

LA RUPTURA DE LA ECONOMÍA NEGOCIAL TRAS EL
COVID-19 (UN ANÁLISIS DESDE EL MODERNO DERECHO
EUROPEO DE CONTRATOS)

*EXCESSIVE HARDSHIP DUE TO THE COVID-19 OUTBREAK (AN
ANALYSIS FROM MODERN EUROPEAN CONTRACT LAW)*

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 12 bis, mayo 2020, ISSN: 2386-4567, pp. 326-339

Luz M.
MARTÍNEZ
VELENCOSO

ARTÍCULO RECIBIDO: 5 de mayo de 2020
ARTÍCULO APROBADO: 10 de mayo de 2020

RESUMEN: La pandemia causada por el COVID-19 está afectando actualmente a considerables aspectos de la actividad económica. Muchos particulares y empresas están viendo como su situación financiera se ve comprometida sin poder cumplir sus obligaciones contractuales. La cuestión es si existen remedios en el ordenamiento jurídico para hacer frente a esta situación, como la adaptación del contrato a la nueva realidad económica o la resolución del contrato sobre la base de la denominada en Derecho español doctrina de la “rebus sic stantibus”, que tiene su equivalente en otros ordenamientos jurídicos de Derecho comparado, con otra terminología. Los países europeos que han modernizado recientemente sus Códigos civiles han reservado un lugar especial a este tipo de institución jurídica. La realidad actual demuestra que nuestras modernas sociedades no se encuentran exentas del riesgo de la aparición de elementos imprevisibles y extraordinarios que pueden afectar profundamente a la economía. La aplicación normalizada de la referida institución jurídica por parte de los tribunales, con la creación de una jurisprudencia rigurosa, contribuiría sin duda a alcanzar un mayor nivel de seguridad jurídica, así como a la reducción de los costes de transacción en la redacción de contratos de larga duración.

PALABRAS CLAVE: Economía negocial; evento extraordinario e imprevisible; adaptación del contrato a las nuevas circunstancias; resolución del contrato.

ABSTRACT: Nowadays pandemic caused by COVID-19 is affecting many aspects of the economic activity. The financial situation of many individuals and companies is in serious danger with important difficulties in fulfilling their contractual obligations. The question is whether there are remedies in the legal system to deal with this situation, such as the adaptation of the contract or the termination on the basis of the so called in Spanish Law the doctrine of the “rebus sic stantibus” clause, that has its equivalent in other legal systems in the realm of Comparative law, under other terminology. European countries that have recently modernized their Civil Codes have reserved a special place for this type of legal institution. Today's reality shows that our modern societies are not exempt from the risk of the emergence of unpredictable and extraordinary elements that can profoundly affect the economy. The standardised application of that legal institution by the courts, with the creation of rigorous case-law body, would contribute to a higher level of legal certainty as well as the reduction of transaction costs in the drafting of long-term contracts.

KEY WORDS: Economy of the contract; extraordinary and unpredictable event; adaptation of the contract to the new circumstances; termination of the contract.

I. Como es de sobra conocido, la actual crisis sanitaria que se está viviendo actualmente en todo el mundo ha obligado a los diferentes Estados a tomar medidas extraordinarias que están afectando a la economía, básicamente debido al confinamiento al que se ve sometida la población. Muchos agentes económicos se están encontrando con enormes dificultades para hacer frente a sus obligaciones contractuales, en definitiva, se ha alterado en muchas ocasiones de modo notable la economía negocial. Se trata de una situación imprevisible por el carácter novedoso de la misma, que ha dado lugar a escenarios insólitos. A modo de anécdota en el Diario El País (23.03.2020) se podía leer el siguiente titular “El coronavirus cierra el hotel que resistió abierto hasta en la Guerra Civil. El Inglaterra, con 163 años de historia, es el más antiguo de Sevilla”.

Conscientes de esta situación, los distintos Estados han adoptado medidas legales para paliar los efectos de esta crisis sanitaria sobre la economía, así como para evitar la exclusión social de determinados grupos de ciudadanos. En esta línea, en España se aprobó en primer lugar, el Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo (“BOE” núm. 73, de 18/03/2020) donde se adoptan medidas de carácter urgente para la protección de los deudores hipotecarios en situación de vulnerabilidad, con el objeto de garantizar el derecho a la vivienda de estas personas. Se produce una “adaptación del contrato” por parte del legislador, una intervención de los poderes públicos en la autonomía privada por razones excepcionales, amparada por la Constitución española. De acuerdo con la Exposición de Motivos, “(l)a experiencia acumulada tras la crisis financiera de 2008 aconseja ampliar significativamente la protección a este colectivo para que puedan acceder a una moratoria en el pago de sus hipotecas y evitar la pérdida de sus viviendas. Adicionalmente, esta medida también beneficia a las entidades financieras en la medida que ayuda a contener la morosidad en una situación extraordinaria, como la actual”. Dicha moratoria será aplicable también a los contratos de préstamo hipotecario que tengan por objeto la adquisición de inmuebles afectos a la actividad económica que desarrollen empresarios y profesionales, entendiéndose por tales a personas físicas (art. 19 Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo).

Por otro lado, en lo referente a arrendamientos de vivienda, en el Real Decreto Ley 11/2020, de 31 de marzo (“BOE” núm. 91, de 01/04/2020) de nuevo se insta a las partes a una modificación del contrato, conforme se hace constar en la Exposición de motivos: “En España, en el 85% de los arrendamientos de vivienda el propietario es una persona física, pequeño propietario. Esta particularidad del

mercado del alquiler en España hace especialmente necesario que las medidas adoptadas faciliten los acuerdos entre las partes para permitir el pago de las rentas”.

Además, en el artículo 2 del citado Real Decreto el legislador modifica el contrato en el sentido de prever una prórroga legal extraordinaria del mismo, bajo determinados requisitos y plazos. Asimismo, se impone sobre las empresas o entidades públicas de vivienda y grandes tenedores de vivienda la obligación de aceptar moratorias o quitas en el pago de la renta, de nuevo, una adaptación legal del contrato.

En cuanto al contrato de arrendamiento para uso distinto de vivienda, el Real Decreto Ley 15/2020 de 21 de abril (“BOE” núm. 112, de 22/04/2020), regula la posibilidad de solicitar el aplazamiento del pago de las rentas a los arrendatarios en este tipo de contratos, cuya actividad está afectada por el estado de alarma derivada de la crisis sanitaria del COVID-19 y cumplan unos siguientes requisitos adicionales. Se trata de aquellos establecimientos que han tenido que suspender su actividad o reducir drásticamente la misma. Según se hace constar en la Exposición de Motivos: “A falta de acuerdo entre las partes, la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos no prevé causa alguna de exclusión del pago de la renta por fuerza mayor o por declaración de estado de alarma u otras causas, salvo en lo referido en su artículo 26, relativo a la habitabilidad de la vivienda derivada de la ejecución de obras, que puede ser aplicable a los locales de negocio vía artículo 30 de esta Ley. Asimismo, si se acude a la regulación del Código Civil referida a la fuerza mayor, tampoco ofrece una solución idónea porque no ajusta la distribución del riesgo entre las partes, aunque puede justificar la resolución contractual en los casos más graves. Ante esta situación, procede prever una regulación específica en línea con la cláusula *‘rebus sic stantibus’*, de elaboración jurisprudencial, que permite la modulación o modificación de las obligaciones contractuales si concurren los requisitos exigidos: imprevisibilidad e inevitabilidad del riesgo derivado, excesiva onerosidad de la prestación debida y buena fe contractual. Se considera conveniente ofrecer una respuesta que permita abordar esta situación y regular un procedimiento para que las partes puedan llegar a un acuerdo para la modulación del pago de las rentas de los alquileres de locales”.

Si ya se hubiera alcanzado un acuerdo previo entre el arrendador y el arrendatario al respecto estas medidas no son de aplicación, por lo tanto, la modificación convencional del contrato tiene preferencia frente a la adaptación legal a las nuevas circunstancias. El principio de la conservación del contrato se convierte en garantía de la continuidad de la actividad económica. En opinión del

legislador en la Exposición de Motivos, la no modificación del contrato “pone en serio riesgo la continuidad de sus actividades” (de pymes y autónomos).

2. El Código civil español, como es sabido, no contiene ningún artículo que se refiera a la adaptación o resolución del contrato debido a una alteración sobrevenida de las circunstancias. Se debe a la jurisprudencia el desarrollo de la denominada doctrina de la cláusula “rebus sic stantibus” de aplicación estrictamente excepcional desde mediados del siglo XX hasta sentencias recientes. Este cambio de perspectiva se ha producido fundamentalmente desde las Sentencias del TS 30 junio 2014 (RJ 2014, 3526) y 15 octubre 2014 (RJ 2014, 6129). Manteniéndose esta línea en las posteriores SSTS 18 julio 2019 (RJ 2019, 3010) y 6 marzo 2020 (RJ 2020, 879), entre otras (aunque estas últimas desestiman, a diferencia de las anteriormente citadas, la aplicación de la cláusula al caso concreto por no concurrir sus requisitos).

Tal y como estaba formulada la cláusula “rebus” en la anterior jurisprudencia de la Sala I^a del TS era prácticamente imposible su aplicación, como se observa del análisis de las Sentencias. Esta posición no estaba en consonancia con otros sistemas de Derecho comparado que reconocen esta doctrina en sus textos articulados, como el alemán, el holandés o el francés (como se analizará en la última parte de este trabajo), o con los nuevos textos de armonización del Derecho Privado europeo, como “Principles of European Contract Law” (PECL), “Draft Common Frame of Reference” (DCFR) o la posterior “Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on a Common European Sales Law” (CESL). Tampoco con las propuestas de modernización del Derecho de Obligaciones en el Código Civil español.

En la actualidad ha quedado evidenciado y no sólo en este ámbito, que el actual Derecho de Obligaciones ha quedado anticuado (dado que prácticamente no ha sido reformado desde la promulgación del Código en 1889) y ello ha llevado a una reformulación jurisprudencial de muchas de las figuras contenidas en el Libro IV del Código Civil. A estos efectos, en los últimos años el Tribunal Supremo español ha incluido en su jurisprudencia un número notable de referencias a los anteriormente citados textos armonizadores del Derecho europeo. Precisamente, uno de esos ámbitos de modernización jurisprudencial del Derecho de obligaciones en España ha afectado a la doctrina de la cláusula “rebus sic stantibus”.

En la anterior jurisprudencia se exigía en relación con el juicio de previsibilidad, la existencia de una “radical imprevisibilidad” no sólo del cambio de circunstancias, sino además de sus consecuencias. Además, que tal cambio produjera “una desproporción exorbitante, fuera de todo cálculo, entre las prestaciones de las

partes (...) que verdaderamente derrumben el contrato por aniquilación del equilibrio de prestaciones” (v. gr. STS 17 noviembre 2000). De acuerdo con la nueva doctrina jurisprudencial sería suficiente con que el mantenimiento inalterado del contrato no fuese razonablemente exigible a la parte desfavorecida. De este modo, la nota de la previsibilidad no debe “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” (vid. anteriormente citada STS 30 junio 2014). En consecuencia, si los elementos sobre los que se fundamenta el juicio de previsibilidad no eran materialmente accesibles o si lo eran, solamente era posible su concreción a un coste excepcional, el cambio de circunstancias podría calificarse como imprevisible.

Además, para que se dé la aplicación de la mencionada cláusula, es preciso que este cambio sobrevenido de las circunstancias imprevisible produzca sobre el contrato los siguientes efectos:

A) convierte el cumplimiento en excesivamente oneroso: acontecimientos que alteran fundamentalmente el equilibrio contractual, porque incrementan el coste de la prestación para una de las partes o reducen su valor para la otra de acuerdo con la inicial economía negocial.

B) produce una frustración del fin del contrato: entendido como propósito común o resultado económico querido o pretendido por ambas partes con el programa contractual (causa en sentido subjetivo).

En cuanto a los efectos, se prefiere la adaptación del contrato, frente a la resolución sobre la base del principio de conservación del contrato (ello es así en las citadas SSTS 30 junio 2014 y 15 octubre 2014).

Cuando el juez opta por modificar el contrato, el fundamento puede encontrarse en la interpretación integradora con base en la buena fe contractual ex art. 1258 CC como se hace constar en las anteriormente citadas sentencias del TS. A esta solución se le ha criticado que la presunta voluntad de las partes sobre cómo restaurar el equilibrio contractual afectado por la excesiva onerosidad sobrevenida es difícil de concretar y existe el riesgo de sustituir una hipotética voluntad de las partes por la voluntad del juez (es una de las razones por las que se huye de esta solución en la nueva redacción de la “imprévision” en el Código civil francés, a no ser que ambas partes lo soliciten).

Son las partes las que mejor pueden recuperar ese equilibrio perdido, por eso muchos sistemas de Derecho comparado, como sucede en el Código civil alemán, optan por la renegociación como primer remedio o también los PECL. No obstante, la renegociación plantea graves inconvenientes. Ello es debido a que

no tiene antecedentes en las instituciones clásicas del Código Civil como la lesión, la teoría de los riesgos o la responsabilidad contractual.

Podría definirse la obligación de renegociar como una obligación, en este caso legal, de medios que impone a las partes el deber de reunirse para intercambiar propuestas acerca de un nuevo contenido para su contrato.

Si hay acuerdo podría ser que se produjera una modificación del contrato, en cuyo caso, el objeto debe ser tan satisfactorio de los intereses económicos de los contratantes como lo era antes de la alteración sobrevenida de las circunstancias, así como respecto a la causa. En este caso, habrían de conservarse todos los accesorios de la obligación inicial, especialmente las garantías. Podría ser, por otro lado, que se produjera una novación, que consistiría en la sustitución convencional de una obligación por otra. En este caso, la finalidad económica que las partes pretenden satisfacer mediante el intercambio es distinta (v. gr. se acuerda que una determinada cantidad que se tenía en calidad de préstamo continúe en poder del deudor en calidad de depósito). La novación conlleva la pérdida de las obligaciones accesorias como las garantías, salvo pacto en contrario (art. 1207 CC). El acuerdo podría consistir, asimismo, en una transacción donde las partes se reconocen concesiones recíprocas entre ellas con la finalidad de renunciar al ejercicio de una acción judicial.

En caso contrario, a falta de acuerdo, las consecuencias de la renegociación fallida no están claras. En algunos ordenamientos como el Derecho alemán, o textos armonizados de Derecho europeo, como CESL, se establece el deber de renegociar en primer lugar y si no se consigue el objetivo deseado, se acude al juez/árbitro para adaptar el contrato o resolverlo.

Podría sostenerse que durante la fase de renegociación las partes están sujetas a determinadas obligaciones. Así, durante la renegociación las partes deben mantener sus obligaciones contractuales. Por otro lado, deben respetar las obligaciones derivadas del principio de buena fe contractual. Imponer el cumplimiento forzoso no parece oportuno, así como tampoco considerar que la consecuencia de la ruptura injustificada de las negociaciones sería la indemnización de daños y perjuicios, puesto que se trataría de un caso de daños punitivos que no se contemplan en nuestro ordenamiento jurídico ("restitutionary damages" o "account of profits" en el Derecho anglosajón).

Volviendo a la buena fe durante la fase de renegociación y en relación con la crisis provocada por el COVID-19, por ejemplo, tratándose de un contrato de arrendamiento, la parte arrendataria que pretende la adaptación del contrato debería aportar una fundamentación realista y honesta acerca de por qué no es posible pagar la renta en las condiciones inicialmente estipuladas. Otra de las

cuestiones a considerar es si efectivamente en el caso concreto es tan grande la disminución real del volumen de negocio y si la misma viene enteramente causada por la crisis del “coronavirus”. En definitiva, debería pensarse en un reparto justo y realista del riesgo contractual.

Por otro lado, de acuerdo con la STS de 6 de marzo 2020, “(e)l cambio de estas características que, bajo las premisas que establece la jurisprudencia, podrá generar un supuesto de aplicación de la regla de la *rebus sic stantibus* es más probable que se dé en un contrato de larga duración, ordinariamente de tracto sucesivo. Pero no en un supuesto, como el presente, de contrato de corta duración, en el que difícilmente puede acaecer algo extraordinario que afecte a la base del contrato y no quede amparado dentro del riesgo propio de ese contrato.”

El TS viene, pues, a recalcar que es más factible que la cláusula “rebus” se aplique a un contrato de larga duración. No obstante, sería comúnmente aceptado que la súbita crisis producida por el “COVID-19” ha sido imprevisible con anterioridad a su irrupción, y la misma influye en el desarrollo de infinidad de relaciones contractuales, con lo que la mayor o menor duración del contrato no debería afectar a la aplicabilidad de la doctrina de la “rebus” con la excepción de que el contrato se hubiese celebrado con total conocimiento de la situación. En definitiva, se tendría que valorar caso por caso si efectivamente la crisis del “COVID-19” ha alterado la inicial economía contractual o no.

3. En otros países de la Unión Europea se está viviendo una situación similar a la que sucede en nuestro país. Se han adoptado también medidas para paliar los efectos económicos y sociales de la crisis. Desde el punto de vista del Derecho privado, algunos Estados cuentan con instrumentos legales para la adaptación del contrato a las nuevas circunstancias o para su resolución, en última instancia, puesto que en las últimas reformas de sus Códigos civiles introdujeron instituciones legales similares a la doctrina de la cláusula “*rebus sic stantibus*”. Me referiré principalmente a Alemania, Países Bajos, Francia y Reino Unido, aunque en este último caso se debe a la jurisprudencia la creación de la doctrina de la “*frustration of contract*”. Antes de ello quisiera referirme, como muestra del interés que esta situación ha suscitado entre los juristas europeos, a los principios adoptados recientemente por el “European Law Institute” para la crisis COVID-19 (https://www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user_upload/p_eli/Publications/ELI_Principles_for_the_COVID-19_Crisis.pdf) que abordan algunas de las cuestiones jurídicas más importantes que se plantean en relación con la crisis sanitaria que estamos atravesando y ofrecen orientación a los Estados europeos, las instituciones de la UE, así como a otros organismos interesados.

Entre estos principios, y en punto al tema que es objeto de tratamiento aquí, se incluye el número 13 (con el título "Force Majeure and Hardship") según el cual:

"(1) Cuando la ejecución de un contrato se impida temporal o definitivamente directa o indirectamente debido al brote de COVID-19 o a las decisiones adoptadas por los Estados en relación con el brote de COVID-19, los Estados deben velar por que la legislación vigente sobre imposibilidad o fuerza mayor se aplique de manera eficaz, y proporcione soluciones razonables. En particular, la asignación contractual de riesgos en estos casos debe evaluarse a la luz de los contratos existentes, los regímenes jurídicos aplicables y el principio de buena fe.

(2) Cuando, como consecuencia de la crisis COVID-19 y de las medidas adoptadas durante la pandemia, el cumplimiento del contrato ha devenido excesivamente oneroso, incluso cuando el coste de la prestación ha aumentado significativamente, los Estados deben asegurarse de que, de conformidad con el principio de buena fe, las partes entablarán renegociaciones, incluso si esto no se ha previsto en un contrato o en la legislación vigente.

(3) De conformidad con el principio de solidaridad, los Estados deben velar por que las consecuencias de la interrupción de las relaciones contractuales, como la cancelación de planes de viaje, no sea un riesgo atribuido a una de las partes, en particular a consumidores o pymes".

3.1. Como en otros Estados europeos, el legislador alemán ha aprobado varias medidas para mitigar las adversas consecuencias provocadas por la epidemia de COVID-19 sobre la economía del país. En concreto, para la protección de los arrendatarios se prevé que los arrendadores no podrán resolver el contrato cuando el arrendatario deje de pagar la renta bajo determinadas circunstancias y con ciertos requisitos, de nuevo una adaptación del contrato por parte del legislador a las nuevas circunstancias. No obstante, según la doctrina alemana, estas medidas no obstan a una adaptación negocial del contrato sobre la base de la institución de la "Geschäftsgrundlage" introducida en el BGB a raíz de su última modificación para la modernización del Derecho de obligaciones en Alemania (culminada mediante Ley de 1 de enero de 2002).

El tenor literal del § 313 BGB es el siguiente: "1. Si las circunstancias que forman parte de la base del negocio cambian considerablemente después de la conclusión del contrato, de modo que las partes no hubiesen concluido el contrato o no con ese contenido si hubieran podido prever ese cambio; se puede solicitar la adaptación del contrato, siempre que no se pueda exigir a una parte la vinculación al contrato teniendo en cuenta las circunstancias del caso, especialmente el reparto contractual o legal del riesgo.

2. Dicho cambio de circunstancias es equiparable a la falsa representación de la realidad que pertenece a la base del negocio.

3. Si la adaptación del contrato no es posible o no es exigible a una de las partes, la parte en desventaja puede solicitar la resolución del contrato. En vez de la resolución, en los contratos de tracto sucesivo, las partes tienen el derecho de denunciar el contrato”.

Efectivamente, la situación actual creada por el COVID-19 podría considerarse como elemento imprevisible, que no pudo ser tomado en consideración por las partes para la distribución contractual del riesgo negocial. Por otro lado, en cuanto a los efectos, tendría que valorarse, según la doctrina alemana, si es razonable el mantenimiento del contrato o si, de acuerdo con la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo alemán (“Bundesgerichtshof”) “el mantenimiento del contrato conduce a un resultado indeseable que no está en consonancia con el ordenamiento jurídico ni con la justicia”.

Si efectivamente se entiende que es de aplicación la doctrina de la base del negocio, la primera consecuencia prevista por la ley es la adaptación del contrato a las nuevas circunstancias. Sin embargo, esa adaptación no se produce automáticamente, sino que la parte en una situación de desventaja tiene el derecho a solicitar a la otra la modificación del contrato. La adaptación del contrato a las nuevas circunstancias depende del caso individual que va desde un aplazamiento o reducción del precio pactado hasta una suspensión temporal de las obligaciones contractuales, incluso cabría una prórroga del plazo de duración del contrato. Sólo en tales casos en los que no se considera razonable que el contratante acepte la modificación del contrato, procedería la resolución del mismo.

3.2. El Derecho francés no ha sido ajeno a esta tendencia a la modernización de su Derecho de obligaciones, en donde se ha aprovechado para introducir una institución como la que estamos analizando, que también tenía reconocimiento jurisprudencial, conocida con el nombre de “imprévision”. Actualmente se encuentra regulada en el nuevo artículo 1195 del Código Civil francés (introducido por la Ordenanza 10 febrero 2016). Conforme al tenor literal de esta norma:

“Si un cambio imprevisible de circunstancias en la conclusión del contrato hace que la ejecución sea excesivamente onerosa para una parte sin que haya aceptado correr tal riesgo, esa parte puede solicitar una renegociación del contrato a su contraparte contractual. Durante la renegociación es preciso que se continúe con el cumplimiento del contrato.

En caso de rechazo o fracaso de la renegociación, las partes pueden solicitar al juez de común acuerdo la adaptación del contrato. En otro caso, una de las partes podrá solicitar al juez la resolución del contrato, que se entenderá producida en la fecha y con las condiciones que se fije en la sentencia”.

Esta teoría permite, como sucede en el Derecho alemán, solicitar una renegociación del contrato, cuyo cumplimiento se ha vuelto excesivamente oneroso a la luz de circunstancias que eran imprevisibles en el momento de su celebración. Dado que el carácter imprevisible de las circunstancias que permiten la renegociación del contrato se evalúa el día de la celebración del contrato, esta calificación podría debatirse a la luz de la información disponible hasta esa fecha, según la doctrina francesa. Como se observa, el primer remedio y preferente es el de la adaptación del contrato a las nuevas circunstancias frente a la resolución del mismo.

3.3. En cuanto a los posibles remedios legales disponibles en el Derecho holandés, que se encuentra asimismo dentro del grupo de ordenamientos jurídicos que han visto sus Códigos civiles actualizados a la nueva realidad socioeconómica, se encuentra el art. 6:258, conforme al cual: “1. A petición de una de las partes, el juez podrá modificar los efectos de un contrato, o podrá dejarlo sin efecto total o parcialmente sobre la base de circunstancias imprevistas que sean de tal naturaleza que la parte contratante, de acuerdo con criterios de razonabilidad y equidad, no pueda esperar que el contrato se mantenga de forma no modificada. La modificación o la anulación del contrato podrán tener fuerza retroactiva.

2. La modificación o la terminación del contrato no tendrán lugar si la persona que invoca el cambio de circunstancias debe responder de dicho cambio en función de la naturaleza del contrato o de la opinión común.

3. A los efectos del presente artículo, una persona a la que se haya transferido un derecho u obligación contractual, se asimila a una parte contratante”.

Uno de los elementos a tener en cuenta para la aplicación de esta institución es, como en los casos anteriores, el de la imprevisibilidad. Por otro lado, en cuanto a los efectos, al modificar o resolver el contrato, el tribunal dispone de una gran libertad. El juez considerará lo que es razonable y equitativo en vista de todas las circunstancias del caso. La modificación o resolución puede afectar a la totalidad del contrato o a determinadas cláusulas. También puede estipularse que ambas partes pueden suspender temporalmente el acuerdo. El juez también podrá conceder efecto retroactivo a la modificación o resolución, así como fijar indemnización de daños y perjuicios en caso de que se ponga fin al contrato. El

objetivo del tribunal será restablecer el equilibrio contractual perturbado por las circunstancias imprevistas, teniendo en cuenta la nueva situación (tras la situación de pandemia provocada por el COVID-19).

3.4. La regla general es el cumplimiento del contrato en los términos pactados, por lo que el incumplimiento dará lugar a la resolución del contrato y a la indemnización de daños y perjuicios. Además, el sistema de responsabilidad contractual del “common law” es un sistema de responsabilidad objetivo (“strict liability”), es decir, se exige responsabilidad al deudor incluso en el caso de que no exista culpa o negligencia en su comportamiento. Sin embargo, se admite la liberación del deudor en los casos en que: 1) el cumplimiento del contrato ha devenido imposible; 2) como consecuencia del cambio de circunstancias se ha frustrado el propósito principal de una de las partes; 3) el cumplimiento no es imposible, pero es mucho más oneroso de lo que se previó en un principio. Si el deudor se libera del cumplimiento en cualquiera de estos supuestos, no está obligado a la indemnización de daños y perjuicios.

La doctrina de la “frustration” es de creación jurisprudencial, tiene su origen en los llamados “Coronation Cases” (entre los más relevantes el caso *Krell v. Henry* [1900-3] All E.R., pp. 20 y ss). Al igual que hemos visto anteriormente, uno de los requisitos para la aplicación de la doctrina de la “frustration” es la imprevisibilidad del cambio de circunstancias. Además, para que se aplique tal remedio es necesario que la parte que lo alega no tenga ningún control sobre el cambio de circunstancias, así como que no haya sido esta parte la que con su comportamiento negligente haya provocado tal situación (requisito de la inimputabilidad).

En cuanto a la posible aplicación de la doctrina de la “frustration of contract” conviene tener presente que esta institución opera dentro de confines estrechos y que la aplicación judicial de la misma es poco frecuente. Por ejemplo, un caso reciente donde el tribunal descartó la aplicación de la “frustration” tenía por objeto un contrato de arrendamiento de larga duración donde el arrendatario, la Agencia Europea del Medicamento (Canary Wharf (Bp4) TI Ltd. V. European Medicines Agency (2019) EWHC 335 (Ch)”, se vio obligada a mudarse fuera del Reino Unido debido al Brexit.

Es posible que las partes hayan incluido en su clausulado contractual determinado tipo de cláusulas que podrían dar cobertura a este tipo de eventos sobrevenidos e imprevisibles (“force majeure” o “change of circumstances” clauses). Ello es debido a que los contratos en Reino Unido suelen ser más extensos y detallados que en los países de “civil law”, dado que en el Derecho inglés los contratos no disponen de una amplia regulación legal. De ahí que las partes tiendan a concretar de modo

preciso los términos del acuerdo, reduciendo el espacio para la interpretación o intervención judicial. En primer lugar, en cuanto a las denominadas cláusulas de “force majeure”, especifican una serie de eventos seguidos de las palabras “o cualquier otra causa fuera de nuestro control”. Habitualmente los tribunales interpretan estas cláusulas de modo restrictivo. Su ámbito de aplicación reside en aquellos casos en los que el cumplimiento de las obligaciones contractuales, o bien ha sido objeto de mora, o bien se ve impedido u obstaculizado por un evento específico. La existencia de este tipo de cláusulas en el contrato no garantiza que la situación creada por el “coronavirus” quedará cubierta por la misma en todo caso. Parece que no será de aplicación si no se refiere específicamente a la situación de epidemia o pandemia.

Puede también que en el contrato se haya incluido la cláusula denominada “change of circumstances”, aunque esta situación es menos frecuente y si es el caso suele ir precedida de una ardua negociación. Asimismo se pueden incluir cláusulas que incluyan remedios contractuales en el caso de que produzca un cambio de legislación (por ejemplo, una nueva legislación que limite las posibilidades de viajar de la población).

Comparando esta situación con la anterior, propia de los países de “civil law” podríamos concluir que una solución prevista en la ley y con unos requisitos claros de aplicación realmente es beneficiosa porque contribuye a reducir los costes de negociación implícitos en las cláusulas “force majeure” y “hardship”.

4. De todo lo anteriormente expuesto podemos concluir que sí existen remedios en los distintos ordenamientos jurídicos europeos para adaptar el contrato a las nuevas circunstancias después de la ruptura de la economía negocial creada como consecuencia de la actual crisis sanitaria, así como para poner fin al contrato, en última instancia. Estos remedios gozan de un mayor nivel de seguridad jurídica en aquellos países europeos que han modernizado recientemente sus Códigos civiles. En mi opinión, sería conveniente que se introdujera en nuestro Código civil una regulación de la cláusula “rebus sic stantibus” siguiendo la terminología con la que se ha venido conociendo tradicionalmente a la figura. Ello porque, como se ha mencionado anteriormente, nuestras modernas sociedades no se encuentran exentas del riesgo de la aparición de elementos imprevisibles y extraordinarios que pueden afectar profundamente a la economía. Hasta que ello tenga lugar, una aplicación normalizada de la referida institución jurídica por parte de los tribunales, con la creación de una jurisprudencia rigurosa, serviría para alcanzar este deseado nivel de seguridad jurídica, así como para reducir los costes de transacción asociados a la redacción de contratos de larga duración. Puesto

que preverlo todo es costoso, como hemos visto que sucede en el Derecho anglosajón.

No obstante lo anterior, si los expertos no se equivocan, es posible que en el futuro aparezcan nuevas epidemias de virus actualmente desconocidos o recaídas en la actual. Por ello, no es de descartar que en lo sucesivo se prevea la irrupción de este riesgo, especialmente en la redacción de contratos de larga duración. En este posible escenario se darían circunstancias sobrevenidas, pero no necesariamente imprevisibles.