

Los instrumentos para intervenir en los contratos en tiempos de COVID-19: guía de uso*

Juan José Ganuza
Universitat Pompeu Fabra
juanjo.ganuja@upf.edu

Fernando Gómez Pomar
Universitat Pompeu Fabra
fernando.gomez@upf.edu

Sumario

-
El trabajo presenta un primer análisis de los instrumentos de intervención sobre los contratos en relación con la perturbación provocada por la pandemia del COVID-19. Se identifica el problema más acuciante sobre el conjunto de las relaciones contractuales en vigor: la grave y aguda dificultad de liquidez para los agentes económicos, consumidores y también para empresas de todo tipo y en cualquier posición en la cadena contractual. Señalamos cuáles son a nuestro juicio los principales criterios para entender y diseñar la intervención sobre los contratos en tiempos de emergencia: (I) el carácter sistémico e inmediato de las medidas que procede adoptar; (II) la importancia de medidas simples de intervención, minimizando requisitos ex ante y costes de transacción; (III) la extraordinaria importancia de cortar desde el inicio una espiral de impagos que puede contagiar toda la economía; (IV) la perspectiva de los contratos como activos valiosos que debemos preservar y las medidas de intervención más prudentes para conseguirlo; (V) cómo las relaciones contractuales “a medida”, en ámbitos como el M&A y los contratos de financiación cuentan con sus propios mecanismos de ajuste; (VI) las vías de preservación de la competencia en el diseño de las intervenciones sobre los mercados.

Abstract

-
The paper provides a first analysis of the legal instruments to regulate existing contracts in the wake of the turmoil resulting from the COVID-19 pandemic. We identify the acute and serious liquidity concern of virtually all agents along the contractual chain as the most pressing problem. We then introduce some of the main criteria to understand and design response measures in times of emergency: (i) the systemic and urgent character of response measures; (ii) keeping things simple, minimizing ex ante controls and transaction costs; (iii) the urgency of preventing a chain reaction of defaults along contractual networks and the economy at large; (iv) the relational value of existing contracts and how to preserve it; (v) how tailor-made agreements in M&A and finance have means to cope with the impact of the emergency; (vi) means of preserving competition in future interventions on markets..

Title: *Altering Contracts in the times of COVID-19: A User's Guide*

-
Palabras clave: Contratos, COVID-19, medidas de emergencia, problemas de liquidez, preservación del contrato

Keywords: *Contracts, COVID-19, emergency measures, liquidity problems, preserving value of contracts*

* Agradecemos sinceramente los comentarios y sugerencias de Pablo Salvador Coderch, Cándido Paz-Ares Rodríguez, María Paz García Rubio, Gabriel Doménech Pascual, Carles Vendrell Cervantes y Carlos Gómez Ligüerre.

La emergencia sanitaria asociada al COVID-19 presiona contra las cuerdas de nuestra vida familiar, social y económica. También sobre la capacidad de resistencia de los contratos y la solidez y sensatez del derecho que los gobierna.

De forma explicable, el duro impacto económico de muchas de las medidas adoptadas para combatir la expansión del contagio y dar margen de maniobra al sistema sanitario, junto a las perspectivas sombrías de la recesión económica que se avecina, incentiva a los agentes económicos a pensar en cómo amortiguar las pérdidas sufridas o temidas. Una alternativa socorrida puede consistir en ensayar vías de trasladar -o de compartir, si se prefiere- las pérdidas actuales o esperadas sobre las contrapartes en las relaciones contractuales existentes.

Diversas vías de intervención sobre los contratos en vigor se ofrecen o se consideran en medio de nuestro amargo presente, que se revela en una llamativa alteración de la normalidad ciudadana y un incierto porvenir bajo la amenaza general y grave de deterioro en nuestro bienestar económico y social. En este breve trabajo nos proponemos ofrecer algunas indicaciones acerca de cómo abordar adecuadamente el uso de los instrumentos que se pueden desplegar para minimizar el impacto negativo de la situación de emergencia de salud pública sobre el funcionamiento de los contratos. Nuestra guía de uso se basa en criterios que creemos bien contrastados jurídica y económicamente y que, además, tratamos de confirmar a la luz de la experiencia de lo que en España y otros países de nuestro entorno se ha acometido para afrontar las consecuencias del COVID-19 en el terreno contractual.

Nuestra propuesta se compone de un corto número de ideas para afrontar una crisis que, en el corto plazo, supone en esencia un agudo y grave problema de liquidez para los agentes económicos, consumidores y también empresas de todo tipo y en todas las posiciones de la cadena contractual. Por usar terminología contable, un extraordinario y repentino impacto negativo sobre la caja. Organizamos nuestra exposición en torno a ese reducido núcleo de criterios relevantes a nuestro juicio: (I) el carácter sistémico y de urgencia de las medidas que deben adoptarse; (II) la preferencia por una intervención simple, que minimice los requisitos ex ante y los costes de transacción; (III) la extraordinaria importancia de segar de raíz una espiral de impagos que puede llegar a contagiar toda la economía; (IV) la convicción de que los contratos son activos valiosos que debemos preservar y la relevancia de fijarse en las medidas más adecuadas para ello; (V) la existencia de contratos “a medida”, que cuentan con sus propios mecanismos de ajuste en los que, creemos, no hay razones de peso para desconfiar; (VI) el papel de la competencia en el diseño de las intervenciones sobre los mercados. Finalmente, concluimos con una llamada -optimista- a pensar cómo los contratos pueden servir a la recuperación que necesitaremos.

Aunque una buena parte de las cuestiones que consideramos aquí serían trasladables también al contrato de trabajo, dadas sus importantes singularidades jurídicas y regulatorias, que difieren, además, de forma muy importante entre países, aun cercanos por otros motivos, dejamos fuera de nuestro campo de atención el ámbito del contrato laboral. Tampoco analizamos la importante vertiente concursal que sin duda tendrán las repercusiones de la emergencia sobre la solidez financiera de las empresas españolas.

1. Para un problema macro y apremiante se necesitan respuestas macro y urgentes

La primera idea tiene que ver con la adecuación entre medios y fines. Para un problema sistémico y acuciante, apliquemos medidas sistémicas y urgentes. No medidas con efecto retardado y con el foco puesto en las características individuales de la relación contractual. Es tiempo del Derecho de la macroeconomía¹, no de la micro.

Parece indudable que la pandemia, las medidas para combatirla y las consecuencias económicas de las mismas tienen carácter general, sistémico e inmediato. Por expresarlo en términos económicos, suponen un shock macro con efecto comprobado en el cortísimo plazo. Es un impacto de carácter súbito en el entramado contractual y económico de los países más golpeados por la emergencia -el nuestro entre ellos-. Es verdad que algunos sectores, actividades y personas van a percibir, al menos en los tiempos más próximos, un impacto nada más que ligero, un simple arañazo. Acaso incluso algún efecto positivo. Pero las ondas sísmicas de las caídas de oferta y demanda de bienes y servicios de muchísimas clases se están sintiendo con fuerza ya en casi todos los rincones del tejido económico.

Pues bien, para abordar un problema urgente y sistémico no podemos acudir a instrumentos cuyos efectos, por benéficos que puedan llegar a ser, no se harán sentir hasta dentro de meses o tal vez de años. No hay tiempo para eso. Los efectos, aunque perfectibles, de las medidas que se adopten, han de ser inmediatos. De lo contrario, serán sustancialmente inútiles para evitar la destrucción de valiosas relaciones contractuales y eficiente tejido productivo que puede caernos encima en muy corto plazo de tiempo. A fin de amortiguar los efectos negativos del impacto es imprescindible que la protección esté disponible en seguida, no en el futuro. Menos aún en un futuro lejano, incierto y necesitado de una decisión que no cabe anticipar ni siquiera de forma aproximada en el horizonte inmediato.

Por otra parte, si millones de contratos se ven afectados, no podemos permitirnos acudir a instrumentos acompañados necesariamente de altos costes de administración y decisión para producir un resultado. Por eso no cabe encomendar de modo preferente a los tribunales de justicia la tarea de intervenir en el contrato -o solucionar los litigios que resulten de la decisión unilateral de un contratante de apartarse de lo pactado- para afrontar la emergencia general asociada al coronavirus. No solo porque los tribunales no resolverán pronto -no pueden hacerlo, menos aún en tiempos de confinamiento-, sino porque el coste por cada solución que consiga obtener será muy alto para las partes y para la sociedad en su conjunto. La intervención rápida en el entramado contractual que la situación exige no puede depender del resultado de millones de pleitos entre contratantes.

Y eso sería así aunque tuviéramos una administración de justicia bien dotada y no congestionada. Para nuestra desgracia, carecemos de ella, y nuestras son las culpas, no de otros. A lo más que, siendo realistas, podemos aspirar en España es a un largo tiempo de espera antes de que, tras un proceso que dura unos minutos, un juez, sin tiempo apenas de haberse enterado de los datos relevantes del contrato y de las circunstancias del caso, haya de fijar la solución a un conflicto contractual que surgió hace meses, años acaso, por efecto de la emergencia del COVID-19. En definitiva, la triste perspectiva de nuestra litigación masiva en

¹ Yair Listokin, *Law and Macroeconomics*, Harvard University Press (2019).

materia de contratación financiera de consumo, pero multiplicada por no sabemos cuánto. No parece un escenario atrayente.

En definitiva, celeridad de respuesta y bajo coste por contrato, dado el número de casos y la urgencia del problema, están reñidas con la judicialización de las soluciones, al menos en lo inmediato.

Por eso creemos, con toda simpatía, que yerran aquellos que, sin duda cargados de buenas intenciones, confiesan desear encomendar la tarea presente a instrumentos generales, de perfiles imprecisos y necesitados de una decisión singular adaptada a las circunstancias de cada contrato en particular. En otras palabras, a la cláusula *rebus*. No es este, pensamos, un mecanismo útil en la emergencia actual. No lo es por su falta de inmediatez², por lo impredecible del resultado y por el coste global para el sistema judicial y la sociedad en su conjunto que supone sujetar cientos de miles, tal vez millones, de contratos a una incierta y lejana decisión judicial en la materia. No permite siquiera, en la mayor parte de los casos, acotar un terreno de negociación suficientemente claro para que las partes tengan más fácil llegar a un acuerdo mutuamente satisfactorio de reajuste del contrato, menos aún en un escenario como el actual de alarmante incertidumbre acerca de la duración y alcance de las perturbaciones sobre los contratos existentes. En definitiva, la *rebus* no resulta factible, ni conveniente, para abordar eventos sistémicos y shocks macro que impactan de forma súbita una economía. Aún menos aquellos fenómenos que afectan a muchos (a casi todos, en realidad) los contratos, pero no de forma simétrica, uniforme y fácilmente cuantificable sino con impacto a medio plazo enormemente incierto.

Quien lo probó -Alemania- lo sabe. Ni siquiera allí donde se alumbró la versión moderna de la *rebus* -la desaparición de la base del negocio- y se cuenta con la jurisprudencia más sólida y nutrida, en el país desarrollado con un mayor gasto per cápita en administración de justicia, se ha confiado en la coyuntura actual en ese instrumento algo etéreo y necesariamente judicial. Han preferido establecer medidas especiales, urgentes -pero temporales- de intervención en un ámbito amplio -pero no universal- de contratos.

En efecto, en Alemania la ley de 27.3.2020 ha aprobado medidas generales de adaptación de contratos en vigor a la emergencia. Allí se han introducido medidas de vario carácter: una moratoria de pagos en favor de consumidores y pymes especialmente afectados por la situación, una suspensión de resoluciones y desahucios de arrendamientos de inmuebles, tanto residenciales como comerciales, por impagos de renta debidos al COVID-19 y por las rentas hasta final de junio de 2020, así como aplazamientos legales y suspensión de vencimientos

² En algunos sistemas jurídicos las previsiones legales sobre cláusula *rebus* y sus equivalentes funcionales (desaparición de la base del negocio, *hardship*, *imprévision*) se molestan en aclarar que la apelación a la *rebus* no autoriza la suspensión de las prestaciones mientras se renegocian los términos del contrato o se solicita al juez que realice la adaptación que merece el cambio de circunstancias. Así, el art. 1195 del Code, determina que la parte deudora que no aceptó el riesgo de un cambio imprevisible de las circunstancias “[...] peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant. Elle continue à exécuter ses obligations durant la renégociation.” En los principios Unidroit sobre contratos comerciales internacionales 2016 el art. 6.2.3 (2) prevé en forma similar que la alegación no permite suspender la ejecución de las prestaciones. En otros sistemas jurídicos, aunque no se contempla específicamente la cuestión, es claro que si un contratante al alegar la *rebus* decide unilateralmente suspender su prestación, o reducirla en una cierta proporción, lo hace a su propio riesgo y a expensas del resultado de la renegociación y, si llega el caso -tal vez no infrecuente en estas situaciones de actuación unilateral-, de la decisión judicial.

anticipados en créditos a consumidores³. El § 313 BGB no ha sido visto -con acierto y también con naturalidad- como solución efectiva en estos momentos.

2. Simplicidad y facilidad de ejecución

La segunda idea es fácil de expresar pero más difícil de cumplir: *Keep things simple*. Los mecanismos de intervención deben poseer un diseño cuanto más sencillo mejor, ser fáciles y rápidos de implementar y venir acompañados de medidas concretas que minimicen los costes de transacción necesarios para que la intervención produzca efectos. Es preferible, dada la urgencia, hacer llegar la medida que se juzga necesaria a ciertos sujetos que no la precisan en realidad, que dejar fuera a un número apreciable de aquellos que de veras lo requieren para hacer frente a la emergencia. Desde luego, la complejidad de requisitos y de trámites está reñida con la simplificación, lo mismo que el énfasis en el control ex ante en lugar del control ex post. Aunque algunas de las medidas de emergencia adoptadas han flexibilizado -en buena medida por causa de las restricciones inmediatas impuestas por el confinamiento asociado al estado de alarma- la acreditación ex ante de requisitos legitimadores, la opción por la verificación -y, en su caso, medidas de sanción que disuadan de la infracción consciente- ex post no se ha extendido todo lo preciso.

Este carácter melindroso se convierte en algo más grave cuando observamos, con alarma, la imposición de exigencias de formalización, documentación o registro. Es insólito que el legislador español, al aprobar mediante una medida legislativa⁴ una moratoria hipotecaria para deudores en situación de vulnerabilidad por causa de la pandemia, haya sido incapaz de prescindir de la intervención notarial y registral. Más aún, cuando el RDL 11/2020 incorpora otras medidas dirigidas a apoyar a las familias y a los colectivos más vulnerables como consecuencia de la crisis sanitaria del COVID-19 y establece también una moratoria para los contratos de crédito sin garantía hipotecaria⁵. En relación con estos contratos, que no requieren documento público para su validez -aunque en ocasiones se celebran en póliza notarial-, ha llegado a intentar imponer también obligaciones de formalización costosas⁶ y no fáciles de satisfacer, máxime en estos momentos de confinamiento.

³ Sobre estas medidas, véase Martin Schmidt-Kessel/Christina Möllnitz, “Coronavtragsrecht – Sonderregeln für Verbraucher und Kleinstunternehmen”, *N/W* 2020, 1103.

⁴ RDL 8/2020, con modificaciones por el RDL 11/2020 y el RDL 15/2020. La medida inicialmente prevista en el primer RDL se limitaba a los créditos hipotecarios destinados a la adquisición de vivienda habitual, pero en el segundo de los RDL se amplía el ámbito objetivo de la moratoria para extenderlo a préstamos o créditos garantizados con hipoteca inmobiliaria cuya finalidad sea la adquisición inmuebles afectos a la actividad económica que desarrollen empresarios y profesionales que sufran una pérdida sustancial de sus ingresos o una caída sustancial en su facturación de al menos un 40%, así como a viviendas distintas a la habitual en situación de alquiler para las que el deudor hipotecario persona física, propietario y arrendador de dichas viviendas, haya dejado de percibir la renta arrendaticia desde la entrada en vigor del estado de alarma o deje de percibirla hasta un mes después de la finalización del estado de alarma.

⁵ Su regulación, con alguna ligera variante, es esencialmente similar a la de la moratoria en los créditos hipotecarios y sigue la misma dinámica (definición de vulnerabilidad, solicitud, efectos, duración, etc.).

⁶ La disposición adicional decimoquinta del RDL 15/2020 contiene esta previsión conducente a la documentación notarial de una moratoria legal en un contrato -el de crédito sin garantía hipotecaria- para el que no se exige tal documentación. Este mismo precepto, para los créditos hipotecarios y los que no lo son, contempla incluso el otorgamiento unilateral por el banco ante la elevada probabilidad de que el deudor, en estos tiempos de posible contagio, y que tiene ya por ley el aplazamiento que necesita para remediar su caída de ingresos, no acuda a la formalización notarial. Todo esto muestra una actitud claramente incompatible con las exigencias de celeridad, simplicidad y bajo coste en la implementación de las medidas. Pero en España seguimos viviendo en una cultura jurídica y política muy amante del formalismo.

3. Detener la propagación no solo del virus, sino también de los impagos por falta de liquidez

La tercera idea tiene que ver con la importancia de atajar una posible espiral incontrolada de impagos. En situaciones de caídas severas y súbitas de ingresos y facturación para familias y empresas existe un riesgo importante de que se genere una dinámica de impagos que se va extendiendo sin freno por el conjunto del entramado contractual y productivo: los clientes finales dejan de pagar a sus proveedores, estos a los suyos y así hasta el productor del menor de los inputs de un producto. Este proceso tiene una enorme capacidad destructiva de contratos que tienen valor para los contratantes y puede poner en serios apuros a una parte importante del tejido productivo de una economía. Las medidas de intervención sobre los contratos deben procurar ofrecer los medios para que esta dinámica destructiva no se inicie o, una vez en marcha, se frene cuanto antes.

En abstracto, cuanto más pronto se corte la posible cadena de impagos, mejor. Cuando más cerca del primer eslabón -el que hace el pago final- se logre detener el riesgo de escalamiento de los incumplimientos, más fácilmente evitaremos que las dificultades de liquidez y las pérdidas iniciales se extiendan a sectores “sanos” del engranaje económico y contractual.

La intervención en el primer nivel, o muy cerca del mismo, a fin de conjurar una propagación de impagos, requerirá la inyección de fondos externos -en último extremo, con mayor o menor soporte público-, que pueden producirse de varias formas. Una de ellas es la provisión directa de fondos o ayudas públicas⁷. Otra es el uso de moratorias en el pago de impuestos -que suponen que el contribuyente puede financiarse a cargo de la autoridad tributaria por el importe debido de impuestos a fin de atender otras obligaciones de pago-⁸. Finalmente, cabe que los fondos provengan del sector financiero privado, pero con garantías públicas de mayor o menor extensión⁹ que facilitan no solo su concesión a aquellos pagadores que acaso no serían

⁷ Algunos estados, como Dinamarca, han optado por políticas cuasi-universales de mantenimiento de rentas de los hogares, permitiendo así que estos puedan seguir pagando todas sus obligaciones -a la vez que se aligera la situación de liquidez quienes debían cubrir esas rentas que, durante la emergencia, cubre el Estado. Además, Dinamarca ha aprobado un plan de compensación para ayudar a las empresas a hacer frente a gastos fijos a pagar entre el 9 de marzo y el 9 de junio de 2020 (incluida la renta arrendaticia). De este plan se podrían beneficiar sociedades dedicadas a cualquier sector de actividad que prevean una caída en la facturación superior al 40% como resultado del COVID-19 y cuyos gastos fijos totales entre el 9 de marzo y el 9 de junio excedan de un cierto límite, estableciéndose un máximo importe para la ayuda, así como que la proporción de gastos que podría cubrir la ayuda no excedería la de la reducción estimada de la facturación por el COVID-19, excepto para los negocios que se hayan visto obligados a cerrar.

⁸ En España se han introducido moratorias de pago de impuestos a autónomos y pymes, de modo que lo que no ha de destinarse a pagar de inmediato los tributos pueda emplearse en atender otras obligaciones de pago.

⁹ En España, el RDL 8/2020, desarrollado en esto por dos disposiciones: el Acuerdo del Consejo de Ministros de 24 de marzo de 2020, por el que se aprueban las características del primer tramo de la línea de avales para empresas y autónomos por importe de 20.000 millones de euros, con el 50% reservado para autónomos y pymes, y el Acuerdo del Consejo de Ministros de 10 de abril de 2020, por el que se instruye al Instituto de Crédito Oficial (ICO) a poner en marcha el segundo tramo de la línea de avales de hasta 20.000 millones de euros.

Estos avales, que serán gestionados por el ICO, podrán ser solicitados por las empresas y autónomos con domicilio en España que se hayan visto afectados por los efectos económicos del COVID-19, que no se encontraran en situación de morosidad a 31 de diciembre de 2019 y no estuvieran sujetos a un procedimiento concursal a 17 de marzo de 2020. Los préstamos y operaciones deberán haberse formalizado con posterioridad a 17 de marzo de 2010 para poder beneficiarse de estas garantías públicas. Las entidades financieras deberán haber solicitado la adhesión al contrato marco de ICO antes del 15 de mayo de 2020. El aval cubrirá como máximo el 80% de la operación en el caso de pymes y autónomos; para el resto de empresas, cubrirá como máximo el 70% de las nuevas operaciones y el 60% de operaciones de renovación. Los avales podrán solicitarse hasta el 30 de septiembre de 2020. El plazo del aval coincidirá con el plazo de la operación con un máximo de 5 años.

considerados riesgos de suficiente calidad para recibir la financiación, sino también que los términos del contrato sean más atractivos de los que se obtendrían en condiciones de mercado, especialmente en la situación presente. Igualmente se puede prever, como ha hecho Italia, que en contratos de financiación de entidades de crédito, los fondos comprometidos pero aún no recibidos o dispuestos por las empresas (o algunas de ellas, como pymes o aquellas particularmente golpeadas en su facturación por la situación de emergencia) no puedan suspenderse o revocarse aun cuando el contrato de financiación contuviera cláusulas que eventualmente lo permitieran¹⁰.

Es cierto que en ocasiones actuar sobre el primer eslabón no será factible, por un conjunto de factores. Por ejemplo, porque no sea fácil -debido a razones de información, logísticas o de número de sujetos involucrados- que lleguen a ese primer nivel las medidas de apoyo a la liquidez que podrían conjurar la puesta en marcha de una cadena de impagos. O acaso porque sostener ese escalón inicial con fondos públicos para mantener la dinámica de pagos resulta excesivamente costoso para la capacidad presupuestaria del Estado¹¹.

Cuando ello es así, se puede acudir razonablemente a otro eslabón relativamente temprano en la cadena para proveer los fondos que cortocircuiten la expansión de los incumplimientos. También pueden establecerse medidas de moratoria en el pago que permiten al deudor financiarse temporalmente -mediante el ahorro del pago que sería debido de no ser por la moratoria- a cargo de su contraparte contractual.

3.1. Las moratorias como vía de liquidez para los deudores

Numerosos países han aprobado moratorias de distinta naturaleza entre las medidas legales y económicas que han acompañado a las de carácter sanitario como respuesta a la emergencia epidemiológica y sus distorsionantes efectos sobre la oferta, la demanda y los ingresos. Además de las moratorias fiscales, que operarían para sus beneficiarios como un subrogado de las inyecciones directas de fondos públicos, encontramos moratorias en el ámbito financiero para familias y también eventualmente para microempresas y pymes (España, Alemania, Italia), en el ámbito arrendaticio residencial y comercial (España, Portugal), así como algunas moratorias de carácter más general para hogares y pequeñas empresas en dificultades en relación con sus obligaciones corrientes (Alemania, Italia).

Las entidades financieras decidirán sobre la concesión de la financiación de acuerdo con sus procedimientos internos. Deberán mantener los costes para los nuevos préstamos y renovaciones que se beneficien de estos avales en línea con los cargados antes del inicio de la crisis del COVID-19, lo cual será supervisado por el ICO.

Medidas semejantes se han adoptado igualmente en otros países de nuestro entorno: Italia, Francia, Alemania.

¹⁰ Art. 56.2 de la Ley de convalidación y conversión del d-l de 17 de marzo de 2020, n. 18. La medida se adopta en beneficio de las pymes (en el concepto de la Recomendación de la Comisión Europea 2003/361, de 6.5.2003).

¹¹ Existen mecanismos inteligentes para abordar esta tarea de mantener el sistema de pagos a través de la inyección directa de liquidez a los hogares, con bajos costes de administración y posibilidades de recuperación por el Estado: N. Gregory Mankiw, "A Proposal for Social Insurance during the Pandemic", <http://gregmankiw.blogspot.com/>. La idea es que el Estado envíe a cada familia con ingresos por debajo de cierto nivel I (los de mayores ingresos previsiblemente contarán con cierta cantidad de ahorros), una cantidad de dinero X durante los N meses que dure el previsible impacto negativo sobre sus ingresos. Al mismo tiempo se implanta un impuesto adicional, pagadero en junio de 2021, o diferible a lo largo de algunos años, equivalente a $N \cdot X \cdot (R_{2020}/R_{2019})$, donde R_{2020} es la renta de 2020 y R_{2019} la del año anterior. Nunca se pagaría más de $N \cdot X$. Así, quien no tenga ingresos en 2020 no pagaría nada, quien ganó la mitad que el año precedente devolvería, fraccionado, solo la mitad, y tan solo aquellos que mantuvieron incólumes sus ingresos en 2020 devolverían al Estado todo lo que recibieron de este, restituyendo un préstamo sin interés que habrían recibido del Estado.

Las moratorias como medio de provisión de liquidez a un deudor que carece temporalmente de ella deben diseñarse y aplicarse con tiento a fin de evitar que puedan desencadenar o agravar una “propagación de efectos” que genere una indeseable reacción en cadena de impagos.

3.2. Las moratorias frente al Estado

Las moratorias más “seguras” desde este punto de vista serían, sin duda, las que tienen como contraparte al Estado. Este puede operar en una situación de emergencia -y en otras-, especialmente con el respaldo de un Banco Central o emisor, como una suerte de “*creditor of last resort*”. Esto permite predecir que no se generará una espiral de impagos como consecuencia del aplazamiento de los pagos que resulta de tales moratorias. Estas, en la mayor parte de los casos, no van a operar en relaciones contractuales¹², sino de otra clase (tributarias, generalmente), pero es conveniente tenerlas presentes para entender la lógica de la moratoria como vía de liquidez del deudor a costa del acreedor y qué factores pueden aconsejar o desaconsejar su uso como medida de emergencia dependiendo de la capacidad del acreedor de actuar como *backstop* en relación con la expansión de una espiral de incumplimientos sucesivos.

3.3. Las moratorias en la contratación financiera

En el escalón siguiente, pero todavía apreciablemente seguro, podemos contar las moratorias en contratos de financiación cuya parte acreedora es una entidad financiera¹³. Aquí, al menos si las moratorias en favor de deudores con una crisis inmediata de liquidez no se dilatan mucho -o, si siendo más extensas, cuentan con garantías, al menos parciales, del Estado- también podemos confiar razonablemente que no desatarán un proceso en cadena de impagos sucesivos. Parece que la posición adoptada y anunciada por el Banco Central Europeo ante la emergencia permite anticipar que las entidades financieras europeas se hallarán en buena disposición de proporcionar liquidez a grupos amplios de la población que lo necesiten, al menos en el corto plazo mientras se mantenga la situación de emergencia.

Podemos comprobar que entre las medidas introducidas en distintos países europeos abundan las moratorias en contratos de financiación con entidades financieras, en favor de colectivos golpeados o amenazados por la alerta sanitaria y sus efectos económicos. Así, en España, el RDL 8/2020 establece para deudores vulnerables de resultas de la situación de emergencia (familias con ingresos reducidos, autónomos con una importante caída de facturación, ambos grupos en presencia de una probable dificultad elevada de afrontar los pagos de créditos a corto plazo dada la proporción entre pagos e ingresos) una moratoria de 3 meses¹⁴ en el pago de a los préstamos hipotecarios destinados a la adquisición de la vivienda habitual¹⁵.

¹² Desde luego, también caben moratorias en contratos públicos. En ellos, no obstante, la posibilidad de intervención del poder público es mayor, pues a la condición de poder normativo une la de contratante. Esperamos poder analizar en las próximas semanas las vías de actuación en la contratación pública en situación de emergencia en un trabajo consagrado a la cuestión.

¹³ Cuando la contraparte en el contrato de financiación no es una entidad financiera la cuestión es más problemática, como se comprobará cuando consideremos otras moratorias, como las arrendaticias.

¹⁴ Inicialmente, el RDL 8/2020 no especificaba con precisión una duración. El RDL 11/2020 ha aclarado que la duración es de 3 meses.

¹⁵ Por su parte, las entidades integradas en las asociaciones empresariales del sector (AEB y CECA) han impulsado moratorias voluntarias más allá del plazo y condiciones de la moratoria legal: <https://www.aebanca.es/noticias/comunicados/la-banca-ofrece-aplazamientos-para-clientes-afectados-por-la-crisis-del-coronavirus/>

La moratoria hipotecaria del RDL 8/2020 comprende también a los fiadores y avalistas del deudor principal, respecto de su vivienda habitual y con las mismas condiciones que las establecidas para el deudor hipotecario. Asimismo, el artículo 10 del RDL 8/2020 reconoce a los fiadores, avalistas e hipotecantes no deudores que se encuentren en situación de vulnerabilidad económica la facultad de exigir el beneficio de excusión, es decir, de exigir a la entidad que agote el patrimonio del deudor principal antes de exigirles la deuda garantizada, incluso en el supuesto en que se hubiera renunciado a dicho beneficio en el contrato.

La moratoria legal se ha extendido a los créditos garantizados con hipoteca inmobiliaria cuya finalidad era la adquisición de inmuebles afectos a la actividad económica que desarrollen empresarios y profesionales que sufran una pérdida sustancial de sus ingresos o una caída sustancial en su facturación de al menos un 40%, así como a viviendas distintas a la habitual en situación de alquiler para las que el deudor hipotecario persona física, propietario y arrendador de dichas viviendas, haya dejado de percibir la renta por circunstancias ligadas al COVID-19¹⁶.

También se ha otorgado una moratoria análoga, e igualmente para colectivos en situación de vulnerabilidad, a los deudores en contratos de crédito sin garantía hipotecaria, cualquiera que fuera la finalidad del crédito¹⁷. Esta moratoria también alcanza a los fiadores y avalistas de tales créditos que se encuentren en situación de vulnerabilidad económica (artículo 9.2 RDL 11/2020).

A pesar de que esta cuestión no está expresamente regulada en los preceptos que versan sobre la moratoria, de la literalidad de artículo 13.4 del RDL 8/2020 (modificado por el RDL 11/2020), y de la regulación de la moratoria aplicable a la financiación al consumo, parece claro que la moratoria implica la ampliación de la duración del préstamo o crédito que se beneficia de la moratoria por el plazo que dure ésta.

En Italia, por su parte, se han aprobado moratorias en relación con créditos hipotecarios para adquisición de vivienda habitual. El d-l de 2 de marzo de 2020 n. 9, establecía la posibilidad de una moratoria de hasta 9 meses en el pago de las cuotas de créditos hipotecarios (de importe inferior a 250.000 euros) cuando se trata de trabajadores por cuenta ajena que han visto suspendidos sus contratos de trabajo o reducidos sus tiempos de trabajo en al menos 30 días. El d-l de 17 de marzo de 2020 n. 18 posteriormente extiende esta moratoria a autónomos que hayan sufrido una reducción de al menos un tercio en su facturación trimestral.

También ha establecido Italia una moratoria en los pagos (periódicos y no periódicos) relativos a los contratos de financiación de las pequeñas y medianas empresas (que no tuvieran una situación crediticia deteriorada antes de la emergencia) hasta el 30 de septiembre de 2020¹⁸. Esta moratoria se ha introducido en este caso con relevantes garantías del Estado, que cubre en determinadas proporciones la utilización adicional de líneas de crédito y disposiciones en los préstamos, así como las cuotas por principal e intereses objeto del aplazamiento.

En Alemania, el Art. 240 § 3 EGBGB, ha establecido, en ausencia de un acuerdo entre las partes que determine otra cosa, un aplazamiento *ope legis* de todos los pagos a cargo de los

¹⁶ Esta extensión se dispone en el RDL 11/2020.

¹⁷ Esta ampliación es igualmente fruto de las modificaciones introducidas en la moratoria financiera por el RDL 11/2020.

¹⁸ Art. 56.2 de la Ley de convalidación y conversión del d-l de 17 de marzo de 2020, n. 18.

consumidores por principal, intereses y otros cargos periódicos, de 3 meses, en contratos de crédito, inmobiliarios y de otra naturaleza, cuando los consumidores, de resultas de la emergencia asociada al COVID-19 hayan sufrido una pérdida de ingresos que les haga inasumible el afrontar aquellos pagos. Adicionalmente, se ha previsto que si deudor y acreedor no alcanzan un acuerdo acerca de los meses posteriores a la moratoria, el contrato se prolongará por tres meses respecto de la duración prevista, y las prestaciones a cargo del deudor se desplazan temporalmente hasta la finalización del período prorrogado. Estas medidas se complementan con una suspensión de la facultad de resolver o vencer anticipadamente el contrato por parte del financiador en caso de impago, empeoramiento de la situación financiera del deudor o disminución del valor de las garantías, hasta que finalice el período de moratoria.

Es de destacar que el texto alemán establece una válvula de escape a fin de evitar que la moratoria -amplia, pues comprende toda la financiación a consumidores en situación vulnerable por la emergencia- pueda tener consecuencias inasumibles para el financiador, ocupándose de precisar que las medidas anteriormente descritas no pueden imponerse a un financiador si a la vista de todas las circunstancias concurrentes, incluidas las asociadas a la pandemia, resultan excesivamente onerosas para el financiador.

3.4. Las moratorias en contratos de arrendamiento

Otro ámbito en el que cabría imaginar la introducción de una moratoria en los pagos sería el de los contratos de arrendamiento. No cabe duda de que muchos agentes económicos (consumidores y empresas) han de realizar pagos por contratos de arrendamiento en estos momentos en que sus ingresos pueden haberse resentido, al menos a corto plazo.

Lo cierto es, sin embargo, que la mayoría de los países europeos no han adoptado moratorias en este terreno, sino que han reservado su intervención en el ámbito del arrendamiento, como examinaremos en el siguiente apartado, a la suspensión de la resolución del contrato por impago del arrendatario y del consiguiente desahucio del arrendatario. Algunos países han añadido una prohibición de ejecutar penalidades y garantías por impago del arrendatario mientras dura la situación de emergencia. La razón parece ligarse a la idea rectora de este apartado: la moratoria supone obtener liquidez a costa de la contraparte contractual, y no hay garantías de que la contraparte contractual en un contrato de arrendamiento está bien situada - en general y en las circunstancias singulares del momento, de modo especial- para ofrecer esa liquidez sin desencadenar sucesivos y posteriores impagos y, en definitiva, la tan temida espiral de incumplimientos.

La excepción a esta tendencia la encontramos en la Península Ibérica¹⁹.

En primer lugar, en España se han adoptado moratorias en este campo, tanto para los arrendamientos de vivienda como para los comerciales (arrendamiento para uso distinto al de vivienda y arrendamiento de industria).

¹⁹ En Escocia también se adopta una medida de efecto similar. Allí, con carácter general, el derecho del arrendador de resolver el contrato por impago de la renta exige una comunicación previa al arrendatario, quien a su vez dispone de un plazo para pagar el importe adeudado. Con ocasión del COVID-19, se ha ampliado el plazo del que dispone el arrendatario para pagar de los 14 días actuales a 14 semanas en los contratos de arrendamiento comercial.

En relación con los primeros, los arrendatarios de vivienda habitual en situación de vulnerabilidad cuyo arrendador sea un gran tenedor de vivienda²⁰, tienen derecho, (salvo que en un acuerdo previo se hubiera pactado ya un aplazamiento o la condonación total o parcial de la renta), a elección del arrendador: (i) a una moratoria en el pago de la renta; o (ii) a una quita del 50% de la deuda. La moratoria o la condonación de la deuda estarán vigentes mientras dure el estado de alarma o persista la situación de vulnerabilidad, con un máximo de cuatro meses.

En caso de moratoria, la renta se aplazará, mediante el fraccionamiento de las cuotas durante al menos tres años, que se contarán a partir del momento en el que concluya la moratoria o se supere la situación de vulnerabilidad y siempre dentro del plazo a lo largo del cual continúe la vigencia del contrato de arrendamiento. El arrendatario no tiene penalización alguna y no tendrá que pagar intereses por el anticipo de liquidez que supone el aplazamiento y el fraccionamiento posterior del pago.

En el caso de que el arrendador no sea un gran tenedor, no se impone con carácter absoluto la moratoria, sino que se establece una obligación de negociar y buscar alternativas, pero si finalmente el arrendador no acepta un aplazamiento o quita, la moratoria no resulta de obligado cumplimiento. Para estos casos (aunque no solo para ellos), se aprobó en el mismo RDL 11/2020 una línea de avales para la cobertura total por cuenta del Estado de financiación bancaria a arrendatarios en situación de vulnerabilidad como consecuencia de la expansión del COVID-19, a fin de cubrir los pagos de renta de vivienda hasta un importe máximo de seis mensualidades de renta. Asimismo, se adopta, con una similar finalidad, un nuevo programa de ayudas para aliviar la carga económica de los arrendatarios de vivienda habitual que se encuentren en situaciones de vulnerabilidad derivadas de sus obligaciones de pago de rentas o de devolución de las ayudas transitorias de financiación para el pago de rentas. Se precisa que la cuantía de estas ayudas podrá alcanzar los 900 euros al mes y el 100% de la renta arrendaticia o, en su caso, el 100% del principal e intereses del préstamo que eventualmente se suscriba para el pago de la renta de la vivienda habitual.

En España también se ha adoptado una moratoria en arrendamientos comerciales -aplicable a los arrendamientos inmobiliarios de uso distinto al de vivienda y a los de industria- por obra del RDL 15/2020. La medida se prevé en beneficio de autónomos y pymes²¹ arrendatarios de inmuebles que se encuentran en situación de dificultad financiera para hacer frente al pago de las rentas. La dificultad de pago se hace depender de que la actividad desarrollada hubiera quedado suspendida oficialmente o que, aun sin haberlo sido, hayan visto una caída de facturación de un 75% o más. cumplimiento, total o parcial, de sus obligaciones de pago bajo tales arrendamientos. En estos casos, si el arrendador fuera un gran tenedor de inmuebles²², los arrendatarios tendrán derecho a aplicar una moratoria en el pago de la renta (siempre que no se hubiera acordado ya una moratoria o reducción de la renta), por el período de tiempo que permanezca el estado de alarma y, si perdura la dificultad, los meses siguientes, con un máximo de cuatro meses. La renta aplazada debe pagarse al concluir la moratoria mediante su fraccionamiento durante, al menos, los dos años siguientes de vigencia del contrato (siempre

²⁰ Se consideran "grandes tenedores" las personas físicas o jurídicas titulares: (i) de más de 10 inmuebles urbanos (excluyendo garajes y trasteros); o (ii) de una superficie construida de más de 1.500 m².

²¹ El concepto de pyme que se ha adoptado es más estrecho (incluye menos empresas) que el de la Recomendación de la Comisión Europea de 2003, pues exige: (i) que el activo no supere los 4.000.000 EUR; (ii) que el importe neto de la cifra anual de negocios no supere los 8.000.000 EUR; y (iii) que el número medio de trabajadores empleados durante el ejercicio no sea superior a 50.

²² Con el mismo significado de este término que el ofrecido para arrendamientos de vivienda por el RDL 11/2020.

dentro de la vigencia del mismo) y sin que puedan cargarse sobre los arrendatarios penalizaciones o intereses por el aplazamiento.

Para otros arrendadores (los “pequeños tenedores”) se prevé, de forma similar a como ha ocurrido con el arrendamiento de vivienda, un mecanismo de renegociación de la renta a fin de obtenerse un aplazamiento temporal y extraordinario en el pago de la renta, pero del texto legal parece desprenderse que no será obligatorio para el arrendador. A fin de “engrasar” este acuerdo voluntario de aplazamiento, se prevé que se pueda usar la fianza arrendaticia al fin de sufragar alguno de los períodos de renta aplazada, restituyéndose la fianza en un año desde el fin de la moratoria.

En Portugal, por su parte, se han adoptado medidas semejantes a las españolas en materia de arrendamientos residenciales y comerciales: la Ley 4-C/2020 de 6 de abril, que establece un régimen excepcional de aplazamiento del pago de las rentas de los arrendamientos urbanos residenciales y no residenciales. Por ejemplo, para alquileres comerciales se ha ordenado, en favor de los establecimientos abiertos al público destinados a actividades de comercio al por menor y a la prestación de servicios que estén cerrados o cuyas actividades estén suspendidas, el aplazamiento del pago de las rentas debidas durante los meses en los que esté vigente el estado de emergencia y el primer mes posterior a su finalización, fraccionándose lo aplazado durante los 12 meses siguientes a la finalización de la moratoria. En Portugal, sin embargo, no se ha hecho distinción alguna por la condición de gran tenedor o no del arrendador.

Las moratorias arrendaticias española y portuguesa (y más la segunda, pues es de universal alcance para todos los arrendadores) presentan un cierto riesgo de forzar a dar liquidez al arrendatario a quien acaso no está bien situado para suministrarla, iniciando así en algunos casos una cadena de impagos de indeseables consecuencias. Es probable que si el arrendador es una entidad con músculo financiero (directo o indirecto) suficiente, podrá efectivamente proporcionar a sus arrendatarios la liquidez de urgencia que estos precisan. Pero no cabe asumir que necesariamente esta condición se puede predicar de todos los arrendadores, ni siquiera de los denominados, con imprecisión, “grandes tenedores”, especialmente si consideramos que el número de inmuebles que convierten a un arrendador en un gran tenedor es bajo, y no garantiza, ni mucho menos, elevada capacidad de financiar a corto plazo a sus arrendatarios. Por ejemplo, una pequeña inmobiliaria con 7 pisos y 5 locales de negocio se califica por la normativa de emergencia española como gran tenedor. No es evidente que este agente económico está en buenas condiciones para dar liquidez a sus arrendatarios, y mucho menos a todos al mismo tiempo. Esto puede provocar una cadena de impagos -la inmobiliaria impaga a sus proveedores de bienes y servicios- y esto es lo que es importante contener.

3.5. Otras moratorias

Se han aprobado otras moratorias en otros sectores²³. Por ejemplo, en Alemania, el Art. 240 § 1 EGBGB ha previsto una moratoria general para consumidores y pymes²⁴ en relación con sus obligaciones de pago relativas a contratos de ejecución continuada como los de comunicaciones, energía, electricidad y seguros de carácter obligatorio. Esta moratoria se extiende temporalmente hasta el 30 de junio de 2020, pero no es automática. Precisa de ser opuesta en cada caso por el consumidor o pyme cuya existencia personal o familiar, o la continuidad de su negocio pueda estar en riesgo en caso de tener que hacer frente a los pagos que se vayan devengando por tales contratos. A su vez, el proveedor de los bienes o servicios puede oponerse a la moratoria si acredita que la no percepción del pago amenazaría la continuidad de su propia empresa.

La moratoria, a pesar de contener la válvula de escape para el acreedor que acabamos de mencionar, se molesta en excluir expresamente de su ámbito de aplicación los contratos de arrendamiento y los contratos de trabajo. Los segundos, por razones que parecen obvias, pues no parece que los trabajadores estén generalmente en buena situación para proveer de liquidez a sus empleadores mediante una moratoria en sueldos y salarios²⁵. En realidad, una solución parecida pudiera haberse introducido para contratos de prestación de servicios de naturaleza no laboral, pues no cabe presumir -salvo para servicios como los mencionados más arriba, como los de energía, comunicaciones similares, y acaso algún otro típicamente prestado por empresas de gran tamaño- en estos contratos que el prestador de servicios está bien preparado para asumir esa provisión de liquidez. Lo propio ocurre también con los contratos de arrendamiento, como se ha mencionado más arriba: no se puede presumir con carácter general -y se está hablando de medidas generales- que los arrendadores estén a priori en buenas condiciones en la situación actual para ofrecer liquidez a sus arrendatarios. Parece que, en general, puede haber otros agentes (empezando por el Estado) para ofrecer esa financiación a arrendatarios en situación de dificultad sin riesgo de encender la chispa de una ristra de impagos sucesivos.

En Italia, ya el art. 4 del d-l de 2 de marzo de 2020 n. 9 preveía una suspensión, para los residentes en los municipios más afectados por la pandemia, de los pagos relativos a energía eléctrica, agua, gas y gestión de residuos urbanos, hasta 30 de abril de 2020²⁶.

²³ En España, aunque no se han aprobado moratorias en sentido estricto del tipo de las que vamos a resumir para Alemania a Italia, se han adoptado algunas medidas con una finalidad similar. El RDL 11/2020 (art. 28) extiende el colectivo de potenciales perceptores del bono social de electricidad a titulares del punto de suministro, o miembro de su unidad familiar, que sean profesionales por cuenta propia o autónomos y que tengan derecho a la prestación por cese total de actividad profesional o por haber visto su facturación en el mes anterior al que se solicita el bono social reducida en, al menos, un 75 por ciento en relación con el promedio de facturación del semestre anterior.

Parecidamente, el art. 29 del RDL 11/2020 establece medidas dirigidas a garantizar la continuidad del suministro energético y de agua para hogares mientras dure el estado de alarma, de forma que mientras prosiga este, no podrá suspenderse el suministro a consumidores domésticos en su vivienda habitual, por motivos distintos a la seguridad del suministro, de las personas y de las instalaciones, aunque conste dicha posibilidad en los contratos de suministro o acceso suscritos por los consumidores.

²⁴ En este caso, el concepto (más amplio que el empleado en España en el RDL 15/2020 para la moratoria arrendaticia no residencial) es el de la Recomendación de la Comisión Europea 2003/361, de 6.5. 2003.

²⁵ Precisamente, en los ERTes esa liquidez la aporta, en su mayor parte, el Estado al asumir una proporción de los salarios que se van devengando en esa situación.

²⁶ El art. 72 bis de la Ley de convalidación y conversión del d-l n.18 ha recogido esta previsión desarrollando un régimen para el fraccionamiento del pago de las facturas suspendidas.

De nuevo aquí se reproduce el riesgo de obligar a proporcionar liquidez a agentes económicos que no necesariamente están bien situados para ofrecerla en el cortísimo plazo. Es cierto que lo habitual -más, desde luego, que en el caso de los contratos de arrendamiento- es que los proveedores de servicios de comunicaciones y energía sean empresas de envergadura y con margen financiero suficiente para asumir esa financiación forzosa a sus clientes. Pero no necesariamente será así, y parece conveniente establecer (Alemania así lo ha hecho) válvulas de escape ante estas eventualidades.

4. Prudencia e intervención mínima: conservemos los contratos en vigor

Las diferentes alternativas de intervención sobre los contratos en curso pueden suponer efectos contractuales muy distintos y los costes de las mismas pueden ser igualmente diversos. Las examinamos a continuación y acabamos con una recomendación acaso no muy sorprendente: optemos en principio por las menos costosas e intrusivas.

4.1. La extinción del contrato y sus costes: la alternativa que conviene evitar

El mecanismo más contundente -y costoso- viene dado por la resolución o extinción del contrato. Una relación contractual que estaba en vigor entre las partes antes del estallido de la pandemia presumiblemente se mantenía porque creaba valor para las partes y, por ende, para la sociedad. Un contrato en vigor es, con carácter general, un activo valioso. Si el contrato se resuelve o se termina, se destruye el valor asociado a ese contrato, lo que podríamos llamar el “valor relacional”.

Ese valor existe no sólo porque hay con mucha frecuencia inversiones específicas no amortizadas que pierden toda su capacidad de generación de valor una vez que la relación contractual se extingue, sobre todo si es de forma abrupta. Y no únicamente porque un contrato es fuente de valor en relación con otros contratos con los clientes o contrapartes de uno de los contratantes (la “clientela” de que se habla en los contratos de arrendamiento y distribución). Lo más decisivo es que el entramado de reciprocidades²⁷ que se produce en el seno de una relación contractual viva y que opera como mecanismo de incentivo de conductas que producen valor social -y que dependen crucialmente de la plausible continuidad de la relación- decae cuando el contrato se acaba. Esto es de enorme relevancia en una multiplicidad de entornos contractuales: cadenas de suministro y distribución -relaciones entre productores de inputs y productores finales, entre fabricantes, mayoristas, minoristas y clientes finales-; contratos de arrendamiento, contratos de servicios profesionales y de otra naturaleza, contratos de financiación recurrente y muchos más.

Los costes asociados a la extinción de una relación contractual son, pues, muy elevados. Incluso cuando el elemento relacional puede verse como típicamente menos relevante (piénsese en un contrato de préstamo hipotecario relativo a la adquisición de una vivienda o de otro activo), la resolución del contrato unida a la ejecución de la garantía generan también costes apreciables para las partes. Notoriamente, la pérdida de la titularidad y el uso del activo para el deudor, con la consiguiente pérdida patrimonial, pérdida de capacidad de uso y pérdida del valor

²⁷ Véase, sobre la dimensión relacional de los contratos, Juanjo Ganuza y Fernando Gómez, “Contracts without Courts”, (en revisión, *Journal of Economics and Management Strategy* (2020)), y la extensa literatura económica y jurídico-económica sobre la misma que allí se referencia.

idiosincrático para el propietario. Produce, además, importantes efectos externos negativos, como los costes para la administración de justicia, o la reducción de precios de inmuebles en áreas que experimentan numerosas ejecuciones.

Parece, pues, que recurrir a la resolución y extinción de contratos no solo no se nos representa como una alternativa atractiva. Al contrario, todo indica que es muy conveniente evitar que los costes asociados a la resolución y extinción de los contratos se incurran a consecuencia de incumplimientos o impagos en los contratos que deriven o se asocien a la emergencia de salud pública que, se presume, será transitoria y de duración breve. Incurrir en la pérdida social que supone la extinción de los contratos en vigor como consecuencia de una perturbación pasajera parece una mala estrategia para un sistema jurídico y una sociedad.

Por eso no es una sorpresa que los diferentes estados, durante la presente situación de emergencia, hayan adoptado numerosas medidas tendentes a restringir la resolución de contratos en vigor con los costes asociados que la extinción supone, y hayan optado decididamente por promover la conservación de la vigencia de los mismos.

Francia ha adoptado la medida de alcance más general en esta línea de preservar los contratos de las consecuencias de incumplimiento ligadas a la pandemia o agravadas por esta. Así, ha establecido que las cláusulas penales, las resolutorias y las de terminación o extinción por incumplimiento de obligaciones contractuales a cierto término, no producen efecto si la fecha en que debía producirse el cumplimiento cae en el período que media entre el 12 de marzo de 2020 y un mes después de la expiración del estado de emergencia. Pasado un mes tras el período anterior (esto es, 2 meses desde la expiración del estado de emergencia) las cláusulas en cuestión vuelven a producir sus efectos si no se ha producido el cumplimiento antes de esta fecha. Si la fecha del incumplimiento es anterior al 12 de marzo, las cláusulas en cuestión producen efecto, pero se suspende el mismo hasta pasado un mes desde el fin de la emergencia²⁸.

Muchos países y jurisdicciones han adoptado medidas de restricción de la resolución contractual en el ámbito arrendaticio, conscientes de los importantes costes -para las partes y para la sociedad- que la extinción de estos contratos puede acarrear.

Así, en Alemania²⁹ se ha suspendido hasta el 30 de junio de 2020 la facultad del arrendador de resolver el contrato de arrendamiento (de vivienda, de local comercial y de oficina) por impago de la renta y de cantidades asimiladas, devengadas entre el 1 de abril y el 30 de junio de 2020, cuando el impago proceda -acreditado de forma creíble- de los efectos del COVID-19. No se suspende la obligación de pago de esa renta -ni la facultad del arrendador de reclamarla-, sino simplemente la facultad del arrendador de resolver el contrato de arrendamiento por los impagos de la renta de ese concreto período de tiempo. Tampoco se impide -al contrario que en Francia- la ejecución de garantías por impago, ni el devengo de intereses de demora por el retraso en el pago.

En Inglaterra y Gales, con un derecho tradicionalmente muy reacio a intervenir en las relaciones arrendaticias, especialmente en las comerciales, se ha establecido que los

²⁸ 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.

²⁹ Art. 240 § 3 EGBGB.

arrendadores no podrán desahuciar a los arrendatarios de locales comerciales u oficinas por el impago de la renta o cantidades asimiladas hasta el 30 de junio –siendo esta fecha susceptible de prórroga–. No obstante, se mantiene la obligación del arrendatario de pagar la renta (incluyendo intereses moratorios por la demora en el pago) y el arrendador puede adoptar cualquier medida de actuación jurídica distinta del desahucio, como puede ser la ejecución de cualquier tipo de garantías existentes en relación a la obligación de pago de la renta -avales, entre otros-.

En España no se han adoptado medidas generales de suspensión de la resolución del contrato y del desahucio en el ámbito arrendaticio. Es cierto que la moratoria aprobada por los RDL 11/2020 y 15/2020 para el ámbito residencial y comercial, respectivamente, en la medida en que imponen legalmente un aplazamiento al pago de las rentas del arrendamiento para ciertos colectivos de arrendatarios -vulnerables, en el ámbito residencial, seriamente afectados por la emergencia sanitaria, en el comercial- evita que en los casos cubiertos por la moratoria se produzcan resoluciones y desahucios mientras persista su vigencia simplemente porque las rentas no son debidas durante la moratoria.

Es cierto que se han previsto ciertas medidas adicionales para preservar relaciones arrendaticias. Así, se ha dispuesto³⁰ con carácter general, que los arrendatarios de vivienda puedan prorrogar hasta seis meses los contratos que venzan entre la entrada en vigor del RDL 11/2020 y los dos meses siguientes a la finalización del estado de alarma.

De forma menos general, y en relación con arrendatarios de vivienda en situación vulnerable, se ha introducido³¹ la posibilidad de suspensión de los lanzamientos señalados de arrendatarios de vivienda en situación de vulnerabilidad sin alternativa habitacional y si no se hubiera decretado ya el lanzamiento, se suspenderán los procedimientos de desahucio hasta que los servicios sociales adopten las medidas oportunas, por un periodo máximo de seis meses a contar desde la entrada en vigor del RDL 11/2020.

Con todo, no parece que hubiera sido superflua una suspensión de resoluciones contractuales en el ámbito arrendaticio con carácter general por un período suficiente para cubrir la disrupción provocada por la emergencia sanitaria y evitar que la misma pudiera dar lugar a extinciones de contratos de arrendamiento de viable continuidad y que producen valor para las partes. Es posible que el legislador español esté confiando implícitamente en la suspensión de los términos y plazos procesales conforme a lo previsto en la disposición adicional segunda del RD 463/2020, pero esto simplemente supone un retraso en el reflejo procesal, pero no evita la decisión sustantiva de resolución. Creemos que una norma expresa (a la alemana o la francesa) hubiera resultado clarificadora.

La desconfianza ante la resolución de contratos en la situación de emergencia puede obedecer a razones en buena medida distintas de las que se conectan con el objetivo de preservar el valor relacional del contrato o evitar los costes de ejecución sobre activos valiosos que siguen a la resolución. Singularmente, puede explicarse también por motivos relacionados con los problemas para la situación de liquidez -y, eventualmente, incluso de solvencia- de un

³⁰ Art. 2 RDL 11/2020.

³¹ Art. 1 RDL 11/2020.

contratante y el consiguiente proceso de espiral de impagos que puede ocurrir como consecuencia de las obligaciones de restitución que acompañan a la resolución del contrato.

Este problema se puede dar en un ámbito en el que la cancelación y extinción de contratos sin duda tiene visos de presentar relevancia cuantitativa muy importante es el sector del transporte y del turismo. El cierre de establecimientos hoteleros de toda clase³², así como la interrupción generalizada aunque no completa de líneas de transporte de viajeros, en especial de media y larga distancia³³ ha frustrado las estancias y los viajes de muchos consumidores. En este caso, además, la situación para este sector, en cuanto a su disrupción en su operativa normal y su capacidad de cumplir las prestaciones propias de los contratos, se prevé que pueda acaso tener mayor duración.

Puede parecer natural pensar que si la prestación comprometida no es posible, dado el cierre del establecimiento o la cancelación del transporte, no hay más remedio que la resolución del contrato por imposibilidad sobrevenida y la devolución de prestaciones (típicamente, las cantidades anticipadas por el viajero para la reserva de transporte u hotelera, cantidades que en ocasiones alcanzan la totalidad del precio del contrato). En el caso del contrato de viaje combinado, la ley prevé expresamente esta consecuencia en casos de cancelación por circunstancias extraordinarias: art. 160 TRLGDCU³⁴.

El riesgo en una situación de emergencia como la actual consiste en que la acumulación de estas cancelaciones y solicitudes de reembolso, aunque previsiblemente pequeñas en media, en términos agregados pueden representar un serio problema de liquidez y acaso hasta de solvencia para el operador turístico o de transporte.

Probablemente con este problema en mente, el art. 36 del RDL 11/2020 ha introducido algunas previsiones para tratar de mitigar tales consecuencias. Con carácter general, se contempla la circunstancia de que como consecuencia de las medidas adoptadas durante la vigencia del estado de alarma los contratos -típicamente de compra de bienes de consumo o de prestación de servicios, aunque no se mencionan específicamente los de transporte o alojamiento- resultan de imposible cumplimiento. Se mantiene el derecho del consumidor a resolver el contrato, pero se sujeta a algunas condiciones. Primero, su ejercicio resulta seriamente limitado en el tiempo (plazo de 14 días desde la imposibilidad de cumplimiento). Segundo, el efecto resolutorio se subordina a un proceso negociado de revisión de los términos del contrato, incluyendo el ofrecimiento por la empresa de bonos o vales sustitutorios al reembolso. Solo si transcurren 60 días sin acuerdo sobre una alternativa, se producirá el efecto

³² En España, por efecto de la Orden SND/257/2020, de 19 de marzo, por la que se declara la suspensión de apertura al público de establecimientos de alojamiento turístico, de acuerdo con el artículo 10.6 del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19.

³³ En España, véanse el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma, y la Orden TMA/273/2020, de 23 de marzo, por la que se dictan instrucciones sobre reducción de los servicios de transporte de viajeros.

³⁴ Según dispone el art. 160.2 TRLGDCU, cuando concurren circunstancias inevitables y extraordinarias que afecten de forma significativa a la ejecución del viaje combinado o al transporte de pasajeros, el viajero tendrá derecho a resolver el contrato antes del inicio del mismo sin pagar ninguna penalización, teniendo entonces el viajero derecho al reembolso completo de cualquier pago realizado, pero no a una compensación adicional. El art. 160.3 TRLGDCU prevé el caso de cancelación por el organizador, con base en la imposibilidad de ejecutar el contrato por circunstancias inevitables y extraordinarias y se notifica la cancelación al viajero sin demora indebida antes del inicio del viaje. En este caso procederá igualmente reembolsar al viajero la totalidad de los pagos que este haya realizado, pero no habrá abono de compensación adicional alguna por el organizador.

resolutorio y la obligación de restitución, para la cual, salvo acuerdo en contra, se prevé un plazo máximo de 14 días.

Para contratos de viaje combinado que hayan sido cancelados con motivo del COVID19, se prevé además que se pueda entregar al consumidor un bono para ser utilizado dentro de un año desde la finalización de la vigencia del estado de alarma y sus prórrogas, por una cuantía igual al reembolso que hubiera correspondido de acuerdo con el TRLGDCU. Si el organizador del viaje, en cambio, hubiera sido reembolsado por los proveedores de servicios incluidos en el contrato de viaje combinado de las cantidades anticipadas para el viaje, se procedería, según que aquel reembolso hubiera sido total o parcial, a la cancelación total o parcial del bono y a la restitución al consumidor de las cantidades correspondientes. La restitución al consumidor debe producirse en un plazo no superior a 60 días.

En Italia podemos encontrar medidas similares. Así, se ha previsto para los contratos de espectáculos y eventos culturales de todo tipo, la previsión de un bono³⁵ o *voucher* de duración anual, que los consumidores han de solicitar en un plazo de 30 días y la empresa responsable del evento ha de enviar al consumidor en un plazo de la misma duración³⁶.

En relación con los contratos de transporte por cualquier medio, alojamiento y viaje combinado, se prevé que la empresa, tras recibir la solicitud del consumidor, proceda (en un plazo de 30 días o incluso de 60 en algunos supuestos de viaje combinado) al reembolso del precio o cantidades anticipadas o a entregar un *voucher* por el mismo importe con validez de un año³⁷.

A pesar de que esta medida legal ha sido objeto de frontal oposición doctrinal³⁸ a causa de la reducción en la protección del consumidor que supone respecto del nivel general consagrado en el TRLGDCU (y, en el caso del contrato de viaje combinado, por la Directiva 2015/2302³⁹), la medida no nos parece totalmente criticable en cuanto al fondo, aun y con su desafortunada y poco técnica redacción. La preocupación que subyace a la misma es bien real y el mecanismo del bono aparece como un instrumento interesante para mantener el contrato y evitar una acumulación de reclamaciones de reembolso en un plazo muy corto contra una misma empresa⁴⁰. En la situación de emergencia presente, la protección del consumidor entendida como conservación íntegra de los derechos del “período normal” nos parece que ha de permitir modulaciones conducentes a cumplir objetivos de urgencia máxima, como es la conservación del tejido productivo en el sector turístico y de transporte -entre otros-, y la reducción del riesgo de insolvencias y procesos de espiral de impagos en los mismos.

35 En Alemania se está considerando una solución muy semejante para los contratos de servicios y eventos en el ámbito cultural (la “*Gutscheinlösung*”): proposición de ley de los grupos CDU/CSU y SPD para introducir un §5 en el Art. 240 EGBGB (*Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und SPD Entwurf eines Gesetzes zur Abmilderung der Folgen der COVID-19-Pandemie im Veranstaltungsvertragsrecht*).

36 Art. 88 de la Ley de convalidación y conversión del d-l n. 18.

37 Art. 88 bis de la Ley de convalidación y conversión del d-l n. 18.

38 Manuel Jesús Marín López, “Efectos del COVID-19 en los contratos con consumidores: el art. 36 del RD-Ley 11/2020”, CESCO (2020).

39 Directiva (UE) 2015/2302 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2015, relativa a los viajes combinados y a los servicios de viaje vinculados.

40 Como se ha indicado en el texto, en otros países con una industria turística importante y seriamente golpeada por la emergencia, como Italia, se han adoptado medidas parecidas orientadas también a mitigar este riesgo.

De facto y, todo hay que decirlo, un poco de rondón en el RDL 11/2020, su artículo 36 facilita como mínimo dos meses y medio de liquidez a las empresas afectadas a costa de aquellos consumidores cuyos contratos se han visto frustrados en su ejecución por efecto de la pandemia y de las medidas del estado de alarma. Lo criticable de esta medida reside en su generalidad sin atender a la posibilidad de los consumidores de efectivamente facilitar esta liquidez a las empresas turísticas y de transporte. Para muchos consumidores, cierto es, tratándose de importes típicamente reducidos para cada uno⁴¹ (los precios de compra o reserva de billetes de avión o los depósitos para reservas hoteleras, en los supuestos más frecuentes) esta financiación a su cargo será soportable individualmente. Pero no hay seguridad de que esto sea así. Debiera haberse previsto que pueda haber consumidores con un problema propio de liquidez. Aun por cantidades no demasiado elevadas, no tiene sentido imponer a estos que financien dos meses y medio a las empresas cuya prestación se ha hecho imposible durante la emergencia sanitaria.

Cabe, con todo, mantener la idea del bono como instrumento para preservar el contrato remitiendo a un momento posterior el cumplimiento de la prestación específica hotelera o de transporte, sin forzar al consumidor necesariamente a financiar a la contraparte contractual si no puede o no quiere. Una posibilidad para conjugar ambos objetivos de alguna manera sería hacer el bono inmediatamente redimible a cargo del Estado, de modo que el consumidor pudiera recibir su importe directamente de la agencia tributaria, y esta obtener un crédito frente al emisor del bono pagadero por vía tributaria una vez normalizada la situación de esos sectores o, incluso, si llega a ser preciso en el futuro dar ayudas públicas a las empresas en ellos, deducible de las ayudas que pudieran corresponder. En una línea similar se ha sugerido hacer del bono un título valor que permitiría al consumidor tenedor del mismo poder transferirlo a cambio de dinero o financiarse con la garantía de su importe⁴².

4.2. La modificación de lo debido: quita y suspensión

El escalón inferior a la intervención sobre contratos en vigor viene dado por una modificación del contenido del contrato. No nos referimos aquí a aquellos términos o cláusulas accesorias a las de las obligaciones principales de las partes, como las penalidades convencionales o las garantías relacionadas con el cumplimiento de las prestaciones esenciales⁴³. Estamos pensando en la intervención directa sobre las prestaciones debidas. En concreto, en relación con las obligaciones dinerarias de alguna de las partes. Modificar mediante una normativa de alcance general la realización de prestaciones de servicios o la ejecución de prestaciones de otra naturaleza a la monetaria, más allá de la suspensión temporal de cumplimiento que pueda afectar a las mismas por efecto de las medidas que han acompañado al estado de emergencia parece difícilmente imaginable.

⁴¹ El importe agregado puede ser importante para una empresa concreta, eventualmente determinando problemas de liquidez o hasta de solvencia, al acumularse de forma súbita en corto término todos los reembolsos.

⁴² Ángel Carrasco Perera, “El «bono-COVID» emitido por las agencias de viajes en favor de los consumidores” (2020) (en <https://www.ga-p.com/publicaciones/el-bono-covid-emitido-por-las-agencias-de-viajes-en-favor-de-los-consumidores/>).

⁴³ Ya hemos señalado que algún país (Francia) ha procedido a la suspensión temporal de efectos de tales cláusulas en cuanto que se ha considerado que pueden coadyuvar o amplificar el incumplimiento o impago y amenazar la subsistencia del contrato.

En definitiva, se trataría de la consideración de una posible quita en obligaciones dinerarias de individuos y empresas directamente golpeados por la pandemia y las medidas que se han adoptado para combatirla.

Como medida de carácter global, no parece aconsejable ni para la generalidad de los contratos, ni siquiera para la generalidad de los contratos de una misma clase, y ello tanto si se hace a través de medidas legislativas ad hoc para la situación de emergencia como por medio de una lectura general y no dependiente de las circunstancias de cada caso de las normas del Derecho de contratos aplicables a todos los contratos o a algún tipo particular de entre ellos.

Una quita indiscriminada, sea generalizada o sea sectorial, en las obligaciones de pago de una parte supone trasladar sobre todas las contrapartes una fracción (mayor o menor según el monto de la quita que se practique) de las pérdidas sufridas inicialmente por aquellas partes del contrato que reciben directamente el impacto de la situación de emergencia. Esta traslación global sobre otros de una parte de las pérdidas por el mero hecho de ser contraparte en una relación contractual no parece que tenga fundamentos sólidos si no hay razones concretas para ello.

Pensemos, para exponer con mayor claridad y concreción el argumento, en un contrato de arrendamiento comercial por 1 año (el 2020) entre A (arrendador) y B (arrendatario). La renta mensual es igual a 50. B obtiene en enero y febrero de 2020 ingresos mensuales por la actividad comercial en el local arrendado igual a 100. Como consecuencia del estado de alarma, B se ve forzado a suspender la actividad de venta al público durante 3 meses y deja de ingresar por completo los 100 mensuales que de ordinario recibía (dejemos de lado, por simplicidad, la posibilidad de que pueda realizar algunas ventas telemáticas así como otros costes de su actividad). La suspensión forzosa de actividades le ha supuesto, por tanto, una pérdida de 100 por cada mes.

Esta pérdida, además, es irreversible. Podrá trasladarse sobre otros, en todo o en parte, pero no desvanecerse, del mismo modo que la cobertura aseguradora no elimina las pérdidas que ocasiona el siniestro, simplemente las traslada del bolsillo del asegurado al bolsillo de la aseguradora⁴⁴. Los ingresos del período de cierre se han ido para siempre. Pasárselos a la contraparte no los hace revivir, y extender el contrato a su finalización por un período de tiempo equivalente al de suspensión, no los borra. En el prístino castellano del siglo XVI del clásico de Estella: *“Si gastaste mal tu dinero, puedes tomar a ganar otro tanto; pero el tiempo gastado no se puede cobrar. Pasan los días y nunca vuelven”*.

En principio, es B, quien recibe la pérdida inmediata y directamente, quien ha de soportarla, salvo que creamos que hay alguna buena razón para desplazarla sobre otros. Si se impone por todo el período de emergencia una quita del 100% en el pago de la renta arrendaticia del local comercial (o, como veremos que es equivalente, se “suspende” el contrato de arrendamiento mientras dura la suspensión de actividad) de la pérdida sufrida inicialmente (100), puede trasladar la mitad (50, el importe de la renta arrendaticia) sobre su arrendador, de modo que A estaría asumiendo el 50% de las pérdidas de B. Si la quita fuera del 50% de la renta, A estaría asumiendo el 25% de las pérdidas de B y de forma semejante con otros porcentajes de quita.

⁴⁴ Aunque esta cobertura, sin duda, si el que puede sufrir la pérdida es averso al riesgo supone una mejora de bienestar pues se ve libre de un riesgo que reduce su utilidad.

Si en lugar de quita se decretara una suspensión general de los contratos de arrendamiento comercial durante la vigencia del estado de alarma⁴⁵ (3 meses), el efecto es exactamente el mismo que el de una quita del 100%. De la pérdida de 100 al mes que experimenta directamente B, al suspenderse el pago de la renta desplaza la mitad sobre A. Nada cambia el hecho de que al final de 2020 el contrato de arrendamiento se prorrogara por los 3 meses de suspensión. Ciertamente es que B pagará 50 cada mes a A durante ese tiempo, pero es a cambio de disfrutar del local durante la extensión, no por lo ocurrido durante el período de suspensión y necesariamente supone que A no podrá obtener renta de otro arrendatario distinto de B en los tres meses de extensión del contrato.

Por tanto, aunque con frecuencia se habla de suspensión y moratoria como si fueran idénticos, lo cierto es que la suspensión del contrato equivale a una quita del 100%, y no es asimilable a una moratoria. En la moratoria, lo que ocurre es que la contraparte (el arrendador, en nuestro ejemplo) financia el importe objeto de la moratoria al deudor por el plazo de duración de esta. Pero nada asume de la pérdida subyacente que ha generado la dificultad de liquidez del deudor. El efecto de la moratoria es puramente financiero, y el coste de la financiación, si la moratoria supone el devengo de intereses a cargo del deudor, lo asume este y no la contraparte. Evidentemente, si la moratoria viene acompañada, como lo ha sido en España en el ámbito de los contratos de financiación y en los contratos arrendaticios, de una disposición que determina que la financiación se ha de hacer al deudor a interés cero (sin recargos ni intereses de demora), el coste de proveer la financiación durante el período de moratoria recae sobre el acreedor y, desde este punto de vista supone una “quita”. Pero una quita correspondiente tan solo al coste

⁴⁵ El mismo efecto se produce, en ausencia de una medida legislativa de suspensión, si de forma universal (o casi) se entiende que es el arrendador el que ha de entenderse que debe garantizar que el local arrendado sigue abierto para que el arrendatario obtenga sus ingresos ordinarios, de modo que si ello no es así el arrendatario puede suspender el pago de la renta o, incluso, resolver el contrato. En España, esta posición se ha defendido sobre la base de una cierta lectura del art. 1554.3º CC o de una aplicación analógica del art. 26 LAU. Los argumentos en defensa de una solución general de este tipo en Ángel Carrasco Perera, “La obligación del arrendador de mantener al arrendatario en la posesión útil de la cosa arrendada (A propósito de la STS de 28 de octubre de 1985)”, *Poder Judicial* (1986) [versión electrónica no original], p. 4-5 y 7-8; Ángel Carrasco Perera, “Permítame que le cuente la verdad sobre COVID-19 y fuerza mayor”, CESCO (2020); Ángel Carrasco Perera, “Locales de negocio cerrados por COVID: la barbarie o el lobby hacen su agosto (segunda versión, reforzada para los incrédulos)”, CESCO (2020); José Ramón García Vicente, “Arrendamiento y pandemia (1)” y “Arrendamiento de local de negocio y pandemia (2)”, en el blog de la Asociación de Profesores de Derecho civil; Antonio Orti Vallejo, “Apunte sobre la suspensión de la obligación de pago de la renta de los locales de negocio a los que les ha sido prohibida la apertura de sus establecimientos como consecuencia de la declaración del estado de alarma por el COVID-19”, CESCO (2020). Los argumentos en defensa de la tesis opuesta en Fernando Pantaleón Prieto, “Arrendamiento de local de negocio y suspensión legal de actividades empresariales”, en *Almacén de Derecho* (2020) [<https://almacenederecho.org/arrendamiento-de-local-de-negocio-y-suspension-legal-de-actividades-empresariales/>].

Por nuestra parte, tanto en el caso de una medida legislativa de suspensión del contrato, como de una suspensión general fruto de una interpretación igualmente general de normas sobre el tipo contractual, el efecto se extiende con alcance universal sobre todos los contratos de arrendamiento, sin que tal efecto se haga depender de las circunstancias o de los términos contractuales de una concreta relación contractual.

Desde luego, cosa distinta es que pueda llegarse a la conclusión, tras el análisis de un contrato en particular y de las cláusulas pactadas por las partes, que un determinado arrendador ha de asumir en todo o en parte las pérdidas sufridas por el arrendatario como consecuencia de la suspensión de actividad comercial de este. Es la conclusión apriorística y generalizada, basada acaso en características “inmutables” del tipo contractual y abstraída de las características reales de un contrato determinado lo que no nos parece buena idea, pues impone una traslación de la pérdida sufrida por el arrendatario sobre su contraparte sin la apoyatura -necesaria, creemos- de buenas razones para efectuar esa traslación, más allá de ciertas lecturas tipológicas dudosas o, cuanto menos, no exentas de incertidumbre. Mucho menos cuando la legislación específica de emergencia establece ya -con mejor o peor acierto, eso es otra cuestión- una medida general pero *ad hoc* para la situación actual que no resulta conciliable con esa interpretación apriorística de los riesgos de pérdida en contratos de arrendamiento de local comercial.

financiero del aplazamiento, no a la pérdida subyacente que determina la situación de iliquidez.

Tan solo cuando el contrato es puramente financiero una suspensión del contrato y una moratoria pura se asemejan (aunque no son idénticas). Pero ello porque la propia naturaleza del contrato hace que el efecto de una y otra sea puramente financiero. Pensemos en un contrato de financiación de duración de 1 año (hasta 31 de diciembre de 2020), en el que el deudor ha de abonar 100 mensualmente al acreedor. Si se produce una moratoria pura de 3 meses (abril, mayo, junio) en ese contrato, el acreedor está financiando los 300 de la renta de los meses afectados durante 6 meses (los que restan hasta el final del 2020). Si lo que se produce es una suspensión del contrato que comporta la extensión de su duración por un tiempo equivalente al de suspensión, lo que sucede es que el acreedor está financiando los 300 de la renta correspondiente a los meses de suspensión durante 9 meses (hasta el final del período contractual ahora extendido).

En definitiva, una quita (o una suspensión, como hemos visto) impuesta con carácter generalizado⁴⁶ en relación con obligaciones de pago devengadas en el período de emergencia supone trasladar una parte de las pérdidas sufridas inicialmente por el deudor del pago sobre su contraparte en ese contrato. No hay motivos de carácter general que indiquen que esa traslación de las pérdidas es necesariamente deseable que se realice a través de los contratos o de algún tipo contractual en particular (más allá del seguro). Menos aun cuando ambas partes en el contrato son empresas. No está de más observar que en los países de nuestro entorno no se han producido medidas amplias y generalizadas de quita al calor de la situación de emergencia.

En definitiva, deben existir buenas razones para esa traslación y criterios razonables para determinar el montante de la misma. A fin de verificar la concurrencia de ambas condiciones, creemos que habría que considerar una gran variedad de factores y circunstancias que requieren de un análisis pormenorizado del contrato y de la situación de los contratantes. Eso no es posible, pensamos, en una situación de emergencia en la que la intervención sobre los contratos ha de tener una inmediatez y una generalidad incompatibles con el análisis preciso a estos efectos. Esto será posible únicamente *“when the dust settles”*.

4.3. La alteración puramente financiera: la moratoria

Como ya se ha indicado más arriba, una moratoria de pago en favor de un contratante supone el otorgamiento de financiación, por el importe del pago debido y por el plazo de la moratoria, a cargo de la contraparte en el contrato. La moratoria puede (o no) venir acompañada de una

⁴⁶ El RDL 11/2020 sí impone una quita (aunque no de alcance único) a los grandes tenedores de vivienda en favor de los arrendatarios de vivienda habitual en situación de vulnerabilidad, pues impone al arrendador tener que elegir entre (i) una reducción del 50% de la renta arrendaticia durante el tiempo que dure el estado de alarma y las mensualidades siguientes si aquel plazo fuera insuficiente en relación con la situación de vulnerabilidad provocada a causa del COVID-19, con un máximo en todo caso de cuatro meses y (ii) una moratoria en el pago de la renta arrendaticia por un plazo máximo de cuatro meses, a devolver en 3 años sin recargos ni intereses. En definitiva, a elección del arrendador se le impone sea una quita del 50% de la renta durante 4 meses o una quita del coste financiero de financiar el importe de los 4 meses de renta durante un plazo de 3 años. Con todo, y a pesar de que el concepto de gran tenedor del RDL 11/2020 es probablemente sobreinclusivo, aquí puede considerarse que hay diferencia apreciable entre la capacidad de absorción de pérdidas de arrendador y arrendatario en situación de vulnerabilidad. Esta clase de medidas, sin embargo, no ha sido habitual en los países de nuestro entorno.

quita equivalente al coste de esa financiación si la moratoria se establece como “libre de intereses o recargos”.

En el apartado III ya hemos analizado por extenso el uso de moratorias en distintos ámbitos contractuales por parte de los legisladores de diferentes países en el curso de la emergencia de salud por el COVID-19. Ahora solo mencionaremos dos ideas generales. La primera, ya evidente a estas alturas del trabajo, es que una moratoria es un instrumento de intervención sobre un contrato en vigor menos intenso y agresivo que la resolución o extinción y la quita. Además, al centrarse en cuestiones de liquidez y financiación a corto plazo, tanto la valoración de sus ventajas y costes, como su diseño, resultan más sencillos que los relativos a otras alternativas de intervención más intrusivas.

Por otra parte, parece que constituyen una herramienta eficaz para afrontar dificultades urgentes de liquidez en deudores, sobre todo en relación cuando el número de implicados es elevado o puede serlo. La experiencia de la gran recesión que siguió a la crisis financiera iniciada en Estados Unidos en 2007 revela que para los deudores en dificultades las medidas de impacto inmediato sobre sus pagos a corto plazo son de mayor eficacia que las medidas que pudieran dar lugar al total de su deuda pero que se materializan en períodos de tiempo posteriores. El análisis empírico de Ganong y Noel⁴⁷ muestra que las disminuciones de deuda hipotecaria que no reducen los pagos a corto plazo, sino que se concentran en la cuantía a largo plazo de la deuda no tienen impacto significativo sobre los impagos y el consumo de las familias en situación difícil en relación con sus deudas hipotecarias. Cuando el impago produce costes inmediatos, este es fruto de shocks inmediatos sobre la renta y no es sensible a proyecciones o anticipaciones futuras de la carga que supone la deuda y que se sentirá en períodos posteriores, no digamos ya los alejados en el tiempo.

5. Soluciones personalizadas para los contratos a medida

También los contratos cortados a medida se están enfrentando a las consecuencias de la emergencia de salud pública y sus repercusiones económicas. En las manifestaciones arquetípicas de contratos intensamente negociados y adaptados en todos sus detalles a las características de la operación y los intereses de los contratantes, como pueden ser los contratos de M&A o de gran financiación corporativa, las disputas en torno a los eventos surgidos del COVID-19 serán importantes también. El gran inversor o la gran compañía que había concertado la compra con precio determinado de una empresa del sector del lujo y no la ha recibido aún, pues la operación está en el período interino, observará sin duda muy alarmado que las expectativas de facturación de la sociedad que acaba de comprar van a ser muy inferiores a las contempladas. El banco que acaba de conceder una importante financiación a una gran empresa del sector turístico analizará con preocupación cómo los ratios financieros que se habían incluido en el contrato para permitir nuevas disposiciones de la financiación concedida están abocados a su incumplimiento.

En estos ámbitos no hay, creemos, margen recomendable para intervenciones generales sobre los contratos al calor de la situación de emergencia. Los efectos de esta pueden constituir un

⁴⁷ Peter Ganong y Pascal Noel, “Liquidity vs. Wealth in Household Debt Obligations: Evidence from Housing Policy in the Great Recession”, NBER Working Paper No. 24964 (2018); Peter Ganong y Pascal Noel, “The Effect of Debt on Default and Consumption: Evidence from Housing Policy in the Great Recession”, Working Paper Harvard Joint Center on Housing Studies (2017).

obstáculo serio para la ejecución del contrato tal y como las partes habían previsto. Pero los contratos cuentan con instrumentos internos al contrato para afrontar el problema. Sin duda, esos instrumentos y los términos contractuales que los insertan en el texto del contrato no estaban pensando en la pandemia y sus consecuencias. Pero es difícil pensar que las medidas sobre contratos que podamos diseñar y aplicar en este estado de emergencia van a resultar más ajustadas a maximizar el valor del contrato que los que llevan puliéndose y perfilándose durante mucho tiempo para aquilatar las soluciones contractuales ante eventos inesperados en contratos de M&A y de financiación. En los primeros, las cláusulas MAC y MAE (*Material Adverse Change* y *Material Adverse Event*)⁴⁸ y su complejo esquema de *carve-outs* y *carve-ins*, junto con otros más generales como las manifestaciones y garantías y su reiteración o modificación en distintos hitos del proceso contractual. En los de financiación, también las cláusulas MAC y MAE, aunque aquí, a diferencia de los contratos de M&A en que tienen una función en parte retrospectiva en relación con la valoración de la compañía comprada cuando se celebró el contrato, orientados a la futura solvencia del deudor. Pero igualmente otros pactos que tratan de calibrar cómo la situación financiera del deudor ha de influir en las disposiciones bajo el contrato y, en su caso, en el mantenimiento de la financiación. Parece más prudente dejar que los instrumentos específicos tengan preferencia sobre los generales que podamos idear, aunque es de esperar que su aplicación en la situación de emergencia no se podrá sustraer, o no del todo, al vértigo y las exigencias del momento.

6. Manteniendo los objetivos de la competencia también en la economía de emergencia

¿Podemos aplicar las normas de la competencia en estos tiempos de pandemia? Lo cierto es que las economías de más de medio mundo no viven tiempos de normalidad. Para algunos destacados economistas⁴⁹, el tiempo del COVID-19 es en gran parte uno de economía de guerra. En cuanto a la demanda, con la emergencia sanitaria, los medios necesarios (tests de diagnóstico, por ejemplo) han de asignarse en función de las necesidades sanitarias y sociales y no dejarse puramente a la disponibilidad a pagar de los consumidores y las empresas. La demanda de ciertos productos se halla distorsionada, los insumos necesarios para los mismos son escasos y hay urgencia extrema en obtenerlos. La completa descentralización en cuanto al qué y cómo producir en algunos sectores podría dar lugar a problemas de coordinación, altos costes de transacción y desabastecimiento.

Con todo, siguen plenamente vigentes dos de los objetivos rectores fundamentales de la competencia: asignar de forma eficiente los recursos y promover el bienestar de los consumidores. El escenario singular en que vivimos en relación con ciertos bienes y mercados puede llevar, no obstante, a excepcionar las reglas de los tiempos de normalidad, aconsejando tal vez soluciones que, de no ser por la excepcionalidad de la situación, serían heterodoxas.

No es ortodoxo, desde luego, que el Estado transfiera fondos al sector productivo en ausencia de fallos de mercado. Pero tal como hemos discutido en los apartados anteriores, estamos ante una emergencia sanitaria y económica. El cierre efectivo de buena parte de sectores productivos

⁴⁸ Matthew Jennejohn, Julian Nyarko y Eric L. Talley, "COVID-19 as a Force Majeure in Corporate Transactions", Working Paper, Columbia Law School (2020) (en https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3577701); Albert Choi y George Triantis, "Strategic Vagueness in Contract Design: The Case of Corporate Acquisitions", 119:5 *Yale Law Journal*, p. 848 (2010).

⁴⁹ Joshua Gans, *Economics in the Age of the COVID-19*, MIT Press (2020).

y lo incierto de la recuperación a corto plazo pone en riesgo la viabilidad de muchas empresas y, con ello, la destrucción de cadenas de valor y relaciones comerciales que ha costado mucho tiempo crear y consolidar. Estas relaciones son un activo intangible valiosísimo de nuestra economía. Para protegerlo, es esencial aliviar los problemas de liquidez de las empresas y reducir su riesgo de desaparición. Como hemos dicho con anterioridad, también es importante hacerlo de la forma más eficiente, apoyando prioritariamente a las primeras etapas de la cadena de valor, lo más cerca posible de la demanda, para evitar en lo posible impagos en cadena que terminen en insolvencias en cadena.

No obstante, los recursos son limitados y tenemos que dedicarlos a preservar las empresa que, pudiendo entrar en dificultades, sean aptas para generar más valor en el futuro. No parece, sin embargo, factible condicionar las ayudas a la viabilidad en el largo plazo del negocio. Por un lado, es difícil disponer de esa información, pues la Administración no está bien equipada para recabarla, desentrañarla y aplicarla. Además, las políticas públicas se han de ejecutar de forma no discriminatoria, lo que en este contexto pasaría por encontrar mecanismos no discriminatorios que seleccionen a las empresas en función de su futura rentabilidad.

Una vía para que los recursos públicos lleguen a los mejores planes de negocio es implicar en las decisiones y en la toma de riesgos al sector privado, haciendo que los recursos públicos se concentren en avalar o cofinanciar créditos del sistema financiero privado.

Otra medida potencialmente efectiva, con una ventaja adicional para frenar las cadenas de impagos y quiebras en las primeras etapas, es la de asignar los fondos a la demanda, y que la competencia entre las empresas consiga que llegue la mayor parte de los fondos a aquellas con mayor ventaja competitiva según las preferencias de los consumidores. En esta línea, Italia ha anunciado que apoyará a su sector turístico con deducciones fiscales. Pero no a sus empresas, sino a los turistas italianos que hagan uso de los servicios de estas.

Ayudar a los sectores que en el corto plazo se vean afectados por las suspensiones de actividad debidos a la pandemia no agota la función de intervención económica de los gobiernos. Les compete igualmente elaborar planes a medio y largo plazo para intentar que el crecimiento económico regrese pronto y de forma más sostenible. Sin duda, la incertidumbre sobre el contorno y contenido de estos planes es acentuada. En parte, porque no sabemos cómo será la nueva normalidad social y económica tras superar la emergencia sanitaria actual. Ignoramos también de cuantos fondos públicos se dispondrá y cuál será su coste.

Es cierto, sin embargo, que se están desempolvando en el debate económico términos que hacía mucho no se usaban, como reconversión y política industrial. Las motivaciones subyacentes son diversas.

Primero, es probable que algunos sectores productivos, como aerolíneas, ocio, turismo o educación, no recuperan fácilmente y a medio plazo los niveles de actividad previos al COVID 19 y tengan que acometer transformaciones.

Segundo, durante la crisis han fallado muy diversas cadenas de suministro y también lo ha hecho la provisión de algunos productos en el sector sanitario. Existe la impresión, además, de que los países con mejor y más amplio tejido industrial han contado con más herramientas para afrontar la crisis derivada de la escasez repentina de suministros clave.

Como consecuencia de ello, escucharemos a no dudar voces favorables a políticas globales de reindustrialización de los países europeos. Este es un camino peligroso, pues las decisiones sobre las cadenas de producción de las empresas están dictadas por la lógica de la eficiencia en términos de calidad y coste. Si gran parte de la producción de nuestros productos se ubica en países asiáticos es porque estos son más eficientes que nosotros en la producción de componentes. Pero aunque un IPHONE esté fabricado en gran parte en Asia, el coste de ese producto manufacturado es aproximadamente un tercio de su valor, y EE.UU retiene dos terceras partes del mismo, porque aporta los activos y tareas de mayor valor añadido, como la marca, el diseño, o el software. En definitiva, parece mejor estrategia apostar por la carrera del conocimiento (que es la que aporta mayor valor) que intentar competir por una eficiencia en la fabricación casi imposible de alcanzar para una economía europea.

No creemos, pues, que sea una buena idea extender la apuesta industrial de forma generalizada a todos los sectores. Además, la dimensión europea de la cuestión es esencial. Muchos gobiernos de nuestro continente han comenzado a inyectar dinero en sus grandes empresas (Francia al grupo Renault; Holanda a KLM; Alemania a Adidas; Italia ha nacionalizado Alitalia). Si como consecuencia de la crisis resultante de la pandemia hay que modificar la capacidad de estos sectores, las autoridades de competencia europeas debieran mostrarse vigilantes para que estas ayudas no se conviertan en palancas para distorsionar las decisiones de localización de esas empresas. Si el control sobre ayudas de estado no fuera efectivo y se redujera sustancialmente la producción industrial de algunos países en favor de otros, podríamos estar abocados al equilibrio no cooperativo en el juego del dilema del prisionero. El equilibrio cooperativo en términos de comercio y bienestar que supone el mercado común europeo estaría en peligro.

Por último, los planes de impulso de la actividad económica se van a producir en un contexto de cambio tecnológico, tanto en el terreno digital, como el ambiental. Van a proliferar las llamadas a que el sector público cofinancie proyectos industriales digitales y verdes. En el largo plazo, pasada la pandemia y sus secuelas inmediatas, conviene mantener la cabeza fría y calculadora del economista: las ayudas de estado a la industria debieran restringirse a casos justificados de fallos de mercado que las justifiquen. La historia de las ayudas públicas es un cementerio de elefantes blancos y megaproyectos fallidos.

Como recomienda el premio Nobel de Economía Jean Tirole⁵⁰, apliquemos un proceso analítico a las decisiones: identificar bien el fallo de mercado que impide al sector privado acometer la inversión; garantizar la neutralidad desde el punto de vista competitivo, implicar a expertos para la selección de los proyectos y a las universidades e investigadores en su ejecución; cofinanciar con el sector privado para reducir el riesgo de dispendio en espectaculares y costosos fuegos de artificio que no se revelan productivos.

7. Epílogo: la recuperación y los contratos

Cuando la tormenta -la emergencia sanitaria con su factura de contagios y muerte- haya pasado o, al menos, haya amainado, muchos países nos enfrentaremos a una acusada recesión

⁵⁰ Jean Tirole, "Competition and the Industrial Challenge for the Digital Age", Working Paper, Toulouse School of Economics (2020).

económica, con sus secuelas de destrucción de empleo y desaparición de empresas. Habrá que pensar entonces en la recuperación y en los instrumentos que necesitaremos para que sea rápida y vigorosa.

Al contrario que en otros episodios históricos (la Guerra Civil en España; la Guerra Mundial en buena parte de Europa) tras la catástrofe no habrá que reedificar infraestructuras físicas. Lo que habremos perdido -vidas humanas y, luego, empleos y empresas- no es susceptible de reconstrucción. Pero las sociedades pueden recobrar su pulso económico y social y restaurar, con el tiempo, los niveles de bienestar humano perdidos para los que queden y los que vengan.

Para ello, las contribuciones del Derecho y de la Economía no son, creemos, secundarias. Deben ser capaces de contribuir a crear las condiciones para una recuperación sólida y acelerada. El canal de transmisión de los impulsos en una economía son los contratos que celebran los agentes económicos. Seguirán necesitando un buen derecho de contratos para mantener los canales limpios de interferencias y con capacidad de circulación de los bienes y servicios que transitan por ellos. Muchos de esos contratos, los que ya existen, se verán lastrados en parte no desdeñable por el triste legado de la crisis de salud y de la posterior crisis económica. Para resolver los problemas y los litigios que se susciten debemos emplear el mejor derecho de contratos que seamos capaces de pensar y aplicar. También con la cláusula *rebus*. Pero no una *rebus* de emergencia, sino una de normalidad. Una que atienda al impulso de la recuperación y no mire hacia atrás, a las cenizas de lo destruido.