

## El efecto de la pandemia en los contratos: ¿es el derecho ordinario de contratos la solución?\*

**ANTONIO MANUEL MORALES MORENO**

Catedrático emérito de Derecho civil

Universidad Autónoma de Madrid

### 1. PROPÓSITO

Nos hallamos ante una de las grandes crisis que le ha tocado vivir a la Humanidad a lo largo de su historia. Esta crisis también está provocando problemas en el ámbito de la contratación. Creo que es importante plantearse si, ante esta situación, son adecuados los instrumentos jurídicos ordinarios del derecho de contratos. En las líneas que siguen trataré de demostrar que no, porque están fundados en criterios de justicia conmutativa y, en las circunstancias actuales, hace falta aplicar a los contratos soluciones excepcionales inspiradas en criterios de justicia distributiva. Defenderé, además,

---

\* Las ideas que expongo corresponden a mi ponencia ante el Pleno virtual de Numerarios de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España, celebrado el pasado 18 de mayo.

Agradezco a María Paz García Rubio que me haya hecho partícipe de sus preocupaciones durante la elaboración de su interesante trabajo, «Medidas regladas en materia de contratos con motivo del COVID-19 en España», publicado en la *Revista de Derecho Civil* [vol. VII, núm. 2, especial (mayo 2020) Ensayos, pp. 15-46]. Igualmente agradezco a Beatriz Gregoraci la información que me ha proporcionado y las reflexiones que me ha trasladado durante la preparación de sus intervenciones en diversos foros y la elaboración del trabajo que publica en este Anuario. Quiero también dar las gracias a Lis Paula San Miguel por sus atinadas observaciones, tras la lectura del texto que ahora publico. Comparto con Beatriz y Lis Paula la condición de investigador en el Proyecto de Investigación DER2017-84947-P, que si bien está orientado a los remedios contractuales en circunstancias ordinarias no puede dejar de tener en cuenta sus límites en circunstancias extraordinarias como las actuales.

que estos criterios los debe concretar el legislador, ponderando adecuadamente todos los intereses en juego.

## 2. **DOS INSTRUMENTOS JURÍDICOS DE DERECHO PRIVADO: LA FUERZA MAYOR Y LA CLÁUSULA *REBUS SIC STANTIBUS***

El derecho de contratos cuenta con dos instrumentos jurídicos que, a primera vista, podrían considerarse oportunos en la situación actual. Son, la cláusula *rebus sic stantibus* y la *fuerza mayor*.

La *fuerza mayor* nos sitúa ante el impacto sobre el cumplimiento del contrato de sucesos que no pueden ser controlados por el deudor. Permite repartir ese riesgo extraordinario que aparece en la ejecución del contrato.

La cláusula *rebus sic stantibus* trata de resolver los problemas que sobre la vida del contrato provoca una grave alteración sobrevenida de las circunstancias, imprevisible en el momento de contratar, que provoca una ruptura del equilibrio contractual inicialmente pactado.

Creo que ninguno de estos instrumentos, aplicados con el debido rigor, sirve para lo que exige esta situación, que es distribuir adecuadamente el impacto extraordinario de la pandemia en el conjunto de la sociedad, a través del entramado de relaciones contractuales existentes en ella. Las medidas que hay que adoptar van más allá de la consideración de cada contrato y deben estar inspiradas en principios de justicia distributiva, dentro del orden constitucional. Nada de esto se consigue mediante los resultados que puede proporcionarnos la aplicación de la fuerza mayor o la cláusula *rebus*, como podemos comprobar.

### 2.1 LA FUERZA MAYOR

La fuerza mayor es un concepto antiguo, acuñado en el Derecho Romano. Describe una situación no habitual, calamitosa como la actual, que puede incidir sobre la ejecución de un contrato.

El concepto de fuerza mayor (como el concepto próximo de caso fortuito, que en ocasiones se considera equivalente), está conectado al incumplimiento de un contrato. Lo justifica en la medida en que el impedimento que lo provoca no puede ser controlado por el deudor. Consecuentemente, la fuerza mayor excluye

normalmente la responsabilidad contractual (el deber de indemnizar). Algo conveniente en las actuales circunstancias.

Pero la fuerza mayor tiene limitaciones en la situación actual. Por un lado, no impide la aplicación de otros efectos del incumplimiento del contrato que podrían dar lugar a consecuencias nada deseables en estos momentos. Por otro, no es aplicable a muchas de las situaciones creadas por la pandemia que reclaman una solución.

Así, la fuerza mayor no impide, por ejemplo, la resolución por incumplimiento del contrato, que en el derecho actual no se basa en la culpa del deudor. La resolución de los contratos (máxime si se produce en cadena) provocaría en estos momentos consecuencias muy adversas, tanto de orden personal (y familiar) como económico. Privaría al sistema económico del entramado de contratos sobre los que el mismo se desenvuelve, cuya conservación facilitará la futura reactivación de la actividad económica. La resolución, por sus efectos, también daría lugar a restituciones en cadena de cantidades anticipadas (reservas), que podrían comprometer la liquidez de los obligados a ellas.

En definitiva, la resolución del contrato por incumplimiento, medida de estricta justicia conmutativa diseñada para situaciones ordinarias, es inadecuada en las actuales circunstancias en las que hay que preservar la supervivencia de los contratos. El legislador debe, por tanto, contribuir a evitarla.

La otra limitación de la fuerza mayor proviene de que la exoneración del incumplimiento que tiene su causa en ella es difícil de aplicar a las obligaciones pecuniarias. En ellas, el cumplimiento rara vez se puede considerar, en sí mismo, imposible. Por lo que el problema se sitúa en la incapacidad económica del deudor para cumplir, por falta de liquidez o solvencia. Problema que, ordinariamente, tiene su tratamiento en el derecho concursal.

## 2.2 LA CLÁUSULA *REBUS SIC STANTIBUS*

La cláusula *rebus sic stantibus* (incluyendo en ella la alteración sobrevenida de la base del negocio) es otro instrumento del derecho de contratos cuya oportunidad, en las actuales circunstancias, es más que dudosa.

Dejando a un lado las dudas que su reconocimiento haya podido suscitar en otras épocas (también en el Derecho español, reflejadas en el ir y venir de las decisiones de la jurisprudencia), la cláusula *rebus* es objeto de regulación en el moderno derecho de

contratos, y, con diversos nombres, la encontramos suficientemente perfilada.

En situaciones distintas de la actual, en la que el cambio afecta a casi todo el tejido contractual, la cláusula *rebus* puede ser un instrumento jurídico adecuado para repartir entre los contratantes el riesgo de una alteración sobrevenida de las circunstancias sobre las que el negocio se fundamenta, grave, extraordinaria e imprevisible en el momento de contratar. Pero en la situación actual, en la que la alteración es sistémica y de una magnitud desorbitada, la cláusula *rebus* no aporta soluciones de utilidad. Primero, porque está inspirada en criterios de justicia conmutativa (está pensada para cada contrato y no para el conjunto del tejido contractual). Segundo, porque su aplicación es lenta, costosa y puede provocar una gran diversidad de soluciones (según la apreciación de cada juez).

Podemos verificarlo utilizando el modelo de la *rebus* actual, diseñado a partir del derecho comparado, el europeo y la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos, elaborada por la Sección Civil de la Comisión General de Codificación.

### 2.2.1 El supuesto de aplicación de la *rebus*

Sin duda el cambio de circunstancias del momento presente cumple los requisitos de imprevisibilidad y gravedad de la *rebus*. Pero esto no agota todas las exigencias de su supuesto de aplicación.

El supuesto de aplicación propio de la *rebus* (sin perjuicio de que se hayan podido hacer otras utilidades de la misma) es la alteración del equilibrio de las prestaciones del contrato, establecido al celebrarlo (la alteración de la base del negocio o de las presuposiciones). No es, en cambio, la alteración de la capacidad económica o de la liquidez del contratante para cumplir, o su vulnerabilidad. La corrección de esta importante consecuencia de la crisis provocada por la pandemia queda, por tanto, fuera del ámbito de aplicación de la *rebus*, a pesar de su importancia. La *rebus* (aplicada con rigor jurídico) no sirve para resolver todos los problemas que plantea en los contratos la alteración provocada por la pandemia.

### **2.2.2 La *rebus* no justifica la suspensión del cumplimiento del contrato**

En la aplicación de la *rebus*, la alteración sobrevenida de las circunstancias no justifica necesariamente, por sí misma, la paralización del cumplimiento del contrato. Esta solo podrá quedar justificada, posteriormente, si las partes lo acuerdan, si el juez así lo establece (en el caso de que le otorguemos un poder de intervenir en el contrato) o si se retrotrae la resolución que pueda decretar el juez. O puede encontrar justificación, fuera de la *rebus*, en los límites a la pretensión de cumplimiento, ámbito propicio a la utilización de conceptos jurídicos indeterminados, que exigen concreción judicial.

Hay, en la *rebus*, una zona oscura entre el momento en que sobreviene el cambio y el momento en el que se transforma la situación jurídica. De modo que, en el momento más crítico de la pandemia, no estaría justificada la suspensión del cumplimiento de la obligación por la parte afectada. Porque el contratante sigue obligado a cumplir el contrato hasta que culmine el procedimiento que abre la invocación de la cláusula.

Esta es otra de las razones que hacen que sea inadecuada la *rebus* en las actuales circunstancias.

### **2.2.3 La renegociación del contrato como solución prioritaria**

El modelo de la *rebus* que estoy considerando establece, como solución prioritaria, la renegociación del contrato entre las partes. E, incluso, en alguna regulación de la misma, se fuerza esa negociación, conforme a la buena fe. De modo que, posteriormente, si no se alcanza el acuerdo, se permite al juez revisar la conducta de los contratantes y establecer la responsabilidad del que ha impedido el acuerdo.

Es, ciertamente, deseable que las partes lleguen a un acuerdo renegociado libremente. Y hasta podemos imaginar que, si todos los contratos vigentes, afectados por la alteración de las circunstancias, fueran satisfactoriamente renegociados, en condiciones razonables (suponiendo en las partes el mismo poder de negociación), el resultado sería «ideal». Los contratos renegociados reflejarían la valoración que hacen los contratantes de la nueva situación. Pero una cosa es tomar en cuenta los acuerdos que puedan alcanzar las partes, en cada caso, y otra distinta imponer la negociación para alcanzar acuerdos. Imponer la negociación crea dilaciones, permite al contratante no afectado por el cambio de circunstancias operar

con una estrategia oportunista. Prolonga la situación de incertidumbre. Tiene el riesgo de la asimetría en el poder de negociación, lo que no siempre garantiza la corrección del resultado alcanzado.

Y si imponer la renegociación tiene estos inconvenientes, es aún menos oportuno, en las actuales circunstancias, hacer entrar al juez, tras el fracaso, en la valoración de las conductas de los contratantes para decretar una posible indemnización. Esto implicaría una sobrecarga de esfuerzo para los tribunales.

#### **2.2.4 La intervención judicial y sus resultados**

El fracaso de la renegociación del contrato deja abierta la puerta a la intervención judicial, a instancia de la parte afectada por la alteración de las circunstancias. Aunque pueden existir variantes en la concreción de la cláusula hay, no obstante, directrices coincidentes.

El papel del juez puede ser, bien adaptar el contrato bajo ciertas pautas para restablecer el equilibrio (dictar un contrato modificado) o bien declararlo resuelto (determinando el momento al que se retrotraen los efectos de la resolución por él decretada). Puede ser también, imponer las sanciones a las que antes me he referido, al contratante que con su conducta contraria a la buena fe ha impedido alcanzar el acuerdo renegociado.

Ninguna de estas soluciones parece adecuada en estos momentos.

A los indeseables efectos de la resolución ya me he referido anteriormente. También me he mostrado contrario a hacer entrar al juez en la valoración de las conductas de los contratantes para decretar una posible indemnización. Solo me queda referirme a la adaptación judicial del contrato.

La adaptación judicial del contrato siempre puede suscitar recelos, si otorga el poder de redactar el contrato y no simplemente el de impedir la aplicación de determinadas cláusulas. Pero, al margen de esto, creo que es una vía inadecuada para resolver los problemas que provoca en un buen número de contratos la crisis actual por otras razones: porque, por su lentitud (lentitud del proceso, ausencia de medios, avalancha de reclamaciones) no permite dar respuesta inmediata a la situación actual; porque es costosa (debido a la sobrecarga de esfuerzo de los tribunales que implicaría generalizar esta solución); porque, además, no garantiza que los criterios aplicados sean uniformes. Es una medida que no permite asignar, bajo criterios uniformes de justicia distributiva los riesgos contractuales de la pandemia. Esto debe hacerlo el legislador.

### 3. BREVE REFERENCIA A LA BUENA FE

La buena fe es el alma de los contratos. Pero, así como permite excluir la validez de las cláusulas de un contrato, no debe permitir, en cambio, por sí sola, que el juez pueda reescribir el contrato. Salvo que una norma le encomiende esa tarea, bajo pautas precisas.

La buena fe (como la *exceptio doli*) es, también, un límite excepcional al ejercicio de los derechos, presente en la doctrina del abuso del derecho. Pero el uso generalizado de ese límite por los contratantes afectados por la actual situación no es un instrumento adecuado para distribuir el riesgo de esta pandemia. Presupone una judicialización que debe ser evitada.

### 4. APLICACIÓN ANALÓGICA DEL ARTÍCULO 1575 CC

En el CC encontramos una norma que, de modo concreto, prevé los efectos de eventos extraordinarios sobre el contrato de arrendamiento de un predio rústico. Es el artículo 1575 CC, que califica a la peste de caso fortuito extraordinario (fuerza mayor), junto con otras situaciones de extrema gravedad (el incendio, la guerra, la inundación insólita, la langosta, el terremoto). Y en el caso de que provoque una pérdida de las cosechas superior al cincuenta por ciento da derecho al arrendatario a pedir una reducción de la renta.

¿Ofrece el artículo 1575 CC una solución? Creo que no. Además del problema de su vigencia y de la discusión que genere la aplicación analógica de este artículo, a falta de acuerdo entre los contratantes, su utilización conduce de nuevo a la vía judicial, inadecuada en el momento actual por las razones que ya he dicho.

### 5. A MODO DE CONCLUSIÓN

En estos momentos, en relación con los contratos vivos, creo que es el legislador quien debe adoptar las medidas necesarias para distribuir los riesgos de esta pandemia y mitigar sus efectos desastrosos. Debe hacerlo con criterios de justicia distributiva, respetando los principios constitucionales sobre los que se asienta la contratación. La actuación del legislador debe estar orientada por dos principios: la conservación de los contratos y la protección de la parte vulnerable. La conservación del «conjunto del entramado contractual» (utilizando la expresión de Fernando Gómez Pomar)

es la base del mantenimiento del sistema productivo y facilitará la salida de la crisis actual. Definir la vulnerabilidad económica de un contratante es más tarea del legislador que de la apreciación de cada juez.

Sabemos que el legislador español está actuando, tomando en cuenta la diversidad de situaciones e intereses afectados y aplicando diferentes medidas (aplazamiento de pagos sin devengo de intereses, suspensión de ejecuciones o lanzamientos, etc). La valoración de estas medidas es una tarea que va más allá de lo que pretendo con estas breves reflexiones.