, fonamentalment, en les relacions jurídiques obligacionals creant uns deures que complementen la prestació principal, els anomenats deures de conducta que l'interessat ha de complir. Aquests deures es poden visualitzar des d'una doble perspectiva: la primera -que podem anomenar activa- els identifica fàcilment amb el deure de cada persona d'actuar lleialment; la segona -la passiva- es correspon amb el dret que hom té d'esperar dels altres el mateix comportament lleial i s'identificaria amb l'honradesa en els tractes. Es tracta de corregir les conseqüències d'un supòsit de fet formalment correcte i del que normalment en derivaria un vincle jurídic ajustat a les regles generals sobre la força de les obligacions, en particular de les que neixen de l'autonomia de la voluntat. En aquest sentit, el contracte es concep com la representació ideal d'una realitat, i la bona fe actua com un remei que afecta els mitjans de tutela i les accions esperables pels contractants, fent que les parts s'hagin de comportar d'acord amb els valors que hom considera inherents a aquest principi: la lleialtat, la fidelitat, l'honestedat i el respecte a la confiança mútua", EGEA FERNÁNDEZ, JOAN (2011), *Bona fe i honradesa en els tractes en el dret civil de Catalunya*, Discurs d'ingrés, Acadèmica de Jurisprudència i Legislació de Catalunya: Barcelona, pàg. 27

onerosa de les circumstàncies perquè, tal i com indica DÍEZ-PICAZO, no actua amb lleialtat aquell que s'hi oposa²³²; justifica que una de les parts quedi eximida del compliment del contracte i semblaria congruent que justificqués la imposició de renegociació del contracte, o si més no, l'existència d'aquesta possibilitat entre les parts. És conforme al principi de bona fe que les parts intentin arribar a un acord d'adaptació del contracte a les noves circumstàncies que conformen el seu entorn²³³.

El Tribunal Suprem també ha utilitzat, recentment, el principi de bona fe com a clàusula que serveix per ponderar el sentit literal del *pacta sunt servanda*. En una de les sentències més recents sobre la clàusula *rebus sic stantibus*, i que en reconfigura el seu fonament i n'estén la seva aplicació tot i flexibilitzant els pressupòsits per a la generalització de la clàusula, el Suprem afirma que “*el principio de buena fe en la economía de los contratos, sin perjuicio de su aplicación como interpretación integradora del contrato (artículo 1258 del Código civil), y sin caer en su aplicación como mera cláusula general o cláusula en blanco de cara a las más amplia discrecionalidad o arbitrio judicial, permite una clara ponderación de los resultados que se deriven de la regla de que los pactos deben siempre ser cumplidos en sus propios términos (...) cuando, fuera de lo pactado y sin culpa de las partes y de forma sobrevenida, las circunstancias que dotaron de sentido la base o finalidad del contrato cambian profundamente, las pretensiones de las partes, lo que conforme al principio de buena fe cabe esperar en este contexto, pueden ser objeto de adaptación o revisión de acuerdo al cambio operado (...)*”²³⁴.

Per tant, si del disseny de la figura de la *hardship* se n'establissin legislativament els seus efectes, tot col·locant el de la renegociació *inter partes* com la seva primera conseqüència dissenyada com una obligació per les parts,

²³² DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, LUIS (2011), « Estudio doctrinal. La propuesta de modernización del derecho de obligaciones y contratos », *Boletín Ministerio de Justicia*, núm. 2130, Abril, pàg. 6

²³³ CASTIÑEIRA JEREZ, JORGE (2014), « Hacia una nueva configuración de la doctrina *rebus sic stantibus*: a propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 2014 », *InDret*, pàg. 13

²³⁴ Sentència del Tribunal Suprem, núm. 333/2014, de 30 de junio, RJ\2014\3526, FJ 4t

primària a la sol·licitud d'adaptació (i/o resolució) judicial, els principis de bona fe²³⁵ i honradesa en els tractes, així com el de conservació dels contractes, es podrien utilitzar com a clàusules generals per tal de fonamentar el disseny d'aquest deure jurídic.

Pel que fa a la configuració d'aquest deure de renegociació en els països del *Common Law*, els EUA també utilitzen el principi de bona fe com la base que els serveix per imposar un deure de renegociació a la part forta si les prestacions del contracte han esdevingut excessivament oneroses. L'obligació de negociar de bona fe es troba vigent en l'article §1-304 de l'*Uniform Commercial Code* (UCC). El segon *Restatement* també reconeix l'existència d'un deure de negociar de bona fe (article §205).

La necessitat d'establir un deure de renegociació, en el sí del dret nord-americà, ha sigut impulsada, per la doctrina de la teoria relacional del contracte que va establir MACNEIL. Aquesta doctrina indica que els contractes es troben immersos en una matriu de relacions socials de què no es poden desvincular; en aquells contractes que impliquin una relació jurídica complexa entre les parts, que es manifesta –per exemple- a través de relacions contractuals de llarga durada i/o de dependència mútua, l'acord conclòs entre les parts potser que esdevingui inútil en la seva projecció futura, i d'aquí que es generi un deure de cooperació entre les parts que impliqui: per una banda, admetre la flexibilitat i, per altra, la possibilitat d'ajustar la relació als nous paràmetres que s'han esdevingut per intentar superar l'estancament relacionals. Com indica l'autor, *law provides for the accomplishment of cooperation*²³⁶. Aquesta teoria relacional ha sigut útil per a fer florir les carències del dret civil més clàssic i

²³⁵ És precisament la bona fe la que ha servit com a base per la doctrina de la *hardship* adoptada per la majoria de sistemes europeus durant el segle XX. El problema del canvi sobrevingut de circumstàncies és citat sovint com un exemple paradigmàtic de com opera la bona fe i de la necessitat d'un concepte com aquest, *cfr.* HESSELINK, MARTIN W., "The Concept Of Good Faith", A HARTKAMP, ARTHUR., HESSELINK, MARTIN W., HONDIUS, EWOUDE., MAK, CHANTAL., DU PERRON, EDGAR (2011), *Towards a European Civil Code*, Alphen aan den Rijn: kluwer law international, 4^a Ed, pàgs. 632-633

²³⁶ MACNEIL, IAN R (1979), *The new social contract. An inquiry into Modern Contractual Relations.*; New Haven i London, Yale University Press, pàg, 93

immobilista que a través del *pacta sunt servanda* propugnava la inviolabilitat plena de la llibertat contractual²³⁷.

Així doncs, el contracte és vist com una projecció cap al futur; aquest, per definició, és incert i, per tant, com més llarga sigui l'execució contractual més interrogants es plantejaran i apareixeran en el desenvolupament de la relació contractual. Aquestes relacions contractuales a llarg termini tenen una repercussió social major i més complexa i se'n deriven, sovint, valors implícits que les parts han de respectar, tal i com són la solidaritat contractual (lleialtat i cooperació mútua) i la preservació del negoci jurídic²³⁸. Conseqüentment, i, especialment en aquestes contractes a llarg termini, sorgeix la possibilitat de crear un deure de renegociació dels contractes que deriva d'aquest principi de cooperació mútua que impregna la solidaritat contractual. La finalitat és preservar el negoci jurídic i sobreposar-se a les circumstàncies esdevingudes a *posteriori* i que no es van poder preveure en l'íter contractual.

Alguns autors doctrinals més innovadors, i formats en l'escola europea, han criticat la teoria relacional per ser insuficient, perquè no considera la importància que tenen les necessitats vitals (consum, relacions laborals i habitatge) de les persones que participen del negoci contractual. Així, i amb l'objectiu d'assegurar un grau mínim de *substantive equality*, alguns narradors de la justícia social del dret contractual han establert el concepte dels contractes socials a llarg termini, definits com aquelles "*relaciones jurídicas*

²³⁷ MOMBERG URIBE, RODRIGO (2010), « La revisión del contrato por las partes: el deber de renegociación como efecto de la excesiva onerosidad sobreviniente » *Revista Chilena de Derecho*, vol. 37, nº1, pàg. 48

²³⁸ El principi de cooperació en la contractació és un braç que penja del principi general de la bona fe, com un deure de conducta que tenen les parts, *vide* ESTEBAN DE LA ROSA, GLORIA (2009), "El principio de cooperación en la contratación" a SÁNCHEZ LORENZO, SIXTO (2009), *Derecho contractual comparado. Una perspectiva europea y transnacional*, Cizur Menor: Thomson Reuters Civitas, pàg. 405 i seg. L'autora fa un anàlisi del principi de cooperació en l'àmbit dels contractes internacionals i afirma que es tracta d'un deure acceptat i reconegut per tots els ordenaments, present des del naixement del contracte i que no és necessari deduir-ne la seva existència del deure de bona fe: "*Por tanto, se trata de un deber aceptado y reconocido en todos los ordenamientos como deber accesorio o de colaboración, que está presente (cláusula implícita) desde la propia génesis del contrato. Esto es, el ámbito de actuación del principio general de buena fe no llega donde existe otro principio jurídico específico, reconocido de forma expresa o implícita en el ordenamiento, pues la buena fe ya no ha de cumplir su función normativa. Por tanto, si tales deberes se encuentran ya plasmados en el ordenamiento, no será necesario acudir a este principio general para justificar su existencia y, por tanto, su aplicación*".

*contractuales de larga duración cuyo objeto es satisfacer necesidades humanas esenciales a través de bienes y servicios. Facilitan la integración y participación de las personas en la sociedad, a lo largo de su vida*²³⁹. Aquests contractes es caracteritzen per tenir una dimensió social de què emanen uns valors morals que prenen forma de principis: la solidaritat contractual, que persegueix la protecció de la part dèbil i la generalització de la bona fe en els contractes i el principi de cooperació²⁴⁰, que obliga a mirar l'autonomia de la voluntat com una deriva d'aquest. Una dimensió que es pot veure implícita en els contractes és la de tenir cura de l'altre (*"Prima della volontà e presupposto di essa, ricorda Heidegger ispirandosi a un racconto mitologico, c'è la Cura, la dimensione fonamentale autentica dell'essere umano che tra le sue manifestazioni e significati contempla senz'altro l'aver cura degli altri"*)²⁴¹.

Més enllà de què s'hagi d'acceptar o no la proposta modificativa que proposa la part que es troba en situació de desavantatge, SPEIDEL considera que el mínim exigible per a les parts negociadores és relacionar-se de bona fe per tal d'intentar assumir una proposta justa i equitativa per als interessos d'ambdues parts. Aquests mínims segueixen la línia tradicional (que no imposa una obligació ni deure d'acceptar la proposta si és justa i raonable) i, quan el model

²³⁹ NOGLER, LUCA., REIFNER, UDO, (Eds) (2014), *Life time contracts. Social long-term contracts in labour, tenancy and consumer credit law*, The Hague: eleven international publishing, pàg. xxviii: *Necesidades básicas: en los "contratos para la existencia" relativos a bienes y servicios para satisfacer las necesidades esenciales de la persona (consumo, relaciones laborales, vivienda) deben tomarse en consideración las circunstancias materiales, sociales y psicológicas para proteger a la parte contractual más débil. Corresponde al derecho garantizar un nivel de protección adecuado al objeto del contrato, a su duración y a su importancia para la vida de los individuos afectados*".

²⁴⁰ Art. III-1:104 DCFR: *Cooperación*
"El deudor y el acreedor están obligados a cooperar entre sí cuando y en la medida en que, razonablemente, quepa esperar dicha cooperación para el cumplimiento de la obligación del deudor"

²⁴¹ Andrea NICOLUSSI elabora un capítol en l'obra codirigida per NOGLER i REIFNER en què desgrana l'ètica dels contractes de llarga durada, i que impedeix a la part més forta del contracte exercir tota la seva força contra la més dèbil: "(...) *Il limite, in altri termini, costituisce l'esperienza originaria dell'uomo, in funzione della quale si determina quella che in psicoanalisi viene detta la legge della parola e che implica una presa di coscienza dell'esigenza di un rapporto con l'altro. Di recente, questa prospettiva della cura viene proposta con formuje come maternage, ad evocare una solidarietà che ha il suo archetipo nella sollecitudine familiare, ma che viene accuratamente distinta dall'antimito del paternalismo, ormai in disarmo dopo l'evaporazione del padre nella cultura occidentale*", NICOLUSSI, ANDREA, "Etica del contratto e contratti di durata per l'esistenza della persona", a *Life Time contracts, op. cit.*, pàg. 145

que l'autor denomina "*efficiency analysis*" no funcioni (el dret contractual, que juga amb processos d'intercanvis voluntaris, intenta que els incentius de les parts es mantinguin, que es redueixin els costos de negociació i facilitin la prevenció de riscos)²⁴², llavors és quan la intervenció judicial amb una proposta d'adaptació del contracte entraria en joc. La qüestió més difícil de respondre és si quan es rebutja una proposta equitativa automàticament s'estaria rebutjant negociar de bona fe²⁴³.

Malgrat els esforços de la doctrina americana per a justificar l'existència d'un deure de renegociació, la jurisprudència no ha seguit la línia marcada per la doctrina, i ha afirmat que no constitueix mala fe la negativa d'una de les parts a no renegociar el contracte malgrat l'esdeveniment de circumstàncies adverses i inesperables²⁴⁴.

Creiem que podria ser raonable configurar la renegociació com una obligació (no de resultat exigible jurídicament) per les parts quan s'esdevenen circumstàncies extraordinàries i imprevisibles, com les que configuren els supòsits de *hardship* i com un primer efecte, previ a la possibilitat de sol·licitar el remei de la intervenció judicial (ja sigui per adaptar el contracte o per resoldre'l). A més, davant la possibilitat d'adaptació judicial o de resolució del contracte, la perspectiva d'una renegociació entre les parts serà un factor que encoratjarà a la part que es troba en una situació de superioritat a iniciar una

²⁴² "*Exploiting economic resources so that 'value-human satisfaction as measured by aggregate consumer willingness to pay for goods and services is maximized'*", aquesta és la definició d'"*economic efficiency*" proposada per SPEIDEL, RICHARD (1981) a "Court-imposed price adjustments under long-term supply contracts", *Northwestern University Law Review*, Volum 76, núm. 3, pàg. 381

²⁴³ *Ibidem*, pàg. 405: la imposició d'una proposta judicial d'adaptació es preveu perquè "*the first is the judgment that the advantaged party should share through compromise the unbargained for gains and losses caused by unanticipated change. the second is that when unanticipated change imperils the long-term supply contract, the advantaged party should make every reasonable effort to preserve and adjust the relationship and to harmonize conflict*"

²⁴⁴ "*There is no obligation imposed under law which would have required LP&L to engage in renegotiation or even discuss renegotiation of its contract with Allegheny*", *vide. Louisiana Power&Light co. v. Allegheny Ludlum Industries, Inc.* A més a més, ^{en} altres sentències com el cas *ADT Security Services Inc. v. Premier Home Protection Home Inc.* s'ha determinat que els principis de bona fe i de lleialtat que estableix l'UCC no obliguen a les parts a acceptar canvis materials al contracte o a assumir obligacions que modifiquin clàusules de la relació contractual, "*the duty of good faith cannot be used to contradict terms or conditions for which a party has bargained (...).The doctrine does not obligate a party to accept a material change in the terms of the contract, or to assume obligations that vary or contradict the contract's express provisions, nor does it permit a party to inject substantive terms into the contract*"

nova fase de negociacions a fi d'adaptar el contracte, abans que esdevingui ineficaç, ja que aquesta seria la solució més dràstica per a totes dues parts.

Entre la nostra doctrina, SALVADOR CORDECH també apunta com a incentiu per tal de fomentar la renegociació dels contractes l'adopció d'una norma de dret processal, similar a la que estableix l'article 68 de *les Federal Rules of Civil Procedure* americanes, i de sentit contrari al principi de venciment en costes del 394 de la LEC. En el sentit de les *Federal Rules*, si una part rebutja l'oferta de transacció judicial que formula l'altra, però més endavant obté, per sentència, un resultat menys favorable, haurà de pagar les costes del judici^{245 246}.

En els països del *Civil Law*, la recent inclinació jurisprudencial i doctrinal francesa ha iniciat una aposta ferma cap a la regulació de la *imprévision* també en l'àmbit civil (en l'àmbit administratiu ja està establerta) i l'existència d'un deure de renegociar els contractes. La jurisprudència francesa ha començat a

²⁴⁵ *Rule 68. Offer of Judgment*: LEGAL INFORMATION INSTITUTE, Federal Rule of Civil Procedure [recurs electrònic], NY: Cornell University Law School, 2015 (https://www.law.cornell.edu/rules/frcp/rule_68) [consulta: 14.09.2015]

(a) *Making an Offer; Judgment on an Accepted Offer*. At least 14 days before the date set for trial, a party defending against a claim may serve on an opposing party an offer to allow judgment on specified terms, with the costs then accrued. If, within 14 days after being served, the opposing party serves written notice accepting the offer, either party may then file the offer and notice of acceptance, plus proof of service. The clerk must then enter judgment.

(b) *Unaccepted Offer*. An unaccepted offer is considered withdrawn, but it does not preclude a later offer. Evidence of an unaccepted offer is not admissible except in a proceeding to determine costs.

(c) *Offer After Liability is Determined*. When one party's liability to another has been determined but the extent of liability remains to be determined by further proceedings, the party held liable may make an offer of judgment. It must be served within a reasonable time—but at least 14 days—before the date set for a hearing to determine the extent of liability.

(d) *Paying Costs After an Unaccepted Offer*. If the judgment that the offeree finally obtains is not more favorable than the unaccepted offer, the offeree must pay the costs incurred after the offer was made.

²⁴⁶ SALVADOR CORDECH, PABLO, *Alteración de circunstancias en el art. 1213 de la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos*, op.cit., pàg. 48. L'autor finalitza el seu estudi sobre l'article 1213 tot i assenyalant que "el art. 1213 de la Propuesta (...) llenaría alguna laguna normativa en nuestro sistema de derecho privado, incorporaría una valiosa síntesis de las doctrinas de la cláusula rebus sic stantibus, de la base del negocio, de la frustración del fin del contrato y de la onerosidad excesiva o hardship, salvaría el hiato existente entre el cumplimiento ordinario de las obligaciones y el concurso de acreedores, especificaría el principio general de la buena fe para el caso de alteración extraordinaria e imprevisible de las circunstancias, sumaría el saber y buen hacer del Tercer Poder, de los tribunales, a los esfuerzos innegablemente desplegados por legisladores y gobiernos a combatir las consecuencias de los ciclos económicos, particularmente en casos históricos de crisis profundas o recesiones económicas, incorporaría al derecho español disposiciones que hoy son comunes en ordenamientos y principios de ordenación de los contratos muy influyentes en nuestro entorno cultural", pàg. 52 i seg.

veure aquest deure de renegociació contractual i l'ha fonamentat en el tercer paràgraf de l'article 1134 del *Code*, que imposa un deure d'execució dels contractes de bona fe. La primera va ser la Cambra comercial i més tard la Cambra civil, pioneres i constructores d'aquest deure d'execució contractual que s'ha d'exercir de *bona fidae*, qui van impulsar aquesta obligació de renegociar els contractes que han esdevingut profundament desequilibrats per circumstàncies externes i imprevisibles per les parts que operen en el contracte. En el cèlebre cas *Huard*, una companyia petrolera va ser condemnada a pagar una indemnització a un dels seus clients perquè "*la Société BP n'avait pas exécuté le contrat de bonne foi et devait alors réparer le préjudice subi par son contractant*"²⁴⁷. A partir d'aquesta decisió es comença a observar la renegociació com el mecanisme de temperament al rebuig de la doctrina de l'*imprévision* en l'àmbit civil. Un altres cas que també ha servit per fonamentar aquest impuls de la renegociació és el de la cambra civil de 16 de març del 2004, que s'alinea amb la doctrina que havia estat exposada per la cambra comercial de la *Cour*, i es postula a favor d'una adaptació del contracte entre les parts en els casos en què es produeixi un desequilibri sobrevingut del contracte per causes imprevisibles i independents de les parts, "(...) *en cause le déséquilibre financier existant dès la conclusion du contrat et non le refus injustifié de (...) prendre en compte une modification imprévue des circonstances économiques et ainsi de renégocier (...) au mépris de leur obligation de loyauté et d'exécution de bonne foi*"^{248 249}.

²⁴⁷ MAZEAUD, DENNIS (2004), "Du nouveau sur l'obligation de renégocier, note Sous Cass. 1^{re} civ., 16 mars 2004 », *Recueil Dalloz de doctrine de jurisprudence et de législation*, Paris : hebdomadaire, pàg. 10

²⁴⁸ Cass. Civ. 16 Mars 2004, Chambre Civile 1, N° de pourvoi : 01-15804

²⁴⁹ MAZEAUD assenyala que "Sur ce point, donc, la première Chambre civile s'inscrit dans la continuité de la jurisprudence initiée par la Chambre commerciale. Dorénavant, il est entendu que la Cour de cassation induit du devoir d'exécuter le contrat de bonne foi, édicté par l'article 1134, alinéa 3, du code civil, une obligation de renégocier les contrats devenus profondément déséquilibrés au cours de leur exécution, en raison d'un changement de circonstances (...) l'obligation de renégocier a vocation à prospérer lorsque le déséquilibre contractuel, auquel elle est sensée remédier, procède d'un événement indépendant de la volonté ou du comportement des contractants, ce qu'exprime l'utilisation, par la Cour, du terme imprévue. (...) la Cour de cassation appréhende l'obligation de renégocier comme un tempérament, indirect mais général, à l'intangibilité des contrats devenus déséquilibrés lors de leur exécution, autrement dit au refus de la révision pour imprévision qu'elle a exprimé en 1876", MAZEAUD, DENNIS, *Du nouveau sur l'obligation...* op.cit, pàgs. 12 i 13.

El cas francès té una particularitat: la renegociació dels contractes per les parts és l'últim i únic recurs que té la part que es troba en una situació desavantajosa, ja que l'ordenament no preveu la possibilitat de sol·licitar al poder judicial una adaptació o resolució del contracte pel cas que es produeixi un desequilibri sobrevingut excessiu, així com també es mostra contrari a la revisió dels contractes lesionaris²⁵⁰.

Tanmateix, la revisió judicial dels contractes en el dret francès per casos no previstos al *Code* ha sigut constantment denegada per la *Cour de Cassation*. En dret administratiu la situació és oposada perquè el *Conseil d'État*, que és el tribunal superior en matèria administrativa, admet la teoria de la *imprévision* des de 1916, a partir del cas *Gaz de Bordeaux* (de 30 de març de 1916) i aplica la teoria de la imprevisió als contractes administratius²⁵¹; agafa com a base el principi de continuïtat del servei públic que té com a manifestació una invitació a les parts a renegociar el contracte; si no hi ha acord, el jutge administratiu recull un paper proactiu i té facultats per establir una indemnització a favor de la part que no és Administració pública, sense revisar el contracte. Però, en matèria civil, la sentència clàssica és la del cas del *Canal de Craponne*²⁵², en què la *Cour* va denegar la possibilitat de revisar i adaptar el contracte (judicialment) que s'havia conclòs el segle XVI, amb una renda periòdica que havia esdevingut irrisòria. La *Cour* va revocar les decisions de la primera instància i de l'apel·lació tot i argumentant que no era paper dels tribunals prendre en consideració circumstàncies com el pas del temps o el canvi de les circumstàncies que rodejaven el contracte (*"dans aucun cas, il n'appartient aux tribunaux, quelque équitable que puisse apparaître leur décision, de prendre en considération le temps et les circonstances pur modifier les conventions des*

²⁵⁰ MAZEAUD, DENNIS *Ibidem*, pàgs. 13 i 14 i MOMBERG URIBE, RODRIGO, *The effect of a change of circumstances*, *ob. cit.*, pàg. 222

²⁵¹ MOMBERG URIBE, RODRIGO, *Ibidem.*, pàg. 50

²⁵² En la famosa sentència del *Canal de Craponne* la *Cour* va fer prevaler la rigidesa per damunt de la flexibilitat (en contra de l'adaptació judicial del contracte), tot i afirmant que *"il serait extrêmement dangereux de laisser le contrat à la discrétion du juge intervenant dans l'exécution de la convention avec son sentiment personnel de l'équité et de l'intérêt général, il ruinerait le contrat, et mettrait en péril l'économie tout entière, en supprimant la sécurité dans les rapports contractuels... (...) le contrat arrête l'histoire et permet une certitude* », MAZEAUD, DENNIS (2008) « La révision du contrat. Rapport Français », Société de Législation comparée (Ed.), *Le Contrat : Journées Brésiliennes*, Société de Législation Comparée : Paris, pàg. 578

parties et substituir des clauses nouvelles à celles qui ont été librement acceptées par les contractants). La Cour va donar prevalença al principi del *pacta sunt servanda* establert a l'article 1134, paràgraf primer²⁵³.

En darrer terme, els nous projectes de reforma del dret d'obligacions francès tampoc han fet un pas important en matèria d'adaptació judicial dels contractes. El Projecte *Catala* (Avantprojecte per a la reforma del Dret d'Obligacions i de la Prescripció) inclou un tímid reconeixement de l'excessiva onerositat sobrevinguda (art. 1135-1), i permet que la part dèbil demani al jutge que ordeni la renegociació del contracte (art. 1135-2)²⁵⁴. Així mateix, el projecte de la *Chancellerie* (el Ministeri de justícia francès) preveu la possibilitat que la part que s'ha vist perjudicada pugui demanar a l'altra la renegociació del contracte i, en cas que aquestes negociacions no fossin fructíferes, el jutge pot adaptar el contracte (si les parts així ho acorden) o bé resoldre'l. Tot i que fa un pas més, aquesta proposta encara és conservadora perquè el jutge només podrà adaptar el contracte si les parts li atorguen aquesta facultat²⁵⁵.

Malgrat que ens trobem davant una onada expansiva de reaccions tan del legislador com del poder judicial en casos de desequilibri econòmic contractual, el debat entre els partidaris de la llibertat contractual inalterable i els que beuen d'un perfil més solidari s'alimenta constantment. Per una banda, cal esgrimir si s'aposta per la drecera de l'execució dels contractes sota el prisma de la bona fe i si es porta a l'extrem o s'escull un camí intermedi o si, per altra banda, el cavall guanyador s'esdevé per la seguretat jurídica i la intangibilitat dels contractes que prové d'un jugador més liberal.

²⁵³ MOMBERG URIBE, RODRIGO, *The effect of a change of circumstances on the binding force of contracts...* op. cit., pàg. 46-47

²⁵⁴ El projecte *Catala* permet al jutge ordenar la renegociació i controlar que aquesta s'esdevingui seguint els paràmetres de la bona fe però no li permet "imposar" un nou contracte. Aquesta línia és contrària a la que estableixen alguns ordenaments europeus, com podria ser l'alemany (*vide*. §313 BGB) però s'alinea a la doctrina que segueix el dret anglès, CARTWRIGHT, JOHN (2009), "Negotiation and Renegotiation: An English Perspective, a CARTWRIGHT, JOHN, VOGENAUER, STEFAN., WHITTAKER, SIMON, *Reforming the French Law of Obligations. Comparative Reflections on the Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription ("the Avant-projet Catala")*, Oregon: Hart Publishing, pàg. 70

²⁵⁵ MOMBERG URIBE, RODRIGO (2010), "La revisión del contrato por las partes. El deber de renegociación como efecto de la excesiva onerosidad sobrevenida", a *Revista Chilena de Derecho*, vol. 37, nº1, pàgs. 52 i 53

1.1.2.- Existeix el deure d'acceptar o no una proposta raonable de renegociació?

La discussió doctrinal s'amplia més quan apareix la qüestió relativa al del deure o no d'acceptar la proposta de renegociació, quan aquesta hagi estat justa i equitativa. La *Cour de Cassation* va establir en una de les seves sentències que no existeix obligació d'acceptar la proposta d'adaptació del contracte que presenta l'altra part, sinó només negociar de bona fe, "(...) *n'oblige en aucune façon le cocontractant à accepter les modifications de contrat proposées par l'autre partie en cas de survenance d'un tel événement et que de même l'article 15 du contrat intitulé 'adaptation et transfert du contrat' selon lequel les parties ont convenu d'examiner ensemble les moyens d'adapter le contrat aux évolutions dans les facteurs économiques, techniques ou de réglementation afin de préserver leurs intérêts réciproques*" *n'oblige nullement les parties à réviser le contrat (...)*"²⁵⁶.

Alguns lauders arbitralers també han marcat aquesta línia, tot afirmant que *la modificació del contracte és una mera expectativa, inexigible jurídicament, i de què només emana l'obligació de negociar de bona fe entre les parts*²⁵⁷.

Tot i així, alguna doctrina americana es mostra favorable a configurar l'acceptació de la proposta raonable de renegociació com un deure exigible jurídicament. La teoria relacional que hem indicat anteriorment sosté que si es rebutja una proposta que equilibra l'economia del contracte, la preservació d'aquest es veurà truncada, així com també la solidaritat contractual. Per tant, s'assenyala que la part forta hauria d'acceptar la proposta a fi de repartir les pèrdues i els guanys i conservar la relació contractual²⁵⁸.

²⁵⁶ Cass.Com, 3 octubre de 2006, a MOMBERG URIBE, R., *Los efectos de la imprevisión contractual. Un análisis comparado*, op.cit., pàg.79

²⁵⁷ *Wintershall AG v. The Government of Qatar*, citat per MOMBERG URIBE, RODRIGO, *The effect of change of circumstances...* op.cit, pàg. 228

²⁵⁸ "*The advantaged party should have accepted the equitable adjustment in the interest of redistributing undeserved gains and losses and preserving the relationship; the disadvantaged party is entitled to a remedy consistent with what should have been done. The remedy is not needed if the advantaged party can be "induced" to adjust through a combination of techniques and remedies (...)*", SPEIDEL, RICHARD, *Court-imposed price adjustments (...)*, op. cit, pàg. 415

La pregunta que se'ns planteja a continuació és quan serà justa i equitativa la proposta d'adaptació del contracte que haurà presentat una de les parts. D'entrada hauríem de descartar una actitud oportunista de la part dèbil, que no podria presentar una proposta que fos només positiva per a ell; ha d'estar basada en circumstàncies externes i verificables; per exemple, si les circumstàncies imprevisibles haguessin afectat a tota un sèrie de contractants en la mateixa posició. Un altre paràmetre seria el paper que jugaria la inflació com un efecte sobrevingut²⁵⁹. A més, no seria raonable que la proposta fos totalment equitativa, que esdevingués en un nou contracte completament diferent al que les parts havien establert (sempre hi ha un risc inherent en qualsevol relació contractual) o que intentés traslladar les despeses noves el 100% a l'altra part²⁶⁰. Finalment, però, si configurem la renegociació com una obligació que no exigeix arribar a cap resultat, sinó només negociar de bona fe, la consecució d'un resultat en forma de contracte reequilibrat seria només una de les possibilitats que podrien resultar de les noves negociacions establertes entre les parts.

Tanmateix, si la proposta de l'altra part és una modificació que respecta els paràmetre establerts pel contracte inicial però que el reequilibra amb les noves circumstàncies produïdes, no queda clar fins a quin punt és raonable que l'altra part es negui a acceptar aquesta proposta renegociada; creiem que el que s'hauria d'analitzar en aquests supòsits és, precisament, l'actuació de bona o

²⁵⁹ MOMBERG URIBE continua tot afirmant que " *el peligro de oportunismo por parte del vendedor es mayor cuando la circunstancia modificatoria del equilibrio contractual es una inflación que aumenta de manera importante el precio de mercado de los bienes objeto del contrato; y por otra parte, es menor si la inflación ha afectado los costos de producción de tales bienes. Lo mismo puede decirse si la propuesta implica cambio en la cantidad de bienes objeto del contrato más que en el precio acordado*", *Los efectos de la imprevisión contractual*, op. cit, pàg. 80

²⁶⁰ "(..) *The disadvantaged party must attempt to (1) distinguish between changes in production costs the risks of which were not assumed and those that were not, (2) establish with reasonable certainty the increased production costs, the risks of which were not assumed, that were caused or will be incurred by the unanticipated change, and (3) submit a proposed adjustment adhering to a standard of reasonableness*", SPEIDEL, RICHARD, *Court-imposed...*, op. cit, pàg. 410. A més, l'autor considera que "la part afectada tindria dret a cobrar els costos addicionals de producció més el percentatge de guanys que hagués obtingut segons el contracte original". Però això seria igualment injust perquè s'estarien traslladant la totalitat de les conseqüències de l'onerositat sobrevinguda a l'altra part. Una part de les pèrdues han de ser assumides, també, per la part dèbil o perjudicada, perquè no podem oblidar que les circumstàncies sobrevingudes no han sigut causades per cap de les dues parts contractants.

mala fe de les parts (¿es derivaria de la bona fe una obligació d'acceptar una proposta reequilibrada?) i, en funció d'això, se'n podrien determinar les conseqüències. Si, malgrat que hi hagut bona fe entre les parts, una no ha vist satisfets els seus interessos en la nova proposta (i com que no hi ha un deure exigible jurídicament d'acceptar-la) les parts poden sol·licitar al tribunal la resolució o l'adaptació del contracte. Si, per contra, ha existit mala fe en la negociació de la proposta d'adaptació, el jutge podria resoldre el contracte i atorgar una indemnització (tal i com fan els PECL).

Com a conclusió podem establir que el deure de renegociació només implicaria l'obligació per les parts d'entrar a negociar i comportar-se de bona fe; la modificació efectiva del contracte es podria definir com una expectativa, inexigible jurídicament (tal i com hem apuntat *a priori*) que tindria rellevància si s'actua de bona fe, però que no implica cap obligació d'arribar a un acord entre les parts²⁶¹.

1.2.- La renegociació inter partes pels casos de *gross disparity* o *unfair exploitation*:

En els casos de *gross disparity* o excessiva desproporció entre les prestacions de les parts que inicialment ja denoten un desequilibri contractual els instruments doctrinals europeus no preveuen una renegociació (del contracte) entre les parts; tampoc ho fa la PMCC en l'article 1301 ni tampoc ho preveu el Projecte de Llibre sisè del Codi civil de Catalunya²⁶². El BGB alemany, en seu

²⁶¹ No obstant, la doctrina espanyola també es mostra inflexible amb el *pacta sunt servanda* i el principi d'autorresponsabilitat contractual. No hem d'oblidar, tampoc, que l'autonomia contractual i la vinculatorietat dels pactes es fonamenten recíprocament. La força de llei entre les parts només es predica del contracte si s'apela a l'acte voluntari per què el deutor decideix conformar el vincle, *vide* CARRASCO PERERA, ÀNGEL (2010), *Derecho de contratos*, Cizur Menor: Thomson Aranzadi, pàg. 65: "*Es cierto que la defensa de la regla de santidad de los pactos puede postularse con fundamentos distintos y añadidos, pero en último extremo ninguno de estos fundamentos valdría por sí solo para explicar la obligatoriedad del vínculo contractual en el sistema interno del Derecho contractual privado. Si se trata de un postulado de fondo ético o de una simple regla de coherencia sistemática es cuestión que puede dejarse a reflexiones ajenas a este libro. Su importancia en Derecho contractual es fundamental, como demuestran los arts. 1255, 1256 y 1258 CCE, hasta tal punto que no podría hablarse de un Derecho privado de contratos si una de las partes tuviera la competencia para redefinir el alcance de un acuerdo pactado*"

²⁶² *Vide* arts. II.-7:207 DCFR, 4:109 PECL, 3.2.7 principis UNIDROIT 2010, 621-46 i 47 Projecte de Llibre VIè o 1301 PMCC, i art. 51 CESL, cap d'ells esmenta la possibilitat de renegociació entre les parts del contingut del contracte

d'usura que té paral·lelismes amb l'avantatge injust per la regulació que presenta el §138.2, tampoc preveu cap tipus de renegociació ni adaptació judicial sinó que estipula com a remei únic la nul·litat dels contractes usuraris²⁶³

El que preveuen la majoria de codificacions doctrinals és una adaptació judicial, instada per les parts. Així, el Projecte de Llibre sisè s'aliena amb la majoria d'aquestes instruments legislatius, i, pel que fa a la rescissió per lesió, no obstant, elimina l'opció de completar el preu lesiu²⁶⁴(però sí que permet l'adaptació judicial, ex art. 621-47 del Projecte).

Creiem que es podria aplicar una norma paral·lela a la que ja es preveu pels casos de *hardship*, no com una regla obligatòria d'acceptar sí o sí la proposta renegociadora, però sí com un deure previ per les parts abans de sol·licitar al jutge l'adaptació o resolució judicial. Les parts sempre estaran més ben informades que el jutge i l'autonomia de la voluntat es preservaria d'aquesta forma; la part forta, conscient o no de la situació de debilitat en què es troba l'altra, podria proposar una adaptació del contracte a la part dèbil, qui, d'entrada preferiria mantenir el contracte a resoldre'l (o bé que fos un tercer -el poder judicial- qui l'adaptés). El dret privat mantindria, així, el seu tret més característic perquè serien les parts qui establirien aquells aspectes que farien reequilibrar el contracte i, per tant, el *pacta sunt servanda* continuaria essent un pilar fonamental del dret de contractes, que compartiria posició, també, amb els principis de cooperació i preservació del contracte (*favor contractus*)²⁶⁵.

²⁶³ Vide §138.2 BGB

²⁶⁴ El Projecte de Llibre sisè regula l'avantatge injust en l'article 621-45 i la lesió en més de la meitat a posteriori, en l'article 621-46. Només fa referència a la possibilitat d'adaptació judicial per aquests dos casos en l'article 621-47, però no fa esment a una possible adaptació del contracte (renegociació) entre les parts

²⁶⁵ L'opció més radical és la que pren el BGB per als casos d'usura (§138.2) que considera nul el contracte ; no s'esmenta cap possibilitat d'adaptació, ni entre les parts ni judicial perquè considera el contracte és nul *ab initio*. Pels casos d'error sí que el BGB considera la possibilitat d'adaptació judicial. El que pretenen els articles §138.I i II és preservar la "neteja del comerç", és a dir, un ordenament jurídic no pot tolerar l'existència de relacions jurídiques que ofenguin el sentit de la decència d'un home just i honest, vide ZIMMERMANN, REINHARD (2008), *El nuevo derecho alemán de obligaciones* (Traducció al castellano de Esther Arroyo i Amayuelas), Bosch: Barcelona, pàg. 197

2.- La revisió judicial dels contractes

Quan les parts no han arribat a cap acord per tal de renegociar el contracte, després d'un canvi sobrevingut que ha canviat completament les condicions contractuals, o quan inicialment l'equilibri del contracte ja és inexistent, un dels remeis que es poden oferir a les parts és l'auxili del jutge per tal d'adaptar aquest contracte a les noves circumstàncies o destruir l'avantatge injust que ha obtingut una de les parts a l'inici del contracte.

2.1.- La revisió del contracte pel jutge en cas de *gross disparity* o *unfair advantage*

Un dels mètodes que ens poden servir per corregir els desequilibris econòmics que poden aparèixer en els contractes establerts per les parts és a través d'atribuir un poder, discrecional, als jutges per tal que puguin invalidar o modificar aquelles disposicions que destrueixen completament un mínim d'equilibri que ha de regnar en les vinculacions contractuals que conclouen les parts²⁶⁶.

Creiem que és considerable atorgar al jutge un paper diferent al d'enemic²⁶⁷ del contracte i sinònim d'inestabilitat contractual; la revisió del contracte es presenta com l'altra cara de la moneda de la ruptura del vincle contractual, que és el pitjor escenari que se'ls planteja a les parts. Els desequilibris contractuals, ja siguin inicials o sobrevinguts, trenquen aquest vincle contractual perquè el desequilibren, i la justícia contractual, per aquest motiu, deixa de ser l'epicentre

²⁶⁶ COLLINS, HUGH (2003), "La giustizia contrattuale in Europa", a *Rivista Critica del Diritto Privato*, Napoli: Jovene Editore Napoli, pàg. 678

²⁶⁷ « Le juge use avec sagesse et mesure de son pouvoir de révision ; il respecte le contrat, tout autant qu'il le révisé. Il suffit pour s'en convaincre de jeter un œil rapide sur la jurisprudence relative à la réduction des honoraires des mandataires, des agents d'affaires et des membres des professions libérales, laquelle prend « appui sur le fait que les conventions s'exécutent de bonne foi » MAZEAUD, DENNIS, *La révision du contrat, ob cit.* pàg 572

de les relacions socials. Des d'aquesta perspectiva, l'adaptació o revisió del contracte se'ns presenta com un mecanisme d'estabilitat i continuïtat²⁶⁸.

Aquesta possibilitat de revisió judicial anirà lligada al paper que es reconegui a la intervenció judicial en el sí del dret contractual²⁶⁹. Quan el contracte s'ha celebrat en unes circumstàncies estranyes, que en destrueixen el seu equilibri i declinen la balança cap a una de les parts, tot privant la relació contractual de la seva finalitat perquè l'economia contractual queda diluïda, la pregunta que ens fem és si es poden trobar remeis dins de l'ordenament jurídic, encara que sobrepasant la voluntat formal de les parts, que permetin reconduir situacions com les que descriuen els exemples de *gross disparity* o *unfair advantage*: casos en què no pot considerar-se que el resultat contractual sigui fruit d'una lliure i justa elecció de les parts, sinó que el contracte final apareix tenyit d'una explotació abusiva o d'una situació d'aprofitament de l'estat de necessitat o asfíxia econòmica d'una de les parts. Per tant, és en aquest tipus de situacions quan la intervenció del jutge a fi de redefinir quines són les prestacions que han de complir cada una de les parts contractants tindria sentit vist des d'una òptica pròpia de la *social justice* del dret contractual. Ara bé, aquesta autorització intervencionista no pot anul·lar ni substituir completament la voluntat de les parts²⁷⁰.

S'obre pas a un moviment flexible amb l'atribució de poders al jutge i que en facilita la seva participació en el contracte, adaptant-lo segons el seu criteri de l'equitat i la justícia. Precisament el principi de l'equitat sempre ha jugat un paper molt important quan hi ha hagut un buit en l'ordenament jurídic i en la

²⁶⁸ « Dans cette perspective, la révision du contrat n'apparaît plus nécessairement comme une injure à la foi jurée, une entrave à la liberté contractuelle ou une arme contre la sécurité juridique. Elle se présente comme l'instrument de la pérennité contractuelle, le remède contre la précarité économique et même, parfois, comme la garantie de la paix sociale. Autant de raisons pour faire preuve aujourd'hui de bienveillance à l'égard de la révision du contrat », *Ibidem*, pàg. 589

²⁶⁹ El dret anglès, tammateix, desconeix aquesta intervenció judicial amb finalitat salvatòria del contracte, *vide* CARTWRIGHT, JOHN (2011), "Defects of Consent in Contract Law" a HARTKAMP, ARTHUR, HONDIUS, EWOU, MAK, CHANTAL., DU PERRON, EDGAR (Eds.), *Towards a European Civil Code*, The Netherlands : wolters kluwer law & business, pàg. 545

²⁷⁰ « La adaptación del contrato vía judicial no puede suponer una atribución al juez de un poder general de revisión de los contratos con el propósito de introducir el equilibrio contractual », *vide* MARTÍN PÉREZ, JOSÉ ANTONIO (1995), *La rescisión del contrato (en torno a la lesión contractual y el fraude de acreedores)*, Barcelona: Bosch Editor, pàg. 61 i seg.

realitat econòmica. Tot i admetent que el jutge pot utilitzar l'equitat per tal d'exercir una funció integradora del contracte, la qüestió que sorgeix és si aquesta equitat legitima una modificació de les condicions que es varen pactar en la relació contractual *a priori* per les parts: si la part perjudicada accedeix al jutge perquè adapti el contracte, fins a quin límit aquest pot utilitzar el seu poder basat en l'equitat per moderar el principi del *pacta sunt servanda* i intentar reduir les conseqüències injustes que es deriven de les condicions pactades inicialment per les parts que han resultat en un desequilibri excessiu entre les prestacions d'ambdós negociants²⁷¹.

Observem que deixa de tenir sentit la frase tradicional que deia que "*le contrat est le jardin secret des parties et non pas un ménage à trois dans lequel le juge fait figure d'intrus*" ja que és precisament aquesta revisió contractual la que permet la continuïtat dels contractes perquè l'equilibri queda garantit, precisament, per aquesta revisió.

Ara bé, la crítica a la intervenció del jutge en la revisió dels contractes es revela perquè els partidaris més íntegres del *pacta sunt servanda* veuen aquesta intromissió com una renúncia a la llibertat contractual i una substitució de la voluntat dels contractants que són les "*meilleurs juges de leurs propres interets*".²⁷² Tanmateix, però, el que caldria és redefinir el paper del jutge, no com aquell responsable de trenar amb el vincle contractual sinó de redefinir-lo perquè es pugui mantenir viu. Tot i atorgant-li poders al jutge per a revisar el contracte, s'afavoreix el principi de conservació dels negocis, ja que es permet que l'execució del contracte perduri gràcies al restabliment de l'equilibri²⁷³. I és que l'existència d'una lesió contractual o d'un esdeveniment sobrevingut que causa un canvi sobrevingut de les circumstàncies contractants, no legitima directament la ruptura de l'eficàcia del contracte sinó que ha de donar pas a aquest mecanisme que permeti restablir l'equilibri. Per tant, primàriament, caldria poder corregir aquest desviament de la balança econòmica del

²⁷¹ *Ibidem* pàg. 62

²⁷² MAZEAUD, DENNIS, *Du nouveau sur l'obligation*, *op.cit*, pàg. 564

²⁷³ "(...) *En encourageant la révision, la Cour de cassation autorise finalement « les juges du fond à venir au secours d'un contrat mal formé en rétablissant son équilibre pour le maintenir en vie »*, MAZEAUD, DENNIS, *Ibidem*, pàg. 566

contracte i, només subsidiàriament, recórrer a la ineficàcia (com seria la resolució o rescissió del contracte).

Si ens fixem amb la Compilació del Dret civil de Catalunya, quan regula la figura de la rescissió per lesió, la facultat que atorga al contractant lesionari (amb la necessària intervenció judicial) de completar el preu lesiu (ex art. 325 CDCC) constitueix un mecanisme de *reductio ad aequitatem* que permet convertir un pacte alterat econòmicament des d'un inici en un altra d'ídoni per a produir efectes que no siguin excessivament desequilibrats. I, a més a més, es deixa a mans del lesionat o del perjudicat pel contracte exercir o no aquests remeis que preveu l'ordenament (per tant, és preferible el mecanisme rescissori al de la nul·litat radical que preveu, per exemple, el §138.2 del BGB considera nul *ab initio* el negoci usurari i no contempla cap tipus de possibilitat d'adaptació judicial- tampoc de renegociació *inter partes*-).

Malgrat tot, la legislació i jurisprudència, francesa, s'han mostrat contraris a la revisió dels contractes lesionaris, tot proclamant la intangibilitat del contracte lesionari i utilitzant l'argument de l'equitat i la llibertat com a punt central de la conclusió del contracte entre les parts, que són els millors jutges dels seus interessos i per tant han d'assumir la responsabilitat d'un desequilibri contractual eventual, "*la valeur de l'engagement libre doit l'emporter même sur le déséquilibre du contrat et si le contrat es finalement déséquilibré au detriment d'un contractant, tant pis pour lui. Il aura au moins eu la satisfaction d'être l'artisan de son malheur, d'avoir déterminé lui-même ses engagements. La liberté est en soi une jouissance qui vaut bien quelques risques*"^{274 275}. Precisament, és aquesta mateixa doctrina que denegava l'admissió de la *lésion* la que denega, avui, el paper revisionari del jutge. Aquesta hostilitat revisionària fa que el contracte descansi sobre un llit de justícia, però no a la inversa. Tot i

²⁷⁴ *Ibidem*, pàg. 571

²⁷⁵ La lesió en dret francès es caracteritza per ser un contracte injust per una de les parts però no vicia el contracte. Encara que s'admeten algunes excepcions, els redactors del *Code* van donar preferència a blindar la seguretat dels negocis, en detriment de la justícia i l'equitat en el sí dels contractes. "temieron que se intentaran demasiadas acciones de nulidad sobre la base de la figura de la lesión, sobre todo teniendo en cuenta que nunca existe una igualdad perfecta entre las ventajas que un contrato procura a ambas partes", *vide* MAZEAUD, HENRI [et al] (1997) *Derecho civil. Obligaciones. Tomo I*, Buenos Aires: Zavalia, pàg. 268

això, com ja hem apuntat *a priori*, cada vegada més la doctrina europea i les codificacions dels estats membres apunten cap a la recerca d'instruments de reequilibri de l'economia del contracte, ja sigui en la fase inicial (*gross disparity* o *unfair advantage*) o durant la seva execució (*hardship*). Així, doctrines tradicionals com la rescissió per lesió o al clàusula *rebus sic stantibus* evolucionen i prenen noves formes per tal de permetre una protecció de les parts febles contractants²⁷⁶.

La Proposta de Modernització del Codi civil acull també el pressupòsit de l'adaptació judicial en l'article 1301 (*a petición de la parte perjudicada, puede el Juez introducir en el contrato aquellas modificaciones que sean necesarias para adaptarlo a las exigencias de la buena fe y lo que sea usual en el tráfico jurídico*). A diferència de les codificacions doctrinals europees com els PECL o el DCFR, la PMCC només legitima la part perjudicada a sol·licitar al jutge l'adaptació del contracte²⁷⁷. Entenem que això no és satisfactori perquè pot resultar en una obligació per l'altra part (que si se segueix l'enunciat de la PMCC no necessàriament era conscient de la situació de debilitat de l'altra, ja que la PMCC no exigeix mala fe de qui s'aprofita de la situació, a diferència del Projecte de Llibre sisè o de les propostes europees que sí ho requereixen com a element subjectiu) i que, per tant, potser no hauria entrat a negociar el contracte si s'hagués conclòs seguint les noves condicions pactades després de l'adaptació²⁷⁸.

²⁷⁶ El Projecte de Llibre sisè recull la figura de la rescissió per lesió i la redefineix en l'article 621-46, incorporant també, des d'una vessant subjectiva, la figura recurrent pel dret contractual europeu de l'avantatge injust (art. 621-45)

²⁷⁷ Qüestió, altrament, criticable, perquè la legitimació hauria de ser per totes dues parts contractants: "*Consideramos que, tal como hace el art. 325 de la CDCC, quien debiera tener la opción de solicitar la adaptación del contrato es la parte que se ha visto beneficiada por la situación de debilidad de la víctima. La facultad de anulación que le concede la ley debe ser suficiente para proteger a la parte perjudicada, y entendemos excesivo que la otra parte deba pasar por la modificación del contrato en unas condiciones que, por más que sean equitativas, podrían no ser por ella deseadas*", BOSCH CAPDEVILA, ESTEVE (2012), *Nuevas perspectivas del derecho contractual*, Barcelona: BOSCH, pàg. 386

²⁷⁸ "*es de suponer que si llega el caso, los jueces realizarían una aplicación razonable de la norma, de manera que no deberían proceder a la adaptación del contrato sino cuando claramente constase que la voluntad del comprador hubiese sido la de llevar a cabo la adquisición, sea por el precio reducido o por el valor real de la cosa*", BOSCH CAPDEVILA, ESTEVE, *Nuevas perspectivas del derecho contractual*, op.cit., pàg. 385 i 386

El Codi civil actual, malgrat no tenir una manifestació explícita d'adaptació judicial dels contractes (tampoc contempla l'avantatge injust ni la rescissió per lesió d'una forma generalista) sí que conté un precepte que permet una facultat interventora del jutge per tal de modificar una pena desproporcionada. L'article 1154 del Codi civil permet al jutge realitzar un judici d'abusivitat sobre el contingut de la clàusula penal. Quan aquesta causi un desequilibri manifest, podria modificar-la a fi de ponderar-ne les seves conseqüències desequilibradores²⁷⁹. Fora del Codi civil, també es permet una adaptació judicial del contracte a petició d'una de les parts en la *Ley 60/1962, de 24 de diciembre, régimen de auxilios, salvamentos, remolques, hallazgos y extracciones marinos* (ex art. 8 l).

La proposta de Marc Comú de Referència, en el seu Esborrany (DCFR) donava legitimitació a totes dues parts per tal d'acudir als tribunals i sol·licitar l'adaptació del contracte (tal i com preveien els PECL i els principis UNIDROIT en el cas de *gross disparity*). Creiem que és molt més raonable que l'adaptació la sol·liciti la part beneficiada (tal i com es produeix en el cas de rescissió per lesió en l'article 325 CDCC, legitimat per completar el preu), ja que es fa a instància de la part que resultaria perjudicada amb l'anul·lació del contracte respecte les condicions pactades inicialment²⁸⁰.

Els comentaris oficials dels principis UNIDROIT també consideren que l'article 3.2.7 legitima ambdues parts per a sol·licitar al jutge l'adaptació del contracte²⁸¹, i els PECL també permeten a totes dues parts sol·licitar

²⁷⁹ CARRASCO PERERA, ÀNGEL (2013), a BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, RODRIGO, *Comentarios al Código civil, Tomo VI*, València: Tirant lo Blanch, pàg. 8460 i seg.

²⁸⁰ BOSCH CAPDEVILA, ESTEVE, DEL POZO CARRASCOSA, PERE, ALOY VAQUER, ANTONI (2014), *Proposta d'un text articulat sobre teoria general del contracte per al Llibre sisè del Codi Civil de Catalunya*, Beques a la Investigació, Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada, Barcelona: Departament de Justícia de la Generalitat de Catalunya, 2014, (comentari a l'article 612-56)

²⁸¹ UNIDROIT PRINCIPLES OF INTERNATIONAL COMMERCIAL CONTRACTS 2010, Rome : International Institute for the Unification of Private Law, 2010, pàg.110

l'adaptació judicial (també ho fa així el codi civil holandès, ex art. 3:54 BW²⁸²²⁸³).

La Proposta de Reglament sobre el Dret Comú de la compravenda (CESL) no preveu en el supòsit d'*unfair exploitation* el remei de l'adaptació judicial sinó que descriu com a efecte únic la possibilitat d'anul·lar el contracte²⁸⁴²⁸⁵, la qual cosa podria ser objecte de crítica perquè opta per un remei destructor del contracte sense passar primer per un intent d'adaptar el contracte –tot seguint els interessos de les parts- o, si més no, tampoc preveu que el jutge –amb la limitació que opera la bona fe i el deure processal d'escoltar les parts- pugui fer un intent de reequilibrar el contingut del contracte.

El Codi Europeu de Contractes segueix la línia del CESL i tampoc preveu, en seu d'explotació injusta, la possibilitat d'adaptació del contracte per tal de

²⁸² HESSELINK, MARTIN W., DE VRIES, GERARD (EDS.) (2001), *Principles of European Contract Law*, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, pàg. 140 i 141

²⁸³ Article 3:54 BW

Offer to repair the disadvantageous effects of the voidable juridical act:

1. *The right to appeal to an abuse of circumstances with the purpose to nullify a more-sided (multilateral) juridical act, ceases to exist when the opposite party, within appropriate time, presents an alternative for the original effects of the voidable juridical act, that puts aside the disadvantageous results of that act sufficiently.*
2. *Upon the request of one or more parties, that court may also, instead of nullifying the voidable juridical act on the ground of an abuse of circumstances, modify its original effects in order to undo its advantageous results.*

²⁸⁴ Article 51 CESL:

“A party may avoid a contract if, at the time of the conclusion of the contract:

- a) *That party was dependent on, or had a relationship of trust with, the other party, was in economic distress or had urgent needs, was improvident, ignorant, or inexperienced, and*
- b) *The other party knew or could be expected to have known this and, in the light of the circumstances and purpose of the contract, exploited the first party's situation by taking an excessive benefit or unfair advantage”*

²⁸⁵ *“The only remedy for unfair exploitation provided expressly by the proposed CESL is avoidance of the contract. Article II.-7:207 DCFR provides for the possibility of adaptation of the contract by the court upon the request of either party entitled to avoidance or the other party. As with the cases of adaptation for mistake, it may be argued that a similar result could be reached under the general good faith principle of the proposed CESL. In German law, it is unclear whether similar results to correct voidness under §138 BGB could be reached by applying the rule on change of circumstances in §313(2) BGB. English law has no principle of adaptation of the contract for undue influence or unconscionable bargains”, CARTWRIGHT, JOHN, SCHIMDT-KESSEL, MARTIN (2013), “Defects in consent: Mistake, Fraud, Threats, Unfair Exploitation”, a DANNEMANN, VOGENAUER (EDS.), *The Common European Sales Law in context, interactions with English and German law*, Oxford: Oxford University Press, pàg. 406*

reequilibrar-ne la seva economia²⁸⁶. No obstant això, sí que té en compte el principi de conservació del negoci però ho limita a un supòsit especial: els casos d'error. L'article 149.1 estableix que *“la anulación no tiene lugar si, en el plazo indicado en la declaración de la parte de quien proceda (o en un plazo razonable, si no se ha señalado uno), la otra parte se compromete a proceder al cumplimiento del contrato conforme al contenido y a las modalidades con las que la primera había creído celebrar el contrato, o a efectuar las prestaciones acordadas por las partes dirigidas a asegurar un resultado sustancialmente análogo, o aceptable por la parte interesada”*.

Així, les codificacions doctrinals europees admeten l'adaptació judicial per als supòsits anomenats d'explotació injusta que té interès perquè permet una conservació del contracte, encara que sota una visió d'aquest modificada, enfront l'altra alternativa que seria l'anul·lació o rescissió contractual.

El Projecte de Llibre VIè de Codi Civil de Catalunya també regula la possibilitat d'adaptar el contracte (no ho limita a la rescissió) pels casos d'avantatge injust i lesió en més de la meitat. Ara bé, tal i com ho fa la PMCC, limita l'acció a la part perjudicada, tot i apartant-se al a regulació que fa el 325 de la Compilació del Dret civil de Catalunya que permet a la part beneficiada evitar la rescissió tot i completant el preu lesiu²⁸⁷. Creiem que tan la formulació del Projecte de Llibre VIè com la de la PMCC, que s'aparten de la direcció de les propostes contractuals europees, haurien d'ampliar les persones legitimades per a sol·licitar l'adaptació judicial. Cal tenir present que ampliar la legitimació a la part beneficiada pel contracte és una opció molt més lògica perquè és precisament aquesta part, com hem apuntat amb anterioritat, la que es veu

²⁸⁶ “Art. 30.3: *“Es rescindible, en los términos previstos en el art. 156, todo contrato en virtud del cual una de las partes, abusando de la situación de peligro o de necesidad, de la falta de capacidad de entender y querer, de la inexperiencia, de la subordinación económica o moral de la otra parte, obliga a esta a prometer o a realizar una prestación, o bien a conceder otras ventajas patrimoniales manifiestamente desproporcionadas en relación con lo que a cambio recibe o se le promete, sea el beneficiario de la prestación el mismo o un tercero”*, a VAQUER ALOY, ANTONI, BOSCH CAPDEVILA, ESTEVE, SÁNCHEZ GONZÁLEZ, MARÍA DE LA PAZ (2012), *Derecho europeo de contratos, libros II y IV del Marco Común de Referencia*, Barcelona: Atelier, pàg. 492, nota peu de página 83

²⁸⁷ Article 325 CDCC: *“El comprador o adquirent demandat podrà evitar la rescissió mitjançant el pagament en diners al venedor o alienant del complement del preu o valor lesius, amb els interessos, a comptar des de la consumació del contracte”*

més afectada per les noves condicions pactades, perquè podria passar que aquestes fossin completament diferents a les que inicialment les parts haguessin pactat²⁸⁸.

2.2.- L'adaptació judicial en els casos de canvi sobrevingut de les circumstàncies

La majoria de codificacions doctrinals europees (PECL, DCFR i PICC) permeten també d'una manera molt àmplia la facultat d'adaptació judicial del contracte en els casos de *hardship*. Aquesta adaptació judicial està vinculada al concepte d'interpretació dels contractes que fa el jutge, com el procés per què dóna efecte a la intenció de les parts quan aquesta no està present o està incorrectament expressada en el contingut del contracte^{289 290}.

Si les condicions socials i econòmiques de la vida del contracte canvien significativament des de que el contracte va entrar en vigor o es va concloure, o si les parts no haguessin elaborat el contingut contractual d'aquesta manera si aquestes circumstàncies excepcionals s'haguessin produït en el moment de la conclusió del contracte, l'adaptació del contracte es postula com el remei idoni *if taking into account all the circumstances of the specific case, and, in particular, the contractual or statutory allocation of risk and the fundamental*

²⁸⁸ DEL POZO CARRASCOSA, VAQUER ALOY I BOSCH CAPDEVILA, en la seva proposta de text articulat sobre teoria general del contracte, estenen la legitimació per sol·licitar l'adaptació a totes dues parts, *cfr.* art. 612-56.3: "*la part perjudicada podrà sol·licitar al jutge l'adaptació del contracte d'acord amb les exigències de la bona fe i el que sigui usual en el tràfic jurídic. El jutge també podrà adaptar el contracte a petició de la part que hagi rebut la notificació d'anul·lació per avantatge injust, sempre que aquesta ho comuniqui en un termini raonable a la part que va demanar l'anul·lació*", *vide.*, DEL POZO CARRASCOSA, PERE., VAQUER ALOY, ANTONI., I BOSCH CAPDEVILA, ESTEVE., *Proposta d'un text articulat...*, *op.cit.*

²⁸⁹ "An adjustment to a contract attempts to reflect the original purposes of the parties by adapting it to the new circumstances. At the end of the day, a revision always implies a process of interpreting the aims and intention of the parties, as well as the conditions surrounding the agreement", MOMBERG URIBE, RODRIGO, *The effect of a change of circumstances...*, *op. cit.*, pàg. 239

²⁹⁰ En el common law, si bé el dret anglosaxó no dóna cap legitimació a l'autoritat judicial per adaptar el contracte, el dret nord-americà sí que incorpora alguna previsió com la del Restatement (2nd), en què els articles §158(2), 204 i 272(2) permet al jutge adaptar el contracte en els casos d'*impracticability* i *frustration*, *vide* MOMBERG URIBE, RODRIGO, *The effect of a change...* *op.cit.* pàg. 245

*obligation of human being, one of the parties cannot reasonably be expected to continue to comply with the contract without variation of its terms*²⁹¹.

Els fonaments de l'adaptació judicial del contracte també es troben en el principi de la bona fe, i ens els deures de cooperar i de flexibilitat²⁹². Les expectatives de les parts seran més nítidament satisfetes si l'execució del contracte s'adapta a les noves circumstàncies; la justícia moderna no es pot basar només en els principis clàssics de seguretat i perennitat sinó que els valors que van prenent força, com el de la proporcionalitat i la continuïtat del contracte han de ser utilitzats també com a fonaments de la *révision*.

El principi de proporcionalitat ens diu que quan hi ha una excessiva desproporció entre les prestacions de les parts a causa d'un abús d'una d'elles de la situació de necessitat de l'altra o per un canvi sobrevingut de les circumstàncies el deure que es fa palès és el de corregir-ho; i el de continuïtat es postula com una alternativa a la resolució contractual.

En el dret contractual europeu, l'article III-1:110 del DCFR estableix limitacions a la facultat interventora dels tribunals en els contractes establerts per les parts. És essencial que les incorpori perquè els principis més clàssics de dret de contractes (autonomia de la voluntat així com l'estabilitat de les relacions contractuals) col·lisien amb aquesta atribució de poder negocial que s'esdevé per la ruptura de l'equilibri sobrevingut del contracte i que permet al jutge modificar el contingut de la relació contractual o bé resoldre el negoci jurídic.

Els principis LANDO (PECL) també preveuen l'adaptació judicial del contracte si les parts no han pogut renegociar entre elles prèviament (art. 6:111 (3)), tal i

²⁹¹ NOGLER, LUCA, REIFNER, UDO (2014), "Introduction: the new dimension of life time in the law of contracts and obligations", a *LIFE TIME CONTRACTS, social long-term contracts in labour, tenancy and consumer credit law*, The Hague: eleven international publishing, pàg. 51

²⁹² "the express or implicit acceptance of cooperation and flexibility by the parties as norms of conduct to govern their relationship implies that a renegotiation and adjustment can be considered as necessary consequences of supervening change of circumstances", *ibidem*, pàg. 240

com ho fan els principis UNIDROIT (art. 6.2.3) que permeten la intervenció dels tribunals si les parts no han pogut posar-se d'acord prèviament²⁹³.

El CESL²⁹⁴ també presenta la possibilitat judicial d'adaptar el contracte, sempre i quan hagi fracassat prèviament un intent de renegociar *inter partes* el contingut alterat del contracte²⁹⁵; com en els altres instruments doctrinals europeus el jutge té doble opció: o bé adaptar el contingut contractual o bé resoldre el negoci jurídic. (a priori hem apuntat que pels casos d'explotació injusta o *gross disparity* el text sobre la compravenda no fa cap previsió sobre una possible adaptació del contracte sinó que es decanta per la solució més radical: la resolució).

Els límits del poder que té el jutge sobre l'adaptació del contracte no estan especificats en els instruments doctrinals europeus. El DCFR considera que el jutge podrà modificar l'adaptació "*a fin de hacerla más razonable y equitativa en las nuevas circunstancias*" (III-1:110(2) DCFR)); els PECL parlen d'una adaptació judicial, "*a fin que las pérdidas y ganancias resultantes de ese cambio de circunstancias se distribuyan entre las partes de forma equitativa y justa*" (6:111 (3b) PECL)) i els principis UNIDROIT ho argumenten com una forma que té a l'abast el jutge per tal de reequilibrar el contracte ("*con miras a restablecer su equilibrio*", 6.2.3 (4) PICC).

²⁹³ Els comentaris oficials dels PECL aposten per la intervenció del jutge en última instància, sempre afavorint d'entrada les negociacions entre les parts. El primer objectiu del jutge serà el de preservar el contracte, i no el de resoldre'l o, fins i tot, impulsar les parts perquè renegociïn si veu que encara és possible que salvin el contracte entre elles. La modificació de les clàusules del contracte s'ha de dirigir a restablir l'equilibri del contracte, tot i fent un repartiment també equitatiu de les despeses extra que es generin, LANDO, OLE, BEALE, HUGH (2003), *Principios de derecho contractual europeo (partes I y II)*, Madrid: Colegios Notariales de España, pàg.474

²⁹⁴ Article 89 CESL:

(2) *If the parties fail to reach an agreement within a reasonable time, then, upon request by either party a court may:*

a) adapt the contract in order to bring it into accordance with what the parties would reasonably have agreed at the time of contracting if they had taken the change of circumstances into account; or

b) terminate the contract within the meaning of Article 8 at a date and on terms to be determined by the court.

²⁹⁵ "*If the parties have not reached an agreement within reasonable time adopting their relationship to the new circumstances, each party may require a judicial decision. The court may adopt the contract to the changed circumstances or terminate the contract*", SCHULZE, REINER (Ed.) (2012), *Common European Sales Law –Commentary-*, Baden: C.H. Beck·Hart·Nomos, pàg. 424

Ara bé, mitjançant l'adaptació el jutge no ha d'aconseguir l'equilibri contractual totalment equitatiu i perfecte, perquè això no seria conseqüent amb el principi del *pacta sunt servanda*, és a dir, “*it would not be consistent with the principle of the sanctity of contracts if the court would allow one party, even if performance for that party has become more onerous, to be completely relieved of the costs resultig from the disruptive event*”²⁹⁶. El tribunal, quan exerceix el seu poder d'adaptació (i les parts quan renegociïn, especialment la considerada més dèbil) no pot fer desaparèixer totalment el desequilibri eventual que es pugui produir en el contracte ja que aquest, per definició, incorpora un element de risc que ha sigut assumit per les parts²⁹⁷. L'excessivitat que es produeix en el desequilibri sí que pot (o ha) de ser corregida, per les parts o pel jutge, però no es pot eliminar completament el desequilibri ni confeccionar un nou contracte totalment equitatiu perquè sinó no es palesaria la voluntat de les parts ni la responsabilitat que té cadascuna (amb el risc inherent) en el dret de contractes. La funció judicial no és la d'un poder a l'ombra que obstaculitza tots els moviments que fan els ciutadans ni compleix un rol paternalista sinó que funciona com una eina correctiva dels excessos que es poden produir en el sí dels contractes, quan les parts no han estat totalment lliures en el moment de la conclusió (casos d'avantatge injust) o que per circumstàncies externes i imprevisibles aquests han esdevingut excessivament desequilibrats.

Malgrat tot, existeixen alguns arguments que posen en dubte els beneficis de l'adaptació judicial perquè vulnera el principi del *pacta sunt servanda*. Així, si el contracte és llei entre les parts, és també l'expressió màxima del dret privat i qualsevol intervenció judicial queda exclosa per definició perquè els tribunals no poden adaptar el contracte sense el consentiment de les parts i qualsevol adaptació podria ser vista com un atac contra la llibertat contractual²⁹⁸. Ara bé,

²⁹⁶ MOMBERG URIBE, RODRIGO, *The effect of a change of circumstances*, *op.cit.*, pàg. 253

²⁹⁷ La protecció projectada sobre la part que s'identifica com a dèbil per la situació de potencial desequilibri, ha de resultar proporcionada a aquells riscos que ocasionalment es poden produir per l'actuació abusiva d'una de les parts sobre l'altra; en cas contrari, la contractació s'inhibiria, o “*bien la eficacia del instrumento y la norma esencial relativa al carácter vinculante de los acuerdos resultan injustificadamente comprometidas*”, *cfr.* RUBIO GIMENO, GEMMA (2014), *Autorregulación de la crisis de pareja (una aproximación desde el Derecho civil catalán)*, Madrid: Dykinson, pàg. 69

²⁹⁸ Alguns autors també s'han oposat a l'adaptació del contracte via judicial perquè consideren que és una política de “paternalisme contractual” i que l'abús sobre la llibertat contractual

en contra d'aquests arguments, també s'esmenta que el contracte no pot ser mai interpretat d'una forma aïllada del seu entorn; és necessari assumir que durant la vida contractual s'esdevindran circumstàncies que no poden ser previstes a *priori*. Així, qualsevol adaptació del contracte si les circumstàncies canvien no és un perill ni una amenaça per a la voluntat de les parts. Si s'acceptés un deure d'adaptació implícit, l'autonomia contractual no podria utilitzar-se com una arma contra l'adaptació; la intervenció judicial seria vista com un remei que permetria el compliment del contracte, tot i vertebrant la intenció de les parts²⁹⁹.

També s'argumenta en contra que és impossible pel jutge determinar amb exactitud el que les parts establirien en el contracte si sorgissin aquestes circumstàncies excepcionals³⁰⁰ (en sentit contrari, els partidaris de la revisió dirien que aquí és quan el jutge es posiciona com ho faria un "*reasonable man*") i és impossible determinar quan un desequilibri és el suficientment greu per justificar una intervenció dels tribunals. Ara bé, la no existència d'un criteri objectiu³⁰¹ d'equivalència econòmica de les prestacions no pot servir d'excusa

debilita la resta del contracte, com a institució social, també perquè es pot produir una externalitat negativa: desincentivar la utilització del negoci jurídic del contracte, que, inevitablement, comporta un mercat més dèbil, *cf.* GRONDONA, MAURO (2012), "Derecho contractual europeo, autonomía privada y poderes del juez sobre el contrato", *Revista de Derecho Privado*, nº22, Enero-Junio, pàg. 145

²⁹⁹ MOMBERG URIBE, RODRIGO, *The effect... op.cit.*, pàg. 245 i seg., "*the consent of the parties is not in danger because they never consented to the unforeseen contingency. The task of the court would be to supply the necessary terms that the parties would have negotiated and chosen if they were considered to be at issue*"

³⁰⁰ *Ibidem* pàg. 246, MOMBERG continua afegint que alguns dels arguments que s'utilitzen en contra de la revisió judicial també són que "*any adjustment would finally be the imposition of the court's will and not a reflection of the supposed intention of the parties (...) but the court must assume the role of a reasonable man, and decides what the reasonable man would regard as just on the facts of the case. The hypothetical reasonable man is personified by the court itself*"

³⁰¹ En el dret civil català, com hem estudiat al principi d'aquest projecte, la rescissió per lesió es fonamenta objectivament –actua com a norma causal de l'onerositat que tutela l'equivalència objectiva de les prestacions- i facilita que es rescindeixin aquells contractes que no observen el mínim de correlació econòmica, que s'estableix en la meitat del just preu – preu de mercat-. Aquest límit objectiu no sembla recomanable per a determinar la manca d'equivalència rellevant perquè introdueix un grau de rigidesa excessiva en el funcionament d'aquesta institució i, sigui quin sigui el límit, sempre serà arbitrari, per no dir injust, *vide*. MARTÍN CASALS, MIQUEL (1998), "Perspectives de futur de la rescissió per lesió ultra dimidium », a *El futur del Dret Patrimonial a Catalunya. Material de les Desenes Jornades de Dret català a Tossa*, València: Tirant Lo Blanch, pàg. 263

per a impossibilitat la revisió del contracte pel jutge a fi d'adaptar-lo a les noves circumstàncies esdevingudes.

La Convenció de les Nacions Unides sobre els Contractes de Compravenda Internacional de Mercaderies no preveu explícitament la possibilitat d'adaptació judicials per als casos de *hardship*, si és que així s'interpreta l'article 79. Alguns autors proposen utilitzar analògicament l'article 6.2.3 dels principis UNIDROIT, a través dels articles 7(2) i 9 del CSIG (com a normes d'ús comercial) tot i que altres autors són més partidaris de deduir directament la possibilitat d'adaptar el contracte de l'article 7(1) CSIG (principi de bona fe del comerç internacional). Però la qüestió que segueix sense resoldre's és fins a quin punt pot arribar el jutge quan intervé per reequilibrar el contracte, és a dir, quins són els límits³⁰².

En el *common law*, la doctrina americana es va postular a favor de l'adaptació judicial pel cas que les parts fracassin en el seu intent de renegociar el contracte a partir del cas *USA v Aluminium Co. Of America et al.*³⁰³ però els tribunals encara es mostren reticents a acceptar plenament l'adaptació judicial. Un dels avantatges que pot tenir la possibilitat de què el jutge revisi el contracte és que estimuli les parts a renegociar, és a dir, que funcioni com una tècnica de mediació. No obstant, també és cert que qualitativament el contracte pot millorar després de l'adaptació judicial perquè les parts, com hem avançat, mai podran preveure totes les contingències que poden impregnar l'atmosfera del

³⁰² KRÖLL, MISTELIS, PERALES VISCASILLAS (EDS.) (2011), *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CSIG)- Commentary-*, Munich: C.H. Beck · Hart · Nomos, pàg. 1091

³⁰³ “*in the absence of an agreed modification, the court, in the intent of avoiding hardship and preserving commercial expectations, intervened equitably to adjust the price term*”; ara bé, no obstant el tenor literal d'aquesta resolució, l'adaptació contractual dels tribunals americans continua essent limitada i retringida a contractes de llarga durada; “*Despite the seeming extravagance of the Aluminium Co. of America opinion, a court-imposed adjustment is sharply limited. The changed circumstances must at the time of the contract be unanticipated –i.e., not foreseen as likely to occur. Their occurrence must cause an increase in the seller's performance costs so great that the performance of the contract as agreed is made commercially impracticable. The remedy of rescission and discharge must be inappropriate. Even then, the court cannot impose a price adjustment unless the parties have failed to reach an agreed modification. Finally, the remedy of adjustment is designed to resolve only disputes concerning long-term contracts; and its ultimate purpose is to facilitate agreed adjustment of long-term contracts, not to substitute court-imposed terms for those created by the parties*”, vide SPEIDEL, RICHARD, *Court-imposed price adjustments under long-term supply contracts*, op. cit, pàg. 380

contracte (“a fair resolution of disputes maximizes the benefits to society of long term contracts by encouraging people to enter into them”)³⁰⁴.

Hem de constatar que necessàriament la resolució que adopti el jutge tot i adaptant el contracte serà arbitrària, però, per altra banda, qualsevol decisió judicial mai és independent en un 100%. Però els tribunals han d'argumentar la resposta, i estan sotmesos a normes de lleialtat al legislador i el respecte al paper que juguen per les conseqüències que les seves decisions en l'opinió pública general poden generar.

Una altra de les objeccions que s'acostuma argumentar en contra de la revisió judicial és el perill que pot significar per a una economia de lliure mercat. El principi de la vinculació contractual aporta, d'entrada, estabilitat en aquest tipus d'economia, que considera que els individus són plenament capaços de negociar per sí mateixos i calcular els riscos de les seves operacions; qualsevol ingerència comportaria un risc per a la salut del lliure mercat; a més a més, si les parts han decidit mantenir silenci sobre algun tipus de risc, el dret assenta que la part ha assumit el risc de pèrdua; i, finalment, un dels arguments que també s'utilitza és el de la subjectivitat dels valors: els jutges no poden imposar les seves concepcions individuals sobre l'ètica o justícia contractual perquè no han de coincidir, necessàriament, amb les de les parts contractants³⁰⁵. Ara bé, els jutges es mostren cautelosos quan revisen els contractes³⁰⁶ i no tenen una discrecionalitat completa i plena. Per exemple, a França, la llei de 15 juliol

³⁰⁴ MOMBERG URIBE, RODRIGO, *The effect of a change of circumstances...* op.cit, pàg. 249

³⁰⁵ COLLINS, HUGH (2003), *The Law of Contract*, London: LexisNexis, pàg. 295

³⁰⁶ Als Estats Units hi ha un cas cèlebre de revisió judicial, *Alcoa v. Essex Group*, aïllat i únic en què el tribunal revisa el contracte perquè s'ha produït un canvi sobrevingut de les circumstàncies, a causa d'un augment dràstic dels costos de producció d'Alcoa per la crisi energètica de 1973. En primera instància, la Cort Federal del Districte va sentenciar a favor d'Alcoa, tot argumentant que hi havia hagut error (*mistake*) quan es va escollir l'índex per a reajustar i a més a més, excessiva onerositat sobrevinguda. Per això va revisar el contracte i substituir l'índex per un nou que va establir el Tribunal. El jutge va destacar que el fracàs de les negociacions entre les parts va ser el requisit necessari per a que el Tribunal intervingués, com a última *ratio*. Malgrat el caràcter innovador del cas, la jurisprudència americana no ha mantingut aquesta línia argumentadora i el caràcter revisionari dels contractes via judicial no s'ha perpetrat extensivament, MOMBERG URIBE, RODRIGO, *La revisión del contrato por las partes*, op.cit. pàg. 67. Alguns autors es van mostrar força crítics amb la decisió presa pels tribunals a *Alcoa*, vide.: WHITE, JAMES., PETERS, DAVID (2002) “A Footnote for Jack Dawson”, *Michigan Law Review* 100, 1954-1979,

1975, va donar poders als tribunals per tal que poguessin reduir les clàusules penals excessives, però aquests van utilitzar aquest poder amb moderació³⁰⁷. Precisament, si la fase de renegociació *inter partes* fos compulsiva, s'evitaria aquesta intervenció del jutge que no s'immisciria en el negoci jurídic i quedaria blindat el principi del *pacta sunt servanda* perquè la modificació seria acordada per les dues parts contractants.

En el dret germànic, a tall d'exemple, l'actuació judicial per adaptar el contracte és vista positivament des del punt de vista d'orientació social (§242 BGB), tot seguint els principis de la bona fe. El motiu és la protecció de la part dèbil del contracte o deutor que ha de seguir amb el desequilibri del contracte després del canvi sobrevingut de circumstàncies (§313 BGB)³⁰⁸. La rescissió o resolució del contracte són les *ultimes ratios*, i la renegociació entre les parts és vista com una primera fase obligatòria. Així, el principi del *pacta sunt servanda* conserva la seva preponderància³⁰⁹.

³⁰⁷ MAZEAUD, *op. cit.*, pàg. 559: "l'existence d'un pouvoir de révision judiciaire ne rime pas fatalement avec l'instabilité contractuelle et n'emporte pas nécessairement la chute des colonnes du temple contractuel »

³⁰⁸ Artículo 313 BGB: alteración de la base del negocio (Vide LAMARCA MARQUÈS, ALBERT, (2013) *Código Civil alemán*, Bürgerliches Gesetzbuch, Madrid: Marcial Pons, pàg.101):

- (1) Si con posterioridad a la celebración del contrato se han modificado
- (2) de modo substancial las circunstancias que han devenido la base del contrato y, de haber previsto esta modificación, las partes no hubieran celebrado el contrato o lo hubieran celebrado con otro contenido, puede exigirse la adaptación del contrato en la medida en que no pueda exigirse a una parte el mantenimiento del contrato no modificado, teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso concreto, especialmente la distribución legal o contractual del riesgo.
- (3) Se equipara a una modificación de las circunstancias el hecho que presupuestos esenciales, que han devenido la base del contrato, resultan ser falsos.
- (4) Si no es posible o no es exigible a una parte una adaptación del contrato, la parte perjudicada puede resolver el contrato. Para las relaciones obligatorias continuadas, en lugar del derecho de resolución rige el derecho de denuncia.

³⁰⁹ KARAMPATZOS, ANTONIS (2005), Supervening Hardship as Subdivision of the General Frustration Rule: A Comparative Analysis with Reference to Anglo-American, German, French and Greek Law, *European Review of Private Law* 2-2005 (105-147), Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, pàg. 133: "For rescission (Rücktritt) or termination (Kündigung) of the contract are designed as *ultimae rationes*, i. e. rights granted only when the contractual adjustment places an "unconscionable" burden on one of the contracting parties –or, further, when the adjustment is (objectively) impossible. Equally important is the observation that the adjustment, since it is constructed as a claim ('adjustment of the contract may be claimed'), only comes into operation following a formative judicial decision. This is a contrast to the former view that the adjustment comes about by 'force of law' (kraft Gesetzes) and that the subsequent judicial judgment can thus only have the effect of recognizing it. This amendment evidently meets the requirements of the principle of legal certainty (Rechtssicherheit). But, furthermore, it entails that the parties are first obliged to enter into negotiation for a possible adjustment, and

2.3.- L'adaptació judicial dels “*unfair contracts*” en general: el cas paradigmàtic de l'article §36 del *Nordic Contract Act*

La majoria d'ordenaments jurídics dels Estats membres no tenen cap previsió general d'adaptació dels contractes asimètrics. L'onada expansiva de protecció de les parts més dèbils s'inicià en la majoria d'ordenaments jurídics europeus a partir dels anys setanta, quan la política de protecció del consumidor va començar a expandir-se³¹⁰.

L'ordenament nòrdic constitueix una excepció a través de la clàusula general *ex art. §36*³¹¹ del *Nordic Contract Act*, que atorga facultats interventores al jutge o tribunal a fi de preservar l'estabilitat contractual.

La previsió del *Nordic Contract Act* establerta en l'article §36 fou incorporada l'any 1976 amb una redacció molt general, tot i atribuint als tribunals àmplies facultats per anul·lar o modificar els contractes considerats injustos. Aquesta previsió tenia com a finalitat la protecció de la part dèbil del contracte, no només els consumidors, sinó tots aquells que tinguin una posició contractual inferior. Malgrat que la lectura de l'article pugui conduir a una ampliació del poder del jutge sobre la relació contractual, els tribunals s'han mostrat força prudents a l'hora d'utilitzar les facultats atorgades per aquest article³¹².

only if this proves fruitless are they entitled to ask for judicial intervention. Under this 'formule de collaboration' the sanctity of contract seems to gain an additional protection bar; for the parties are initially forced to search for a solution that responds to their real will and interests, and, in this way, to make an attempt to avoid a contractual modification imposed by the "reasonable third party", i.e. the judge, at his almost free discretion"

³¹⁰ LURGER, BRIGITTA (2011): "The Social Side of Contract Law and the New Principle of Regard and Fairness", a HARTKAMP, ANTHONY., HESSELINK, MARTIN W., HONDIUS, EWOUT., MAK, CHANTAL., DU PERRON, EDGAR, *Towards a European Civil Code*, Alphen an den Rijn: Kluwer law international, pàg.357

³¹¹ "§36: (1) *An agreement may be amended or set aside, inwhole or in part, if its enforcement would be unreasonably or contrary to principles of fair conduct. The same applies to other legal transactions.*
(2) *In applying subsection 1 of this provision, consideration shall be given to the circumstances at the time of the conclusion of the agreement, the content of the agreement and the later developments"*

³¹² STRÖMHOLM, STIG (1989), "The Freedom to contract- a complex cluster of rules", a VICTORIN, ANDERS, (ED.), *Scandinavian Studies in Law* 1989, Stockholm: Almqvist&Wiksell International, 1989, pàg. 214

La doctrina que ha analitzat amb més profunditat aquest article afirma que el destinatari final de la norma és el jutge a qui s'apodera per anul·lar tot o parcialment el contracte o bé modificar-ne el seu contingut. Les crítiques es dirigeixen a assenyalar la possible limitació de la llibertat contractual³¹³ per causa d'aquesta facultat interventora dels tribunals. Ara bé, els poders dels jutges seran discrecionals, i si bé pot optar per utilitzar-los, també ho pot fer en sentit contrari³¹⁴. També en l'ordenament jurídic italià es comença a atorgar poders al jutge cap funcions més actives en la governabilitat del contracte, tot i atribuint-li poders per a corregir l'autonomia contractual de les parts i reconduir cap a criteris equitatius les clàusules que siguin contràries a la bona fe i a l'honradesa en els tractes³¹⁵. La tendència expansiva del control del contracte per part del jutge s'expandeix en tots els instruments doctrinals europeus i també ens les codificacions dels ordenaments dels països membres; una involució en aquesta nova ona de control del contingut del contracte no sembla que sigui ja possible en un context altament globalitzat i sempre alerta de les innovacions legislatives dels codis europeus.

Aquesta clàusula general pròpia del dret nòrdic té un abast ampli; és a dir, no és limitada a les clàusules abusives sinó que tot aquell contracte que esdevingui injust per a una de les parts podrà ser anul·lat o modificat per un tribunal. Així, tan en casos de desequilibri inicial com seria la *unfair advantage* o desequilibri sobrevingut (*hardship*) podria el jutge utilitzar l'article §36. És un emmirallament

³¹³ La llibertat contractual és considerada com un punt central en una economia de mercat, com és la dels països del continent europeu. Ara bé, "*differences of political opinion often regard the question of how far the State should go in intervention*", *Ibidem* pàg. 218

³¹⁴ (...) *an attempt to analyze in more detail the exact meaning "may" in sec. 36 of the Contracts Act illustrates a dilemma of legislative technique. It appears probable that the attractive form "may" was chosen so as to open to the courts a new possible course of action not available without special provisions. But "may do" in normal linguistic usage implies also "may elect not to do"; in the case under consideration, however, this interpretation is unreasonable. The courts should –unless counter-reasons of some weight exist– use the powers afford by sec. 36 of the Contracts Act. A "shall-rule" on the other hand would have created conflicts with the surrounding rules of this type in chapter 3 of the Act. For the provision to fulfil a sensible function, the "may" of sec. 36 must read "may and should" The "discretion" of the courts is not entirely free. It is also usual in legal writing to speak of "bound discretion", that is, freedom within the framework of generally accepted values, general guidelines, etc, Ibidem pàg. 217 i 218*

³¹⁵ CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE. UFFICIO DEL MASSIMARIO E DEL RUOLO (2010) *Buona fede come fonte di integrazione dello statuo negoziale: Il ruolo del giudice nel governo del contrato*, Roma: Relazione Tematica, n°116, pàg. 19

del “*general fairness model*” que persegueix el dret nòrdic: d’extensió de normes que permetin corregir tots aquells contractes que siguin injustos i que facilitin que la maquinària de l’Estat no serveixi per donar efecte a contractes altament desequilibrats³¹⁶.

A més am és, el *Nordic Contract Act* té una clàusula més específica pels casos d’*unfair advantage*: l’article §31³¹⁷ s’aplica quan una part ha obtingut un avantatge injust de les dificultats econòmiques o personals de l’altra, falta de judici o relació de dependències entre ambdues i que comporta una desproporció excessiva entre les prestacions. I, l’article §33 permet anul·lar contractes que s’han conclòs sota circumstàncies que denoten una violació de la bona fe contractual³¹⁸.

En definitiva, el ventall d’alternatives cromàtiques i matisades al voltant de la resolució del contracte prenen la forma de la renegociació i l’adaptació judicial, i es configuren com els efectes de la ruptura de l’equilibri contractual que permeten mantenir viu el contracte; subjauen en aquest nova esfera del dret contractual europeu, marcadament social i que té present les circumstàncies actuals que rodegen la Unió: la crisi econòmica en què la comunitat europea conviu i les enormes desigualtats que incrementen cada vegada més entre els particulars. Per això, malgrat les dificultats que té el legislador per regular mecanismes de protecció de la part dèbil sense sobrepassar el principi del *pacta sunt servanda*, sembla ser que el dret fa una aposta per una justícia contractual més equitativa³¹⁹ i, per tant, que permeti modificar contractes

³¹⁶ WILHELMSSON, THOMAS (2008), “Various Approaches to Unfair Terms and Their Background Philosophies”, a *Jurídica Internacional XIV/2008*, pàg. 54

³¹⁷ VON BAR, CHRISTIAN, CLIVE, ERIC, (Eds.), *Principles, Definitions... op.cit.*, pàg. 511

³¹⁸ LURGER, BRIGITTA (2011), “The ‘Social’ Side of Contract Law and the New Principle of Regard and Fairness”, a HARTKAMP, ARTHUR, HESSELINK, MARTIN W, HONDIUS, EWOUT, MAK, CHANTAL, DU PERRON, EDGAR, (Eds.), *Towards a European Civil Code*, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, pàg.359

³¹⁹ En la proposta presentada per Del Pozo Carrascosa, Vaquer Aloy i Bosch Capdevila de text articulat sobre teoria general del contracte al llibre VIè, i dins les disposicions generals, regulen l’adaptació del contracte per canvi en les circumstàncies essencials (art. 612-11): “(...) *si com a conseqüència d’un canvi en les circumstàncies essencials que van tenir en compte les parts en concloure el contracte la prestació d’una part esdevé excessivament onerosa, per una causa imprevista i sense que cap de les parts n’assumís el risc, els contractants, i en el seu defecte l’autoritat judicial, han de modificar el contracte a fi de restablir un equilibri raonable entre les*

substancialment injustos. Tanmateix, hem de tenir present que l'autonomia de la voluntat³²⁰ és pròpia d'una societat sana i adulta i aparentment no ignara, com és la del segle XXI, i de qui es presumeix un cert sentit de l'esperit crític. Com apunta, creiem que encertadament però també il·lusòriament, CARRASCO PERERA en el seu *Derecho de contratos*³²¹, un dels arguments per fer de defensa del *pacta sunt servanda* (fins al seu extrem) és precisament que aquest principi també és una regla moral, *conforme a la cual cada uno debe responsabilizarse de las consecuencias de su propia conducta e internalizar los resultados prósperos o adversos que ello traiga consigo*. Aquesta afirmació, no obstant, s'incardina més en una societat utòpica desitjada que no pas en la realitat que estem vivint.

3.- La ineficàcia del contracte: la resolució judicial en els casos de desequilibri econòmic del contracte

respectives posicions jurídiques", POZO CARRASCOSA, PERE, VAQUER ALOY, ANTONI I BOSCH CAPDEVILA, E., *Proposta de text articulat...*, op.cit.

³²⁰ "Reconocer al individuo la posibilidad jurídica (es decir, contemplada por el ordenamiento y, por tanto, protegida por el Derecho) de organizar libremente sus relaciones con los demás individuos supone reconocer que la voluntad individual tiene capacidad de crear Derecho. Detrás de esta afirmación se encuentra una determinada concepción del hombre, caracterizada por la idea de libertad", VENEGAS GRAU, MARIA (2004), *Derechos fundamentales y Derecho privado, Los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares y el principio de autonomía de la voluntad*, Madrid: Marcial Pons, pàg. 35

³²¹ CARRASCO PERERA, ÀNGEL, *Derecho de contratos*, ob.cit. pàg. 67 i 68. Entre altres arguments en pro del *pacta sunt servanda*, l'autor esmenta: " (...) Es un mandato constitucional (10, 38 CE), porque los sujetos que componen la sociedad civil de un orden jurídico deben disponer en la mayor medida posible de un instrumento (el contrato) para componer y coordinar sus respectivos intereses en la forma que más le convenga. Es una regla de eficiencia económica ineludible en sistemas de libertad de mercado, porque la optimización de los recursos y la satisfacción de las aspiraciones privadas quedan mejor servidas si se entrega a sus protagonistas la competencia de decidir la asignación de los recursos de los que disponen (...) es una regla de distribución de riesgos y permite la previsibilidad de los costes de las decisiones. Es un sistema de asignación de recursos que minimiza los costes públicos y que defiende que no deben invertirse recursos de los contribuyentes para realizar asignaciones de recursos que pueden ser conseguidas por los particulares a su propia costa. Es una regla que refleja la racionalidad limitada de cualquier sistema de asignación jerárquica de recursos, ya que normalmente serán subóptimas las decisiones de asignación tomadas por aquellos que no internalicen las consecuencias favorables o adversas de estas decisiones, como serían los jueces, el legislador o los funcionarios con poder regulador (...) es finalmente una regla exigida por la neutralidad valorativa de un Estado constitucional, en el que nadie está en condiciones de dictar a los particulares los valores que éstos deban satisfacer en su vida privada o en sus negocios.

La resolució o finalització del contracte és la solució més dràstica (i més fàcil) quan es produeix una ruptura de l'equilibri contractual, ja sigui inicial o sobrevingut³²².

Les propostes doctrinals de dret contractual europeu no donen prevalença a les altres opcions (renegociació o adaptació del contracte) per sobre de la finalització, ni en els casos de *gross disparity* o *unfair exploitation*, així com tampoc pels casos de *hardship*), malgrat que si fem una interpretació finalista de l'articulat de les propostes contractuals europees i de la lectura dels comentaris oficials, sí que podríem interpretar un favoritisme d'aquests remeis conservadors enfront del remei resolutori com seria la finalització del contracte^{323 324}.

En els supòsits de canvi sobrevingut de circumstàncies, la part que té avantatge ha de ser considerada com una part innocent³²⁵ (en els supòsits d'avantatge injust aquesta perspectiva és més difícil de considerar perquè la majoria d'instruments doctrinals consideren la mala fe d'una de les parts com un dels elements definitoris de la figura). Quan s'esdevé el canvi sobrevingut de circumstàncies, aquestes són causades per factors externs a ambdues parts, i, a més a més, el creditor o la part que guanya l'avantatge ha executat la seva prestació o, si més no, estava disposat a fer-ho. Per tant, l'aplicació d'aquest remei –la resolució– ha de considerar, també, la posició d'aquest creditor³²⁶.

³²² “Early termination against the will of the consumer, tenant or worker must be a measure of last resort”, NOGLER, LUCA., REIFNER, UDO, *Life-Time contracts*, op. cit, pàg. 51

³²³ VON BAR, CHRISTIAN, CLIVE, ERIC, *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. DCFR*, op. cit., pàg. 715 (*hardship*) i 509 (*unfair exploitation*)

³²⁴ Els comentaris oficials dels PECL sí que consideren la resolució judicial com la *última ratio*, tot facilitant la intervenció judicial només pels supòsits en què les negociacions entre les parts hagin fracassat, LANDO, OLE, BEALE, HUGH (Eds.) (2003), *Principios de Derecho Contractual Europeo (partes I y II)*, Madrid: Colegios notariales de España, pàg. 474

³²⁵ Els comentaris oficials als Principis UNDRIT de 2010 estableixen (pàg. 237) que la resolució del contracte –pels supòsits de *hardship*– “*dado que la resolución del contrato en este supuesto no depende del incumplimiento de una de las partes, el efecto de dicha resolución sobre las prestaciones realizadas hasta ese momento difiere de aquél que regula el capítulo pertinente (arts. 7.3.1 y sig). El parágrafo (4)(a) dispone que el tribunal podrá resolver el contrato en fechas y condiciones a ser fijadas y siempre que lo consideren razonable*”.

³²⁶ MOMBERG URIBE, RODRIGO, *Los efectos de la imprevisión contractual: un análisis comparado*, op.cit, pàg. 89: “*De acuerdo a lo anterior, el acreedor tiene derecho a no ser afectado negativamente por la terminación del contrato, hasta el límite del riesgo que debe ser asumido*”

D'entrada, si la renegociació es considera com una fase prèvia i obligatòria a la resolució contractual, aquesta última només podria sol·licitar-se després d'esgotar l'intent de renegociació i/o adaptació judicial.

No obstant, la resolució judicial, com assenyala MOMBERG, ha d'estar sempre configurada com un remei que pugui exercir la part innocent que en surt avantatjada – en els casos de canvi de circumstàncies- qui, davant d'una proposta d'adaptació pugui optar per la resolució. Malgrat això, també és cert que aquest dret d'opció de resoldre el contracte podria entrar en contradicció amb el principi del *favor contractus*³²⁷; ara bé, aquest exercici de resolució del

por la parte afectada. Así, el acreedor debe estar facultado para recuperar los gastos razonables incurridos en virtud del contrato e incluso los perjuicios que la terminación anticipada del mismo acarreen. El monto de los perjuicios debe ser determinado en relación con los riesgos que razonablemente corresponden al deudor en condiciones normales de ejecución del contrato, es decir, aplicando el mismo parámetro (el límite del sacrificio) que se indicó para la adaptación del contrato. Así, la parte afectada por el cambio de circunstancias mantiene su responsabilidad por la (no excesiva) onerosidad sobreviniente”.

³²⁷ Les propostes doctrinals europees pressuposen que les parts tenen la càrrega de renegociar el contracte a fi de restablir l'equilibri econòmic del mateix. La primera mesura no seria, doncs, l'extinció del contracte, sinó la renegociació. La jurisprudència més recent del Tribunal Suprem dona preferència a la conservació del contracte (STS 11.3.2014, núm. 2948/2012: “ *En este contexto, debe diferenciarse la labor interpretativa consistente en una mera y directa moderación por el juez de la cláusula declarada abusiva, extremo que prohíbe la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sentencia de 4 de junio de 2012, en interpretación de la directiva 93/13/CE del Consejo, de 5 de abril de 1993, del juicio de eficacia contractual resultante que necesariamente se deriva tras la declaración de abusividad de la cláusula en cuestión. A este sentido, responde la legislación especial en la materia de condiciones generales, en donde los artículos 9.2 y 10 LCGC, permiten al Juez “aclarar la eficacia del contrato” declarando la nulidad del mismo solo cuando la cláusula afecte a un elemento esencial (artículo 1261 CCE9, o determine una situación no equitativa en la posición de las partes que no puede ser subsanada. Alcance, por lo demás, concordante con la relevancia que esta Sala, de acuerdo con la orientación de los textos de armonización del Derecho de Contratos Europeo, reconoce respecto del principio de conservación de los actos y negocios jurídicos (favor contractus) no sólo como canon o criterio hermenéutico, sino como principio general del derecho (SSTS 17 de enero de 2013, núm. 820/2013 y 15 de enero de 2013, núm. 827/2013) (FJ 5)”.* Així, la STS de 15 de gener de 2013, núm. 827/2012 (RJ\2013\2276), assenyala (FJ 3) que “(...) la cuestión se vislumbra de un modo más nítido si nos preguntamos por el alcance sistemático que posibilita el ámbito conceptual de la figura, particularmente del principio de conservación de los contratos o “favor contractus”. Este principio no solo se ha consolidado como un canon hermenéutico que informa nuestro ordenamiento jurídico, con múltiples manifestaciones al respecto, sino también como un elemento instrumental decisivo en la construcción de un renovado Derecho Contractual Europeo conforme a lo dispuesto en los principales textos de armonización, como la Convención de Viena, los Principios de Derecho Europeo de la Contratación (PECL) y, particularmente, la propuesta de Anteproyecto de Ley de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos. De modo que tal y como hemos señalado en las recientes Sentencias de 28 de junio y 10 de septiembre de 2012, precisamente en el marco del contrato de compraventa, la conservación de los contratos se erige como un auténtico principio informador de nuestro sistema jurídico que comporta, entre otros extremos, el dar una respuesta adecuada a las vicisitudes que presenta la dinámica contractual desde la preferencia

contracte s'hauria de subjectar al pressupòsit previ d'intent esgotador de la via renegociadora (sense que existeixi mala fe del creditor)³²⁸ i no podria exercir aquesta facultat resolutòria el creditor si afectés greument els drets de tercers (p.ex., en els casos de serveis públics que no puguin interrompre's sense un perjudici greu per als consumidors).

La Compilació del Dret Civil de Catalunya, en seu de rescissió per lesió, parla de rescindibilitat del contracte. Permet el mecanisme de completar el preu lesiu per evitar la rescissió (ex art. 325 CDCC), la qual cosa denota un tipus d'adaptació del contracte que en permet la seva conservació³²⁹. El Projecte de llibre sisè, també fa servir el terme "*rescindibilitat per als casos de lesió en mes de la meitat i avantatge injust*" i esmenta la possibilitat d'adaptació judicial, amb els inconvenients pel que fa a legitimació que ja hem esmentat a priori.

MIRAMBELL³³⁰ apunta que en el procés d'adopció del Projecte de Llibre VIè del Codi civil de Catalunya es va passar l'avantatge injust de causa de nul·litat a causa de rescissió³³¹, amb dubtosa oportunitat. En l'àmbit subjectiu, tal i com sosté l'autor, seria més raonable una acció d'anul·labilitat (tal i com fan palès

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 (FJ 3º).

³²⁸ MOMBERG URIBE, RODRIGO, *The effect of a change of circumstances on the binding force of contracts*, op.cit., pàg. 257-258

³²⁹ Aquesta facultat de completar el preu lesiu és contemplada pel Codi civil, també, en seu de partició hereditària cfr. 1077 CCE

³³⁰ MIRAMBELL I ABANCÓ, ANTONI(2015), "Un projecte de llei del llibre sisè del Codi civil de Catalunya, relatiu a les obligacions i els contractes", a INSTITUT DE DRET PRIVAT EUROPEU I COMPARAT. Universitat de Girona (Coord.), *El llibre sisè del Codi civil de Catalunya: anàlisi del Projecte de llei*, Girona: Documenta Universitaria, pàg.44

³³¹ Són rescindibles els contractes en què encara que concorrin tots els elements constitutius necessaris perquè siguin vàlids, el dret considera que poden deixar-se sense efecte perquè són injustos per una de les parts o per un tercer. En alguns ordenaments la rescissió s'admet amb plenitud per a tots els supòsits en què hi ha un desequilibri econòmic important entre les prestacions de les parts (lesió, tal i com fa la CDCC), sempre que aquest desequilibri hagi sigut causat per una situació especial de debilitat de l'altra part (aquest és el cas de l'art. 1448 del *Codice civile*), vide PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, FRANCISCO (2013), "La nulidad de los contratos" a SÁNCHEZ LORENZO, SIXTO, (Ed.), *Derecho contractual comparado. Una perspectiva europea y transnacional*, Cizur Menor: Civitas Thomson Reuters, pàg. 558 i seg. Ara bé, els ordenaments que entenen la rescissió en un sentit ampli requereixen la concurrència de tres elements: la lesió objectiva, és a dir, la desproporció excessiva entre les prestacions; la situació de debilitat d'una de les parts i l'abús de l'altra part d'aquest estat de necessitat. Aquests tres elements són els que configuren la figura més apurada d'explotació injusta, encara que, si es configura com un vici de consentiment, el remei més raonable seria l'anul·labilitat i no la rescissió,

Del Pozo Carrascosa, Bosch Capdevila i Vaquer Aloy en la seva proposta de text articulat sobre teoria general del contracte en el Codi civil de Catalunya³³²), com queda configurat en les propostes contractuals europees i en altres codis europeus com l'holandès (*cf.* ex art. 3:44 BW). No hem d'oblidar que la rescissió és un supòsit d'ineficàcia contractual i no d'invalidesa del contracte, per tant, no podem utilitzar l'acció rescissòria per atacar negocis nuls o anul·lables, com seria el que es desprèn d'un supòsit d'avantatge o explotació injusta³³³. Però, des d'un fonament objectiu, la rescissió es presenta com la millor fórmula d'ineficàcia perquè garanteix la justícia commutativa i, mitjançant el complement lesiu del preu (per exemple) o l'adaptació judicial preserva el contingut del contracte³³⁴.

Com ja hem apuntat, el Codi Civil espanyol no recull expressament el supòsit de *la gross disparity* (i la clàusula *rebus sic stantibus* és una creació jurisprudencial en el nostre CCE) i, per tant, tampoc contempen supòsits de renegociació o adaptació judicial per aquests casos. Tanmateix, hi ha dues lleis que sí generen mecanismes de protecció de la part dèbil pels supòsits de greu desequilibri entre les prestacions de les parts i ho fan des d'una òptica resolutòria (la primera) i d'adaptació judicial (la segona); són les ja citades Llei de la Usura de 23 de juliol de 1908 i la Llei 60/1962, de 24 de desembre, sobre *auxilios, salvamentos remolques, hallzagos y extracciones marítimas*. La primera declara nul el contracte de préstec establert amb condicions lleonines, tal i com fa el BGB pels supòsits de contractes usuraris, article §138.2. El dret alemany en seu d'usura considera nul el contracte i aquest és l'únic i últim remei que preveu el legislador alemany³³⁵. Difícilment podrien aplicar-se les

³³² DEL POZO CARRASCOSA, PERE., BOSCH CAPDEVILA, ESTEVE, VAQUER ALOY, ANTONI, *Proposta d'un text articulat...*, *op.cit*

³³³ Així ho considera la STS de 21 de noviembre de 2005, RJ \2005\7678, en el seu FJ 3r: "El artículo 1290 del Código Civil establece que los contratos válidamente celebrados pueden rescindirse en los casos establecidos por la Ley. Lo que se traduce en que la acción rescisoria no sea la adecuada para declarar la ineficacia de negocios nulos, aunque se oculten bajo una falsa apariencia" i així també ho sosté GARCÍA VICENTE, JOSÉ RAMÓN, a BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, RODRIGO (2013), *Comentarios al Código civil, Tomo VII*, València: Tirant lo Blanch, pàg. 9199

³³⁴ MARTÍN PÉREZ, JOSÉ ANTONIO, *La rescisión del contrato*, *op. cit.*, pàg. 76

³³⁵ ENNECCERUS, KIPP, WOLF (1981), *Tratado de Derecho civil, Tomo Primero, Parte General, II Parte*, Barcelona, Bosch Editorial, pàg.645

normes de la *rebus sic stantibus* que preveu el BGB sobre renegociació i adaptació judicials als negocis usuaris³³⁶ (pels casos de *hardship* el BGB sí que preveu renegociació i adaptació judicial) i aquesta última, en canvi, permet que el jutge modifiqui³³⁷ aquell conveni d'auxili i salvament dels llocs de la navegació marítima que hagi sigut estipulat en un estat de necessitat o de perill per una de les parts, si considera que les condicions que es van pactar en aquell contracte no van ser equitatives. Veiem, per tant, com s'aposta també per donar primacia al manteniment del contracte i no a la seva resolució³³⁸. Pel que fa als supòsits de rescissió tipificats pel CCE, que ja hem qualificat de subjectivitat limitada, l'efecte principal que comportaria la rescissió seria la destrucció del contracte i, en conseqüència, caldria restituir totes les prestacions que s'haguessin executat amb anterioritat (art. 1295 CCE). En aquest sentit, constatem que no hi ha un mecanisme de *reductio ad aequitatem* en el CCE (com sí existeix en les dues compilacions forals que contempnen la *laesio enormis*, la catalana i la navarresa) que permeti evitar la rescissió: a través del complement del preu o de reequilibri de la lesió que s'ha sofert (sí que trobem un exemple en seu successòria, com seria el que proposa l'article 1077 del Codi civil, que permet el pagament d'una indemnització en seu de partició hereditària) es conserva el contracte, en pro de la seguretat i estabilitat del tràfic jurídic³³⁹.

³³⁶ CARTWRIGHT, JOHN, SCHIMDT-KESSEL, MARTIN, *Defects in consent: Mistake, Fraud, Threats, Unfair Exploitation*, op.cit, pàg.406

³³⁷ Vegeu l'article 8 I de la *Ley 60/1962*: "*Todo convenio de auxilio y de salvamento estipulado en el momento y bajo el influjo del peligro podrá ser, a petición de una de las partes, modificado por el Tribunal Marítimo Central, si se estima que las condiciones estipuladas no son equitativas*".

³³⁸ GASPAR LERA, SILVIA (2014) "Formación de la voluntad contractual, vicios del consentimiento y remedios", a PARRA LUCÁN, MARIA ÁNGELES (2014), *Negociación y perfección de los contratos*, Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi, pàg.274

³³⁹ Article 1077 CCE:
"*El heredero demandado podrá optar entre indemnizar el daño o consentir que se proceda a nueva partición. La indemnización puede hacerse en numerario o en la misma cosa en que resultó el perjuicio. Si se procede a nueva partición, no alcanzará ésta a los que no hayan sido perjudicados ni percibido más de lo justo*".

Una altra via de solució jurídica davant dels supòsits de lesió contractual (restringint-ho aquí a supòsits de lesió en més de la meitat del preu just) que ha proposat la doctrina és l'opció indemnitzatòria, tot i fent una valoració de la conducta lesiva de l'altra part. Es manté la possibilitat de conservar el contracte juntament amb la indemnització (des d'aquesta òptica és preferible a la rescissió) però és difícil equiparar supòsits d'ineficàcia vinculats als límits i exigències que la llei col·loca davant l'autonomia privada amb els problemes que reclamen una reintegració del dret que s'ha vulnerat³⁴⁰. Aquesta perspectiva indemnitzatòria és la mateixa que es desprèn de la indemnització del dany causat per dol incidental (ex art. 1270.2 CCE) en què el contractant mogut pel dol de l'altra part ha acceptat concloure el contracte, però si no hagués existit aquest dol (incidental) les condicions del contracte haguessin estat unes altres. Per tant, s'observa una desviació entre la voluntat contractual moguda pel dol incidental i el contracte que es conclou³⁴¹; tot fent un paral·lelisme amb l'explotació injusta, si el contractant no s'hagués trobat en un estat de necessitat, segurament les prestacions que s'haguessin acordat entre les parts no haurien estat tan desequilibrades i s'hagués mantingut l'equilibri contractual que desprèn la justícia commutativa. En el dol incidental, potser que el dol no fos determinant per a prestar el consentiment contractual però sí que ha produït danys a l'altra part i que, per tant, són indemnitzables.

En definitiva, considerem que el mecanisme de la resolució judicial, tan pels casos d'avantatge injust com pels de canvi sobrevingut de circumstàncies, s'ha de mantenir però configurat com un remei subsidiari. El primer efecte de la ruptura excessiva de l'equilibri contractual estaria configurat per l'adaptació del contracte, prèvia *inter partes*, com un intent de renegociar el contracte a fi de reequilibrar-ne la seva economia, i, subsidiàriament, per intervenció judicial quan l'acord no és possible. Aquest és l'opció que recolza més el principi de

³⁴⁰ MARTÍN PÉREZ, JOSÉ ANTONIO, *La rescisión del contrato... op.cit*, pàgs. 76-77

³⁴¹ Díez-PICAZO, LUIS (2009), "Notas sobre la indemnización del daño causado por el dolo incidental", *Anuario de Derecho civil*, Vol. 62, nº3, pàg. 1053, i afegeix al final del text l'autor que " (...) *En el caso concreto sólo puede hablarse de daño en la medida en que exista un modelo contractual equitativo en que el intercambio se realiza justamente, probablemente porque no se puede hablar de plena libertad contractual y no nos encontramos en presencia de contratos cuya justicia deriva de haber sido limpia y lisamente aceptada. Presupone en este sentido el artículo 1269 CCE un esquema abstracto de justicia contractual y daño producido por la desviación*".

seguretat contractual, ja que reviu el contracte i, per tant, en permet la seva conservació. Aquest principi director del *favor contractus* és després en totes les codificacions doctrinals europees i és considerat per la dogmàtica jurídica més moderna. L'exemple nòrdic és un cas paradigmàtic de fins a quin punt el *pacta sunt servanda* pot arribar a flexibilitzar-se per tal d'adaptar el contracte a les circumstàncies que el rodegen o fer-lo més just i equilibrat. No obstant, també som conscients del risc que pot córrer l'autonomia de la voluntat, la relativitat contractual, i el principi del contracte com a llei entre les parts, sobretot quan un tercer apareix (com seria el jutge) per imposar o si més no animar les parts a establir un renovat lligam contractual que permeti reflectir d'una millor forma la justícia commutativa pròpia del dret privat. Seria necessari, tanmateix, que el jutge mai imposés unes noves clàusules contractuals que no haguessin sigut previstes per les parts o amb què les parts no estiguin conforme.

Nogensmenys, constatem que els arguments que animen a adaptar el contracte són més raonables i és per això que podem afirmar que el mecanisme resolutori no és, almenys d'entrada, la solució més òptima (o si més no la perseguida) per les parts quan negocien i conclouen la confecció del contracte.

CONCLUSIONS

Primera. La justícia contractual

La utilització del dret privat amb objectius de tipus social, reflex del trànsit cap a un dret contractual més just que incorpora disposicions que persegueixen la protecció de les parts més dèbils de la relació contractual, no ha de subordinar el dret contractual als valors constitucionals (que han de complementar-se) sinó que ha de conservar la seva independència i l'autoregulació inherent perquè l'autonomia de la voluntat és un dels principis vertebradors i constituents dels ordenaments jurídics dels Estats membres.

Segona. La competència legislativa per a la regulació dels remeis reequilibradors del contracte

La Generalitat de Catalunya pot positivitzar el principi de conservació del negoci jurídic i regular el règim jurídic dels remeis concrets reequilibradors de l'asimetria econòmica del contracte. Aquesta regulació no envaeix la reserva competencial de l'Estat per a la regulació de les bases de les obligacions contractuals que s'han de restringir a aquelles normes relatives a la validesa i eficàcia del contracte i a les normes relatives al compliment de les obligacions. D'altra banda, aplicant el recuperat criteri de la connectivitat de matèries, l'esmentada regulació encaixaria en el desenvolupament del dret existent atès que l'ordenament civil actual, ja conté previsions de restabliment d'asimetries econòmiques originàries i sobrevingudes.

Tercera. La reformulació de la rescissió per lesió a la llum dels nous instruments del dret contractual europeu

És necessari configurar un nou remei que protegeixi aquells contractants que pateixen un desequilibri econòmic greu ja sigui per necessitat, asfíxia econòmica, inexperiència, feblesa o que es troben en alguna situació que no encaixa amb les figures tradicionals dels vicis de la voluntat però que hom considera que són dignes de protecció. La figura de la *laesio enormis* s'ha

mostrat insuficient perquè la seva fonamentació objectiva és limitada; per això, una opció raonable seria configurar una nova figura des de la vessant subjectiva i mantenir a la vegada, per estigma i consideració històrica, la rescissió per lesió tallada des d'un patró objectiu i fonamentada en aspectes de desequilibri econòmic vinculats a la causa onerosa

Quarta. L'exploració injusta com un pressupòsit d'ineficàcia del contracte

L'estat de necessitat no ha de ser configurat com una manifestació d'un vici de la voluntat ja existent (violència o intimidació) perquè no comparteix de ple el pressupòsit constituent de les figures. És més raonable establir un nou vici (*unfair advantage* o *unfair exploitation*), amb característiques i elements propis, tal i com regulen les propostes narrades pel *soft law* europeu.

Cinquena. Risc contractual i alteració sobrevinguda de les circumstàncies

L'aplicació del remei per alteració sobrevinguda de les circumstàncies ha de reequilibrar la relació contractual que ha esdevingut injusta preservant un impacte major del risc contractual en la part perjudicada que fa valer el remei. L'aplicació del remei no ha de conduir a l'assoliment d'un contracte just, sinó a evitar l'execució d'un contracte desproporcionadament injust.

Sisena. La vinculació debilitada del contracte de llarga duració

La introducció de mecanismes correctors de l'asimetria sobrevinguda del contracte que no pressupossin una variació inassumible de les prestacions pactades suposa una debilitació del vincle contractual i condueix a mantenir el principi *pacta sunt servanda* només per als contractes que mantinguin un equilibri contractual raonable.

Setena. La renegociació dels contractes en els casos de ruptura de l'equilibri contractual

La configuració de la renegociació com un efecte que s'esdevé quan es trenca l'equilibri econòmic dels contractes s'ha de regular com una obligació de les parts prèvia a la sol·licitud d'adaptació o resolució judicial, a mode d'una expectativa inexigible jurídicament, amb la rellevància que li atorga la bona fe,

però que no ha de comportar cap deure entre les parts d'arribar a un nou acord reequilibrador de l'economia contractual.

Vuitena. L'adaptació judicial del contracte com una manifestació del *favor contractus*

La regulació que s'estableixi ha d'estar presidida pel principi de conservació del contracte. En aquest sentit, sembla recomanable atribuir facultats d'adaptació al poder judicial per aquells supòsits en què sigui evident una profunda manca d'equilibri entre les prestacions de les parts, encara que el jutge no pot fer desaparèixer totalment el desequilibri eventual que es pugui produir en el contracte, ja que aquest, per definició, incorpora un element de risc que ha sigut assumit per les parts amb antelació.

Novena. La resolució del contracte com a *ultima ratio*

No sembla aconsellable introduir un model semblant a l'alemany en què la conseqüència del desequilibri inicial és la nul·litat del contracte. En l'àmbit subjectiu l'efecte més considerable és l'anul·labilitat (tal i com succeeix en la resta de contractes tenyits per algun tipus de vici del consentiment) mentre que els supòsits de *laesio enormis* encaixen més amb la rescissió ja que són exemples d'ineficàcia del contracte. El principi director del *favor contractus* considerat per la doctrina més moderna permet flexibilitzar el contracte a fi d'adaptar-lo a les noves circumstàncies i interessos de les parts. En tot cas, però, són les parts les que estan més preparades per decidir quin destí volen donar al seu negoci jurídic.

BIBLIOGRAFIA

- ALEGRET BURGUÉS, M^a EUGÈNIA (2010), *La rescissió per lesió ultra dimidium en la jurisprudència del Tribunal de Cassació i en la doctrina del Tribunal Superior de Justícia. Discurs d'ingrés a l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya*, Barcelona: Revista Jurídica de Catalunya, núm.2
- ANDREU RAMI, XAVIER (1974), "Fundamento de la rescisión por lesión en las compilaciones del Derecho civil de Navarra y de Cataluña", *Revista Jurídica de Catalunya*
- ARECHEDERRA ARANZADI, LUIS IGNACIO (1978), *La equivalencia de las prestaciones en el derecho contractual*, Madrid: Editorial Montercorvo
- ATAMER, YESIM M (2011), "Section IV. Exemption" a KRÖLL/MISTELIS/PERALES VISCASILLAS (Ed.) (2011)., *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) Commentary*, Oxford: C.H. Beck · hart · Nomos
- BADOSA COLL, FERRAN (1969), (Rescisión por lesión. Carácter de la acción de rescisión por lesión en la Compilación catalana. Ejercicio de la acción de rescisión por lesión de uno de los coherederos del enajenante. Comentario a la Sentencia de 5 de abril de 1968, *Revista jurídica de Cataluña*
- BADOSA COLL, FERRAN, "Sentència 31/2010, de 28 de juny", en *Revista Catalana de Dret Públic. Especial Sentència sobre l'Estatut*, 2010
- BENITO OSMA, FÉLIX (2015), "La excesiva onerosidad de las prestaciones en la contratación mercantil", a MORILLAS JARILLO, MARÍA JOSÉ, PERALES VISCASILLAS, MARÍA DEL PILAR I PORFIRIO CARPIO, LEOPOLDO JOSÉ (dirs.), *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*, Universidad Carlos III de Madrid
- BIGWOOD, RICK (2005), "Contracts by Unfair Advantage: From Exploitation to Transactional Neglect", a *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 25, nº1

- BOSCH CAPDEVILA, ESTEVE (2006), “La protecció de la part feble del contracte en el dret civil català i en el dret civil europeu”, *INVESTIGACIÓ (Ajuts a la investigació)*: Document de treball del Centre d’Estudis Jurídics i Formació Especialitzada, Barcelona: Centre d’Estudis Jurídics i Formació Especialitzada
- BOSCH CAPDEVILA, ESTEVE (2009), “Estado de necesidad y consentimiento contractual: ¿Una reinterpretación de los conceptos de violencia e intimidación como vicios del consentimiento a la luz del derecho contractual europeo y comparado?”, a *Revista crítica de derecho inmobiliario*, any 85, nº711
- BOSCH CAPDEVILA, ESTEVE (2012), “La anulación del contrato por explotación injusta en la Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos”, a *Nuevas Perspectivas del derecho contractual*, Barcelona: Bosch
- BOSCH CAPDEVILA, ESTEVE (2012), *Nuevas perspectivas del derecho contractual europeo*, Barcelona: Bosch
- BOSCH CAPDEVILA, ESTEVE., DEL POZO CARRASCOSA, PERE., VAQUER ALOY., ANTONI (2014), *Proposta d’un text articulat sobre teoria general del contracte per al Llibre sisè del Codi Civil de Catalunya*, Beques a la Investigació, Centre d’Estudis Jurídics i Formació Especialitzada, Barcelona: Departament de Justícia de la Generalitat de Catalunya
- BUSCH, HONDIUS, VAN KOOTEN, SCHELHAAS I SCHRAMA (Eds.)(2002), *The principles of European Contract Law and Dutch Law*, Nijmegen: Kluwer Law International
- BUSTO LAGO, JOSÉ MANUEL (2013), “Cabe aplicar “rebus sic stantibus” en un contrato de compraventa como contrato de tracto único”, a CARRASCO PERERA, ÁNGEL (dir.), *Tratado de la compraventa: homenaje al Prof. Rodrigo Bercovitz*, Cizur Menor, Aranzadi
- CÁMARA LAPUENTE, SERGIO (2000), *Derecho privado europeo*, Madrid: Colex, 2000
- CARBONNIER, JEAN (1971), *Derecho civil*, t. II, Vol. II., trad. esp. per Zorrilla Ruiz, Barcelona: Bosch

- CARO GRANADA, ROCÍO (2013), « En la secular búsqueda europea de un paradigma de justicia contractual: el enfoque de justicia relacional », a SÁNCHEZ LORENZO, SIXTO (Ed.), *Derecho contractual comparado. Una perspectiva europea y transnacional*, Cizur Menor: Civitas Thomson Aranzadi
- CARRASCO PERERA, ÁNGEL (2010), *Derecho de Contratos*, Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi
- CARRASCO PERERA, ÁNGEL (2013), a BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, RODRIGO, *Comentarios al Código civil, Tomo VI*, València: Tirant lo Blanch
- CARTWRIGHT, JOHN (2009), "Negotiation and Renegotiation: An English Perspective", a CARTWRIGHT, JOHN, VOGENAUER, STEFAN., WHITTAKER, SIMON, *Reforming the French Law of Obligations. Comparative Reflections on the Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription ("the Avant-projet Catala")*, Oregon: Hart Publishing
- CARTWRIGHT, JOHN (2011), "Defects of Consent in Contract Law" a HARTKAMP, ARTHUR, HONDIUS, EWOU, MAK, CHANTAL., DU PERRON, EDGAR (Eds.), *Towards a European Civil Code*, Alphen aan den Rijn : wolters kluwer law & business
- CARTWRIGHT, JOHN, SCHIMDT-KESSEL, MARTIN (2013), "Defects in consent: Mistake, Fraud, Threats, Unfair Exploitation", a DANNEMANN, VOGENAUER (Eds.), *The Common European Sales Law in context, interactions with English and German law*, Oxford: Oxford University Press
- CASTIÑEIRA JEREZ, JORGE (2012), "Pacta sunt servanda, imprevisión contractual y alteración sobrevinida de las circunstancias", a *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, núm. 29
- CASTIÑEIRA JEREZ, JORGE (2014), "Hacia una nueva configuración de la doctrina rebus sic stantibus: a propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 2014", a *InDret*, núm. 4
- CASTIÑEIRA PÉREZ, JORGE (2014), "¿Existe (o debe existir) un deber de renegociar los contratos?", a ABEL LLUCH, XAVIER, *Las medidas preventivas de conflictos jurídicos en contextos económicos inestables*, Barcelona: Bosch

- CEMIL YILDIRIM, AHMET (2011), *Equilibrium in International Commercial Contracts. With particular regard to gross disparity and hardship provisions of the UNIDROIT principles of International Commercial Contracts*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers
- CHAMIE, JOSÉ FÉLIX (2012) “El principio general de *reductio ad aequitatem* por desequilibrio contractual”, a *Revista de Derecho Privado*, núm. 22
- CHARPENTIER, ÉLISE (2004), «Les fondaments théoriques de la transformation du rôle de l'équilibre des prestations contractuelles », *Les Cahiers de Droit*, vol 45, n°1
- CHEREDNYCHENKO, OLHA O (2007), “Fundamental rights and private law: A relationship of subordination or complementarity?” a *Utrecht Law Review*, Vol. 3, Issue 2
- CHEREDNYCHENKO, OLHA O (2007), *Fundamental Rights, Contract Law and the Protection of the Weaker Party. A comparative Analysis of the Constitutionalisation of Contract Law, with Emphasis on Risky Financial Transactions*, Utrecht: Sellier european law publishers
- CHEREDNYCHENKO, OLHA O “The Harmonisation of Contract Law in Europe by means of the Horizontal Effect of Fundamental Rights”, a *Erasmus Law Review*, Vol. 1 Issue 1
- COLLINS, HUGH (2003), “La giustizia contrattuale in Europa”, a *Rivista Critica del Diritto Privato*, Napoli: Jovene Editore Napoli
- COLLINS, HUGH (2003), *The Law of Contract*, London: LexisNexis
- COLLINS, HUGH (2005), “Market Integration, Social Justice, and Autonomous Agreements: regulating transactions in Europe”, a ROPPO, VICENZO (Ed.) *A European Civil Code? Perspectives & Problems*, Milano: Giuffrè Editore
- COLLINS, HUGH (2006) “The Alchemy of Deriving General Principles of Contract Law from European Legislation: In Search of the Philosopher’s Stone”, *ERCL 2*
- COLLINS, HUGH (2007), “Utility and Rights in Common Law Reasoning: Rebalancing Private Law Through Constitutionalization”, *LSE Law, Society and Economy Working Papers 6/2007*

- COLOMBI CIACCHI, AURELIA (2006), "The Constitutionalization of European Contract Law: Judicial Convergence and Social Justice", *ERCL* 2/2006
- *Contractes, responsabilitat extracontractual i altres fonts d'obligacions al Codi Civil de Catalunya, Materials de les Setzenes Jornades de Dret Català a Tossa*, Institut de Dret privat europeu i comparat de la Universitat de Girona (Ed.), Girona, Documenta Universitaria, 2012
- CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE. UFFICIO DEL MASSIMARIO E DEL RUOLO (2010) *Buona fede come fonte di integrazione dello statuo negoziale: Il ruolo del giudice nel governo del contratto*, Roma: Relazione Tematica, nº116
- CUATRECASAS GONÇALVES PEREIRA (2012), *Principios UNIDROIT sobre los contratos Comerciales Internacionales 2010*, Madrid: Editorial LA LEY
- DAINOW, JOSEPH (1956), "Civil Code Revision in the Netherlands: the Fifty Questions", Vol. 5 *The American Journal of Comparative Law*, NY: American Society of Comparative Law
- DAWSON, JOHN P (1976), "Unconscionable coercion: The German version" a *Harvard Law Review*, Número 6, Volum 89,
- DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, CRISTINA (2003), *La cláusula rebus sic stantibus*, València, Tirant lo Blanch.
- DE VERDA Y BEAMONTE, JOSÉ RAMÓN (2013) "Comentarios al artículo 1755 y 1756 del Código civil, a BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, RODRIGO (2013), *Comentarios al Código civil, Tomo VII*, València: Tirant lo Blanch
- DEL POZO CARRASCOSA, PEDRO et alt. (2013), *Derecho civil de Cataluña. Derecho de sucesiones*, Barcelona-Madrid-Buenos Aires, Marcial Pons
- DELL'AQUILA, ENRICO (2001), *El contrato en el derecho inglés. Aspectos de derecho comparado*, Barcelona: PPU
- DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEON, LUIS (1996), "La cláusula *rebus sic stantibus*" en FERRÁNDIZ GABRIEL, J.R. (coord.) *Extinción de las obligaciones*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid
- DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, LUIS (2009), "Notas sobre la indemnización causada por el dolo incidental", *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 62, nº3

- DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, LUIS (2011), « Estudio doctrinal. La propuesta de modernización del derecho de obligaciones y contratos», *Boletín Ministerio de Justicia*, núm. 2130, Abril
- DUALDE, J. (1943) “La cláusula *rebus sic stantibus*”, en Colegio Notarial de Barcelona, *Temas varios de derecho Público y Privado*, Barcelona, Librería Bosch
- EGEA FERNÁNDEZ, JOAN (2003) “Pensión compensatoria y pactos en previsión de una ruptura matrimonial” en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, tomo III, Madrid
- EGEA FERNÁNDEZ, JOAN (2009), “El nou règim jurídic de la successió contractual”, *Revista Jurídica de Catalunya*, vol. 108, núm. 1
- EGEA FERNÁNDEZ, JOAN (2011), *Bona fe i honradesa en els tractes en el dret civil de Catalunya*, Discurs d'ingrés, Barcelona: Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya
- EICHENHOFER, EBERHARD (1997), “L'utilizzazione del diritto privato per scopi di política sociale” a VV.AA, *Rivista di Diritto Civile*, 43, Padova: CEDAM
- ENNECCERUS, KIPP, WOLF (1981), *Tratado de Derecho civil, Tomo Primero, Parte General, II Parte*, Barcelona, Bosch Editorial
- ESPIAU ESPIAU, SANTIAGO (2000), “La codificación del derecho civil catalán en el proceso de unificación del derecho europeo”, a *Derecho Privado y Constitución*, Núm. 14, Enero-Diciembre
- ESTEBAN DE LA ROSA, GLORIA (2009), “El principio de cooperación en la contratación” a SÁNCHEZ LORENZO, SIXTO (2009), *Derecho contractual comparado. Una perspectiva europea y transnacional*, Cizur Menor: Thomson Reuters Civitas
- FAVARIO, THIERRY (2010), “La Cour de cassation révisé sa perception de l'imprévision... en toute discrétion”, a *La Semaine Juridique Edition Générale*, núm. 43
- GALLO, PAOLO (1998), “Changed Conditions and Problems of Price Adjustment. An historical and Comparative Analysis”, *European Review of Private Law* 3, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International

- GARCÍA CARACUEL, MANUEL (2014), *La alteración sobrevenida de las circunstancias contractuales*, Madrid: Dykinson
- GARCÍA PÉREZ, CARMEN LEONOR., GONZÁLEZ PACANOWSKA, ISABEL (coords.), *Estudios sobre incumplimiento y resolución*, Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi
- GARCÍA VICENTE, JOSÉ RAMÓN a BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, RODRIGO (2013), *Comentarios al Código Civil, Tomo VII*, València: Tirant lo Blanch
- GASPAR LERA, SILVIA (2014) "Formación de la voluntad contractual, vicios del consentimiento y remedios", a PARRA LUCÁN, MARIA ÁNGELES (2014), *Negociación y perfección de los contratos*, Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi
- GAVIDIA SÁNCHEZ, JULIO VICENTE (1987), "Presuposición y riesgo contractual" a *Anuario de derecho civil*, vol. 40, núm. 2, pàg. 525 i ss
- GETE-ALONSO CALERA, MARIA DEL CARMEN (2008), *Estudios sobre el contrato*, Barcelona: Atelier Libros Jurídicos
- GETE-ALONSO Y CALERA, MARÍA DEL CARMEN (2009), "El Llibre sisè del Codi civil de Catalunya sobre les obligacions i els contractes. Quan, com i per què hem de codificar-lo", *InDret* 1
- GINÉS CASTELLET, NÚRIA (2011), « Enriquecimiento injusto y contrato: ¿La equivalencia de prestaciones como exigencia de un principio de justicia contractual? Una mirada a la rescisión por lesión en Cataluña », a *Diario La Ley*, nº7543, Sección Tribuna, Año XXXII
- GIRSBERGER, DANIEL i ZAPOLSKIS, PAULIUS (2012), "Fundamental alteration of the contractual equilibrium under hardship exemption", *Jurisprudence*, 19 (1)
- GONZÁLEZ PACANOWSKA, ISABEL (2015), "Alteración sobrevenida de circunstancias en los contratos sinalagmáticos: de la *rebus sic stantibus* a la alteración extraordinaria de las circunstancias", a GONZÁLEZ PACANOWSKA, ISABEL., GARCÍA PÉREZ, CARMEN LEONOR (Eds.) *Estudios Sobre Incumplimiento Y Resolución*, Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi
- GORDLEY, JAMES (1981), "Equality in Exchange", *California Law Review*, Vol. 69

- GORDLEY, JAMES (2011), *The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine*, Oxford: Clarendon Law Series
- GRONDONA, MAURO (2012), “Derecho contractual europeo, autonomía privada y poderes del juez sobre el contrato”, *Revista de Derecho Privado*, nº22, Enero-Junio
- HESSELINK, MARTIN W (2005), “Non-Mandatory Rules in European Contract Law”, *ERCL* 1/2005
- HESSELINK, MARTIN W, *CFR & Social Justice* (2008), Munich: Sellier European Law Publishers
- HESSELINK, MARTIN W., MAK, CHANTAL., RUTGERS, JACOBIN W (2009), *Constitutional Aspects of European Private Law. Freedoms, Rights and Social Justice in the Draft Common Frame of Reference*, Amsterdam: Centre for the Study of European Contract Law, Universiteit von Amsterdam
- HESSELINK, MARTIN W (2002), *The New European Private Law. Essays on the Future of Private Law in Europe*, The Hague: Kluwer Law International
- HESSELINK, MARTIN W., “The Concept Of Good Faith”, A HARTKAMP, ARTHUR., HESSELINK, MARTIN W., HONDIUS, EWOUT., MAK, CHANTAL., DU PERRON, EDGAR (2011), *Towards a European Civil Code*, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 4^a Ed
- HESSELINK, MARTIN W., DE VRIES, GERARD (Eds.) (2001), *Principles of European Contract Law*, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International
- HINESTROSA, FERNANDO (2006), *Ante-proyecto de Reforma del Código Civil francés, Libro III, títulos III y XX* [recurs electrònic]. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2006 (http://www.henricapitant.org/sites/default/files/Version_espagnole.pdf) (consulta 14.09.2015)
- HONDIUS, EWOUT (2004), “The Protection of the Weak Party in a Harmonised European Contract Law: A Synthesis”, a *Journal of Consumer Policy*, 27, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law Academic Publishers

- HONDIUS, EWOUT (2007), "The Two Faces of the Catala Project- Towards a New General Part of the French Law of Obligations", *European Review of Private Law*, 6
- HONDIUS, EWOUT i GRIGOLEIT, HANS CHRISTOPH (2011), *Unexpected circumstances in european contract law*, Cambridge: Cambridge University Press.
- INSTITUT DE DRET PRIVAT EUROPEU I COMPARAT DE LA UNIVERSITAT DE GIRONA (Ed.) (2015), *El llibre sisè del Codi civil de Catalunya: anàlisi del Projecte de llei, Materials de les Divuitenes Jornades de Dret Català a Tossa*, Girona: Documenta Universitaria
- JACQUES DU PLESSIS (2006), "Threats and Excessive Benefits or Unfair Advantage", a MACQUEEN, HECTOR., ZIMMERMANN, REINHARD (2006), *European Contract Law: Scots and South African Perspectives*, Edinburgh: Edinburgh University Press
- JÉREZ DELGADO, CARMEN (2015), *Principios, definiciones y reglas de un Derecho civil europeo: el Marco Común de Referencia (DCFR)*, Madrid, Imprenta Nacional de la Agencia Estatal
- KARAMPATZOS, ANTONIS (2005), "Supervening Hardship as Subdivision of the General Frustration Rule: A Comparative Analysis with Reference to Anglo-American, French and Greek Law, a *European Review of Private Law* 2-2005, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International
- KENNEDY, DUNCAN (1982), "Distributive and Paternalist Motives in Contract and Tort Law, with Special Reference to Compulsory Terms and Unequal Bargaining Power", a *Maryland Law Review* 563, Vol. 41, tema 4
- KRÖLL, MISTELIS, PERALES VISCASILLAS (EDS.) (2011), *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CSIG)- Commentary-*, Munich: C.H. Beck · Hart · Nomos
- KRONMAN, ANTHONY T (1980), "Contract Law and Distributive Justice", *Faculty Scholarship Series*, Paper 1069
- LANDO, OLE (2007), "Is good faith an over-arching general clause in the Principles of European Contract Law", a ANDENAS, MADS, et al (Eds.)

- (2007), *Liber amicorum Guido Alpa. Private law beyond the national systems*, London: British Institute of International and Comparative Law
- LANDO, OLE., BEALE, HUGH (2000), *Principles of European Contract Law, Parts I and II*, Dordrecht: Kluwer Law International
 - LANDO, OLE., BEALE, HUGH (Eds.) (2003), *Principios de Derecho Contractual Europeo (partes I y II)*, Madrid: Colegios notariales de España
 - LEGAL INFORMATION INSTITUTE (2015), Federal Rule of Civil Procedure [recurs electronic], NY: Cornell University Law School, (https://www.law.cornell.edu/rules/frcp/rule_68) [consulta: 14.09.2015]
 - LLÁCER MATA CÁS, MARIA ROSA (1992), *El saneamiento por vicios ocultos en el Código civil: su naturaleza jurídica*, Barcelona: Bosch Editor
 - LLÁCER MATA CÁS, MARIA ROSA (2008), “La revisión del acervo de consumo: la generalización del derecho tuitivo y su relación con el marco común de referencia”, a ALONSO PÉREZ, MARIANO i GÓMEZ GALLIGO, JAVIER (coord.), *Homenaje al Profesor Manuel Cuadrado Iglesias*, Madrid: Thomson-Civitas
 - LURGER, BRIGITTA (2007), “The Common Frame of Reference/Optional Code and the Various Understandings of Social Justice in Europe”, a WILHELMSSON, THOMAS (Ed.), *Private Law and the Many Cultures of Europe*, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International
 - LURGER, BRIGITTA (2011), “The ‘Social’ Side of Contract Law and the New Principle of Regard and Fairness”, a HARTKAMP, ARTHUR., HONDIUS, EWOU D., MAK, CHANTAL., DU PERRON, EDGAR (Eds.), *Towards a European Civil Code*, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International
 - MACNEIL, IAN R (1979), *The new social contract. An inquiry into Modern Contractual Relations*, New Haven i London, Yale University Press
 - MAK, CHANTAL (2007) “Harmonising Effects of Fundamental Rights in European Contract Law”, *Erasmus Law Review*, Vol.1 Issue 1
 - MAK, CHANTAL (2008) “The Constitution of a Common Frame of Reference for European Contract Law”, *ERCL* 4/2008
 - MAK, CHANTAL (2008), *Fundamental Rights in European Contract Law. A comparison of the Impact of Fundamental Rights on Contractual*

Relationships in Germany, the Netherlands, Italy and England, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International

- MARKESINIS, BASIL S., UNBERATH, HANNES., JOHNSTON, ANGUS (2006), *The German Law of Contract. A comparative Treatise*, Portland: Hart Publishing
- MARTIN CASALS, MIQUEL (1984), *Lesió ultra dimidium i equivalència. Naturalesa de la lesió i àmbit d'aplicació*. Barcelona: Universitat de Barcelona, Facultat de Dret (Tesi Doctoral)
- MARTÍN CASALS, MIQUEL (1987), "De la rescisión por lesión: concepto y naturaleza", a ALBALADEJO, MANUEL (Dir.) (1987), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, Tomo XXX, Arts. 277 al final. Compilación de Cataluña*, Madrid: Edersa
- MARTÍN CASALS, MIQUEL (1998), "Perspectives de futur de la rescissió per lesió ultra dimidium », a *El futur del Dret Patrimonial a Catalunya. Material de les Desenes Jornades de Dret català a Tossa*, València: Tirant Lo Blanch
- MARTÍN CASALS, MIQUEL (2008), "Els principis de Dret patrimonial Europeu: Fonts i Principis", a *Fonaments i Institucions del Dret de Catalunya*, Revista La Notaria: Barcelona, Colegio Notarial de Cataluña
- MARTÍN PÉREZ, JOSÉ ANTONIO (1995), *La rescisión del contrato (en torno a la lesión contractual y el fraude de acreedores)*, Barcelona: Bosch Editor
- MARTÍNEZ ESCRIBANO, CELIA (2009) "Consecuencias de la crisis matrimonial y autonomía de la voluntad" en GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. (coord.) *Aspectos civiles y penales de las crisis matrimoniales*, Valladolid
- MARTÍNEZ VELENCOSO, LUZ MARÍA (2004), "La doctrina de la base del negocio en el Derecho alemán: antecedentes y nueva regulación en el 313 BGB", a *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 681
- MARTINEZ VELENCOSO, LUZ M. "Hacia una aplicación normalizada de la cláusula "rebus sic stantibus" en la jurisprudencia de la sala 1ª del Tribunal Supremo: comentario a la STS 30 de junio 2014" (2014), a *Revista Aranzadi de derecho patrimonial*, núm. 35, págs. 289 i ss (RJ 2014, 3526)
- MAZEAUD, DENNIS (2003), *La nouvelle crise du contrat*, Paris: Dalloz

- MAZEAUD, DENNIS (2004), “Du nouveau sur l’obligation de renégocier, note Sous Cass. 1^{re} civ., 16 mars 2004 », *Recueil Dalloz de doctrine de jurisprudence et de législation*, hebdomadaire
- MAZEAUD, DENNIS (2008) « La révision du contrat. Rapport Français », Société de Législation comparée (Ed.), *Le Contrat : Journées Brésiliennes*, Société de Législation Comparée : Paris
- MAZEAUD, DENNIS (2010), “Le droit européen des contrats et ses influences sur le droit français”, *ERCL 1/2010*, Vol. 6, Issue 1
- MAZEAUD, HENRI [et al] (1997) *Derecho civil. Obligaciones. Tomo I*, Buenos Aires: Zavalia
- MIRAMBELL ABANCÓ, ANTONI (2015), “La competència catalana en matèria d’obligacions i contractes”, a LLÁCER MATAÇAS, M.R. (coord.), *La codificación del derecho contractual de consumo en el derecho civil catalán*, Madrid: Dykinson.
- MIRAMBELL I ABANCÓ, ANTONI (2015), “Un projecte de llei del llibre sisè del Codi civil de Catalunya, relatiu a les obligacions i els contractes”, a Institut de Dret Privat Europeu i Comparat. Universitat de Girona (Coord.), *El llibre sisè del Codi civil de Catalunya: anàlisi del Projecte de llei*, Girona: Documenta Universitaria
- MOMBERG URIBE, RODRIGO ANDRÉS (2010), “La revisión del contrato por las partes: el deber de renegociación como efecto de la excesiva onerosidad sobreviniente”, a *Revista Chilena de Derecho*, vol. 37, núm. 1
- MOMBERG URIBE, RODRIGO ANDRÉS (2011), *The effect of a change of circumstances on the binding force of contracts. Comparative perspectives.*, Utrecht: Intersentia Ius Commune Europaeum Series
- MOMBERG URIBE, RODRIGO (2011), *The effect of a change of circumstances on the binding force of contracts. Comparative perspectives*, Utrecht: Intersentia Ius Commune Europaeum Series
- MOMBERG URIBE, RODRIGO (2015), “Los efectos de la imprevisión contractual. Un análisis comparado”, a *Revista de Derecho patrimonial*, núm. 36, gener-abril

- MORALES MORENO, ANTONIO MANUEL (2006), *La modernización del derecho de obligaciones*, Cizur Menor: Thomson Civitas
- NAVAS BRUSI, JAIME LLUIS (1956), “La llamada clausula 'rebus sic stantibus' como delimitadora del alcance del principio de que los pactos han de ser observados” a *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, t. XXXIII
- NAVAS NAVARRO, SUSANA (2015), “La «normal inestabilidad de las circunstancias» en el derecho de familia y de sucesiones (sobre la toma de decisiones en contextos complejos y su relevancia en el derecho), a ARNAU RAVENTÓS, LÍDIA i ZAHINO RUIZ, MARIA LUISA (dirs.), *Cuestiones de Derecho sucesorio catalán*, Barcelona-Madrid-Buenos Aires, Marcial Pons
- NICOLUSSI, ANDREA (2014), “Etica del contratto e contratti di durata per l'esistenza della persona”, a NOGLER, LUCA., REIFNER, UDO (2014), *Life time contractats. Social long-term contracts in Labour, Tenancy and Consumer Credit Law*, The Hague: Eleven International Publishing
- NOGLER, LUCA., REIFNER, UDO (2014), “Introduction: the new dimension of life time in the law of contracts and obligations”, a *LIFE TIME CONTRACTS, social long-term contracts in labour, tenancy and consumer credit law*, The Hague: eleven international publishing, 2014
- NOGLER, LUCA., REIFNER, UDO, (Eds.) (2014), *Life time contracts. Social long-term contracts in labour, tenancy and consumer credit law*, The Hague: eleven international publishing
- NUSSBAUM, MARTHA CRAVEN (2004), “Beyond the Social Contract: Capabilities and Global Justice”, *Oxford Development Studies*, Vol. 32, N°1
- PALOMO, LUIS (1908), *Ley contra la usura*, Madrid: Librería de Fernando Fe
- PANIAGUA ZURERA, MANUEL (2015), “La renovada potencialidad del principio *rebus sic stantibus* en los contratos con consumidores finales” a MIRANDA SERRANO, LUIS MARÍA., PAGADOR LÓPEZ, JAVIER., PINO ABAD, MANUEL (Coords.), *La Protección De Los Consumidores En Tiempos De*

Cambio: Ponencias Y Comunicaciones Del XIII Congreso De La Asociación Sainz De Andino, Madrid: Iustel

- PARRA LUCÁN, MARIA ÁNGELES (2004)., “Las anomalías del contrato”, *Anuario de Derecho civil*, vol. 57, nº2
- PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, FRANCISCO (2013), “La nulidad de los contratos” a SÁNCHEZ LORENZO, SIXTO, (Ed.), *Derecho contractual comparado. Una perspectiva europea y transnacional*, Cizur Menor: Civitas Thomson Reuters
- RIPERT, GEORGE (1949), *La règle moral dans les obligations civiles*, París: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence
- ROCA SASTRE, RAMON MARIA (2009), “La lesión *ultra dimidium* y las alteraciones del valor de la moneda”, *Estudios de Derecho Privado*, Cizur Menor (reimpresió de l’edició de 1948), Vol I
- RODOTÀ, STEFANO (2007), “Editoriale”, a *Rivista Critica del Diritto Privato*, nº1
- ROPPO, VICENZO (2009), “Del contrato con el consumidor a los contratos asimétricos: perspectivas de derecho contractual”, a *European Review of Contract Law*, 3
- RUBIO GIMENO, GEMMA (2014), *Autorregulación de la crisi de pareja (Una aproximación desde el Derecho civil catalán*, Madrid: Dykinson
- SAFJAN, MAREK (2014), “The Horizontal Effect of Fundamental Rights in Private Law- On Actors, Vectors, and Factors of Influence”, a PURNHAGEN, KAI., ROTT, PETER (Eds.), *Varieties of European Economic Law and Regulation, Studies in European Economic Law and Regulation*, 3, Cham: Springer International Publishing
- SALVADOR CODERCH, PAU (2009), “Alteración de circunstancias en el art. 1213 de la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos”, a *InDret*, núm. 4
- SÁNCHEZ LORENZO, SIXTO (2013), “El Derecho contractual inglés” a *Derecho contractual comparado. Una perspectiva europea y transnacional*, Cizur Menor: Thomson Reuters Civitas

- SÁNCHEZ LORENZO, SIXTO (2013), “La frustración del contrato”, a SÁNCHEZ LORENZO, SIXTO (ed.), *Derecho contractual coparado. Una perspectiva europea y transaccional*, Cizur Menor: Thomson Rueters Civitas
- SCHERPE, J.M. (2012), *Marital Agreements and Private Autonomy in Comparative Perspective*, Oxford, Hart Publishing
- SCHULZE, REINER (2012) (Ed.), *Common European Sales Law (CESL) Commentary*, Baden-Baden: C.H. Beck · Hart · Nomos
- SERRANO NICOLÁS, ANGEL (2011) “Los pactos en previsión de futura ruptura en el CCC” en BARRADA ORELLANA, R. GARRIDO MELERO, M. y NASARRE AZNAR, S. (coord.) *El nuevo derecho de la persona y de la familia. Libro Segundo del Código Civil de Cataluña*. Barcelona, Sepín.
- SERRANO, LUÍS MARÍA (dir.), *La protección de los consumidores en tiempos de cambio*, Madrid: Iustel
- SPEIDEL, RICHARD (1981) a "Court-imposed price adjustments under long-term supply contracts", *Northwestern University Law Review*, Volum 76, núm. 3
- STRÖMHOLM, STIG (1989), “The Freedom to contract- a complex cluster of rules”, a VICTORIN, ANDERS, (ED.), *Scandinavian Studies in Law 1989*, Stockholm: Almqvist&Wiksell International, 1989
- STUDY GROUP ON SOCIAL JUSTICE IN EUROPEAN PRIVATE LAW (2004), “Social Justice in European Contract Law: A Manifesto”, *European Law Journal*, Vol. 10, nº6, Oxford: Blackwell Publishing
- TREITEL, GUENTER H (1995), *The law of contract*, London: Sweet&Maxwell
- *UNIDROIT PRINCIPLES OF INTERNATIONAL COMMERCIAL CONTRACTS 2010*, Rome : International Institute for the Unification of Private Law
- VAQUER ALOY, ANTONI (2001), *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*, Madrid: Civitas Ediciones, abril/setembre
- VAQUER ALOY, ANTONI (2002), “La codificación del Derecho patrimonial en Cataluña: en busca de modelos comparados”, a GARRIDO MELERO, MARTÍN, FURGADO ESTIVILL, JOSEP MARIA, SERRANO DE NICOLÁS, ÁNGEL,

- Fundamentos e Institucions del Derecho de Catalunya*, Revista La Notaria, Barcelona: Marcial Pons
- VAQUER ALOY, ANTONI (2003), “¿Armonización del derecho privado en Europa vs. Codificación del Derecho civil en Cataluña?”, a *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, Madrid: Thomson-Civitas
 - VAQUER ALOY, ANTONI., BOSCH CAPDEVILA, ESTEVE., SÁNCHEZ GONZÁLEZ, MARÍA PAZ (2012), *Derecho europeo de contratos, Libros II y IV del Marco Común de Referencia, T.1*: Barcelona, Atelier
 - VENEGAS GRAU, MARIA (2004), *Derechos fundamentales y Derecho privado, Los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares y el principio de autonomía de la voluntad*, Madrid: Marcial Pons
 - VON BAR, CHRISTIAN, CLIVE, ERIC (2009), (Eds.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR), Full Edition*, Munich: sellier, european law publishers
 - WHITE, JAMES., PETERS, DAVID (2002) “A Footnote for Jack Dawson”, *Michigan Law Review* 100
 - WILHELMSSON, THOMAS (2008), “Various Approaches to Unfair Terms and Their Background Philosophies”, a *Juridica International XIV/2008*
 - ZIMMERMANN, REINHARD (1990), *The law of obligations. Roman foundation of the Civilian Tradition*, Kenwyn: Juta&Co, Ltd
 - ZIMMERMANN, REINHARD (2008), (Traducció al castellà d’Esther Arroyo i Amayuelas): *El nuevo derecho alemán de obligaciones. Un análisis desde la Historia y el Derecho comparado*, Barcelona: Bosch Editorial
 - ZIMMERMANN, REINHARD., WHITTAKER, SIMON (2000), *Good faith in European Contract Law*, Cambridge: Cambridge University Press

CONCLUSIONS

Primera. La justícia contractual

La utilització del dret privat amb objectius de tipus social, reflex del trànsit cap a un dret contractual més just que incorpora disposicions que persegueixen la protecció de les parts més dèbils de la relació contractual, no ha de subordinar el dret contractual als valors constitucionals (que han de complementar-se) sinó que ha de conservar la seva independència i l'autoregulació inherent perquè l'autonomia de la voluntat és un dels principis vertebradors i constituents dels ordenaments jurídics dels Estats membres.

Segona. La competència legislativa per a la regulació dels remeis reequilibradors del contracte

La Generalitat de Catalunya pot positivitzar el principi de conservació del negoci jurídic i regular el règim jurídic dels remeis concrets reequilibradors de l'asimetria econòmica del contracte. Aquesta regulació no envaeix la reserva competencial de l'Estat per a la regulació de les bases de les obligacions contractuals que s'han de restringir a aquelles normes relatives a la validesa i eficàcia del contracte i a les normes relatives al compliment de les obligacions. D'altra banda, aplicant el recuperat criteri de la connectivitat de matèries, l'esmentada regulació encaixaria en el desenvolupament del dret existent atès que l'ordenament civil actual, ja conté previsions de restabliment d'asimetries econòmiques originàries i sobrevingudes.

Tercera. La reformulació de la rescissió per lesió a la llum dels nous instruments del dret contractual europeu

És necessari configurar un nou remei que protegeixi aquells contractants que pateixen un desequilibri econòmic greu ja sigui per necessitat, asfíxia econòmica, inexperiència, feblesa o que es troben en alguna situació que no encaixa amb les figures tradicionals dels vicis de la voluntat però que hom considera que són dignes de protecció. La figura de la *laesio enormis* s'ha

mostrat insuficient perquè la seva fonamentació objectiva és limitada; per això, una opció raonable seria configurar una nova figura des de la vessant subjectiva i mantenir a la vegada, per estigma i consideració històrica, la rescissió per lesió tallada des d'un patró objectiu i fonamentada en aspectes de desequilibri econòmic vinculats a la causa onerosa

Quarta. L'exploració injusta com un pressupòsit d'ineficàcia del contracte

L'estat de necessitat no ha de ser configurat com una manifestació d'un vici de la voluntat ja existent (violència o intimidació) perquè no comparteix de ple el pressupòsit constituent de les figures. És més raonable establir un nou vici (*unfair advantage* o *unfair exploitation*), amb característiques i elements propis, tal i com regulen les propostes narrades pel *soft law* europeu.

Cinquena. Risc contractual i alteració sobrevinguda de les circumstàncies

L'aplicació del remei per alteració sobrevinguda de les circumstàncies ha de reequilibrar la relació contractual que ha esdevingut injusta preservant un impacte major del risc contractual en la part perjudicada que fa valer el remei. L'aplicació del remei no ha de conduir a l'assoliment d'un contracte just, sinó a evitar l'execució d'un contracte desproporcionadament injust.

Sisena. La vinculació debilitada del contracte de llarga duració

La introducció de mecanismes correctors de l'asimetria sobrevinguda del contracte que no pressupossin una variació inassumible de les prestacions pactades suposa una debilitació del vincle contractual i condueix a mantenir el principi *pacta sunt servanda* només per als contractes que mantinguin un equilibri contractual raonable.

Vuitena. La renegociació dels contractes en els casos de ruptura de l'equilibri contractual

La configuració de la renegociació com un efecte que s'esdevé quan es trenca l'equilibri econòmic dels contractes s'ha de regular com una obligació de les parts prèvia a la sol·licitud d'adaptació o resolució judicial, a mode d'una expectativa inexigible jurídicament, amb la rellevància que li atorga la bona fe,

però que no ha de comportar cap deure entre les parts d'arribar a un nou acord reequilibrador de l'economia contractual.

Novena. L'adaptació judicial del contracte com una manifestació del *favor contractus*

La regulació que s'estableixi ha d'estar presidida pel principi de conservació del contracte. En aquest sentit, sembla recomanable atribuir facultats d'adaptació al poder judicial per aquells supòsits en què sigui evident una profunda manca d'equilibri entre les prestacions de les parts, encara que el jutge no pot fer desaparèixer totalment el desequilibri eventual que es pugui produir en el contracte, ja que aquest, per definició, incorpora un element de risc que ha sigut assumit per les parts amb antelació.

Desena. La resolució del contracte com a *ultima ratio*

No sembla aconsellable introduir un model semblant a l'alemany en què la conseqüència del desequilibri inicial és la nul·litat del contracte. En l'àmbit subjectiu l'efecte més considerable és l'anul·labilitat (tal i com succeeix en la resta de contractes tenyits per algun tipus de vici del consentiment) mentre que els supòsits de *laesio enormis* encaixen més amb la rescissió ja que són exemples d'ineficàcia del contracte. El principi director del *favor contractus* considerat per la doctrina més moderna permet flexibilitzar el contracte a fi d'adaptar-lo a les noves circumstàncies i interessos de les parts. En tot cas, però, són les parts les que estan més preparades per decidir quin destí volen donar al seu negoci jurídic.