

Fuerza mayor

-

Cancelaciones, retrasos, interrupciones en la cadena de distribución y transporte, prohibiciones de actividad, aviones que no despegan, mercancías que no llegan, comercios cerrados, descenso abrupto del consumo y de los ingresos de las familias, reducción drástica de la inversión, la mayoría confinados en nuestros hogares y todos pendientes de la evolución de una pandemia de precedentes demasiado remotos como para pensar que algo así podía alterar de nuevo nuestra vida cotidiana.

Desde que el pasado 11 de marzo de 2020, la Organización Mundial de la Salud declarara la situación de pandemia por la enfermedad Covid-19 causada por el coronavirus SARS-CoV-2, se han sucedido las medidas preventivas adoptadas por los gobernantes de todo el mundo. Son de mayor o menor intensidad, pero en todo caso suponen afectaciones graves a la economía y al funcionamiento normal de los mercados. Un panorama desolador que solo cede su gravedad ante la terrible factura de las vidas humanas segadas por un organismo microscópico que ha evidenciado nuestra fragilidad y la ingenua seguridad con la que organizábamos nuestras vidas y actividades.

Estamos ante un supuesto de fuerza mayor. Sin duda. Si se prefiere, ante una situación de emergencia que provoca un estado de fuerza mayor y la adopción de medidas (sobre todo, prohibitivas) que impiden el cumplimiento normal de los contratos. En todo caso, la crisis tiene dimensiones tan gigantescas que es irrelevante debatir si se trata de un supuesto previsible pero inevitable o evitable pero imprevisible. La situación actual quedará en nuestra memoria colectiva -social, económica y jurídica- y, a partir de ahora, ya no habrá contratos de cierta complejidad que prescindan de una cláusula que prevea una solución contractual para casos como el presente.

El sistema legal deberá, sin embargo, dar una respuesta a las pretensiones de las partes de los contratos afectados por la pandemia y sus consecuencias económicas: a las obligaciones de los deudores que no pudieron prestar o que solo pueden hacerlo a un coste muy superior al que podían prever cuando

contrataron y a los acreedores que no recibieron una prestación que, acaso, habrá perdido interés cuando la situación de los mercados se estabilice. Mientras tanto, unos y otros, habrán sufrido -están sufriendo- una pérdida de ingresos que no se acompasa con una reducción de sus costes fijos en una situación global -pandémica- que evidencia que el mercado es -nada más ni nada menos- que un entramado de relaciones contractuales.

El gobierno, en ejercicio de las funciones que le encomiendan el artículo 116.2 Constitución y la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de julio, de los estados de alarma, excepción y sitio, que desarrolla el precepto, se ha embarcado en una frenética actividad normativa. Muchas de las previsiones adoptadas alteran la regulación de determinados contratos o afectan, en general, a las pretensiones derivadas de contratos vigentes. Las más generales fueron las contenidas en el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para a gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el Covid-19, que se ha prorrogado ya en tres ocasiones. Sus Disposiciones adicionales segunda y cuarta imponen, respectivamente, la suspensión de los plazos procesales y la suspensión de los plazos de prescripción y caducidad.

A esas primeras disposiciones generales han seguido las adoptadas por el Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del Covid-19, referidas a la prórroga en los plazos de pago de la deuda hipotecaria garantizada con la vivienda habitual o con inmuebles destinados a una actividad económica (artículo 7) cuando el deudor se encuentre en una situación de vulnerabilidad económica (artículos 8 y 9), la generalización del beneficio de excusión a fiadores y avalistas de tales deudas que se encuentren a su vez en una situación de especial vulnerabilidad (artículo 10), el procedimiento para ser beneficiario de las medidas indicadas (artículo 11 a 14), la inaplicación de los intereses moratorios en todos los contratos de crédito o préstamo garantizados con hipoteca inmobiliaria y contratados por esos deudores especialmente afectados por la situación actual (artículo 15) y a la interrupción (y no mera suspensión) de los plazos para la devolución (¿también de desistimiento?) de productos ya adquiridos (artículo 21). Además de determinadas medidas aplicables a personas jurídicas de derecho privado (artículo 40) referidas a la formulación y aprobación de sus cuentas y a la suspensión de la obligación de disolución cuando concorra causa legal y de sus efectos, la suspensión de los plazos de caducidad de los asientos de los registros (artículo 42) y la suspensión del plazo para la solicitud del concurso de acreedores (artículo 43), medida que se complementa con las relativas a los concursos ya iniciados antes del estado de alarma (Disposición adicional décima).

Dos semanas después, el Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo, por el que adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al Covid-19, modificaba en su Disposición adicional primera la mayor parte de las disposiciones contenidas en el anterior Real Decreto-ley 8/2020 y añadía a las medidas económicas otras especialmente destinadas a deudores y contratantes en situación de especial vulnerabilidad económica. Entre ellas, señaladamente, la de suspensión de los procedimientos de desahucio (artículo 1), de prórroga extraordinaria de los contratos de arrendamiento de vivienda habitual (artículo 2), de moratoria en el pago de las rentas (artículos 3 a 9), de suspensión de las obligaciones derivadas de los contratos de crédito sin garantía hipotecaria (artículo 21 y 23 a 27), de vigencia del beneficio de excusión para los fiadores y avalistas de contratos de crédito cuyas obligaciones se

han suspendido (artículo 22). El decreto anuncia en su Disposición adicional decimonovena que se adoptarán determinadas medidas de agilización procesal y añade en su disposición transitoria cuarta determinadas medidas en materia de concurso de acreedores.

Días después, el Real Decreto-ley 15/2020, de 21 de abril, de medidas urgentes complementarias para apoyar la economía y el empleo, incluye en sus artículos 1 a 5 el aplazamiento temporal y extraordinario en el pago de la renta de arrendamientos de inmuebles para uso distinto del de vivienda para los casos en que las partes contratantes no hayan llegado a un acuerdo al efecto.

Medidas todas ellas que se complementan con otras adoptadas para el mantenimiento de servicios esenciales, ayudas públicas a determinados colectivos y un número lógicamente relevante de disposiciones en materia administrativa, tributaria y, sobre todo, laboral.

Se trata de normas dictadas en una situación de extraordinaria y urgente necesidad (cfr. artículo 86 CE). En el momento de escribir estas líneas, todas, salvo las contenidas en el Real Decreto-ley 15/2020, han sido ya convalidadas mediante los correspondientes Acuerdos del Congreso de los Diputados y se han incorporado a nuestro ordenamiento para dar respuesta a los inminentes problemas económicos causados por una crisis sanitaria de dimensiones catastróficas.

Sin perjuicio de la necesidad de todas ellas, es oportuno recordar que es arriesgado legislar en tiempo de crisis: falta la perspectiva que exige aprobar normas con carácter general y vocación de permanencia. La urgencia, además, impide el sosiego que exige el proceso de elaboración y de aprobación de una norma y reduce las garantías procedimentales en su tramitación. El codificador civil era consciente de tales extremos y por tal motivo el artículo 4.2 CC se ocupa de prevenir que «*Las leyes penales, las excepcionales y las de ámbito temporal no se aplicarán a supuestos ni en momentos distintos de los comprendidos expresamente en ellas*». Resulta, por ello, criticable -al menos en cuanto al procedimiento seguido y en lo que se refiere a normas con relevancia contractual- que con motivo del Real Decreto-ley 6/2020, se hayan modificado -con carácter general y definitivo- determinados preceptos de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social y del Real Decreto 84/2015, de 13 de febrero, por el que se desarrolla la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito. Las medidas incluidas en la modificación se podrían haber adoptado solo con carácter de urgencia y dejar la reforma de la ley para un momento de mayor estabilidad política, social y económica.

También parece oportuno destacar una obviedad: esta crisis afecta a todos los contratantes y todos ellos forman parte de la realidad económica perjudicada por la crisis. En qué medida resulte perjudicada cada parte del contrato, dependerá de muchos factores, pero esta no es solo una crisis de deudores. El legislador debería ser consciente de que las medidas de protección del deudor de determinadas prestaciones alteran el equilibrio acordado por las partes del contrato en los términos en que fue pactado. En este sentido, parece más que razonable una regla como la que Alemania ha incorporado al nuevo artículo 240 §1 EBGB (*Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche*) con motivo de la actual crisis. El precepto prevé un aplazamiento general hasta el próximo 30 de junio de 2020 del pago de las deudas debidas por consumidores y pequeñas y medianas empresas que sean exigibles conforme a contratos de tracto sucesivo concluidos antes del 8 de marzo de este año. El aplazamiento general está sujeto a los requisitos previstos en el precepto y no se aplica a determinados contratos, por ejemplo el de

arrendamiento, que han sido objeto de medidas específicas. El apartado tercero del precepto, sin embargo, reconoce al acreedor el derecho a oponerse al aplazamiento si el retraso le genera un perjuicio económico que afecta a su subsistencia (*Absatz 1 gilt nicht, wenn die Ausübung des Leistungsverweigerungsrechts für den Gläubiger seinerseits unzumutbar ist, da die Nichterbringung der Leistung die wirtschaftliche Grundlage seines Erwerbsbetriebs gefährden würde. Absatz 2 gilt nicht, wenn die Ausübung des Leistungsverweigerungsrechts für den Gläubiger unzumutbar ist, da die Nichterbringung der Leistung zu einer Gefährdung seines angemessenen Lebensunterhalts oder des angemessenen Lebensunterhalts seiner unterhaltsberechtigten Angehörigen oder der wirtschaftlichen Grundlagen seines Erwerbsbetriebs führen würde.*). Cuando así suceda, el deudor tiene derecho a resolver el contrato.

En todo caso, las normas especiales con relevancia contractual dictadas en las normas de emergencia ante la crisis son las contenidas en los Reales Decretos indicados. Son normas especiales que se suman a otras muchas ya existentes cuya aplicación está prevista para situaciones tan graves como la actual. Así, y siempre en materia contractual, los artículos 75 y 76 (imposibilidad de devolución) y 160 (imposibilidad de ejecutar el viaje combinado) TRLGDCU y las normas del Código civil especialmente previstas para determinados contratos, como el artículo 484 (usufructo), 1563 y 1575 (arrendamiento), 1589 (contrato de obra), 1602 (transporte), 1625 (censos), 1744 y 1745 (comodato), 1777 y 1784 (depósito), 1896 (cobro de lo indebido) y de forma destacada, el artículo 1452 CC, para el contrato de compraventa. La aplicación de la mayoría de ellas será, sin embargo, previsiblemente escasa. Desgraciadamente, el virus afecta a las personas, no a las cosas, y el problema no será que estas se hayan destruido o hayan desaparecido, sino que los obligados a darlas o a recibirlas no pueden hacerlo en los términos en que se obligaron.

Para el resto de contratos que conforman el extenso panorama de nuestra economía, quedan las normas generales. La más relevante es la que explica el contrato mismo: el pacto, lo que las partes, en su caso, hayan previsto, si lo hicieron, para el caso de que sucediera algo como lo que sufrimos. Un pacto para buscar una solución dentro del contrato, mediante la alteración de las obligaciones y derechos o su forma de cumplimiento y ejercicio, o para dejar el caso definitivamente fuera del contrato y ordenar la liquidación de las consecuencias causadas por el desastre.

Cuando las partes hayan contemplado escenarios como el causado por la pandemia habrá que estar a lo que decidieron, sin otra limitación que las generales que vengan impuestas por los criterios de incorporación y, en su caso, de contenido de la cláusula contractual en cuestión.

Es posible, sin embargo, que las partes contratantes no hayan previsto un escenario como el actual o que la previsión resulte insuficiente a la vista de la magnitud de la tragedia. Cuando así suceda -será de hecho lo habitual-, la laguna contractual deberá colmarse con el recurso a las normas legales. Entre ellas, de forma muy destacada, el principio de la buena fe (artículo 7 CC), que habrá de guiar con especial rigor e intensidad la actuación de los contratantes y de quienes deban juzgarla. En especial, las exigencias concretas que imponga el deber de mitigar el daño que, aunque solo esté expresamente reconocido en nuestro ordenamiento en el artículo 17 LCS y en el 77 del Convenio de Viena, es fácilmente deducible del principio general de buena fe. Conforme a él, y puesto que muchas de las contingencias económicas provocadas por la crisis

sanitaria pueden ser solo temporales, la respuesta contractual más adecuada puede ser la suspensión de las obligaciones y derechos respectivos. No es tiempo de comportamientos oportunistas.

Sin embargo, la emergencia sanitaria finalizará antes que sus efectos económicos y, en todo caso, es más que probable que el mundo que nos quede después de este episodio sea diferente al que hemos conocido hasta la fecha. Puede suceder, por tanto, que la suspensión no sea posible, por las características de la prestación contractual o por las circunstancias de los contratantes, y que deba aplicarse otra solución, mucho más compleja, que resuelva el espinoso problema de la asignación del riesgo contractual específicamente generado por la crisis. Y hay que reconocer, con resignación y mucha preocupación por nuestro futuro inmediato, que el ordenamiento jurídico español llega a esta crisis con los deberes sin hacer.

Además de las reglas especiales ya referidas y de las que se han adoptado con carácter excepcional, los contratantes sujetos a derecho español disponen de la (única) regla general sobre caso fortuito, que se contiene en el artículo 1105 CC («*Fuera de los casos expresamente mencionados en la ley, y de los en que así lo declare la obligación, nadie responderá de aquellos sucesos que no hubieran podido preverse, o que, previstos, fueran inevitables.*») La consecuencia de la norma es exonerar de responsabilidad al deudor que es víctima de lo imprevisible o lo inevitable o de ambas cosas a la vez. El tenor literal del precepto es claro al respecto y así lo confirma su ubicación sistemática, entre los preceptos que el Código dedica al incumplimiento de los contratos y sus efectos. Se trata, con todo, de una norma subsidiaria por partida doble: solo se aplicará en ausencia de una norma legal que prevea otro desenlace y en defecto de pacto entre las partes.

La regla general para el caso fortuito se complementa con los preceptos que el Código incorpora bajo la controvertida rúbrica «De la pérdida de la cosa», que deberá ser posterior a la conclusión el contrato, pues de otro modo este devendría ineficaz por falta de objeto (cfr. artículo 1272 CC). Entre ellos, y a los efectos que ahora interesan, el artículo 1182 CC, para las obligaciones de dar («*Quedará extinguida la obligación que consista en entregar una cosa determinada cuando ésta se perdiere o destruyere sin culpa del deudor y antes de haberse éste constituido en mora.*»), y el artículo 1184 CC, para las obligaciones de hacer («*También quedará liberado el deudor en las obligaciones de hacer cuando la prestación resultare legal o físicamente imposible.*») En estos casos, el Código se limita a ordenar la liberación del deudor afectado por la pérdida de la cosa o la imposibilidad de la prestación. Una previsión escasa, pero necesaria en un régimen contractual como el nuestro que permitiría, en otro caso, que el acreedor insatisfecho exigiera el cumplimiento específico de la obligación (cfr. artículo 1124 CC).

Fuera de esos casos expresamente previstos con carácter general, parece que el Código no da otra salida al deudor afectado por circunstancias adversas. En la balanza entre el respecto a lo pactado y su adaptación a las circunstancias, nuestro Código, repleto de reglas sabias que no pudieron anticipar la dimensión de las crisis que le han sucedido, inclina el fiel hacia el cumplimiento exacto del acuerdo.

El efecto no es automático, ni siquiera exacto. Las reglas indicadas obvian el efecto que la exoneración o la liberación hayan de tener en el contexto habitual de obligaciones sinalagmáticas. En tales casos, y dejando al margen las oscuras reglas sobre transmisión de los

riesgos en el contrato de compraventa, la jurisprudencia se ha visto obligada a recurrir a expedientes de diversa índole para ajustar el impacto contractual de la imposibilidad. Desde la (re)interpretación de la voluntad contractual hasta la desaparición sobrevenida de la causa, pasando por el error del contratante afectado por la imposibilidad.

Además, la rigidez del Código es solo aparente, pues se atempera por el principio general de culpa (que se ha considerado tradicionalmente vigente a pesar de las dudas que genera el artículo 1101 CC). Una culpa que solo cede ante el deudor moroso, justamente tratado con especial severidad. El requisito de la culpa ha llevado a nuestros jueces y tribunales a ampliar los ámbitos de lo imposible y de lo inevitable, que con demasiada frecuencia han sido aplicados a circunstancias de imposibilidad o dificultad relativas o meramente subjetivas. Algo que se aleja de, al menos, el tenor literal de los preceptos referidos. El artículo 1105 CC se refiere a «sucesos» y los artículos 1182 y 1184 CC a «pérdida de la cosa» y a la imposibilidad «legal o física», respectivamente. Se trata, por tanto, de impedimentos ajenos al deudor.

La exigencia de culpa, sin embargo, no aporta nada en una situación general -global- que afecta a todos los sectores de la economía y a contratantes de todo tipo involucrados en prestaciones que se han visto, todas ellas, afectadas por una misma causa de fuerza mayor, objetiva y desgraciadamente indiscutible. Ya no puede jugarse el comodín de la responsabilidad por culpa: o es común, y en ese caso ya no sirve para distinguir los diligentes de los negligentes, o es irrelevante porque el incumplimiento se hubiera producido igualmente a pesar de la eventual diligencia del deudor. Y en tal situación, tan injusto -e ineficiente- es exonerar a todos los deudores como preservar el derecho de todos los acreedores.

El actual estado de cosas sobre la materia en nuestro ordenamiento es de tal fragilidad que el apartado II del Preámbulo del Real Decreto-ley 15/2020, reconoce sin pudor que:

«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.»

Una afirmación que constata la incuria de nuestros legisladores recientes, que ha trasladado históricamente el problema a nuestros jueces y tribunales. Lo asume el mismo Preámbulo con motivo de la presentación de las medidas excepcionales sobre arrendamientos que se contienen en el Real Decreto:

«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.»

En efecto, la jurisprudencia civil reciente no ha sido ajena a los problemas señalados. Espoleada por los graves problemas que ocasionó la crisis financiera, la Sala Primera del Tribunal Supremo ensayó la generalización de la doctrina *rebus sic stantibus*. En la STS 591/2014, Sala Primera, de 15 de octubre (Roj: 5090/2014) y en la STS 333/2014, Sala Primera, de 30 de junio (Roj: 2823/2014), el Tribunal asumió con excesiva generosidad los efectos que una alteración sobrevenida (aunque en algunos de los casos era previsible) de las circunstancias había de tener

en los términos acordados. La reciente STS 156/2020, Sala Primera, de 6 de marzo (Roj: 791/2020) ha intentado encauzar esa doctrina, aunque los tiempos no le hayan sido propicios.

Y así, con unos preceptos deslucidos por el tiempo y el uso y una jurisprudencia vacilante, llegamos a una crisis que puede ser de largo recorrido.

Las medidas de urgencia adoptadas en nuestro ordenamiento con motivo de la crisis sanitaria no difieren de las que han decidido en Alemania (en materia contractual, con la *Gesetz zur Abmilderung der Folgen der COVID-19-Pandemie in den Bereichen Insolvenz-, Gesellschafts-, Zivil- und Strafrechtsrecht*), en Italia (en, por ejemplo, el *Decreto-Legge 17 marzo 2020 n. 18, Misure di potenziamento del Servizio sanitario nazionale e di sostegno economico per famiglie, lavoratori e imprese connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19*) o en Francia (con especial relevancia para los contratos, por ejemplo, la *Ordonnance n° 2020-306 du 25 mars 2020 relative à la prorogation des délais échus pendant la période d'urgence sanitaire et à l'adaptation des procédures pendant cette même période*). Normas legales que, como las españolas, pretenden acomodar los derechos y obligaciones contractuales a las consecuencias provocadas por las medidas de reducción de la actividad que se han adoptado en esos países y que se suman a otras de carácter sanitario, fiscal, laboral, aduanero, administrativo y de ayuda a colectivos vulnerables.

Entre esos ordenamientos y el nuestro existe, sin embargo, una diferencia relevante. Todos ellos disponen de una norma general en materia de alteración sobrevenida de las circunstancias o *rebus sic stantibus*. Alemania dispone de un §313 en su *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB) sobre la modificación o desaparición de la que denomina la «base del negocio jurídico» (*Störung der Geschäftsgrundlage*). En aquella cultura jurídica, que es la referencia en la materia, la monografía de Paul Oertmann (1865-1938), *Die Geschäftsgrundlage*, cambió la forma de entender el problema y sentó las bases de la regulación vigente. Hasta entonces, por influencia de la obra de Bernhard Windscheid (1817-1892) y de su *Voraussetzungslehre*, se había entendido que un cambio imprevisto de circunstancias suponía la nulidad del contrato, pues este dependía de la subsistencia de las condiciones que las partes habían asumido o previsto como presupuestos de su voluntad contractual. La monografía de Oertman, que se publicó en 1921, durante los episodios de hiperinflación de la República de Weimar, dio a los tribunales de aquel país la pauta para modificar el contenido de los contratos y evitar su ineficacia.

En Italia, el artículo 1467 *Codice civile* regula los efectos de una «excesiva onerosidad» sobrevenida en los contratos de larga duración con obligaciones sinalagmáticas. En Francia, con motivo de la modernización de su derecho de obligaciones, se introdujo un artículo 1195 *Code civil* sobre los efectos en un contrato del cambio sobrevenido de circunstancias en términos muy similares a la regulación alemana.

Son normas generales. Deben serlo necesariamente preceptos llamados a ser aplicados a todos los contratos, típicos y atípicos, afectados por un cambio sorpresivo de circunstancias imprevisibles que convierten su cumplimiento en más oneroso de lo que justifican los acuerdos alcanzados entre las partes. A pesar de las diferencias existentes entre ellos, cuyo análisis excede del objeto de esta nota, todos obedecen a una misma lógica: el cambio de circunstancias debe ser imprevisible y posterior a la conclusión del contrato, las partes deben ajustar sus deberes contractuales a las nuevas circunstancias y, en caso de que el acuerdo no se produzca, en ocasiones se permite que el juez ajuste las obligaciones contractuales a las nuevas circunstancias

o se reconoce a la parte afectada el derecho a resolver el contrato, con las consecuencias generales que prevé cada uno de esos derechos.

A pesar de su generalidad, tales normas permiten que los gobernantes de aquellos países se centren en la adopción de medidas excepcionales y temporales que resuelven problemas concretos de contratos concretos o de contratantes específicos con la tranquilidad de que el resto de casos dispone de una regulación general para un supuesto como el causado por la crisis sanitaria. La existencia de esos preceptos va acompañada de los desarrollos elaborados por la jurisprudencia que los ha aplicado y, en todo caso, se trata de preceptos cuya existencia conocían las partes de contratos sujetos a esos ordenamientos, que pudieron, entonces, avenirse a la aplicación de la norma legal general o pactar la alternativa que tuvieron por conveniente.

Nada de eso sucede en nuestro derecho. Desgraciadamente. Y la laguna carece de justificación. Hace muchos años que los ordenamientos de referencia en nuestro entorno disponen de normas para la *rebus* y todos los proyectos y propuestas de modernización, homogeneización o armonización del derecho privado que muchas y variadas entidades han promovido en las últimas décadas -todos- proponen la adopción de normas sobre el tema. Así, los artículos 6.1.1 a 6.2.3 de los Principios Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales (PICC), el artículo 6:111 de los *Principles of European Contract Law* (PECL), el artículo III.-1:110 del *Draft Common Frame of Reference* (DCFR) y el artículo 89 del *Common European Sales Law* (CESL). Propuestas que, unidas a la experiencia de los ordenamientos jurídicos referidos, se fundieron en el artículo 1213 de la «Propuesta para la modernización del derecho de obligaciones y contratos» que la Comisión General de Codificación elaboró en el año 2009, que ha sido injusta e incomprensiblemente relegada por nuestros responsables políticos desde entonces.

Acaso alguna de las normas o propuestas indicadas pudiera incluirse en la legislación de urgencia dictada con motivo de la crisis causada por la Covid-19. La situación exige una intervención del legislador que diera a los contratantes, primero, y a nuestros jueces y tribunales, después, un marco claro de actuación, especialmente urgente en atención a los escasos mimbres normativos con los que cuenta nuestro derecho de obligaciones para dar respuesta a una situación tan extrema como la que nos toca vivir ahora.

Ya se han dictado normas específicas para el contrato de arrendamiento, que en el caso de la vivienda habitual tiene un contenido imperativo, o para los contratos de préstamo con garantía hipotecaria, cuya estructura legal y económica es similar en todos los casos. Todas ellas tendentes a reequilibrar los derechos y obligaciones contractuales mediante la imposición de un nuevo contenido diferente del acordado. Quedaría ahora el reto de buscar una solución general para el resto de acreedores y deudores que fuera más allá de la simple suspensión de los plazos de prescripción de sus pretensiones contractuales y de los plazos procesales. Los ejemplos en países cercanos pueden servir de pauta. De otro modo, se trasladará el problema a nuestros tribunales y hacerlo supondrá enormes costes de administración y gestión, tanto para las partes del proceso como para el resto de la sociedad. La experiencia, nada edificante, de la última crisis financiera debiera servirnos de escarmiento. Posponer la solución y esperar a los que digan los jueces y tribunales es, además, tan arriesgado como ingenuo: el problema más acuciante que va afectar a la viabilidad económica de la mayoría de los contratos será la falta de liquidez, de

disposición de dinero para atender las obligaciones exigibles, y su solución no puede depender de las resultas de un pleito. Será demasiado tarde.

Es urgente que los operadores jurídicos de nuestro país dispongan de un marco normativo que permita anticipar la reacción de los tribunales. Intuir razonablemente el desenlace de un pleito es el mejor antídoto contra la litigación puramente estratégica u oportunista que las circunstancias actuales pueden promover en muchos deudores reacios a cumplir que pueden encontrar en la crisis el pretexto perfecto para reducir sus obligaciones o retrasar su cumplimiento.

En ausencia de una pauta legal, convendría, al menos, que nuestros jueces, tribunales y árbitros no decidieran los casos que les llegarán de forma muy diferente a como lo harán sus homólogos en los países que son referencia en nuestro entorno económico, de acuerdo con sus precedentes normativos.

A tal efecto, sería conveniente, en primer lugar, que en todos los procesos se exigiera una prueba exquisita de la buena fe de los contratantes afectados por la crisis. Una buena fe, a la que ya se ha hecho referencia, que proyecta su eficacia en todas las fases del contrato, también en la de cumplimiento. El fracaso en la adaptación del contrato a lo que las partes pueden razonablemente exigir y prestar en el nuevo escenario deberá ser visto con enorme desconfianza. Antes de analizar si el cumplimiento es imposible o excesivamente gravoso en los términos en que se acordó habrá que ver qué alternativa han valorado las partes del contrato para mantener su vigencia o para liquidarlo. Y no debería merecer el auxilio de un tercero quien se apalanca en el texto del contrato como si la crisis no se hubiera producido o quien propone ajustes que son peores que los efectos de la crisis misma.

Convendría, en segundo lugar, aplicar las normas generales sobre imposibilidad de los artículos 1105, 1182 y 1184 CC y su eficacia exoneradora de responsabilidad o liberadora del cumplimiento a los supuestos de imposibilidad material, por pérdida o destrucción de la cosa, o legal, por la existencia de normas imperativas que impidan la ejecución de la prestación. En definitiva, para los casos de imposibilidad objetiva, salvo que la prestación afectada sea personalísima.

La imposibilidad es una excusa propia de ordenamientos contractuales basados en la culpa y en la pretensión de cumplimiento específico. Es extraña en muchas culturas jurídicas, señaladamente las pertenecientes al *Common law*, que manejan un criterio objetivo de responsabilidad por el incumplimiento y que lo resuelven en la mayoría de los casos mediante el pago de una indemnización. Una tendencia que ya no es solo propia de la cultura anglosajona. En Alemania, la versión vigente del §275 BGB libera al deudor afectado por la imposibilidad de la pretensión de cumplimiento específico de su acreedor, pero este mantiene la posibilidad de reclamar el cumplimiento por equivalente.

En nuestro país, por las razones sucintamente referidas, los jueces y tribunales se han visto obligados a acudir a la doctrina sobre la imposibilidad para resolver casos en que la prestación es objetivamente posible, pero ha devenido excesivamente costosa o económicamente ruinosa. Conviene dejar de hacerlo. El problema no está en rúbrica de la doctrina a la que se acuda o en un prurito académico, sino en los remedios que se apliquen y en la situación actual, conviene

buscar fórmulas que permitan la subsistencia de lo acordado que vayan más allá de la mera exoneración o liberación de obligaciones.

La problemática más recurrente que afectará a la mayoría de los contratos consistirá en el incremento de costes asociados al cumplimiento o en la devaluación del valor de la prestación. Y ese no es un problema de «imposibilidad», sino de reparto del riesgo y sus costes entre partes que ni previeron el primero ni calcularon los segundos.

En todo caso, la imposibilidad, allí donde exista conforme a lo dicho, debería acompañada de la atribución al acreedor afectado del *commodum* del artículo 1186 CC. No hay otro modo de equilibrar la situación que resulta de la imposibilidad de cumplir por parte del deudor.

Es importante, en tercer lugar, insistir en que la *rebus* es una doctrina de último recurso. Se trata de una excepción al principio general de cumplimiento (*odiosa sunt restringenda*) y una solución alternativa a los remedios legales o contractuales frente al incumplimiento. Su objetivo natural es la adaptación del contrato a las nuevas circunstancias, acordada por las partes o decidida por el juez. No obstante, el carácter excepcional de la doctrina no tiene solo que ver con su desenlace, sino con sus requisitos de aplicación. Entre ellos, uno en el que no se insiste suficientemente y conforme al cual no hay lugar a la aplicación de la doctrina *rebus* (o cualquiera de sus equivalentes) cuando la parte contractual a la que perjudica la alteración de circunstancias asumió, expresa o implícitamente, el riesgo de la alteración o estaba en condiciones de anticiparla y de prevenirse frente a ella.

La crisis sanitaria causada por el virus SARS-CoV-2 puede considerarse imprevisible para todas las partes de contratos concluidos antes de la pandemia, pero que un evento posterior al contrato pueda afectar a su cumplimiento es algo que cualquier contratante que decide entrar en un intercambio de cierta complejidad debería anticipar. Al fin y al cabo, uno de los propósitos del contrato es la asignación de riesgos imprevisibles entre las partes del acuerdo. Para eso se contrata. Antes de acudir al cómodo expediente de la *rebus* y diluir el acuerdo en la imprevisibilidad habrá que ver si la parte a la que perjudican las nuevas circunstancias podía anticipar los efectos adversos de un suceso imprevisible, pero probable.

Las razones de esta crisis tienen, ciertamente, precedentes muy lejanos en nuestra historia, pero, por fortuna de unos pocos y desgracia del resto, la vida de los contratos ha transcurrido siempre entre guerras, desastres naturales, conflictos políticos y vaivenes de los mercados y es difícilmente justificable que un contratante experimentado acuda a la adaptación de sus obligaciones para paliar los efectos negativos que se producen por un infortunio que, con independencia de su causa, estaba en condiciones de incorporar a sus cálculos contractuales. La idea se incorpora, por ejemplo, en el artículo 79 del Convenio de Viena, pensada para un contexto -el del comercio internacional- muy sensible a alteraciones ajenas al contrato. El precepto exonera de responsabilidad a la parte que no puede cumplir por un «*impedimento ajeno a su voluntad*» pero solo «*si no cabía razonablemente esperar que tuviese en cuenta el impedimento en el momento de la celebración del contrato, que lo evitase o superase, o que evitase o superase sus consecuencias*».

El mismo requisito se incluye en las propuestas de regulación de la *rebus* a las que se ha hecho referencia. Todas suman al requisito de la imprevisibilidad el de la diligencia, conforme a la cual

«*the risk of the change of circumstances is not one which, according to the contract, the party affected should be required to bear*» (artículo 6:111 PECL), o «*the risk of the event was not assumed by the disadvantaged party*» (artículo 6.2.2 PICC) y, en los mismos términos, las propuestas del III.-1:110 DCFR y 89 CESL («*the aggrieved party did not assume, and cannot reasonably be regarded as having assumed, the risk of that change of circumstances*»)

Convendría, por último, distinguir la *rebus* de los supuestos que suelen incluirse en la rúbrica de «desaparición sobrevenida del interés en el cumplimiento», que no suponen un incremento de los costes de cumplir o una devaluación del valor objetivo de la prestación esperada, sino la ausencia de un interés comercial o empresarial motivado por los cambios que la crisis ha provocado en el mercado.

En tales casos, el contratante que calló sobre sus propósitos y se ahorró el coste de asegurarlos no puede trasladar a la otra parte el riesgo de la imposibilidad de cumplirlos. Se trata, en definitiva, de distinguir los casos de *frustration* (los célebres casos de la coronación son el mejor ejemplo histórico de esa doctrina), de los supuestos de *commercial impracticability*, *hardship* o *rebus sic stantibus* (que se refieren a un incremento en los costes del cumplimiento que convierten en inasumible la prestación o la contraprestación).

Conviene insistir, de todos modos, en que no parece apropiado confiar a nuestros jueces y tribunales la solución de un problema que es general. Es revelador que no lo hayan hecho los ordenamientos europeos que disponen de normas generales sobre la *rebus* y que no han confiado en su aplicación generalizada para remediar los problemas contractuales causados por la crisis sanitaria. Urge seguir la estela de esos ordenamientos y el tiempo apremia.

Carlos Gómez Ligüerre