



GARRIGUES

## FORO JURIDICO

Contratos y fiscalidad indirecta

18 de septiembre de 2024

---

**ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LA REVISIÓN  
DE PRECIOS EN CONTRATOS PRIVADOS Y  
PENALIZACIONES POR RETRASO**

---

*Jesús Campo Candelas*

*Asociado Principal. Litigación y Arbitraje*

# EL RÉGIMEN DE LOS CONTRATOS

**Autonomía de la voluntad: lo pactado obliga a cumplir**

Mantenimiento y conservación del contrato: no se pueden modificar, ni siquiera aun cuando las circunstancias cambien y se altere el equilibrio inicialmente pactado

**Impacto de los agentes atmosféricos en las obras de rehabilitación u otras circunstancias de excepción (suspensión de actividad, corte de suministros)**

**Ausencia de regulación específica sobre la revisión de precios o modificación de otras cuestiones relevantes cuestión:**

Figuras jurídicas para dar solución a ese impacto



- 1. Contratos de ejecución de obra con pacto de revisión de precio por incremento de costes y/o ajustes otras condiciones relevantes (p. ej., fecha entrega). Pacto lícito el del incremento, pero inusual**
- 2. Contratos de ejecución de obra con precio cerrado. Pacto muy usual.**

El riesgo de incremento del precio de los materiales o de otras circunstancias es asumido voluntariamente por el contratista cuando firma el contrato (**fuerza de ley entre las partes contratantes**: art. 1091 Código Civil)

Se refuerza en el art. 1593 (CC) que dispone: “El arquitecto o **contratista** que se encarga por un **ajuste alzado** de la construcción de un edificio u otra obra en vista de un plano convenido con el propietario del suelo, **no puede pedir aumento de precio aunque se haya aumentado el de los jornales o materiales**; pero podrá hacerlo cuando se haya hecho algún cambio en el plano que produzca aumento de obra, siempre que hubiese dado su autorización el propietario”.

# Primera situación posible

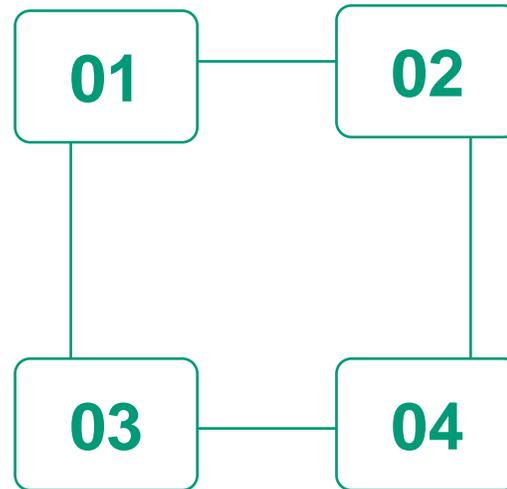
## FUERZA MAYOR / IMPOSIBILIDAD SOBREVENIDA

Regulado en Código Civil: Evento o acontecimiento que impide que el deudor de una determinada prestación contractual pueda cumplir con ella y que reúne, en esencia, tres características: (i) Imprevisibilidad; (ii) Inevitabilidad; (iii) No imputable al deudor

Efecto legal típico: exonerar al contratante de todas o parte de las obligaciones propias del contrato + no indemniza al contratante *in bonis* por los daños y perjuicios causados

¿Cabe alegar fuerza mayor o imposibilidad sobrevenida de cumplimiento de *una obligación de pago para modificarlo?*

La jurisprudencia lo ha venido rechazando de forma unánime o limitando



¿Cabe alegar fuerza mayor o imposibilidad sobrevenida de cumplimiento de obligaciones?

No cabe hablar de fuerza mayor en abstracto: necesidad de ponerla en conexión con una concreta obligación contractual: terremotos, vientos huracanados, lluvias torrenciales, etc.

Pueden concurrir otras circunstancias jurídicamente relevantes que puedan permitir ajustar la obligación de pago

**NO LA FUERZA MAYOR, pero habrá que analizarlo desde la perspectiva de la *rebus***

# Segunda solución posible

## REBUS SIC STANTIBUS (...ESTANDO ASÍ LAS COSAS)

- No está regulada en derecho español (sí en otros ordenamientos: Derecho Alemán, Derecho Italiano)
- Reconocimiento en códigos de no vigentes (*soft law*): Principios de Derecho Europeo de los Contratos (art. 6:111 “cambio de circunstancias”) + Propuesta para la modernización del Derecho de obligaciones y contratos preparada por la Comisión General de Codificación española (artículo 1.213)
- Podría permitir **exigir su modificación –principio de conservación del contrato– (STS de 30/04/2014) de las contraprestaciones por circunstancias extraordinarias, sobrevenidas e imprevisibles en el momento de firma que generan un desequilibrio exorbitante entre las prestaciones de las partes.**
- Ahora bien, su admisión requiere como premisas fundamentales:
  - ***Alteración extraordinaria*** [de las circunstancias] ***en el momento de cumplir el contrato en relación con las concurrentes al tiempo de su celebración.***
  - ***Acontezca por sobrevenir circunstancias imprevisibles.***
  - ***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.***

# REBUS SIC STANTIBUS: SITUACIÓN JURISPRUDENCIAL

## EVOLUCIÓN DE LA FIGURA

**FASE INICIAL: Desconfianza: reconocimiento teórico, pero aplicación extremadamente restrictiva (“cláusula peligrosa”)**

STS de 29.01.1981 (reequilibrio en contrato de obra privado por subida de precios): *“...tal variación [de precios de los materiales] erosionaba sólo una parte del beneficio industrial que se pensaba obtener por el constructor, ya no puede sostener ni una alteración extraordinaria (...) ni una desproporción exorbitante fuera de todo cálculo entre las prestaciones (...) que verdaderamente derrumben el contrato por aniquilamiento del equilibrio de las prestaciones ... la obra se contrató por precio cerrado....”*

SAP de Madrid de 7 de marzo de 2004. La constructora adujo que el aumento previsible del precio de los materiales (tomando medias de 20 años) era un 3,44%, no de 14,09%, reclamando la diferencia: *“para que la alteración tenga relevancia jurídica, se requiere no la simple constatación de la misma como tampoco la magnitud de la misma, sino la acreditación de la causa que la ha producido, para, en relación a ella, determinar si pudo y debió preverse. La causa alegada fue: “el escenario económico del sector de la construcción durante el transcurso de la ejecución de la obra era de un alto crecimiento con una importante escalada de precios en el sector”.*

**Fase POSTERIOR: mayor normalización de la figura como consecuencia de la crisis financiera de 2008**

- Tribunal Supremo: voluntad de superar la visión restrictiva y la intención de abordar un enfoque distinto (acogimiento de textos *soft law*)
- SAP de Alicante (Sección 8ª) núm. 206/2013 de 17 mayo, en el que la crisis económica se considera una circunstancia sobrevenida e imprevisible *“...las pérdidas sufridas por la mercantil no son consecuencia del error sobre las características, riesgos y evolución de los productos estructurados sino que obedecen a **la concurrencia de dos circunstancias imprevistas como eran, de un lado, la crisis financiera que estalla en el mes de septiembre de 2008 tras la quiebra de LEHMAN BROTHERS y; de otro lado, la crisis del sector inmobiliario en el año 2008** que impide a la actora la rápida venta de los inmuebles financiados”*
- Efectos en caso de estimación:
  - Efecto típico (no FM): reequilibrio del *statu quo*
  - Más tiempo para acabar, no imputación de sanciones día que hayan podido ser impuestas, ajuste del precio...

# REBUS SIC STANTIBUS: SITUACIÓN ACTUAL

## JURISPRUDENCIA A FAVOR

SAP ALICANTE, SECCIÓN 5ª, NÚM. 88/2022 DE 9.03.2022 –  
TIENDA DE ARTÍCULOS DE VIAJE

*“la demandante no ha acreditado, pues no ha aportado prueba alguna al respecto, cuál ha sido la repercusión concreta que en su facturación ha tenido los cierres y restricciones impuestos como consecuencia de la pandemia Covid-19, dicha ausencia de prueba (...) **carece de relevancia durante los meses de cierre total del negocio** (...) (...) en aras a disminuir el desequilibrio entre las prestaciones, y en concreto la excesiva onerosidad para el actor y de repartir el riesgo de la situación, que se consigue mediante la reducción de la renta mínima fijada en el contrato a un 25% durante el mes de marzo por el cierre acordado y 50% la mensualidad de abril y mayo...”*

SAP ÁLAVA NÚM. 625/2021 DE 2.09.2021 – DISCOTECA

*“la supresión total de la obligación significaría transferir a la arrendadora todo el perjuicio, lo cual no es equitativo...Lo razonable es establecer un mecanismo que distribuya entre las partes el perjuicio derivado de la situación excepcional, en cuanto desequilibra la obligación básica afectada (...) es acertado en cuanto reduce la renta mínima garantizada en un 50% durante los periodos de cierre...”*

## ... Y EN CONTRA

SAP HUELVA, SECCIÓN 2ª, NÚM. 410/2022 DE 29.06.2022

*“(...) la adecuada interpretación de la citada cláusula no puede dar lugar de plano, como propone la apelante/arrendataria con carácter principal, a la supresión de la obligación de abono de la renta contractualmente pactada durante los meses de marzo a mayo de 2020 por cierre debido al estado de alarma, ya que si bien ello se debió a una situación imprevisible a la hora de contratar, **tal situación no es por sí solo suficiente para la aplicación de la cláusula**...(...) no contamos con datos fidedignos y contrastados a través de la contabilidad real sobre la facturación de la demandante (...) consideramos que no es estimable que pretenda repercutir en la arrendadora, a través de una disminución del importe de la renta una hipotética y no acreditada disminución de ventas”*

# REBUS SIC STANTIBUS

## APLICACIÓN A CONTRATOS DE SUMINISTRO (CASO DESPACHO)

### SAP A CORUÑA, SECCIÓN 3ª, NÚM. 222/2006, 16.06.2006

*“Si bien en este caso no estamos en presencia de un contrato de tracto sucesivo, sí dependen los distintos contratos de compraventa de un hecho futuro: que “Acerías As Pontes, S.L.” realice los concretos pedidos a lo largo del plazo de validez de la oferta de precios. Y EN EL CUMPLIMIENTO DE ESA OFERTA **SE HA PRODUCIDO UNA ALTERACIÓN EXTRAORDINARIA DE LAS CIRCUNSTANCIAS** ENTRE EL MOMENTO EN QUE SE REALIZA EL PEDIDO EL 29 DE DICIEMBRE DE 2003 Y CUANDO SE REALIZÓ LA OFERTA EL 17 DE SEPTIEMBRE DE 2003, QUE VIENE REPRESENTADA POR EL HECHO DE QUE **EL PRECIO DEL ACERO EMPIECE A SUBIR DE UNA FORMA DESPROPORCIONADA E INUSITADA EN EL MERCADO INTERNACIONAL A MEDIADOS DE DICIEMBRE DE 2003 Y CON CLAROS INDICADORES** ECONÓMICOS QUE LA ESCALADA IRÍA EN AUMENTO, HABIENDO CASI DUPLICADO SU PRECIO EN SEIS MESES.*

*Este evento conlleva que las prestaciones entre los contratantes **estarían claramente desproporcionadas**, hasta el punto de que el propio recurrente cifra sus perjuicios en casi un millón y medio de euros (que lógicamente los perdería la vendedora) y esto ha sucedido por una circunstancia sobrevenida imprevisible, que cogió por sorpresa al sector a nivel internacional. es conocido por notorio que el origen de ese inusitado incremento fue la **desproporcionada demanda de acero del emergente mercado chino.**”*

### SAP MADRID, SECCIÓN 21ª, NÚM. 120/2020 DE 16.06.2020

*“Sin duda resultaba muy cómodo para la demandada [promotora] no contestar estos correos electrónicos [solicitando subida del precio por incremento del precio de los materiales] y consentir pasivamente que se ejecutase la obra...el silencio puede entenderse como aceptación cuando se haya tenido la oportunidad de hablar, ... y se deba hablar... existiendo tal deber de hablar cuando haya entre las partes relaciones de negocios que así lo exijan o cuando lo natural y normal, según los usos generales del tráfico y en aras de la buena fe, es que se exprese el disentimiento, si no se deseaba aprobar las propuesta de la contraparte...”*

# ALGUNOS PROBLEMAS ASOCIADOS A LA PENALIZACIÓN POR RETRASO

## 1. La existencia de modificaciones, ampliaciones con concurrencia de culpas o situaciones: llamado a tener gran incidencia: importancia de documentar

- Se ha llegado incluso a entender que, cuando en el desarrollo de la obra los cambios decididos por el dueño, y las indefiniciones y contradicciones de proyecto, son lo que determinaron el retraso, se distribuye la culpa entre el contratista y el dueño de la obra (SAP Ourense 126/2024, de 21 de febrero).
- En otros supuestos, en atención a la entidad de los cambios introducidos en el proyecto inicial, se ha llegado a negar la aplicación de la penalización por retraso (STS 66/2000, de 3 de febrero).
- A pesar de haber pactado una penalización en contrato, si el retraso se debe a ampliaciones o modificaciones de obra que impedían la entrega en el plazo previsto, es posible que el juez modere la penalización pactada en contrato, en aplicación del artículo 1.154 CC

# ALGUNOS PROBLEMAS ASOCIADOS A LA PENALIZACIÓN POR RETRASO

## 2. ¿Puede reclamarse conjuntamente la penalización por retraso pactada en contrato con una indemnización por daños y perjuicios?

Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sentencia núm. 93/2012, de 21 de febrero:

*Lo que verdaderamente se plantea en el presente caso es la indemnización que corresponde, mediando la cláusula penal que ha sido transcrita. Tal como ordena el artículo 1152 del Código civil (EDL 1889/1), la pena sustituirá a la indemnización de daños y al abono de intereses en caso de falta de cumplimiento, si otra cosa no se hubiere pactado. Por lo cual, si las partes, voluntariamente y en aras del principio de autonomía de la voluntad que proclama el artículo 1255 del Código civil (EDL 1889/1) han pactado una cláusula penal, deben acatar la función liquidadora que impone el mencionado artículo 1152, habiendo podido pactar -que no lo hicieron- la función cumulativa que permite el último inciso de este mismo artículo. No puede ahora la parte demandante, la compradora, reclamar una indemnización mayor a la pactada; como tampoco podría la otra parte aceptar una menor alegando que los perjuicios han sido inferiores.*



Salvo que en el contrato se haya previsto expresamente la posibilidad de acumular la indemnización, existen multitud de precedentes que niegan la posibilidad de acumular una indemnización por daños y perjuicios a la penalización por retraso pactada en contrato.

# ALGUNAS CONCLUSIONES

- No hay un régimen jurídico civil (a diferencia del contrato público) para ajustar precio.
- *Rebus sic stantibus* podría motivar la modificación de los términos del contrato: evolución de la figura, pero sigue siendo considerada excepcional.
- Es muy importante la conducta de las partes durante la “crisis contractual” (comunicaciones previas, buena fe, capacidad de probar la realidad del desequilibrio, etc.). Su aplicación requiere un análisis pormenorizado de cada caso concreto: (i) Momento de firma del contrato; (ii) Magnitud del desequilibrio (aniquilación total vs pérdida parcial de beneficio).
- Importancia de considerar cláusulas rebus expresas
- Conveniencia de documentar, durante el desarrollo de la actuación, cualquier incidencia que afecte a las cuestiones relevantes (ampliación o modificación), negar la aplicación de penalizaciones por retraso si el motivo de la demora no es imputable como la modificación del proyecto inicial u otras circunstancias relevantes.
- Antes de la firma del contrato, es fundamental revisar con detenimiento el tenor literal de la cláusula de penalización por retraso, para conocer si incluye la posibilidad de acumular una indemnización.

# GARRIGUES

[garrigues.com](http://garrigues.com)

Síguenos



IS 685506