Coronavirus y Derecho Privado

2022

Universitat Pompeu Fabra Barcelona
Departament de Dret

AGAUR
Agència de Gestió d'Ajuts Universitaris i de Recerca

ÍNDICE

Introducción 1

Fuerza mayor 5

Después de diez años 16

El Tribunal Supremo alemán, la pandemia y los arrendamientos de locales de negocios 26

Los instrumentos para intervenir en los contratos en tiempos de COVID-19: guía de uso 32

Cláusula *rebus sic stantibus*: viabilidad y oportunidad de su codificación en el derecho civil español 59

La regulación, en tiempos de COVID, de los contratos de servicios y de compraventa celebrados por consumidores 136

Procurement of Covid-19 vaccines: why were legal liabilities transferred to the public sector? 167

Dogmatismo contra pragmatismo. Dos maneras de ver las restricciones de derechos fundamentales impuestas con ocasión de la COVID-19 170

«Radar COVID» y protección de datos personales. Un análisis de los procedimientos sancionadores de la Agencia Española de Protección de Datos 236

Introducción[1]

Han pasado casi tres años desde que las autoridades chinas notificaran el brote de una nueva enfermedad respiratoria en la ciudad de Wuhan. A pesar de las primeras restricciones locales que siguieron a aquel 31 de diciembre de 2019, un nuevo coronavirus denominado SARS-CoV-19 se propagó rápidamente por todo el mundo y, en unos pocos meses, obligó a los estados a adoptar medidas de contención para mitigar sus efectos, primero, sobre la salud y la vida de las personas y, luego, sobre sus medios de vida y el bienestar económico general. Los contornos jurídicos de las restricciones de movilidad y limitaciones a muchas actividades económicas y sociales que siguieron y que tuvieron un claro impacto sobre las vidas de buena parte de la población mundial han dado lugar a una nutrida literatura legal.

Durante este tiempo, *InDret* ha publicado diversos trabajos que han abordado varios aspectos jurídicos relacionados con estas medidas o con la pandemia global del COVID-19. Esta recopilación los ofrece ahora todos juntos al lector, con el objetivo de obtener una visión de conjunto e identificar variaciones ocurridas a lo largo de este período.

La mayoría de los trabajos publicados en *InDret* se han centrado en cuestiones de derecho de contratos. En el trabajo «Los instrumentos para intervenir en los contratos en tiempos de COVID-19: guía de uso», Fernando GÓMEZ POMAR y Juan José GANUZA ofrecieron un primer examen de las alternativas para una intervención legal sobre los contratos que tuviera en cuenta los problemas de liquidez experimentados por diferentes sujetos contractuales a consecuencia de las restricciones impuestas por la pandemia. La intervención legal debía ser rápida, simple y sistemática: debía pasar por minimizar los riesgos de impago derivados de las situaciones temporal de iliquidez y, al mismo tiempo, conservar la vigencia de las relaciones contractuales de valor. En aquel trabajo, sus autores se mostraban contrarios a una legislación de emergencia que aprobara una regulación general de la *rebus sic stantibus* para los impactos derivados de la pandemia sobre los contratos: «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» (p. 36).

La crítica a la doctrina de la *rebus sic stantibus* y su posible uso en el marco de la pandemia generada por la COVID-19 tuvo su continuación en el editorial firmado por Fernando GÓMEZ POMAR al número 4.20 de *InDret.* Allí los comentarios se dirigieron contra el Decret-Llei 34/2020, de 20 de octubre, de medidas urgentes de apoyo a la actividad económica desarrollada en locales de negocio arrendados, aprobada por la Generalitat de Catalunya, que establecía una suerte de adaptación contractual de la renta para aquellos locales afectados por suspensiones de actividad o limitaciones de aforo: un arrendatario podía, por ejemplo, requerir al arrendador el inicio de una negociación para modificar las condiciones del contrato de arrendamiento y, a falta de acuerdo en el plazo de un mes, imponer una reducción de un 50% en la renta y demás importes debidos por el periodo de suspensión de la actividad. Para el autor, «[l]a norma es insólita en los

[1] Este trabajo se ha realizado en el marco del proyecto «Coronavirus i dret privat» (2020PANDE00092), financiado por la Agència de Gestió d'Ajuts Universitaris i de Recerca (AGAUR) de la Generalitat de Catalunya.

países de nuestro entorno» (p. 18), y «es muy poco respetuosa con la subsidiariedad de los mecanismos de alteración de lo pactado por circunstancias sobrevenidas» (p. 19).

Es, pero, en el artículo «Cláusula rebus sic stantibus: viabilidad y oportunidad de su codificación en el derecho civil español» escrito por Fernando GÓMEZ POMAR y Juan ALTI SÁNCHEZ-AGUILERA donde la crítica es más acerada. El trabajo parte de las diferentes propuestas para positivizar la doctrina en el derecho español que siguieron a la declaración del estado de alarma y que, en estos más de dos años, finalmente no han llegado a prosperar. En particular, el trabajo carga contra las versiones más flexibles de la doctrina y la erosión que suponen del principio de *pacta sunt servanda*. Son más los problemas que genera una versión laxa de la *rebus sic stantibus* que los que resuelve. Y, además, los autores señalan que difícilmente una codificación de la doctrina podría mejorar la seguridad jurídica y servir como medio eficaz para intervenir de emergencia en las situaciones de iliquidez y falta de solvencia. El tiempo transcurrido parece haber dado la razón a la visión crítica mantenida por Fernando GÓMEZ y Juan ALTI: a pesar de que la disposición adicional séptima de la Ley 3/2020, de 18 de septiembre, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia, conminaba al Gobierno a presentar a las Comisiones de Justicia del Congreso de los Diputados y del Senado un análisis y estudio sobre las posibilidades y opciones legales, incluidas las existentes en derecho comparado, de incorporar en el régimen jurídico de obligaciones y contratos la regla *rebus sic stantibus*, el Código civil no ha sido modificado en este sentido. Ni la posterior invasión rusa de Ucrania, ni el incremento de la inflación, ni los problemas globales en las cadenas de suministro, ni la crisis energética han alentado una modificación tal del Código. Los contornos jurídicos definidos por la última jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la *rebus sic stantibus* permiten una aplicación acotada de sus efectos y la provisión suficiente de incentivos a las partes contractuales para proveerse de soluciones pactadas a las variaciones económicas y a los potenciales problemas de liquidez.

Si bien el impacto de la pandemia en la actividad contractual se ha proyectado sobre muchos tipos de contratos y acuerdos, los de arrendamiento de locales de negocio han protagonizado la mayoría de medidas legales y decisiones judiciales, no solo en España. En el editorial de Carlos GÓMEZ LIGÜERRE al número 2.22 de *InDret* se daba buena cuenta de la sentencia del Tribunal Supremo alemán de 12 de enero de este año. El objeto del litigio que dio lugar a esta resolución perseguía delimitar si el arrendatario demandado debía satisfacer o no la renta debida por el alquiler de un local de negocio -y, en su caso, con qué alcance- durante el plazo de suspensión de actividades comerciales dictadas por las autoridades alemanas a consecuencia de la pandemia de la COVID-19. Otra categoría de contratos afectados por la pandemia ha sido la de los contratos de consumo. En el artículo «La regulación, en tiempos de COVID, de los contratos de servicios y de compraventa celebrados por consumidores», la prof. María Teresa ALONSO PÉREZ se ocupó de examinar a fondo las medidas previstas en el artículo 36 del Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19. El citado artículo preveía una pretensión de resolución contractual a favor de los consumidores parte de contratos para la compraventa de bienes o la prestación de servicios, incluidos los de tracto sucesivo, que resultasen de imposible cumplimiento a consecuencia de las medidas adoptadas durante la vigencia del estado de alarma.

La delimitación de la noción tradicional sobre fuerza mayor y su traslado a las consecuencias negativas de la pandemia también han sido objeto de examen en *InDret*. En el editorial al número 2.20 firmado por Carlos GÓMEZ LIGÜERRE, se describen las primeras medidas adoptadas por las

autoridades españolas para contener la pandemia de COVID-19. Para el autor, la crisis sanitaria supuso «una situación de emergencia que provoca un estado de fuerza mayor y la adopción de medidas (sobre todo, prohibitivas) que impiden el cumplimiento normal de los contratos» (p. 5), una situación en la cual «[e]l sistema legal deberá, sin embargo, dar una respuesta a las pretensiones de las partes de los contratos afectados por la pandemia y sus consecuencias económicas" (*ibid*). Ahora bien, «es oportuno recordar que es arriesgado legislar en tiempo de crisis: falta la perspectiva que exige aprobar normas con carácter general y vocación de permanencia. La urgencia, además, impide el sosiego que exige el proceso de elaboración y de aprobación de una norma y reduce las garantías procedimentales en su tramitación» (p. 7).

El tiempo transcurrido desde el inicio de la pandemia ha demostrado el papel que ha tenido la innovación y la tecnología para contener el impacto causado. Han sido las diferentes vacunas diseñadas y fabricadas en un tiempo récord las que han permitido gradualmente reducir los efectos más perniciosos de la enfermedad COVID-19, disminuir de modo muy significativo su mortalidad y recuperar las actividades sociales y económicas. *InDret* publicó el trabajo «Procurement of Covid-19 vaccines: why were legal liabilities transferred to the public sector?», en el cual el grupo de profesores integrantes del «Covid-19 Vaccine Legal Research Group» alertaban sobre los riesgos para la reparación de los daños causados por vacunas contra la COVID-19 que suponían las cláusulas de indemnidad establecidas en los contratos de suministro suscritos por los fabricantes con la Comisión Europea para su distribución entre los Estados miembros.

Las restricciones a diferentes derechos fundamentales han dado lugar también a diferentes publicaciones en *InDret*. En el artículo «Dogmatismo contra pragmatismo. Dos maneras de ver las restricciones de derechos fundamentales impuestas con ocasión de la COVID-19», Gabriel DOMÉNECH PASCUAL analiza dos debates relativos a la gestión de la pandemia en España: la competencia de las Comunidades autónomas para adoptar disposiciones generales restrictivas de derechos al amparo de la legislación sanitaria; y el recurso a una declaración de estado de alarma –en lugar de un estado de excepción- para la restricciones generalizadas de derechos fundamentales que siguieron al inicio de la pandemia en nuestro país. Apunta el trabajo que las discusiones están fuertemente permeadas por las visiones que uno adopte frente a las maneras de examinar problemas de corte jurídico. Frente a una concepción dogmática del derecho, el autor aboga por una visión pragmática e instrumental, «con arreglo a la cual las normas jurídicas, así como sus interpretaciones y aplicaciones, han de evaluarse en función de sus efectos prácticos, de la medida en que éstas satisfacen realmente ciertos intereses merecedores de protección» (p. 169). Esta visión –que subyace a buena parte de los mejores trabajos publicados en *InDret* desde sus inicios hace más de dos décadas- tiene para el autor tres grandes ventajas: «es más respetuosa con los criterios establecidos en nuestro Derecho positivo (art. 3 del Código civil), con arreglo a los cuales hay que interpretar las normas jurídicas» (p. 223); «tiende a engendrar interpretaciones y soluciones jurídicas que producen mejores resultados prácticos, que satisfacen en mayor medida el conjunto de los derechos e intereses legítimos afectados» (*ibid*); y «los resultados del método pragmático son tendencialmente menos influenciables por [factores como la ideología política de los intérpretes, sus intereses crematísticos, las presiones sociales, diversos sesgos psicológicos, etc..] que los del método dogmático» (*ibid*).

También en relación con restricciones a los derechos fundamentales, Antoni RUBÍ PUIG y Laura HERRERÍAS CASTRO ofrecieron un examen de las resoluciones dictadas por la Agencia Española de Protección de Datos sobre las infracciones detectadas por la puesta en funcionamiento de la

aplicación de rastreo de contactos positivos «Radar COVID». Después de discutir las múltiples infracciones del Reglamento General de Protección de Datos cometidas, según la AEPD, por la Secretaría de Estado de Digitalización e Inteligencia Artificial (SEDIA) y a la Dirección General de Sanidad Pública (DGSP), el trabajo ofrece una valoración crítica acerca del uso de esta tecnología. Para sus autores, las resoluciones de la AEPD ponen de manifiesto tres aspectos que habrán de condicionar el desarrollo de herramientas tecnológicas similares en el futuro para contener la propagación de otras epidemias: en primer lugar, estas aplicaciones de rastreo se han de adoptar en una situación de emergencia en la cual las autoridades carecen de información suficiente acerca de su eficacia y de sus riesgos éticos y jurídicos; en segundo lugar, las autoridades han de actuar rápidamente y con improvisación; y, en tercer lugar, estas aplicaciones se han de adoptar en un entorno institucional y de decisión complejo, no siempre en línea con las categorías legales previstas en el Reglamento General de Protección de Datos.

En estos momentos, siguen pendientes de resolución muchos litigios relacionados con la pandemia. Contratos que se frustraron, otros cuyas partes pudieron cumplir a duras penas, daños patrimoniales causados por las suspensiones de actividades económicas impuestas por los sucesivos estados de alarma, o daños personales derivados de la exposición a contagios sin contar con medidas de protección adecuadas para proteger a pacientes y residentes son algunos de los supuestos a los que jueces y magistrados habrán de dar respuesta en los próximos meses o años. Es esperable, pues, que *InDret* siga recibiendo y publicando artículos sobre COVID-19 y sus consecuencias jurídicas.

Antoni Rubí
Noviembre de 2022

InDret
2.2020

Editorial

Fuerza mayor

-

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

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

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

El sistema legal deberá, sin embargo, dar una respuesta a las pretensiones de las partes de los contratos afectados por la pandemia y sus consecuencias económicas: a las obligaciones de los deudores que no pudieron prestar o que solo pueden hacerlo a un coste muy superior al que podían prever cuando contrataron y a los acreedores que no recibieron una prestación que, acaso, habrá perdido interés cuando la situación de los mercados se estabilice. Mientras tanto, unos y otros, habrán sufrido -están sufriendo- una pérdida de ingresos que no se acompasa con una reducción de sus costes fijos en una situación global -pandémica- que evidencia que el mercado es -nada más ni nada menos- que un entramado de relaciones contractuales.

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

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

Dos semanas después, el Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo, por el que adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al Covid-19, modificaba en su Disposición adicional primera la mayor parte de las disposiciones contenidas en el anterior Real Decreto-ley 8/2020 y añadía a las medidas económicas otras especialmente destinadas a deudores y contratantes en situación de especial vulnerabilidad económica. Entre ellas, señaladamente, la de suspensión de los procedimientos de desahucio (artículo 1), de prórroga extraordinaria de los contratos de arrendamiento de vivienda habitual (artículo 2), de moratoria en el pago de las rentas (artículos 3 a 9), de suspensión de las obligaciones derivadas de los contratos de crédito sin garantía hipotecaria (artículo 21 y 23 a 27), de vigencia del beneficio de excusión para los fiadores y avalistas de contratos de crédito cuyas obligaciones se han suspendido (artículo 22). El decreto anuncia en su Disposición adicional decimonovena que se adoptarán determinadas medidas de agilización procesal y añade en su disposición transitoria cuarta determinadas medidas en materia de concurso de acreedores.

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

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

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

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

También parece oportuno destacar una obviedad: esta crisis afecta a todos los contratantes y todos ellos forman parte de la realidad económica perjudicada por la crisis. En qué medida resulte perjudicada cada parte del contrato, dependerá de muchos factores, pero esta no es solo una crisis de deudores. El legislador debería ser consciente de que las medidas de protección del deudor de determinadas prestaciones alteran el equilibrio acordado por las partes del contrato en los términos en que fue pactado. En este sentido, parece más que razonable una regla como la que Alemania ha incorporado al nuevo artículo 240 §1 EBGB (*Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche*) con motivo de la actual crisis. El precepto prevé un aplazamiento general hasta el próximo 30 de junio de 2020 del pago de las deudas debidas por consumidores y pequeñas y medianas empresas que sean exigibles conforme a contratos de tracto sucesivo concluidos antes del 8 de marzo de este año. El aplazamiento general está sujeto a los requisitos previstos en el precepto y no se aplica a determinados contratos, por ejemplo el de arrendamiento, que han sido objeto de medidas específicas. El apartado tercero del precepto, sin embargo, reconoce al acreedor el derecho a oponerse al aplazamiento si el retraso le genera un perjuicio económico que afecta a su subsistencia (*Absatz 1 gilt nicht, wenn die Ausübung des Leistungsverweigerungsrechts für den Gläubiger seinerseits unzumutbar ist, da die Nichterbringung der Leistung die wirtschaftliche Grundlage seines Erwerbsbetriebs gefährden würde. Absatz 2 gilt nicht, wenn die Ausübung des Leistungsverweigerungsrechts für den Gläubiger unzumutbar ist, da die Nichterbringung der Leistung zu einer Gefährdung seines angemessenen Lebensunterhalts oder des angemessenen Lebensunterhalts seiner unterhaltsberechtigten Angehörigen oder der wirtschaftlichen Grundlagen seines Erwerbsbetriebs führen würde.*). Cuando así suceda, el deudor tiene derecho a resolver el contrato.

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

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

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

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

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

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

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

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

El efecto no es automático, ni siquiera exacto. Las reglas indicadas obvian el efecto que la exoneración o la liberación hayan de tener en el contexto habitual de obligaciones sinalagmáticas. En tales casos, y dejando al margen las oscuras reglas sobre transmisión de los riesgos en el contrato de compraventa, la jurisprudencia se ha visto obligada a recurrir a expedientes de diversa índole para ajustar el impacto contractual de la imposibilidad. Desde la (re)interpretación de la voluntad contractual hasta la desaparición sobrevenida de la causa, pasando por el error del contratante afectado por la imposibilidad.

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

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

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

«Asimismo, si se acude a la regulación del Código Civil referida a la fuerza mayor, tampoco ofrece una solución idónea porque no ajusta la distribución del riesgo entre las partes, aunque puede justificar la resolución contractual en los casos más graves.»

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

«Ante esta situación, procede prever una regulación específica en línea con la cláusula *rebus sic stantibus*, de elaboración jurisprudencial, que permite la modulación o modificación de las obligaciones contractuales si concurren los requisitos exigidos: imprevisibilidad e inevitabilidad del riesgo derivado, excesiva onerosidad de la prestación debida y buena fe contractual.»

En efecto, la jurisprudencia civil reciente no ha sido ajena a los problemas señalados. Espoleada por los graves problemas que ocasionó la crisis financiera, la Sala Primera del Tribunal Supremo ensayó la generalización de la doctrina *rebus sic stantibus*. En la STS 591/2014, Sala Primera, de 15 de octubre (Roj: 5090/2014) y en la STS 333/2014, Sala Primera, de 30 de junio (Roj: 2823/2014), el Tribunal asumió con excesiva generosidad los efectos que una alteración sobrevenida (aunque en algunos de los casos era previsible) de las circunstancias había de tener en los términos acordados. La reciente STS 156/2020, Sala Primera, de 6 de marzo (Roj: 791/2020) ha intentado encauzar esa doctrina, aunque los tiempos no le hayan sido propicios.

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

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

derechos y obligaciones contractuales a las consecuencias provocadas por las medidas de reducción de la actividad que se han adoptado en esos países y que se suman a otras de carácter sanitario, fiscal, laboral, aduanero, administrativo y de ayuda a colectivos vulnerables.

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

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

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

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

Nada de eso sucede en nuestro derecho. Desgraciadamente. Y la laguna carece de justificación. Hace muchos años que los ordenamientos de referencia en nuestro entorno disponen de normas para la *rebus* y todos los proyectos y propuestas de modernización, homogeneización o armonización del derecho privado que muchas y variadas entidades han promovido en las

últimas décadas -todos- proponen la adopción de normas sobre el tema. Así, los artículos 6.1.1 a 6.2.3 de los Principios Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales (PICC), el artículo 6:111 de los *Principles of European Contract Law* (PECL), el artículo III.-1:110 del *Draft Common Frame of Reference* (DCFR) y el artículo 89 del *Common European Sales Law* (CESL). Propuestas que, unidas a la experiencia de los ordenamientos jurídicos referidos, se fundieron en el artículo 1213 de la «Propuesta para la modernización del derecho de obligaciones y contratos» que la Comisión General de Codificación elaboró en el año 2009, que ha sido injusta e incomprensiblemente relegada por nuestros responsables políticos desde entonces.

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

Ya se han dictado normas específicas para el contrato de arrendamiento, que en el caso de la vivienda habitual tiene un contenido imperativo, o para los contratos de préstamo con garantía hipotecaria, cuya estructura legal y económica es similar en todos los casos. Todas ellas tendentes a reequilibrar los derechos y obligaciones contractuales mediante la imposición de un nuevo contenido diferente del acordado. Quedaría ahora el reto de buscar una solución general para el resto de acreedores y deudores que fuera más allá de la simple suspensión de los plazos de prescripción de sus pretensiones contractuales y de los plazos procesales. Los ejemplos en países cercanos pueden servir de pauta. De otro modo, se trasladará el problema a nuestros tribunales y hacerlo supondrá enormes costes de administración y gestión, tanto para las partes del proceso como para el resto de la sociedad. La experiencia, nada edificante, de la última crisis financiera debiera servirnos de escarmiento. Posponer la solución y esperar a los que digan los jueces y tribunales es, además, tan arriesgado como ingenuo: el problema más acuciante que va afectar a la viabilidad económica de la mayoría de los contratos será la falta de liquidez, de disposición de dinero para atender las obligaciones exigibles, y su solución no puede depender de las resultas de un pleito. Será demasiado tarde.

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

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

A tal efecto, sería conveniente, en primer lugar, que en todos los procesos se exigiera una prueba exquisita de la buena fe de los contratantes afectados por la crisis. Una buena fe, a la que ya se ha hecho, referencia, que proyecta su eficacia en todas las fases del contrato, también en la de cumplimiento. El fracaso en la adaptación del contrato a lo que las partes pueden

razonablemente exigir y prestar en el nuevo escenario deberá ser visto con enorme desconfianza. Antes de analizar si el cumplimiento es imposible o excesivamente gravoso en los términos en que se acordó habrá que ver qué alternativa han valorado las partes del contrato para mantener su vigencia o para liquidarlo. Y no debería merecer el auxilio de un tercero quien se apalanca en el texto del contrato como si la crisis no se hubiera producido o quien propone ajustes que son peores que los efectos de la crisis misma.

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

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

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

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

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

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

asumió, expresa o implícitamente, el riesgo de la alteración o estaba en condiciones de anticiparla y de prevenirse frente a ella.

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

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

El mismo requisito se incluye en las propuestas de regulación de la *rebus* a las que se ha hecho referencia. Todas suman al requisito de la imprevisibilidad el de la diligencia, conforme a la cual «*the risk of the change of circumstances is not one which, according to the contract, the party affected should be required to bear*» (artículo 6:111 PECL), o «*the risk of the event was not assumed by the disadvantaged party*» (artículo 6.2.2 PICC) y, en los mismos términos, las propuestas del III.-1:110 DCFR y 89 CESL («*the aggrieved party did not assume, and cannot reasonably be regarded as having assumed, the risk of that change of circumstances*»)

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

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

Conviene insistir, de todos modos, en que no parece apropiado confiar a nuestros jueces y tribunales la solución de un problema que es general. Es revelador que no lo hayan hecho los

ordenamientos europeos que disponen de normas generales sobre la *rebus* y que no han confiado en su aplicación generalizada para remediar los problemas contractuales causados por la crisis sanitaria. Urge seguir la estela de esos ordenamientos y el tiempo apremia.

Carlos Gómez Ligüerre

InDret
4.2020

Editorial

Después de diez años

-

Hace algo más de diez años asumí la condición de editor ejecutivo -y responsable último, por tanto- de InDret, sucediendo a su fundador y primer editor, Pablo Salvador Coderch. Ahora, tras 44 números de la revista, con retraso sobre lo que hubiera sido deseable, llega el momento de una nueva entrega del testigo.

En enero de 2021, Carlos Gómez Ligüerre, profesor de Derecho civil de la Universitat Pompeu Fabra, y con mucho tiempo a sus espaldas junto con Sonia Ramos y Antoni Rubí en la sala de máquinas y en el puente de mando de InDret, pasará a ser el editor ejecutivo de la revista. No me cabe duda de que son las mejores manos y la mejor cabeza con las que se pueda contar al frente de InDret. Con todo y con eso, le deseo mucha suerte. La necesitará.

No es esta ocasión para hacer balance de la segunda década de InDret. Ya se hará, acaso, por otros con más distancia y "*más avisados*". Si me gustaría aprovechar este último editorial para hacer alguna consideración acerca de la presente situación jurídica española en relación con una de las aspiraciones fundacionales de InDret -mantenida, creo, en sus más de 20 años. Me refiero al fomento de la apertura de la producción jurídica española. Apertura tanto a la influencia de la literatura jurídica exterior (más allá de los ámbitos tradicionales a los que se presta atención entre nosotros) y a los medios de difusión internacional de la investigación jurídica, como al conocimiento no jurídico, señaladamente de las ciencias sociales. La convicción, que en InDret creíamos compartida por evidente, aunque acaso no lo sea tanto, es que una producción jurídica abierta al exterior y atenta a los modos de pensar de los científicos sociales era preferible a una anclada en nuestros problemas y perspectivas locales -en el doble sentido geográfico y disciplinar.

Algunos episodios recientes me inducen al pesimismo en cuanto a los avances en esa aspiración durante estos años. No constituyen, qué duda cabe, una muestra representativa de dónde estamos. Si son, me temo, ilustrativos de lo que nos queda por recorrer.

1. *Rebus* a la catalana

Comienzo por lo más inmediato: las consecuencias jurídicas de ciertas medidas adoptadas para combatir el contagio del COVID-19. Entre las más llamativas, hace unos pocos días, el DOGC ha publicado el *Decret-Llei* 34/2020, de 20 de octubre, de medidas urgentes de apoyo a la actividad económica desarrollada en locales de negocio arrendados (D-L 34/2020).

Esta nueva norma sobre materia contractual en tiempos de emergencia se ocupa de las actividades industriales o comerciales que se vean afectadas por medidas adoptadas por la autoridad competente[2] de suspensión o de restricción de aprovechamiento material de inmuebles para desarrollar tales actividades. Las medidas en que parece pensar de forma prioritaria el ejecutivo catalán en el D-L 34/2020 son las puestas en vigor por la Resolución SLT/2546/2020, de 15 de octubre y, singularmente, la suspensión de la actividad de restauración (salvo por lo que se refiere a la entrega a domicilio) y la reducción del aforo en establecimientos y locales de comercio minorista.

El D-L 34/2020 atribuye a los arrendatarios afectados (por las medidas del 15 de octubre y otras posteriores de parecido signo) la facultad de requerir al arrendador el inicio de una negociación para modificar las condiciones del contrato de arrendamiento. Si en el plazo de un mes no llegan los contratantes a un acuerdo, se imponen las modificaciones del contrato que establece el D-L: (i) en caso de que el local se hubiera visto afectado por una medida pública de suspensión, la reducción de un 50% en la renta y en las restantes cantidades (repercusión de gastos e impuestos) que deba el arrendatario al arrendador por el entero período de suspensión; (ii) en caso de que el inmueble hubiera sido afectado por una medida de restricción parcial de su aprovechamiento material -limitación de aforo o de horario, restricción de uso de ciertas instalaciones o zonas-, la reducción en la renta y demás cantidades en "una proporción igual a la mitad de la pérdida del aprovechamiento del inmueble"[3]. Estas disminuciones de renta y demás importes serán efectivas desde la fecha del requerimiento dirigido por el arrendatario al arrendador para modificar las condiciones del contrato.

El régimen del D-L 34/2020, por virtud de su disposición transitoria, prevalece sobre los acuerdos novatorios del contrato de arrendamiento pactados, a vista de la pandemia y de las medidas públicas para combatirlo, si tales acuerdos fueran anteriores a la entrada en vigor del D-L 34/2020.

Finalmente, si la suspensión excede de tres meses, el arrendatario puede desistir del contrato sin penalización alguna (es de suponer que también es así cuando había penalizaciones previstas en el contrato para el caso de que el arrendatario no cumpliera el período contractual pactado).

Nubes de inconstitucionalidad pueden amenazar al D-L 34/2020 en relación con los arts. 14, 33 y 149.1.8ª CE[4]. Aunque la dimensión constitucional es relevante, la que me interesa destacar aquí

---

[2] Parecería que se refiere a cualquier autoridad competente, no solo la administración autonómica o local. También la estatal, pues no la excepciona, creando con ello un riesgo evidente de conflicto competencial.

[3] El art. 2.1.c) del D-L 34/2020 se encarga de precisar que estas reducciones de renta no se ven afectadas (i.e. disminuidas) por efecto de los ingresos que el arrendatario pueda obtener del servicio a domicilio o recogida en el establecimiento que pudiera desarrollar el arrendatario.

[4] El preámbulo del D-L 34/2020, con el evidente propósito de preconstituir, en vista del futuro debate sobre la competencia legislativa en la materia, un argumento de relación entre su contenido y el derecho civil catalán

es la que tiene que ver con lo que la nueva norma catalana -inspirada y alentada por un cierto sector doctrinal que ha abogado por medidas en esta línea[5]- muestra de localismo jurídico y de falta de atención a los efectos económicos de las reglas contractuales.

La norma es insólita en los países de nuestro entorno[6]. Durante la emergencia sanitaria casi ningún país ha adoptado medidas relativas a la renta en contratos de arrendamiento y aquellos que lo han hecho (España y Portugal) optaron por moratorias y no por trasladar sobre los arrendadores las disminuciones de facturación de los arrendatarios[7]. Si estuvieron, en cambio, más extendidas en nuestros vecinos de la UE modificaciones legales que suspendieron las facultades de los arrendadores para resolver el contrato o aplicar cláusulas penales por falta de pago del arrendador en un corto período de tiempo a causa de problemas de liquidez ligados a las medidas de combate frente al contagio[8].

Desde luego, en otros países de nuestro ámbito jurídico hay propuestas doctrinales que defienden las ventajas de la renegociación de los contratos de arrendamiento comercial o que entienden que, en virtud de las doctrinas generales de la adaptación del contrato a los cambios extraordinarios de circunstancias (cláusula *rebus*, desaparición de la base del negocio, excesiva onerosidad sobrevenida, imprevisión) deben compartirse entre arrendador y arrendatario los riesgos sobre la facturación de la actividad comercial desarrollada en el inmueble arrendado que se han visto materializados en la pandemia[9].

---

vigente, realiza la peregrina afirmación de que la suerte de cláusula rebus para los contratos de arrendamiento que la norma introduce está emparentada con la rescisión de los contratos onerosos por lesión ultradimidium (art. 621-46 CCCat) y por ventaja injusta (art. 621-45 CCCat). Será por lo del 50%, porque no es dudoso que ni sus respectivos orígenes históricos (véanse, Sebastian Martens, "Methodenfragen und die Behandlung von Grundlagenstörungen im Europäischen Privatrecht", en *ZEuP* (2017), p. 603 y ss.; Andreas Thier, en Ewoud Hondius y Hans Christoph Grigoleit (eds.), *Unexpected Circumstances in European Contract Law*, Cambridge University Press (2011), p. 15 y ss.) ni su respectiva concepción actual guardan relación alguna, pues las rescisiones aludidas se ligan a factores concurrentes a la celebración del contrato, mientras que la rebus lo hace a circunstancias necesariamente sobrevenidas a la celebración e imprevisibles al tiempo de esta.

[5] Francisco Javier Orduña Moreno, *Cláusula Rebus y Modernización del Derecho Contractual; tratamiento doctrinal y jurisprudencial*, Francis Lefevre (2020); Francisco Javier Orduña Moreno, Vicente Magro Servet, Antonio Salas Carceller, en Alejandro Fuentes-Lojo (coord): "Cláusula rebus sic stantibus y arrendamiento de local de negocio. La posible suspensión del contrato" *Actualidad Civil*, núm. 4, abril 2020 (2020); Matilde Cuena Casas, "Pandemia por coronavirus y contratos de arrendamiento. Propuestas de solución", en *El Notario del siglo XXI,* núm. 90, marzo-abril 2020 (2020); Matilde Cuena Casas, "Moratoria en los arrendamientos de locales de negocio y suspensión de actividad económica a causa de la pandemia por COVID-19. Legislando para la foto", *Hay Derecho* (2020).

[6] Tan solo en Italia ha habido una intervención puntual para reducir la renta arrendaticia, si bien limitada a un segmento muy concreto, el de los establecimientos deportivos privados Art. 216, apartado 3, Decreto Rilancio.

[7] La notable diferencia entre moratoria y traslado de la pérdida de facturación mediante suspensión del contrato o reducciones de renta se acredita en Juanjo Ganuza y Fernando Gómez Pomar, "Los instrumentos para intervenir en los contratos en tiempos de COVID-19: guía de uso", *InDret* 2/2020 (2020), p. 577-579.

[8] Sobre estas medidas en distintos países, Juanjo Ganuza y Fernando Gómez Pomar, "Los instrumentos para intervenir en los contratos en tiempos de COVID-19: guía de uso", *InDret* 2/2020 (2020), p. 572-573. Para Francia, Ricardo Pazos, "La respuesta del derecho de obligaciones y contratos francés ante la pandemia de COVID-19", en VII (2) *Revista de Derecho civil* (2020), p. 64-65.

[9] Por ejemplo, en Alemania, Gerhard Wagner, 'Corona Law', (2020), *ZEuP* (2020), p. 538-539; Silvio Sittner, "Mietrechtspraxis unter COVID-19", *NJW* (2020) 1171; Martin Häublein and Maximilian Müller, 'Wer trägt das Pandemierisiko in der Geschäftsraummiete?', (2020), *Neue Zeitschrift für Miet- und Wohnungsrecht*, p. 486-492; Martine Behar-Touchais, "L'impact d'une crise sanitaire sur les contrats en droit commercial», 15-16 *La Semaine Juridique – Entreprise et Affaires*, 9 de abril de 2020(2020), p. 1162.

El D-L 34/2020 se coloca, invariablemente y en todos los aspectos, en el extremo -o más allá- de las soluciones adoptadas o propuestas en otros países.

Así, en el D-L 34/2020 la modificación del contrato comienza a ser efectiva en cuanto se inician las negociaciones para la modificación, sin esperar a más. En otros sistemas la solución es la opuesta: cuando una parte inicia la renegociación del contrato por alteración de las circunstancias se deben seguir cumpliendo los términos originarios. El reciente (procede de la reforma francesa del Derecho de contratos aprobada en 2016) art. 1.195 del *Code civil* prevé que el contratante que pretende la modificación ha de continuar cumpliendo con sus obligaciones durante la renegociación. Parecidamente, el art. 6.2.2 de los Principios Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales establece la obligación que recae sobre la parte que alega la excesiva onerosidad de mantener el cumplimiento de los términos del contrato[10].

Además, la nueva normativa catalana impone al arrendador en caso de suspensión de la actividad del arrendatario una reducción en la renta del 50%. Es cierto que esta es la solución solo si las partes no llegan a otra distinta.

Pero ¿qué arrendatario va a aceptar pagar más del 50% de la renta si el D-L 34/2020 le concede el derecho a no pagar más del 50% durante el período de suspensión? Es, pues, una solución mecánica que no deja realmente espacio a la negociación (o solo por debajo del 50% de la renta, en función del *bargaining power* de cada contratante). En Alemania, por el contrario, las propuestas al amparo del §313 BGB aseguran al arrendador un derecho a percibir al menos el 50% de la renta[11]. Esto significa que la negociación se produce en el espacio entre el 100% de la renta y el 50%, en función del *bargaining power* de las partes, pero también de las circunstancias concurrentes en el caso (ayudas públicas, seguros de interrupción de actividad, capacidad de las partes de absorber riesgos, etc.), pues todas ellas inciden en cual sea la solución de reducción de renta que se impondría en ausencia de acuerdo entre las partes. Además, el D-L 34/2020 añade la posibilidad de desistimiento (pasados tres meses de suspensión) a la reducción de renta, algo que rechazan tajantemente las propuestas doctrinales alemanas[12].

Por otra parte, la solución catalana es muy poco respetuosa con la subsidiariedad de los mecanismos de alteración de lo pactado por circunstancias sobrevenidas. En un doble sentido. No excepciona de su ámbito de aplicación los contratos posteriores a la pandemia, en los que las medidas restrictivas de actividad comercial eran perfectamente previsibles por los contratantes. Más gravemente aún, desplaza sin miramiento los acuerdos para ajustar el contrato a la situación post-COVID a que hubieran llegado las partes antes de la entrada en vigor del D-L. Prefiere la

---

[10] Entre nosotros, la mejor doctrina también defiende esta solución para la cláusula rebus: Antonio Manuel Morales Moreno, "El efecto de la pandemia en los contratos: ¿es el derecho general de los contratos la solución?", en LXXIII (2) *Anuario de Derecho civil* (2020), p. 451.

[11] Silvio Sittner, "Mietrechtspraxis unter COVID-19", *NJW* (2020) 1172; Martin Häublein and Maximilian Müller, 'Wer trägt das Pandemierisiko in der Geschäftsraummiete?', (2020), *Neue Zeitschrift für Miet- und Wohnungsrecht,* p. 490. Con lo cual, aquellos arrendatarios cuyo negocio no podría subsistir ni siquiera con una reducción de renta de este importe no tendrían incentivos para acudir a los tribunales al amparo del §313 BGB y pretender un ajuste del contrato.

[12] Silvio Sittner, "Mietrechtspraxis unter COVID-19", *NJW* (2020) 1172; Martin Häublein and Maximilian Müller, 'Wer trägt das Pandemierisiko in der Geschäftsraummiete?', (2020), *Neue Zeitschrift für Miet- und Wohnungsrecht,* p. 490.

solución legal, extrema y uniforme, a la más adaptada al caso que habían encontrado los propios interesados.

Con todo, acaso lo más importante es que no parece haberse abordado el problema de los arrendamientos comerciales tras la pandemia con un mínimo de sensibilidad hacia los fundamentos y consecuencias económicas de las soluciones ofrecidas. Es cierto que esto no es achacable únicamente al legislador del D-L 34/2020. Esa misma miopía económica se trasluce en gran medida en las propuestas españolas al calor de la cláusula rebus (o, aún peor, de la suspensión del contrato) y también en buen número de las formuladas en otros países al amparo de sus propias normas civiles generales (§313 BGB, art. 1195 *Code civil*, arts. 1218, 1464 y 1467 *Codice Civile*, arts. 437 y 1040 *Código civil português*)[13].

En un determinado contrato, si de verdad se piensa que una cierta circunstancia sobrevenida (y las similares a las que pueda aplicarse en el futuro la solución que se elija) es radicalmente imprevisible[14] los efectos ex ante carecen de relevancia. Por hipótesis, lo que es absolutamente imprevisible en el futuro no lo podemos anticipar y por ello no puede generar incentivos para nuestro comportamiento presente. Por eso, en relación con un suceso que no ha podido influir en la celebración del contrato y los términos que se pactan, de lo que tenemos que ocuparnos, en el plano económico, es de la perspectiva ex post[15]. En un doble aspecto. Uno es la adecuada distribución de los costes que resultan del evento en función de la capacidad de las partes de absorberlos o distribuirlos (el problema de la distribución del riesgo de un evento negativo). El segundo es el de la eficiencia ex post en el uso de los recursos, esto es, que los recursos económicos involucrados en el contrato (un inmueble, un esfuerzo empresarial de gestión de una actividad) se dediquen, sin mirar atrás, a sus usos más productivos y socialmente eficientes (el problema de la asignación eficiente).

El tratamiento de las soluciones en materia de modificación del contrato por alteración impredecible de circunstancias, al menos entre los comentaristas más atentos (no en todos, ni mucho menos), subraya la adecuada distribución de los riesgos de sucesos que pulverizan la preexistente economía del contrato o balance del intercambio de prestaciones. Se posterga, sin embargo, la dimensión de la eficiencia asignativa en el nuevo escenario al que se enfrentan los contratantes.

Incluso la cuestión de la distribución de riesgos habitualmente se estudia tomando como unidad de análisis un determinado contrato y no la totalidad de la posición económica del contratante. Esto puede ser razonable para los casos de nuevas circunstancias que afectan singularmente a una concreta relación contractual y solo a través de esta al conjunto de la posición patrimonial de un contratante. Pero no lo es cuando la alteración imprevisible del escenario fáctico incide directamente sobre el conjunto de la actividad de un contratante y a través de ella en su capacidad de atender sus compromisos contractuales de toda índole. En el caso de suspensión o reducción de actividad por motivo del COVID-19, la incidencia no se produce sobre este o aquel contrato

---

[13] Véanse, por ejemplo, Gerhard Wagner, 'Corona Law', *ZEuP* (2020), p. 536 y ss.; Relación nº 56 del *Massimario* de la *Corte di Cassazione*, 8 de julio de 2020 (2020).

[14] Victor Goldberg, *Rethinking Contract Law and Contract Design*, Edward Elgar (2015), cap. 12 destaca cómo muchos eventos que la literatura jurídica suele considerar radicalmente imprevisibles no lo son tanto en realidad para los mercados.

[15] Pietro Trimarchi, "Commercial Impracticability in Contract Law: An Economic Analysis", 11 *International Review of Law and Economics* (1991), p. 63.

en particular de los que es parte en su negocio, sino sobre la propia actividad empresarial o comercial, provocando una bajada, acaso un desplome, de la facturación de aquel cuya actividad ha sido cercenada por las medidas públicas obligatorias. La alteración de circunstancias y sus efectos no se circunscriben a un contrato determinado, sino a su actividad globalmente considerada.

Pensemos en este ejemplo de dos establecimientos de hostelería idénticos salvo en una cosa. A opera en un local arrendado por un plazo de 20 años por el que paga una renta X. B explota un local adquirido el año anterior con financiación ajena -préstamo hipotecario a 20 años- por la que paga una cuota idéntica de X. El resto de sus costes y relaciones con proveedores, empleados, prestadores de servicios externos son en todo iguales. ¿Podemos decir seriamente que la suspensión por la pandemia afecta de modo diferente a A y a B, porque el primero es arrendatario y el segundo no lo es? ¿Qué sentido tiene centrar la consideración de soluciones jurídicas al cambio de circunstancias solo en el contrato de arrendamiento de A y elucubrar en este escenario limitado cuál sería la distribución óptima de riesgos? Carece de todo sentido económico y, me atrevería a decir que, por esta razón, de todo sentido jurídico.

En definitiva, en perspectiva económica, el problema de la asignación óptima de riesgos de graves eventos negativos, impredecibles al tiempo de contratar, no puede hacerse sin atender seriamente al conjunto de circunstancias de la parte que padece el impacto inmediato del evento, así como de las características de sus contrapartes contractuales -de todas, no solo de una de ellas, salvo que tan solo un contrato se vea afectado por la incidencia negativa. En suma, la asignación óptima del riesgo de las consecuencias negativas de la pandemia para una actividad comercial debe adoptarse considerando globalmente las circunstancias y la aptitud de las partes afectadas para absorberlo o cubrirse frente a él[16]. Lo que no procede es decidir esa distribución del riesgo de forma automática y apriorística, como hace el D-L 34/2020.

Por último, la eficiencia en la asignación de los recursos a los que se refiere el contrato no tiene importancia menor. Piénsese en este ejemplo:

Un año antes de la pandemia, A arrienda un local, situado en una calle del Eixample de Barcelona o del barrio de Salamanca en Madrid y cuyo propietario es B. A instala y explota en el local un restaurante. La renta arrendaticia es de 100 y la valoración que para A tiene explotar su restaurante en ese local es de 120. El coste para A de trasladar su restaurante a otra ubicación es de 10. Con la pandemia, se impone una suspensión de la actividad de restauración al público y durante este tiempo la valoración del uso del local como restaurante para A se reduce a 50 (continúa sirviéndose comida a domicilio, pero lógicamente en menor volumen de lo que antes se ofrecía en el local). Parece que tendría sentido, si la incidencia de la suspensión o restricción de actividad resulta de corta duración que, en caso de que A se retrase en el pago de la renta arrendaticia por problemas de liquidez, se restrinja la facultad de B de resolver el contrato de arrendamiento por falta de pago[17] (así lo han hecho varios países europeos durante la emergencia sanitaria de la primavera pasada).

---

[16] Marta Cenini, Barbara Luppi y Francesco Parisi, en Ewoud Hondius y Hans Christoph Grigoleit (eds.), *Unexpected Circumstances in European Contract Law*, Cambridge University Press (2011), p. 41.

[17] Por ejemplo, para evitar el riesgo de que un arrendador aprovechado pueda tratar de sacar ventaja de la vulnerabilidad del arrendatario para tratar de forzar una modificación del contrato y elevar la renta a 110

Ahora bien, supongamos que las medidas restrictivas se prolongan, o la demanda de servicios de restauración se reduce en el medio plazo dados los temores de la población o un cambio de preferencias (en favor de unas "más hogareñas") en el público. Esto hace que el valor del uso del local para A se reduzca, de manera estable, a 80. Ese efecto en el medio plazo no afecta, sin embargo, a otras actividades comerciales que podrían desarrollarse en el local, de forma que otro comerciante, C, valora el uso del local para su actividad en un sector comercial distinto en un importe de 90. En este caso, la asignación eficiente es que concluya el arrendamiento entre A y B sobre ese local y se concierte un nuevo arrendamiento entre B y C.

Evidentemente, el legislador[18] ignora cuales sean esos valores para A o para C, y no puede, por tanto, salvo de forma enteramente arbitraria, determinar una consecuencia jurídica adecuada basada en ellos. Lo que parece preferible es que la solución se alcance mediante la renegociación del contrato inicial, la cual puede concluir con un ajuste en las condiciones iniciales o con una terminación que dará paso a un contrato con una nueva contraparte[19]. Esa negociación será más eficiente si se produce sin interferencias de un legislador que, de forma apriorística y general estipula ya una rebaja de la renta en el medio plazo (mientras duren medidas restrictivas o, peor aún, para la crisis económica post-pandemia cuando ya no hay restricciones forzosas a la actividad). Debe dejarse todo el margen posible a los propios interesados, que son quienes poseen la información. Por ejemplo, A debería poder formular una oferta de nueva renta (que, en nuestro ejemplo, no irá más allá de 80, dada su valoración del local) y B debe ser libre de aceptarla o rechazarla. Lógicamente, si lo que espera obtener de renta en un nuevo arrendamiento (con C, con D, con cualquiera) está por debajo de la oferta de B en cuanto a un nuevo montante de la renta, la aceptará. En caso contrario, la rechazará, pues preferirá un nuevo arrendatario que está dispuesto a ofrecer una cantidad superior. El nuevo contrato será eficiente, pues refleja una mayor valoración del recurso por parte de C que el que tiene A tras el cambio de circunstancias.

Si se desean aumentar los incentivos a que el arrendador considere con toda seriedad e, incluso, con preferencia, la oferta de renegociación de A (más allá de la que naturalmente se puede esperar de quien ya lo conoce como contraparte), se puede complementar lo anterior con el aprovechamiento de la información que se revelará naturalmente con el curso del tiempo. Así, cabe pensar en medidas de este tipo: si B rechaza la oferta de A y se termina el contrato, si en el curso de, pongamos, 1 o 2 años, B no ha arrendado el local por un precio igual o superior al ofrecido por A, B deba compensar a este por los costes de abandonar la actividad o de traslado a un nuevo local.

Lo que está reñido con la eficiencia en la asignación de recursos es sesgar la renegociación contractual arbitrariamente mediante la imposición mecánica de reducciones de renta o la aplicación de fórmulas de ajuste de renta en defecto de acuerdo, sea mediante medidas *ad hoc* (como las del D-L 34/2020), sea mediante la aplicación de doctrinas generales (cláusula rebus, base del negocio, excesiva onerosidad), especialmente si afectan al medio plazo, aunque sea un

(recuérdese que en el estado "normal", la valoración de A del uso del local es de 120, por lo que le sigue compensando mantener el arrendamiento a una renta de 110).

[18] Lo mismo le sucede al juez: este tiene la ventaja de mirar a un contrato determinado, mientras que el legislador ha de mirar al universo de contratos de una cierta clase, pero tampoco tiene acceso a la realidad de los costes y valoraciones de las partes del contrato que ha de enjuiciar.

[19] Alan Schwartz, "Relational Contracts in the Courts. An Analysis of Incomplete Agreements and Judicial Strategies", 21 *Journal of Legal Studies* (1992), p. 271.

medio plazo aquejado de una crisis económica general, o una reducción de demanda en ciertos sectores fruto del cambio de circunstancias asociado a la pandemia. Tratar de usar la cláusula rebus como mecanismo para aplanar el impacto de los ciclos económicos sobre la situación patrimonial de los contratantes no tiene sentido alguno.

En definitiva, la rebus catalana para los arrendamientos comerciales y la doctrina jurídica española que le ha servido de inspiración me hacen pensar en que no hemos avanzado mucho en las dos últimas décadas ni en cuanto a tomar buen ejemplo de lo que hacen y piensan en otros países ni en cuanto a prestar una mínima atención al modo de pensar de la economía sobre realidades -los contratos- que son de carácter radicalmente económico.

2. Los efectos de la fiebre de la litigación hipotecaria

Nadie que haya seguido, incluso con algo de distancia y sin mucha atención, las vicisitudes jurídicas españolas durante los últimos diez años, podrá albergar dudas acerca de la enorme importancia que ha tenido la litigación de consumidores en materia hipotecaria. Aún ahora sigue de plena actualidad, a pesar de la urgencia de otros problemas jurídicos asociados a la pandemia, como acredita la repercusión pública que tuvieron hace unos días las sentencias -votadas, pero aún no emitidas y publicadas- de la Sala 1ª en relación con la transparencia y abusividad de la cláusula de intereses ligada al índice IRPH. Me temo que la litigación hipotecaria, aunque afortunadamente está en cierta remisión[20], nos acompañará aún por unos cuantos años.

Cláusulas suelo, cláusulas de gastos, cláusulas de vencimiento anticipado, cláusulas de intereses moratorios, comisión de apertura, cláusulas IRPH, hipotecas multidivisa, han protagonizado la litigación masiva de la pasada década. Ningún país de nuestro entorno ha vivido nada semejante. La oleada litigiosa no alcanzó a Francia, a Italia, a Alemania, al Reino Unido, a Irlanda, al Benelux, a los países nórdicos, ni siquiera a nuestra vecina Portugal o a la infortunada -en esta pasada década- Grecia. Sin duda, la normativa y práctica hipotecarias no eran idénticas entre países (ni lo son siquiera ahora tras la Directiva 2014/17/UE, sobre contratos de crédito inmobiliario), pero hace 15 años nadie hubiera apostado porque la litigación hipotecaria en Europa occidental se concentraría masivamente en un solo país, y ese país sería España[21].

En España no me parece que exista entre los juristas de Derecho privado una sensación generalizada de desánimo ante el poco airoso papel del sistema jurídico español en este terreno[22]. Al contrario, me atrevería a decir que buena parte se encuentran satisfechos, orgullosos casi, de los "avances" en materia de protección del consumidor hipotecario ganados con tanto esfuerzo y coste (esfuerzo y costes, estos sí, innegables dadas nuestras escandalosas cifras de litigación hipotecaria).

---

[20] Según los datos del CGPJ respecto del primer trimestre de 2020, el número de asuntos ingresados en los juzgados especializados en materia hipotecaria descendió un 10% respecto del primer trimestre de 2019 y un 4% respecto del cuarto trimestre de 2019. Nunca se sabe, sin embargo, pues una decisión del Tribunal Supremo o del TJUE en la materia pueden abrir una nueva línea litigiosa. Recuérdese que en 2019 el 20% de las cuestiones prejudiciales planteadas por órganos judiciales españoles ante el TJUE se referían a estas cuestiones, más que cualquier otro ámbito o materia.

[21] En relación con el respectivo tamaño de su economía, algunos países de nuestro entorno (Reino Unido, Holanda, Dinamarca) tienen mercados hipotecarios más grandes que el nuestro, aunque en otros (Alemania, Francia, Italia), el peso del mercado hipotecario es más reducido que en España.

[22] Véase, por ejemplo, el número especial de CESCO dedicado al IAJD en diciembre de 2018.

Muy recientemente, han aparecido sendos trabajos de corte empírico que nos ayudan a evaluar las consecuencias de esta gran inversión que ha hecho la sociedad española en materia de disputas sobre contratación hipotecaria. El primero de ellos[23] se ocupa de los efectos sobre los precios de los préstamos hipotecarios del cambio legislativo[24] en España en materia de sujeto pasivo del IAJD. Como es bien conocido, el Gobierno, a comienzos de noviembre de 2018, y tras las azarosas vicisitudes en el Tribunal Supremo sobre la determinación del sujeto pasivo en ese tributo, decidió establecer de manera tajante que tal condición recaía sobre el prestamista. No se alteró, sin embargo, la tarifa del impuesto, de modo que el único cambio producido afectó a quien debía pagar (en forma directa, al menos) el impuesto.

El trabajo demuestra que en el curso de 6 meses (desde noviembre de 2018 a mayo de 2019[25]) el 80% del coste global del tributo que ahora recaía sobre los prestamistas fue asumido por los prestatarios en forma de aumentos del precio del crédito hipotecario. Esto, en realidad, no constituye una sorpresa, pues es lo que habían predicho como efecto del funcionamiento normal del mercado quienes examinaron la cuestión desde una perspectiva económica[26]. Lo que sí es acaso más llamativo es que la inevitable traslación global del importe del tributo como precios más elevados de los contratos adquiere una mayor dimensión frente a los consumidores de menor renta, más endeudados o que tienen menor acceso al sistema bancario (en resumen: con menor poder negociación y alternativas más limitadas). En definitiva, que el hecho de que el IAJD pasara a ser pagado por el prestamista supuso un empeoramiento relativo de la situación de los prestatarios más vulnerables en relación con los prestatarios con mayores recursos.

Estos resultados son, en buena lógica, extrapolables al resto de los costes y gastos "exógenos" (esto es, que las partes no pueden evitar y se les imponen necesariamente por motivos legales o reglamentarios) que afectan a la contratación hipotecaria. Y debería llevarnos a reflexionar muy seriamente acerca de la futilidad -cuando no algo peor- de muchos de los esfuerzos dedicados a la litigación hipotecaria durante esta década.

El segundo de los trabajos[27] se ocupa de la incidencia de la tasa de litigación por provincias sobre el número y montante de las hipotecas que se contratan. Con datos a nivel provincial entre 2008 y 2017, el trabajo acredita que mayores tasas de litigación civil se traducen a los pocos años en reducciones significativas -en sentido estadístico y en sentido económico- del número de hipotecas concedidas y del volumen de crédito hipotecario. Al mismo tiempo, encuentra un

---

[23] Gabriel Jiménez, David Martínez-Miera y José-Luis Peydró, "Who Truly Bears (Bank) Taxes? Evidence from Just Shifting Statutory Incidence", Working Paper (2020).

[24] Real Decreto-ley 17/2018, de 8 de noviembre, por el que se modifica el Texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre (B.O.E. núm. 271 de 9 de noviembre). El cambio no afectó a los territorios forales con competencias en el régimen de este tributo.

[25] El trabajo no examina los datos a partir de junio de 2019 a la vista de que el precio de las hipotecas se vería afectado por la entrada en vigor ese mes de la Ley de contratos de crédito inmobiliario.

[26] Fernando Gómez Pomar, Juan-José Ganuza y Mireia Artigot Golobardes, "Y todos estos pleitos, ¿para qué?", *InDret* 4/2018 (2018).

[27] Fernando Gómez Pomar, Adrián Segura y Rok Spruk, "Litigation and the Mortgage Market: Evidence from Spain", Working Paper (2020).

efecto significativo del Código de Buenas Prácticas Bancarias en materia hipotecaria[28] así como de la Sentencia Aziz[29] sobre los niveles de litigación civil. El primero parece haber reducido la litigación en aproximadamente un 4% mientras que la segunda elevó los niveles de litigiosidad cerca de un 5%.

Este trabajo empírico muestra, por tanto, cómo la litigación, además de su coste directo para las partes y para la administración de justicia, afecta negativa y apreciablemente a los niveles de concesión de crédito. Y aquí, de nuevo, el impacto de esta reducción previsiblemente no es uniforme, sino que afecta más gravemente a los sectores sociales de menores ingresos y más necesitados de crédito. Por ello, las opciones del legislador y de los tribunales (no solo del Tribunal Supremo, el Tribunal de Justicia es igualmente decisivo) deben considerar muy seriamente su incidencia sobre la litigación. De lo contrario, nos encontraremos con inevitables efectos no buscados que resultan a la postre poco o nada deseables para los consumidores y para el bienestar general.

En fin, tampoco debemos caer en la desesperanza. Confiemos en que dentro de 10 años hayamos cambiado nuestros hábitos y el sistema jurídico español esté más dispuesto a prestar oídos a lo mejor de la literatura jurídica y económica que se produce en el mundo. Ojalá tengamos suerte y, sobre todo, lo hagamos mejor.

Fernando Gómez Pomar

[28] Introducido por el Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos (BOE núm. 60, de 10 de marzo).

[29] STJUE de 14 de marzo de 2013, Mohamed Aziz v. Caixa d'Estalvis de Catalunya, Tarragona i Manresa, asunto C-415/11.

Editorial

El Tribunal Supremo alemán, la pandemia y los arrendamientos de locales de negocios

-

Hace poco más de tres meses, el XII. *Zivilsenat* del Tribunal Supremo alemán (*Bundesgerichtshof* o BGH, en la abreviatura habitualmente empleada) hubo de determinar si la renta debida por un arrendamiento de local de negocio era exigible –y si lo era, en qué medida- durante el período o períodos de cierre forzoso de determinadas actividades comerciales durante la pandemia por Covid-19.

En el caso resuelto por la sentencia del BGH de 12 de enero de 2022 (XII ZR 8/21), la arrendataria, demandada por su arrendador y recurrente ante el BGH, se negaba a pagar la renta durante el tiempo en que el local estuvo cerrado al público a consecuencia de las medidas adoptadas por los gobernantes de aquel país para la contención de la pandemia por Covid-19.

El contrato de arrendamiento se había firmado en septiembre de 2013. Incluía un local, ubicado en una localidad del estado de Sajonia y destinado a un negocio de venta de ropa y artículos para el hogar, un almacén y un espacio para plazas de aparcamiento de vehículos. Desde enero de 2019, la renta mensual era de 7.584 euros.

En el mes de marzo de 2020, las autoridades del estado federal de Sajonia decretaron, entre las medidas de contención de la pandemia, el cierre de los negocios considerados como prescindibles o «no esenciales». Entre ellos, el de la arrendataria. El cierre apenas se prolongó durante unos días de ese fatal mes de marzo de 2020, pero la interrupción fue suficiente para que la explotadora del negocio considerara que la imposibilidad temporal de ejercicio del comercio le habilitaba a no pagar la renta correspondiente a ese mes.

La arrendadora y demandante exigía el pago de la renta, con los intereses de demora y la condena al pago de las costas. La pandemia no era causa prevista en el contrato para la suspensión del pago. Es más, el contrato incluía una cláusula que exoneraba de responsabilidad al arrendador en caso de interrupción de suministros y de catástrofes que afectaran al local.[30]

[30] La cláusula, tal y como la transcribe la sentencia preveía que: «Wenn die Gas-, Strom-, und Wasserversorgung oder Entwässerung durch einen nicht von dem Vermieter zu vertretenden Umstand unterbrochen wurde oder wenn Überschwemmungen oder sonstige Katastrophen eintreten, steht dem Mieter ein Recht auf Mietminderung oder Schadenersatz nicht zu.»

Una previsión que, a juicio de la arrendadora, trasladaba el riesgo derivado de la pandemia a la arrendataria. Esta, por otra parte, se había beneficiado de las ayudas públicas aprobadas por las autoridades alemanas para paliar los efectos negativos de los confinamientos, totales o parciales, y el beneficio de tales ayudas le impedía, además, ahorrarse el pago de la renta del mes en que se concentraron las medidas más restrictivas de lucha contra la expansión de la enfermedad.

La arrendataria, que había pagado las rentas anteriores al cierre forzoso del local y pagó las posteriores, entendía, por su parte, que la decisión de las autoridades sanitarias que le impidió abrir el local al público durante algunos días del mes de marzo de 2020 era un supuesto análogo al previsto en el §536 del Código civil alemán (BGB). Conforme a ese precepto, el arrendatario puede suspender el pago de la renta o instar una reducción de su importe en caso de que los defectos de la cosa impidan el uso para el que fue arrendada.[31]

La arrendataria apelaba también al §313 BGB sobre la alteración de la base del negocio jurídico. El precepto[32] es, en el ordenamiento alemán, el fundamento legal que permite la modificación del contrato afectado por una alteración sobrevenida de circunstancias y sobre el que esta revista ha dado cuenta en varios trabajos ya publicados (entre otros, aquí, aquí y aquí). En aplicación de aquella norma, la demandada instaba la adaptación del contrato a las limitaciones impuestas a resultas de la pandemia.

El *Landgericht* de la ciudad de Chemnitz resolvió el caso en primera instancia. En su sentencia de 26 de agosto de 2020, estimó en parte la demanda y condenó a la arrendataria pagar 3.720,09 euros, más intereses y costas procesales. La cantidad era el resultado de ajustar la renta inicialmente pactada a los días en que el negocio pudo funcionar durante el mes de marzo de 2020, con reducción de la correspondiente a los días de cierre forzoso.

---

[31] El precepto, en su versión original, dispone que: «(1) Hat die Mietsache zur Zeit der Überlassung an den Mieter einen Mangel, der ihre Tauglichkeit zum vertragsgemäßen Gebrauch aufhebt, oder entsteht während der Mietzeit ein solcher Mangel, so ist der Mieter für die Zeit, in der die Tauglichkeit aufgehoben ist, von der Entrichtung der Miete befreit. Für die Zeit, während der die Tauglichkeit gemindert ist, hat er nur eine angemessen herabgesetzte Miete zu entrichten. Eine unerhebliche Minderung der Tauglichkeit bleibt außer Betracht.

(1a) Für die Dauer von drei Monaten bleibt eine Minderung der Tauglichkeit außer Betracht, soweit diese auf Grund einer Maßnahme eintritt, die einer energetischen Modernisierung nach § 555b Nummer 1 dient.

(2) Absatz 1 Satz 1 und 2 gilt auch, wenn eine zugesicherte Eigenschaft fehlt oder später wegfällt.

(3) Wird dem Mieter der vertragsgemäße Gebrauch der Mietsache durch das Recht eines Dritten ganz oder zum Teil entzogen, so gelten die Absätze 1 und 2 entsprechend.

(4) Bei einem Mietverhältnis über Wohnraum ist eine zum Nachteil des Mieters abweichende Vereinbarung unwirksam.»

[32] Cuyo tenor literal en el BGB es el siguiente: «(1) Haben sich Umstände, die zur Grundlage des Vertrags geworden sind, nach Vertragsschluss schwerwiegend verändert und hätten die Parteien den Vertrag nicht oder mit anderem Inhalt geschlossen, wenn sie diese Veränderung vorausgesehen hätten, so kann Anpassung des Vertrags verlangt werden, soweit einem Teil unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls, insbesondere der vertraglichen oder gesetzlichen Risikoverteilung, das Festhalten am unveränderten Vertrag nicht zugemutet werden kann.

(2) Einer Veränderung der Umstände steht es gleich, wenn wesentliche Vorstellungen, die zur Grundlage des Vertrags geworden sind, sich als falsch herausstellen.

(3) Ist eine Anpassung des Vertrags nicht möglich oder einem Teil nicht zumutbar, so kann der benachteiligte Teil vom Vertrag zurücktreten. An die Stelle des Rücktrittsrechts tritt für Dauerschuldverhältnisse das Recht zur Kündigung.»

La decisión no satisfizo a ninguna de las partes. Sus recursos fueron resueltos por la sentencia de 24 de febrero de 2021 del *Oberlandesgericht* de Dresden. El tribunal consideró que el cierre forzoso del local no era subsumible en el supuesto del §536 BGB. En aquella norma, la causa que impide al arrendatario el disfrute de la cosa arrendada debe ser imputable al arrendador; y no lo es una medida de sanidad pública en el marco de una pandemia.[33]

Por otra parte, seguía el tribunal, la pandemia es un supuesto que las partes no pudieron contemplar en el contrato. Por tanto, en el razonamiento de los magistrados, la alegación de la demandante basada en una eventual aplicación de la causa de exoneración de su responsabilidad en supuestos catastróficos, no puede entenderse aplicable al caso.

A la vez, y sin perjuicio de lo anterior, el caso se corresponde con la lógica y ámbito de aplicación de las reglas sobre la alteración sobrevenida de circunstancias que regula el §313 BGB. No se trata de uno de los riesgos previsibles (el tribunal emplea el calificativo «normal») que pueden afectar al uso y disfrute de la cosa arrendada, sino de una intervención pública en las actividades económicas y sociales por razones de salud general.[34] La «base del negocio» (en la expresión que emplea el §313 BGB) se ha visto perturbada y el contrato debe someterse a la adaptación pertinente.

El razonamiento del tribunal se benefició de una de las normas de emergencia dictadas por el legislador alemán durante la pandemia. Desde el 31 de diciembre de 2020, el artículo 240 § 7 de la *Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuch* (EBGB) dispone que:

> (1) Sind vermietete Grundstücke oder vermietete Räume, die keine Wohnräume sind, infolge staatlicher Maßnahmen zur Bekämpfung der COVID-19-Pandemie für den Betrieb des Mieters nicht oder nur mit erheblicher Einschränkung verwendbar, so wird vermutet, dass sich insofern ein Umstand im Sinne des § 313 Absatz 1 des Bürgerlichen Gesetzbuchs, der zur Grundlage des Mietvertrags geworden ist, nach Vertragsschluss schwerwiegend verändert hat. [...]

La norma, que es posterior a los hechos que dieron lugar al caso y de la decisión de la primera instancia pero anterior a la decisión del tribunal de Dresden, presume que el cierre de locales comerciales impuesto por medidas públicas de control de la pandemia por Covid-19 es un

---

[33] «Ein zur Minderung der Miete führender Mietmangel sei durch die staatlich angeordnete Schließung nicht begründet worden. Ohne die staatliche, nicht objektbezogene und von der Klägerin nicht zu beeinflussende Anordnung sei das Mietobjekt uneingeschränkt nutzbar und die Mieträume seien –im Rahmen der Beschränkungen der Corona-Schutzverordnung- frei zugänglich gewesen. Lediglich die von der Beklagten beabsichtige Verwendung sei – vom Mietobjekt unabhängig- untersagt gewesen. Auch wenn Störungen, die außerhalb der Mietsache liegen, grundsätzlich einen Mangel begründen können und für den hier vereinbarten Betrieb eines Textileinselhandelsgeschäfts die Möglichkeit des Zugangs des Publikums eine Voraussetzung sei, werde dem Vermieter damit nicht das Risiko der objekt- und lageunabhängigen Nutzbarkeit der Mieträume übertragen» (párrafo 10).

[34] «Das normative Element des § 313 Abs. 1 BGB sei ebenfalls erfüllt. Es gehe nicht um ein „normales“ Risiko der Gebrauchstauglichkeit bzw. der Verwendung des Mietobjekts durch den Mieter, sondern um weitgehende staatliche Eingriffe in das soziale und wirtschaftliche Leben aufgrund einer Pandemie, die als Systemkrise eine Störung der großen Geschäftsgrundlage sei. Das mit der Störung der großen Geschäftsgrundlage verbundene Risiko könne regelmäßig keiner Vertragspartei allein zugewiesen werden. Von der vertraglichen Risikozuweisung werde deshalb dieses von den Vertragsparteien nicht vorhergesehene und die Geschäftsgrundlage des Vertrags betreffende Geschehen nicht erfasst. Das Festhalten am unveränderten Mietvertrag sei der Beklagten nicht zumutbar, weshalb der Mietvertrag nach § 313 Abs. 1 BGB entsprechend anzupassen sei» (párrafo 14).

supuesto de alteración sobrevenida de las circunstancias en el sentido en que el §313 BGB se refiere a ese supuesto. Es decir, que las medidas de contención que supusieron el cierre de negocios abiertos al público alteraron, quebraron, la base negocial tomada en consideración por arrendador y arrendatario en el momento en que contrataron.

Para el tribunal la necesaria adaptación del contrato a esas nuevas circunstancias pasaba por distribuir el riesgo por partes iguales entre ambos contratantes (pues a ninguno le era imputable el riesgo que les afectó) y reducir la renta exigible y debida a la mitad: «Vorliegend sei eine Absenkung der Kaltmiete um 50% gerechfertig, weil keine der Vertragsparteien eine Ursache für die Störung der Geschäftsgrundlage gesetz oder sie vorhergesehen habe» (párrafo 15).

La decisión tampoco agradó a las partes, pues ambas instaron su revisión ante el Tribunal Supremo alemán. El asunto fue asignado a su Sala (*Senat*) XII (dedicada a derecho de familia y de arrendamientos) y el BGH, tras resumir los argumentos de la sentencia recurrida anuncia su disconformidad con la decisión («Diese Ausführungen halten in einem wesentlichen Punkt der rechtlichen Nachprüfung nicht stand», afirmó la Sala con rotundidad). La decisión fue anulada y, conforme a las reglas de la casación alemana, se ordenó al tribunal recurrido la revisión de su decisión en los términos decididos por el BGH.[35]

El BGH coincide en afirmar que el arrendador no puede ser responsable de las medidas públicas adoptadas con motivo de la pandemia. Por tanto, y pese a la controversia existente sobre el tema en la doctrina y jurisprudencia alemanas, el §536 BGB, que habilita al arrendatario a dejar de pagar en todo o en parte la renta durante el tiempo en que el objeto arrendado no pueda ser destinado al uso para el que se arrendó, no es de aplicación al caso. El caso no supone, sin embargo, una exclusión de la aplicación del precepto. El arrendador sigue obligado a mantener la aptitud de la cosa para el uso para el que fue arrendada y responde, en los términos del precepto indicado, en caso de incumplimiento de tal obligación.

En lo que discrepó el BGH –y mucho- fue en la aplicación automática del §313 BGB y la forma de adaptar el contrato a las circunstancias sobrevenidas tras su conclusión. La pandemia y sus medidas de contención son causa que explican la alteración. Así lo dispuso el legislador alemán y nada objeta al respecto el BGH. Sin embargo, el legislador se limitó a establecer una presunción («*so wird vermutet*» prevé el artículo 240 §7 EBGB) y esa presunción no permite la aplicación de

[35] El fallo del BGH, cuyo razonamiento se explica en las páginas siguientes, fue: «a) Die durch die COVID-19 Pandemie bedingte Schließung eines Einzelhandelsgeschäfts führt nicht zu einem Mangel der Mietsache im Sinne von § 536 Abs. 1 Satz 1 BGB. Dem Vermieter wird dadurch die vertraglich geschuldete Leistung zur Überlassung und Erhaltung der Mietsache in einem zum vertragsgemäßen Gebrauch geeigneten Zustand auch nicht ganz oder teilweise unmöglich.

b) Im Fall einer Geschäftsschließung, die auf einer hoheitlichen Maßnahme zur Bekämpfung der COVID-19 Pandemie beruht, kommt grundsätzlich ein Anspruch des Mieters von gewerblich genutzten Räumen auf Anpassung der Miete wegen Störung der Geschäftsgrundlage gemäß 313 Abs. 1 BGB in Betracht.

c) Bei der Prüfung, ob dem Mieter ein Festhalten an dem unveränderten Vertrag unzumutbar ist, verbietet sich eine pauschale Betrachtungsweise. Maßgeblich sind vielmehr sämtliche Umstände des Einzelfalls. Daher sind auch die finanziellen Vorteile zu berücksichtigen, die der Mieter aus staatlichen Leistungen zum Ausgleich der pandemiebedingten Nachteile erlangt hat.»

la regulación sobre la alteración de la base del negocio sin atender a las circunstancias concretas de cada caso.[36]

Es evidente para el BGH que las partes del contrato en disputa no pudieron prever en el año 2013 la pandemia por Covid-19 y las medidas adoptadas para su control («Unstreitig hatte keine der Parteien bei Abschluss des Mietvertrags im Jahr 2013 die Vorstellung, während der vereinbarten Mietzeit werde es zu einer Pandemie und damit verbundenen erheblichen hoheitlichen Eingriffen in den Geschäftsbetrieb der Beklagten kommen, durch die beabsichtige Nutzung der Mieträume eingeschränkt wird» (párrafo 45).

Por ese motivo, la exoneración contractual del arrendador ante riesgos extraordinarios incluida en el contrato de arrendamiento no puede ser de aplicación al caso: «Nach ihrem eindeutigen Wortlaut bezieht sich diese Regelung nur auf Mängel- und Schadenersatzansprüche des Mieters. Da Vertragsbestimmungen, mit denen die Mietvertragsparteien die Risikoverteilung abändern wollen, grundsätzlich eng auszulegen sind, kann aus dieser Regelung nicht geschlossen werden, dass die Beklagte über den umfangreichen Verzicht auf mietrechtliche Gewährleistungsansprüche in den von der Vertragsbestimmung erfassten Ereignissen hinaus auch im Fall einer weltweiten Pandemie das alleinige Risiko dafür übernehmen wollte, die Mietsache nicht vertragsgemäß verwenden zu können» (párrafo 51).

La pandemia no es un riesgo empresarial, concluye el BGH: «Die wirtschaftlichen Nachteile, die ein gewerblicher Mieter aufgrund einer pandemiebedingten Betriebsschließung erlitten hat, beruhen nicht auf unternehmerischen Entscheidungen oder der enttäuschten Vorstellung, in den Mieträumen ein Geschäft betreiben zu können, mit dem Gewinne erwirtschaftet werden. Sie sind vielmehr Folge der umfangreichen staatlichen Eingriffe in das wirtschaftliche und gesellschaftliche Leben zur Bekämpfung der Covid-19-Pandemie, für die keine der beiden Mietervertragsparteien verantwortlich gemacht werden kann» (párrafo 55).

Por tal motivo, las medidas adoptadas en el marco de la pandemia han ido acompañas de ayudas públicas, directas e indirectas, que han intentado compensar en alguna medida las pérdidas económicas causadas por las medidas de contención de la enfermedad. Desconocer esa realidad, concluye el BGH, podría llevar a una sobrecompensación de las desventajas sufridas por los arrendatarios. Y lo que es más relevante a los efectos que ahora interesan: la dimensión real del efecto que la pandemia haya tenido en el contrato –la dimensión de la alteración de la base del negocio a los efectos de aplicación del §313 BGB- supone tener en cuenta esas ayudas y la medida en que han paliado los perjuicios causados por las medidas ordenadas por las autoridades sanitarias.[37]

Por ese motivo, el arrendatario que inste una reducción o supresión de la renta debida por el cese temporal de su actividad a consecuencia de las decisiones públicas de contención de la pandemia debe probar las pérdidas efectivamente sufridas, la medida en que estas hacen imposible el pago

[36] «Dabei kann eine Anpassung nur insoweit verlangt werden, als dem einen Teil unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls, insbesondere der vertraglichen oder gesetzlichen Risikoverteilung, das Festhalten am unveränderten Vertrag nicht zugemutet werden kann» (párrafo 42).

[37] «Da eine Vertragsanpassung nach den Grundsätzen der Störung der Geschäftsgrundlage aber nicht einer Überkompensierung der entstandenen Verluste führen darf, sind bei der Prüfung der Unzumutbarkeit grundsätzlich auch die finanziellen Vorteile zu berücksichtigen, die der Mieter aus staatlichen Leistungen zum Ausgleich dieser pandemiebedingten Nachteile erlang hat» (párrafo 59)

por completo de la renta debida y las prevenciones que ha adoptado para paliar las consecuencias negativas causadas por esas decisiones públicas: «Im Falle einer pandemiebedingten Geschäftsschließung muss daher der Mieter darlegen und gegebenenfalls beweisen, welche Nachteile ihm aus der Betriebsschließung entstanden sind, die ihm eine vollständige Mietzahlung für diesen Zeitraum unzumutbar machen, und welche zumutbaren Anstrengungen er unternommen hat, um drohende Verluste auszugleichen» (párrafo 61). Tales son los contornos de aplicación, concluye el BGH, de la aplicación de la regulación de la alteración de la base del negocio a los contratos de arrendamiento de local de negocio con motivo de la pandemia. Al menos, en Alemania.

Carlos Gómez Ligüerre

InDret
2.2020

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

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

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

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 cuadernas 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 macroeconomía[38], 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

[38] Yair Listokin, *Law and Macroeconomics*, Harvard University Press (2019).

definitiva, la triste perspectiva de nuestra litigación masiva en 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 inmediatez[39], 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 anticipados

[39] 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.

en créditos a consumidores[40]. 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 legislativa[41] 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 hipotecaria[42]. 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 costosas[43] y no fáciles de satisfacer, máxime en estos momentos de confinamiento.

---

[40] Sobre estas medidas, véase Martin Schmidt-Kessel/Christina Möllnitz, "Coronavertragsrecht – Sonderregeln für Verbraucher und Kleinstunternehmen", *NJW* 2020, 1103.

41 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.

42 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.).

43 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,

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 públicas[44]. 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-[45]. Finalmente, cabe que los fondos provengan del sector financiero privado, pero con garantías públicas de mayor o menor extensión[46] que facilitan no solo su concesión a aquellos pagadores que acaso no serían

---

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.

[44] 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.

[45] 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.

[46] 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

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 permitieran[47].

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 Estado[48].

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

---

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.

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.

[47] 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).

[48] 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*X*(R2020/R2019), donde R2020 es la renta de 2020 y R2019 la del año anterior. Nunca se pagaría más de N*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.

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 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 contractuales[49], 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 financiera[50]. 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

[49] 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.

[50] 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.

la proporción entre pagos e ingresos) una moratoria de 3 meses[51] en el pago de a los préstamos hipotecarios destinados a la adquisición de la vivienda habitual[52].

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-19[53].

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 crédito[54]. 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

---

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

[52] 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/

[53] Esta extensión se dispone en el RDL 11/2020.

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

situación crediticia deteriorada antes de la emergencia) hasta el 30 de septiembre de 2020[55]. 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 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 Ibérica[56].

---

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

[56] 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

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).

En relación con los primeros, los arrendatarios de vivienda habitual en situación de vulnerabilidad cuyo arrendador sea un gran tenedor de vivienda[57], 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 pymes[58] 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

---

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.

[57] 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.

[58] 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.

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 inmuebles[59], 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 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.

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

3.5. Otras moratorias

Se han aprobado otras moratorias en otros sectores[60]. Por ejemplo, en Alemania, el Art. 240 § 1 EGBGB ha previsto una moratoria general para consumidores y pymes[61] 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 salarios[62]. 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 2020[63].

---

[60] 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.

[61] 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.

[62] 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.

[63] 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 reciprocidades[64] 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 idiosincrático para el propietario. Produce, además, importantes efectos externos negativos,

[64] 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.

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 emergencia[65].

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 Alemania[66] 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 arrendadores no podrán desahuciar a los arrendatarios de locales comerciales u oficinas por el impago de la renta

[65] 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.

[66] Art. 240 § 3 EGBGB.

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 dispuesto[67] 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 introducido[68] 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 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.

---

[67] Art. 2 RDL 11/2020.

[68] Art. 1 RDL 11/2020.

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 clase[69], así como la interrupción generalizada aunque no completa de líneas de transporte de viajeros, en especial de media y larga distancia[70] 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 TRLGDCU[71].

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

---

[69] 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.

[70] 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.

[71] Según dispone el art. 160.2 TRLGDCU, cuando concurran 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.

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 bono[72] 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 duración[73].

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 año[74].

A pesar de que esta medida legal ha sido objeto de frontal oposición doctrinal[75] 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 2015/2302[76]), 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 empresa[77]. 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.

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

---

72 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*).

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

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

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

76 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.

77 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 orientas también a mitigar este riesgo.

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 uno[78] (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 importe[79].

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 esenciales[80]. 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.

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.

---

[78] 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.

[79] 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/).

[80] 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.

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 aseguradora[81]. 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 tornar 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.

Si en lugar de quita se decretara una suspensión general de los contratos de arrendamiento comercial durante la vigencia del estado de alarma[82] (3 meses), el efecto es exactamente el mismo

[81] 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.

[82] 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

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

---

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://almacendederecho.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 contractos de arrendamiento de local comercial.

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 generalizado[83] 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 quita equivalente al coste de esa financiación si la moratoria se establece como "libre de intereses o recargos".

---

[83] 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.

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 Noel[84] 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 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

[84] 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).

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*)[85] 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 economistas[86], 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 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

[85] 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).

[86] Joshua Gans, Economics in the Age of the COVID-19, MIT Press (2020).

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 reindustralización 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 de 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 Tirole[87], 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 económica, con sus secuelas de destrucción de empleo y desaparición de empresas. Habrá que

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

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.

InDret
1.2021

Cláusula *rebus sic stantibus*: viabilidad y oportunidad de su codificación en el derecho civil español

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

Juan Alti Sánchez-Aguilera
Uría Menéndez
juan.alti@uria.com
-

1. Introducción

El tratamiento de la cláusula *rebus sic stantibus* –en adelante, "**rebus", "claúsula rebus" o "doctrina rebus**"–, aunque presente en la jurisprudencia española desde hace 80 años, parece que ha vuelto a nacer entre nosotros. De argumento recóndito y con frecuencia desesperado esgrimido por litigantes agobiados –o insatisfechos– por el peso de obligaciones contractuales contraídas tiempo atrás, ha pasado al centro del escenario jurídico en el mundo de la pandemia, las restricciones de actividad y caída de la demanda de muchos bienes y servicios que nos acompaña desde marzo de 2020. Ya durante la crisis económica que arrancó en 2009 la *rebus* adquirió cierto protagonismo, si bien no comparable al ganado en 2020.

Nuestro propósito primordial es examinar la pertinencia y el modo de consagrar legislativamente la cláusula *rebus* en el Derecho español de contratos. No es este un asunto nuevo, ni mucho menos. En el pasado, se han expresado posturas muy autorizadas que abogaban por la codificación de la cláusula *rebus*, esencialmente por razones de previsibilidad en la tensión entre la obligatoriedad de los compromisos contractuales en los términos pactados y la modulación del contenido del contrato en atención a los cambios extraordinarios de circunstancias que influyen directamente en las acciones contractuales de las partes[88]. En estos momentos, no solo se siguen produciendo con intensidad aún mayor estas propuestas desde el ámbito académico[89], pero distintos grupos políticos han intentado ya la consagración legislativa en el artículo 1258 CC de la cláusula rebus, y el legislador, en la Disposición adicional séptima de la Ley 3/2020, de 18 de septiembre, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia (BOE nº 250, de 19.09.2020) ("**Ley 3/2020**")[90], ha instruido al Gobierno para que realice un estudio que considere esta codificación.

[88] Manuel Albaladejo García, *Derecho Civil. II, Derecho de Obligaciones. Volumen primero. La obligación y el contrato en general*, 8ª ed. Bosch, Barcelona (1989), p. 485-486; Cristina de Amunátegui Rodríguez, *La* cláusula rebus sic stantibus, Tirant lo Blanch, Valencia (2003), p. 29; Pablo Salvador Coderch, Alteración de circunstancias en el art. 1213 de la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos, *Indret* 4/2009 (2009), p. 7 y ss., p. 52-53.

[89] Javier Orduña Moreno, Cláusula Rebus y Modernización del Derecho Contractual: tratamiento doctrinal y jurisprudencial, Francis Lefevre, Madrid (2020), p. 9.

[90] La literalidad de la referida Disposición adicional séptima es la siguiente: "El Gobierno presentará a las Comisiones de Justicia del Congreso de los Diputados y del Senado, en un plazo no superior a tres meses, un análisis y estudio sobre las posibilidades y opciones legales, incluidas las existentes en derecho comparado, de

Para poder realizar cabalmente esta tarea, creemos que en el sistema jurídico español es necesario abordar una tarea preparatoria importante. Primero, clarificar el perfil real de aplicación judicial de la cláusula rebus en España más allá de invocaciones de pronunciamientos puntuales y acotados en el tiempo. Segundo, analizar sistemáticamente qué instrumentos jurídicos se han previsto en los ordenamientos jurídicos de los países de nuestro entorno (o en textos internacionales relevantes) para hacer frente al cambio sustancial de circunstancias posterior a la celebración de un contrato y, en caso de que se haya regulado la cláusula *rebus* o uno de sus equivalentes funcionales, estudiar las fórmulas legales adoptadas y cómo se vienen aplicando por la jurisprudencia e interpretando por la doctrina de esos países. Tercero, examinar las diversas opciones que se abren en el sistema jurídico español en relación con la cláusula *rebus* y sus posibles funciones dentro de la normativa que reglamenta las obligaciones y contratos en presencia de turbulencias generales que afectan a una economía. Finalmente, valorar las razones que inciden sobre la oportunidad de incorporar explícitamente la cláusula *rebus* a la legislación española en las circunstancias actuales en que España y la economía española continúan gravemente afectadas por el COVID-19 y sus consecuencias socioeconómicas, así como las consecuencias que podrían derivarse de la eventual incorporación en este momento.

2. El contexto inmediato: enmiendas legislativas y propuestas recientes de codificación en España

No faltan en este momento propuestas de formulación legislativa de la cláusula *rebus* para el Derecho español. Estas propuestas constituyen, qué duda cabe, el contexto inmediato en el que el debate prelegislativo se ha planteado en España. Enunciamos de forma sintética en esta sección las más relevantes, comenzando por los recientes intentos de codificación que tienen origen en la actividad parlamentaria del Congreso de los Diputados y el Senado, así como las medidas *en modo rebus* del Gobierno catalán. A continuación, repasamos las distintas propuestas de codificación de la referida cláusula que desde hace unos años han venido presentándose en nuestro país desde diversos entornos.

2.1. Iniciativas de origen parlamentario y gubernamental

Los efectos económicos de la crisis sanitaria producida por el COVID-19 y las medidas gubernativas adoptadas para prevenir o contener su propagación han generado una tensión muy significativa en las relaciones contractuales. La constatación de este hecho unida a la repercusión mediática en torno al uso de la cláusula *rebus* y la fuerza mayor en el contexto de emergencia sanitaria y recesión económica ha llevado a distintos grupos parlamentarios a suscitar abiertamente la codificación de la cláusula *rebus*. En este sentido podemos mencionar dos iniciativas. Una, en las Cortes Generales, en el contexto de la tramitación parlamentaria de la Ley 3/2020. La otra en el Gobierno y Parlamento de Cataluña, que ha concluido en la promulgación del D-L 34/2020 y su posterior convalidación parlamentaria.

incorporar en el régimen jurídico de obligaciones y contratos la regla rebus sic stantibus. El estudio incluirá los datos disponibles más significativos sobre el impacto de la crisis derivada de la COVID-19 en los contratos privados."

a) *Enmiendas a la Ley 3/2020*

El 13 de mayo de 2020, el Gobierno presentó en el Congreso de los Diputados el Proyecto de Ley de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia. Durante la tramitación parlamentaria de este proyecto de Ley en el Congreso de los Diputados se presentaron tres enmiendas al texto remitido por el Gobierno con el objeto de modificar el artículo 1.258 del Código Civil incorporando la cláusula rebus, en distintos términos[91]. Vaya por delante que las dos enmiendas presentadas por el Grupo Parlamentario Plural son idénticas en lo que a la redacción alternativa del artículo 1.258 CC se refiere. A su vez, son prácticamente idénticas a la propuesta de regulación de la cláusula rebus planteada por el Profesor Javier Orduña (a salvo algunas diferencias de índole procesal relativas a las competencias asumidas por el Juez o por el Letrado de la Administración de Justicia)[92].

Las justificaciones ofrecidas por los distintos grupos parlamentarios para defender sus enmiendas orbitan en torno a las mismas ideas o convicciones: (i) es necesario contar con mecanismos de flexibilización que permitan mantener o conservar los contratos y evitar la excesiva judicialización provocada por el cambio extraordinario de las circunstancias; (ii) es preciso contar con mecanismos jurídicos que permitan hacer frente a las "*circunstancias extraordinarias que, cada vez con mayor frecuencia, se presentan de un modo cíclico para nuestras economías, dejando de ser un factor singular*"; y (iii) "*la necesidad de contar con el reconocimiento normativo de la cláusula* rebus sic stantibus *como una figura o instrumento técnico especialmente idóneo para paliar los efectos indeseados de estas crisis económicas, cada vez más recurrentes en la economía global que caracteriza nuestro actual sistema económico*"[93].

Las referidas enmiendas fueron rechazadas en la discusión parlamentaria de la norma y el 21 de julio la Comisión de Justicia del Congreso de los Diputados aprobó el texto del proyecto de Ley que sería remitido al Senado, que no incluía las enmiendas arriba indicadas ni, por tanto, incorporaba (tampoco abogaba por su futura incorporación) a la legislación civil española la cláusula *rebus*. Sí incluía una disposición adicional séptima cuya redacción se mantuvo incólume en la subsiguiente tramitación parlamentaria y que se aprobaría finalmente como disposición adicional séptima de la Ley 3/2020 a la que ya nos hemos referido[94].

b) *D-L 34/2020*

El 20 de octubre de 2020 el Gobierno de la Generalidad de Cataluña dictó el D-L 34/2020, el 22 de octubre fue publicado en el *Diari Oficial de la Generalitat* y entró en vigor ese mismo día. El 4 de noviembre de 2020 el Parlamento de Cataluña lo convalidó.

---

[91] En concreto, Joan Baldoví Roda, del Grupo Parlamentario Plural, presentó la enmienda número 1, el Grupo Parlamentario Ciudadanos presentó la enmienda número 118 y Jaume Alonso-Cuevillas i Sayrol, del Grupo Parlamentario Plural, presentó la enmienda número 177.

[92] *Vid*. Francisco Javier Orduña Moreno; "Claves prácticas. Cláusula rebus y modernización del Derecho contractual: tratamiento doctrinal y jurisprudencial", Madrid (2020).

[93] Las referencias literales provienen de la justificación a la enmienda número 1 al proyecto de Ley.

[94] Se puede encontrar una exposición más pormenorizada de las iniciativas recientes de positivización en Diego Armero Montes y Ángel Maestro Martí, "*Los intentos de positivización de la regla rebus sic stantibus*", *La Ley: Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía* (2020).

A pesar de los rumores previos a su aprobación, finalmente el D-L 34/2020 no incorporó al Código Civil de Cataluña la cláusula *rebus sic stantibus*. Sin embargo, el D-L 34/2020 sí establece un mandato al Gobierno de la Generalidad de Cataluña para que, en el plazo de dos años, elabore una regulación de carácter general que incorpore en el Código Civil de Cataluña "*el restablecimiento de la conmutatividad de las prestaciones contractuales para los casos de un cambio sobrevenido de las circunstancias*"; lo que parece referirse a una regulación de la regla *rebus sic stantibus* de carácter general aplicable en materia de obligaciones y contratos.

2.2. Propuestas de codificación de la cláusula *rebus sic stantibus* en España

a) *Propuesta de anteproyecto de Ley de modernización del Derecho de obligaciones y contratos de la Comisión General de Codificación*

En enero del año 2009 la sección primera, de Derecho Civil, de la Comisión General de Codificación propuso un anteproyecto de Ley para la modificación de los títulos I y II del Libro Cuarto del CC (que contienen la parte general del Derecho de obligaciones y contratos). Entre las modificaciones propuestas se encontraba la inclusión de un capítulo –el VIII– integrado por un solo artículo –el 1.213– dedicado a la alteración extraordinaria de las circunstancias básicas del contrato[95]. La propuesta de redacción del anteproyecto, fuertemente –aunque no exclusivamente– inspirada en el § 313 BGB, era la siguiente:

> "Artículo 1213: Si las circunstancias que sirvieron de base al contrato hubieren cambiado de forma extraordinaria e imprevisible durante su ejecución de manera que ésta se haya hecho excesivamente onerosa para una de las partes o se haya frustrado el fin del contrato, el contratante al que, atendidas las circunstancias del caso y especialmente la distribución contractual o legal de riesgos, no le sea razonablemente exigible que permanezca sujeto al contrato, podrá pretender su revisión, y si ésta no es posible o no puede imponerse a una de las partes, podrá aquél pedir su resolución.
> La pretensión de resolución sólo podrá ser estimada cuando no quepa obtener de la propuesta o propuestas de revisión ofrecidas por cada una de las partes una solución que restaure la reciprocidad de intereses del contrato."

b) *Propuesta de la Asociación de Profesores de Derecho Civil*

La Asociación de Profesores de Derecho Civil publicó en el año 2018 una propuesta completa de nuevo Código Civil. En esa propuesta se incluía la regulación de los efectos de la alteración extraordinaria de las circunstancias básicas del contrato en los siguientes términos, apreciablemente deudores de las ideas de la Comisión General de Codificación:

> "Artículo 526-5. Alteración extraordinaria de las circunstancias básicas del contrato.
> 1. Si las circunstancias que sirvieron de base al contrato cambian de forma extraordinaria e imprevisible durante su ejecución, de manera que ésta se haga excesivamente onerosa para una de las partes o se frustre el fin del contrato, puede pretenderse su revisión para adaptar su contenido a las nuevas circunstancias, o su resolución.

[95] Un completo análisis de la Propuesta, en Pablo Salvador Coderch, Alteración de circunstancias en el art. 1213 de la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos, *Indret* 4/2009 (2009), p. 24 y ss.

> 2. Lo dispuesto en el apartado anterior solo procede cuando: a) el cambio de circunstancias es posterior a la celebración del contrato; b) no es equitativo exigir al contratante perjudicado, atendida especialmente la distribución contractual y legal del riesgo, que permanezca sujeto al contrato; y c) el contratante perjudicado ha intentado de buena fe una negociación dirigida a una revisión razonable del contrato.
> 3. El juez solo puede estimar la pretensión de resolución cuando no sea posible o razonable imponer la propuesta de revisión ofrecida. En este caso el juez ha de fijar la fecha y las condiciones de la resolución."

Como es evidente, esta propuesta es sustancialmente idéntica, a salvo ligeros matices de redacción, a la de la Comisión General de Codificación.

c) *Anteproyecto de Ley del Código Mercantil*

El 30 de mayo de 2014 el Consejo de Ministros aprobó el anteproyecto de Ley del Código Mercantil, cuyo texto tenía su origen en la propuesta elaborada por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación.

El Código Mercantil objeto del anteproyecto de Ley incluía un artículo relativo a la excesiva onerosidad sobrevenida del contrato en los siguientes términos, fuertemente influidos por los Principios Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales, que describiremos en la sección 4.6:

> "Artículo 416-2. Excesiva onerosidad del contrato.
> 1. En caso de excesiva onerosidad sobrevenida, la parte perjudicada no podrá suspender el cumplimiento de las obligaciones asumidas, pero tendrá derecho a solicitar sin demora la renegociación del contrato, acreditando las razones en que se funde. Si no se alcanzara un acuerdo entre las partes dentro de un plazo razonable, cualquiera de ellas podrá exigir la adaptación del contrato para restablecer el equilibrio de las prestaciones o la extinción del mismo en una fecha determinada en los términos que al efecto señale.
> 2. Se considera que existe onerosidad sobrevenida cuando, con posterioridad a la perfección del contrato, ocurran o sean conocidos sucesos que alteren fundamentalmente el equilibrio de las prestaciones, siempre que esos sucesos no hubieran podido preverse por la parte a la que perjudiquen, escapen al control de la misma y ésta no hubiera asumido el riesgo de tales sucesos."

Esta propuesta, inspirada en los principios Unidroit (que se examinan en la sección 4.6 de este trabajo), como parte del anteproyecto de Ley del Código Mercantil no llegó a convertirse en proyecto de Ley y por ende la modificación propuesta no se ha traducido en norma de derecho positivo.

d) *Propuesta FIDE*

Con ocasión de la crisis generada por el COVID-19, la Fundación para la Investigación del Derecho y la Empresa (FIDE) puso en marcha un gabinete de crisis en materia civil y mercantil con el objeto de ofrecer soluciones jurídicas a los numerosos problemas e incertidumbres jurídicos derivados de la crisis del COVID-19. En el marco de esta labor, FIDE propuso una positivización de la cláusula *rebus sic stantibus* ceñida a las consecuencias derivadas o

relacionadas con el COVID-19. Esto es, no se trataba de una propuesta dirigida necesariamente a perdurar en el tiempo y a incorporarse a nuestro ordenamiento jurídico con visos de permanencia, sino, en apariencia, de una solución puntual a la medida de la crisis derivada del COVID-19.

La redacción propuesta por FIDE es la siguiente:

> "Artículo Único. Excesiva onerosidad de la prestación o frustración del fin del contrato.
> 1. Sin perjuicio de lo que pueda disponerse en normas especiales, si como consecuencia de la pandemia del Covid19 o de la situación económica causada por ella, las circunstancias que sirvieron de base a un contrato civil o mercantil hubieren cambiado de forma extraordinaria e imprevisible durante su ejecución de manera que esta se haya hecho excesivamente onerosa para una de las partes o se haya frustrado el fin del contrato, el contratante al que, atendidas las circunstancias del caso y especialmente la distribución contractual o legal de riesgos, no le sea razonablemente exigible que permanezca sujeto al contrato, tendrá el derecho y la carga de solicitar la renegociación del contrato. Las partes deberán negociar objetivamente de buena fe durante un plazo prudencial.
> 2. En caso de no llegarse a un acuerdo la parte perjudicada por el mantenimiento del contrato podrá pretender su revisión, y si esta no es posible o no puede imponerse a una de las partes, podrá aquél pedir su resolución.
> 3. La pretensión de resolución solo podrá ser estimada cuando no quepa obtener de la propuesta o propuestas de revisión ofrecidas por cada una de las partes una solución que restaure la reciprocidad de intereses del contrato.
> 4. No se admitirá a trámite la demanda en que se pretenda la revisión o la resolución de un contrato con base en lo dispuesto en los apartados anteriores si a la misma no se acompaña un principio de prueba del intento de negociación.
> 5. Si entablado un litigio una de las partes obtuviera por sentencia o resolución análoga un resultado menos favorable que el de una oferta de transacción formulada por la otra parte, tanto antes como durante el pleito, será condenada al pago de las costas devengadas con posterioridad al rechazo de la oferta.
> 6. El rechazo de mala fe por una parte de una oferta de renegociación del contrato formulada por la contraria dará lugar a la indemnización de los daños y perjuicios causados, tanto si finalmente se revisa como si se resuelve el contrato."

En esta propuesta destacan dos aspectos. Primero, es la única que aparece contextualizada a la pandemia y sus consecuencias, en apariencia con un doble efecto: (i) considerar a priori que los presupuestos generales para la aplicación de la *rebus* concurren de forma generalizada en el entorno contractual afectado por el COVID-19; (ii) constituir una previsión ad hoc para el contexto presente, destinada en principio a decaer una vez regrese la normalidad social, económica y contractual. Segundo, introduce explícita y cumulativamente dos mecanismos de incentivo para las partes a buscar y obtener un acuerdo en la renegociación o modificación contractual: la condena en costas en caso de obtenerse del juzgador un resultado menos favorable al ofrecido por la contraparte, a la que se suma la indemnización de daños y perjuicios a quien se niega de mala fe a considerar una oferta de renegociación cuando finalmente el juzgador impone la revisión o resolución del contrato.

El primero de estos mecanismos, ya sugerido por Pablo Salvador Coderch hace más de 10 años[96], se inspira en la Rule 68 de las *Federal Rules of Civil Procedure* norteamericanas. El segundo, se toma del art. 6.1.1.1 de los Principios del Derecho contractual europeo (o Principios Lando, por Ole Lando, el jurista danés que presidió la comisión redactora de los mismos) y que establece que el juez o tribunal podrá ordenar que la parte que se negó a negociar o que rompió dicha negociación de mala fe, proceda a reparar los daños causados a la parte que sufrió dicha negativa o dicha ruptura.

3. El funcionamiento de la cláusula *rebus* y doctrinas similares en España

3.1. El régimen del contrato y la eventual atenuación del rigor de lo pactado

En Derecho español (como en los de nuestro entorno jurídico, económico y cultural) el contrato es un acuerdo jurídicamente vinculante (artículo 1.091 CC) del que dimanan obligaciones (artículo 1.089 CC) para alguna, varias o todas las partes.

Por tanto, es un principio básico del Derecho de contratos español que ninguna de las partes puede incumplir, o retrasar, retener o eximir el cumplimiento de sus obligaciones contractuales sin el consentimiento de la otra parte. En particular, el artículo 1.091 CC establece que "*Las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse a tenor de los mismos*." Este principio es conocido como *pacta sunt servanda* y las excepciones al mismo han sido tradicionalmente interpretadas de forma restrictiva por los tribunales españoles.

Las obligaciones contractuales expresan la dimensión de vinculación jurídica al plan o programa de acción o conducta previsto por las partes en el contrato. Cuando alguna de las partes no ajusta su conducta al plan de acción o prestación pactado en el contrato, se puede hablar, *prima facie*, de un incumplimiento de las obligaciones derivadas de aquel.

No obstante, no puede despreciarse la posibilidad de que lleguen a darse situaciones en las que la aplicación estricta y terminante de la obligatoriedad de los contratos exactamente en los términos pactados podría acarrear consecuencias no deseables e incompatibles con las exigencias del principio de buena fe contractual, que rige en Derecho de contratos español tanto la interpretación e integración de los contratos como el cumplimiento de estos.

En el sentido apuntado, cabe preguntarse qué soluciones o respuestas prevé nuestro sistema jurídico para aquellos supuestos en los que se produce una modificación sobrevenida de las circunstancias que las partes tuvieron en cuenta a la hora de contratar. Nuestro ordenamiento jurídico cuenta con un conjunto de herramientas e instituciones jurídicas que permiten modular, o incluso poner término, a las obligaciones contractuales cuando exigir el cumplimiento de estas ha devenido, por un cambio sobrevenido en las circunstancias, contrario a la buena fe.

[96] Pablo Salvador Coderch, Alteración de circunstancias en el art. 1213 de la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos, *Indret* 4/2009 (2009), p. 48.

Esencialmente, podemos distinguir dos grandes grupos de instituciones diseñadas por el ordenamiento jurídico para hacer frente a estas situaciones: la fuerza mayor y el caso fortuito, por un lado, y la cláusula *rebus*, por otro.

De forma muy simplificada, podemos decir que la primera de estas instituciones es de aplicación a aquellos supuestos en los que por algún suceso imprevisible e inevitable –fuera, por tanto, de la órbita de control de las partes– el plan o programa de prestaciones acordado por las partes deviene, de forma sobrevenida, imposible o sustancialmente inviable, quedando así frustrado el propósito o finalidad del propio contrato. La segunda institución, en cambio, sería de aplicación en aquellos supuestos en los que el cambio de circunstancias no convierte el cumplimiento contractual en imposible o sustancialmente inviable, pero sí produce sobre él un efecto tan determinante como para alterar sustancialmente y con carácter de permanencia –o no transitorio, al menos– el equilibrio prestacional pactado por las partes, de forma que el cumplimiento contractual exigible a la parte que se ha visto afectada negativamente por el cambio de circunstancias es de tal calado que exigir su cumplimiento sería contrario a la buena fe y repugnaría al ordenamiento jurídico. Esta herramienta o institución, como es notorio, no tiene respaldo legal general entre nosotros, sino jurisprudencial, y es precisamente la doctrina *rebus*.

3.2. La Cláusula *rebus* jurisprudencial

a) *Los rasgos básicos de la cláusula rebus*

Mediante la fórmula latina (aunque carente de raíces y precedentes en las fuentes jurídicas romanas[97]) de la cláusula *rebus* se refiere la literatura y la jurisprudencia españolas desde hace décadas (con preferencia a las denominaciones de otras figuras similares, como la de la desaparición de la base del negocio) a una doctrina del Derecho de contratos con los siguientes rasgos principales:

i. persigue y permite a un deudor contractual aminorar el impacto negativo de un riesgo no asignado en el contrato a una de las partes. Este es el argumento empleado por el Tribunal Supremo en su reciente sentencia de 15 de enero de 2019 (RJ 2019,146) en la que sostiene que el hecho de pactar un sistema de determinación del precio con un importe mínimo garantizado y otro variable ligado a los ingresos del arrendatario demuestra que el riesgo de disminución de ingresos quedaba a cargo del arrendatario.
ii. Se materializa mediante la ocurrencia de un cambio de circunstancias –no necesariamente un evento singular y acotado en el tiempo– extraordinario y no previsible en el ámbito propio de la prestación por él debida;
iii. la alteración de circunstancias no es imputable o derivado de la conducta de ninguna de las partes;
iv. el cambio de circunstancias altera gravemente o destruye el equilibrio prestacional de la relación; y
v. no puede caracterizarse técnicamente como caso fortuito o fuerza mayor liberatorios o resolutorios.

[97] Luis Díez-Picazo y Ponce de León, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial, T. II. Las relaciones obligatorias*, 6ª ed., Madrid (2008), cap. XXXII (versión en línea); Pablo Salvador Coderch, Alteración de circunstancias en el art. 1213 de la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos, *Indret* 4/2009 (2009), p. 15; Sebastian Martens, "Methodenfragen und die Behandlung von Grundlagenstörungen im Europäischen Privatrecht", en *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* (2017), pp. 603 y ss.

Así pues, un deudor que pretende hacer valer en su favor la doctrina *rebus* persigue una modificación de los términos del contrato sobre la base de que un cambio extraordinario e imprevisible de las circunstancias concurrentes en que reposa la relación contractual, que sobreviene durante la ejecución del contrato, hace excesivamente onerosa la carga de sus deberes y obligaciones según el contrato, con alteración significativa y de cierta duración y permanencia del equilibrio prestacional pactado, produciendo con ello una desproporción irrazonable entre las prestaciones de una y otra parte.

b) *Requisitos para su aplicación*

Al contrario que en otros sistemas jurídicos de nuestro entorno –como se analizará en detalle en el apartado 4 siguiente–, la *rebus* no se recoge explícitamente en ninguna norma de Derecho español, aunque se puede inspirar en alguna como el artículo 1.575 CC en materia de arrendamientos rústicos. Su efecto sobre el contrato supone una excepción a la vinculación obligatoria a los pactos y términos acordados en el contrato. La figura de la *rebus* se ha construido a partir de la casuística analizada por nuestra jurisprudencia y la elaboración doctrinal en la materia.

En síntesis, el escenario que la jurisprudencia española ha considerado tradicionalmente que permitiría a un contratante pretender la modificación de los términos pactados vendría caracterizado del modo siguiente:

A) **Alteración extraordinaria de las circunstancias en el momento de cumplir el contrato en relación con las concurrentes al tiempo de su celebración.**

La jurisprudencia española ha incidido en que la alteración de circunstancias debe ser realmente extraordinaria (de tal forma que alteraciones medias o incluso significantes no serían suficientes para la aplicación de la rebus).

B) **Imprevisibilidad del riesgo.**

Se exige que el cambio de circunstancias sea imprevisible[98], quedando excluido el riesgo normal inherente o derivado del contrato o el asumido explícita o implícitamente por un contratante.

Por tanto, si las partes establecieron algún mecanismo para atribuir un determinado riesgo a una de las partes en el contrato (p. ej., una cláusula en virtud de la cual los

[98] El análisis sobre si un hecho es o no radicalmente imprevisible debe hacerse teniendo en cuenta las específicas circunstancias de las partes. Un determinado suceso puede considerarse imprevisible para un contratante (por ejemplo, un consumidor), pero no para otro (una empresa o profesional, digamos). Sobre la importancia de la imprevisibilidad, María Ángeles Parra Lucán, Riesgo imprevisible y modificación de los contratos, *InDret* 4/2015 (2015), p. 20 y ss. El carácter profesional del contratante como factor relevante en el juicio de imprevisibilidad, lo destaca esta autora en la p. 23. En el mismo sentido, Álvaro Luna Yerga y María Xiol Bardají, Rebus sic stantibus: ¿Un paso atrás? Comentario a la STS, 1ª, 15.10.2014 (Ar. 6129) y a la jurisprudencia posterior de la Sala Primera del Tribunal Supremo sobre la regla rebus sic stantibus", InDret 2/2015 (2015), p. 7.

precios se revisan según ciertas circunstancias), ello implicaría una probabilidad muy inferior de aplicación de la rebus[99].

C) **Excesiva onerosidad de la prestación a la luz de las circunstancias sobrevenidas.**

Se ha entendido que concurre este presupuesto esencialmente cuando se desvanece la relación de conmutatividad inicial que existía entre las prestaciones, de modo que la equivalencia o proporción entre las prestaciones de las partes del contrato tal y como había sido inicialmente prevista se ve destruida o seriamente afectada.

La jurisprudencia ha sostenido de forma reiterada que toda actividad económica implica necesariamente algún tipo de riesgo, de tal forma que únicamente una desproporción extremadamente extraordinaria de las posiciones contractuales de las partes resultante de un cambio de las circunstancias aplicables podría justificar la aplicación de la *rebus*, siempre que además se cumplan todos los demás requisitos.

D) **Permanencia o duración de la alteración.**

Es necesario que la disrupción del equilibrio prestacional tenga expectativas razonables de duración, que no sea meramente episódica, o, al menos, tenga una duración relevante atendidas las circunstancias concretas del caso.

E) **Inexistencia de medios alternativos a la *rebus* para evitar el perjuicio causado a una de las partes.**

En este sentido, si existen mecanismos legales alternativos disponibles (como, por ejemplo, la responsabilidad por daños) u otros recursos contractuales aptos (como podría ser, por ejemplo, una cláusula contractual de fuerza mayor, una cláusula alternativa, una pena convencional en función penitencial), los mecanismos alternativos, sean contractuales o legales, tienen precedencia sobre la pretensión del reajuste prestacional apoyado en la cláusula *rebus*[100]. Esto es, la adaptación de los términos pactados por aplicación de la cláusula *rebus* debe operar siempre con carácter subsidiario, cuando no cabe ningún otro instrumento capaz de restaurar el equilibrio prestacional según los parámetros de la buena fe.

A pesar de lo anterior, en relación con esta doctrina, el contexto y las particularidades del cambio de circunstancias y del riesgo que materializan, del sector de contratación y del contrato pactado son decisivas y abocan a una aplicación predominantemente casuística de la misma.

c) *Configuración de la cláusula rebus en el derecho de contratos español*

---

[99] Hay jurisprudencia del Tribunal Supremo (entre otras, sentencias de 16 de junio de 1983, de 24 de junio de 1993 y de 15 de marzo de 1994) que establece que la distribución de riesgos pactada en un contrato no puede ser modificada por un juez o tribunal y que, por tanto, la aplicación de la *rebus* no puede ser invocada cuando las partes han regulado expresa o tácitamente un cierto riesgo y han establecido en el contrato consecuencias específicas ligadas a la materialización de dicho riesgo.

[100] En este sentido, ver Mª Ángeles Parra Lucán, "Riesgo imprevisible y modificación de los contratos", *InDret* 4/2015 (2015), pp. 17, 21 y 46.

A. Orígenes de la cláusula rebus en nuestro sistema jurídico

A pesar de su nutrida elaboración teórica por teólogos, canonistas, civilistas y teóricos del Derecho en la Edad Media y en la Edad Moderna[101] y de su aceptación en la cultura jurídica europea continental, lo cierto es que los códigos decimonónicos rechazaron acoger la cláusula *rebus* en sus disposiciones (Código Civil francés de 1.804, Código Civil austríaco de 1.811, Código Civil italiano de 1.865, entre otros; tampoco el BGB alemán la admite, ni en su versión antigua ni en la formulación teórica de pandectistas como Windscheid). El Código Civil español no fue una excepción y no se refiere en absoluto a la posibilidad de que el contrato pueda resolverse o modificado al sobrevenir circunstancias por las que resulte frustrado o alterado esencialmente el resultado propuesto con el negocio[102].

La configuración moderna de la cláusula *rebus* en nuestro país es, por tanto, de origen eminentemente jurisprudencial[103]. La primera sentencia del Tribunal Supremo de la que tenemos noticia[104] que se refiere a la cláusula *rebus* es la sentencia de 14 de diciembre de 1940 (RJ 1940,1135). Esta sentencia se limita a incidir en la falta de regulación legal de la cláusula y en su carácter excepcional, rechazando su aplicación al caso objeto de debate[105]. A esta sentencia le siguen algunas otras que se refieren a la cláusula *rebus* en términos similares y que van apuntando algunas de las características que servirán después para configurar los rasgos de la cláusula *rebus* en Derecho español[106].

Pero no es hasta la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de junio de 1959 cuando cristaliza la formulación que se reiterará durante décadas por la jurisprudencia española como expresión de la concepción tradicional y dominante de la cláusula *rebus* en nuestro país: (i) alteración extraordinaria en las circunstancias al momento de cumplir el contrato en relación con las concurrentes al tiempo de su celebración; (ii) desproporción exorbitante entre las pretensiones de las partes contratantes que derrumba el contrato por aniquilamiento del equilibrio de las prestaciones; (iii) que todo ello acontezca por la superveniencia de circunstancias radicalmente imprevisibles; y (iv) que se carezca de otro medio de remediar y salvar el perjuicio. Además, el Alto Tribunal es tajante al afirmar que se trata de circunstancias habilitantes que han de darse

---

[101] Una síntesis de la evolución histórica del nacimiento y conceptuación de la cláusula en Federico de Castro y Bravo, *El negocio jurídico*, Cívitas, Madrid (1967; reimpresión de 1985), p. 314 y ss. Más recientemente, *vid*. Sebastian Martens, "Methodenfragen und die Behandlung von Grundlagenstörungen im Europäischen Privatrecht", en *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* (2017), p. 603 y ss.

[102] Federico de Castro y Bravo, *El negocio jurídico*, Cívitas, Madrid (1967; reimpresión de 1985), p. 315 y 316.

[103] Si bien la Ley de 5 de noviembre de 1940 sobre contratación en zona roja regulaba en su artículo 7º una suerte de cláusula rebus aplicable a los contratos de suministro y suministro y obra celebrados en un concreto marco temporal. Es notorio que esta Ley se dictó en unas circunstancias muy singulares y con un propósito de intervención excepcional y meramente temporal en el contenido contractual pactado que no es dado generalizar, en absoluto.

[104] Sobre la evolución jurisprudencial de la cláusula rebus en España durante estas primeras décadas, *vid*. Luis Diez-Picazo y Ponce de León, *Estudios sobre la Jurisprudencia Civil. Vol. I*, Tecnos, Madrid (1979), p. 556 a 581. Un examen temporalmente más amplio en Luz M. Martínez Velencoso, *La alteración de las circunstancias contractuales. Un análisis jurisprudencial*, Civitas, Madrid (2003), p. 119 y ss.

[105] El Tribunal Supremo señala que "la teoría jurídica –tan equitativa como necesaria de aplicación muy cautelosa– que supone implícita en los contratos la cláusula rebus sic stantibus, a que se refiere [...] no está admitida hasta el presente, como norma general y bien perfilada, en el Derecho español".

[106] Nos referimos, en particular, a las sentencias del Tribunal Supremo de 17 de mayo de 1941, 5 de junio de 1945, 17 de mayo de 1957 y 21 de octubre de 1958.

conjuntamente, de suerte que si alguna de ellas no concurriera no podría aplicarse la cláusula *rebus*.

La doctrina jurisprudencial española relativa a la *rebus* se caracteriza, además, por no haberse esforzado por encuadrar la cláusula *rebus* en alguna de las categorías teóricas preexistentes. Se aprecia, así, un eclecticismo teórico de la jurisprudencia en cuanto al fundamento de la cláusula *rebus*: no se adscribe al modelo alemán de la base del negocio ni tampoco al italiano de la excesiva onerosidad[107]. Tampoco puede fundamentarse con claridad en la influencia continuada de la causa contractual que había sostenido el Profesor Federico de Castro.

A la vista de las consideraciones anteriores, puede afirmarse sin dudar que la aplicación jurisprudencial de la cláusula *rebus* (y sus equivalentes funcionales) ha sido en España tradicionalmente muy restrictiva[108], reservándose para cambios dramáticos y estables en las circunstancias fundamentales contempladas por las partes y tan solo para contratos de cierta duración y, señaladamente, para relaciones contractuales que se prolongan largamente en el tiempo[109].

B. La cláusula rebus en la jurisprudencia posterior

La interpretación restrictiva de la jurisprudencia tradicional se ha mantenido en el tiempo, con el paréntesis que reseñamos más abajo en este apartado. Esa actitud remisa al uso de la *rebus* se ha visto reforzada por la circunstancia de que, habitualmente, las contingencias sobre las que los demandantes han sustentado su pretensión de reequilibrio patrimonial del contrato no han sido sucesos puntuales imprevisibles o inevitables que inciden directamente sobre las prestaciones deducidas en el contrato, sino cambios –en algunos casos muy relevantes– de circunstancias ajenas al contrato singularmente considerado, pero que llevan aparejados una reducción, o incluso eliminación, de la rentabilidad esperada del contrato para una de las partes. Con mucha frecuencia, se trataba de circunstancias generales de mercado o de condiciones económicas de amplio alcance. Este tipo de contingencias son las que han sido tratadas de modo muy riguroso y restrictivo por la jurisprudencia del Alto Tribunal[110].

---

[107] En este sentido se pronuncia Ángel Carrasco Perera, *Derecho de Contratos*, 2ª ed., Aranzadi, Cizur Menor (2017) p. 981.

[108] Aunque existe un alto número de sentencias de tribunales españoles en las que, *obiter dictum*, se admite la posibilidad teórica de modificar los términos y condiciones de un contrato sobre la base de la *rebus*, son muy pocas las que aceptan este principio como base para su fallo.

[109] A este respecto podemos destacar la reciente sentencia del Tribunal Supremo de 6 de marzo de 2020 que afirma que el ámbito propio de aplicación de la doctrina jurisprudencial *rebus* es el de los contratos de larga duración y considera que es más difícil justificación en otros casos, denegándola en el contrato objeto del recurso de casación (que era un contrato por dos anualidades con prórroga para otra anualidad).

[110] En apoyo de esta idea pueden destacarse las siguientes sentencias del Tribunal Supremo: STS 15 marzo 1972 (RJ 1972, 1252): arrendamiento de minas; 16 octubre 1989 (RJ 1989,6927): depresión económica del sector naviero; 23 junio 1997 (RJ 1997, 5201): caída del precio de los metales; 17 mayo 1986 (RJ 1986, 2725): menor afluencia a un bar de carretera por cambio de trazado de la vía; 21 febrero 1990 (RJ 1990, 707) y 28 diciembre 2001 (RJ 2001, 1650): aumento de precios de la propiedad inmobiliaria; 29 mayo 1996 (RJ 1996, 3862): aumento de valor de una finca sobre la que recae un derecho de opción; 27 enero 1981 (RJ 1981, 114) y 27 mayo 2002 (RJ 2002, 4573): aumento de costes de materiales; 31 octubre 1963 (RJ 1963, 4264) y 15 marzo 1994 (RJ 1994, 1784): pérdida de valor de la moneda de pago; 16 junio 1983 (RJ 1983, 3632): huelga de los trabajadores de la empresa deudora; SSTS 19 noviembre 1994 (RJ 1994,8539); 7 noviembre 2000 (RJ 2000, 9343): contratos de suministros industriales a largo plazo con variaciones de la rentabilidad; y 6 de marzo de 2020 (RJ 2020,879): contrato de duración relativamente

Sin embargo, a partir del año 2012 el Tribunal Supremo comienza a contemplar la posibilidad de que las crisis económicas constituyan una alteración extraordinaria e imprevisible de las circunstancias. Así, la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de noviembre de 2012 (RJ 2013, 2402), aunque finalmente rechaza la aplicación de la *rebus* reconoce la posibilidad, fuera del contexto del caso concreto enjuiciado, de tomar en consideración la crisis económica en el marco de la cláusula *rebus*. En sentido similar se pronuncia la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de enero de 2013 (RJ 2013, 1819)[111]. Estas sentencias constituyeron un claro apartamiento de lo que venía siendo la jurisprudencia anterior del Tribunal Supremo, que incluso tras la crisis financiera del 2008 había negado a las alteraciones globales de la economía virtualidad para funda la modificación o resolución de las relaciones contractuales con base en la *rebus*[112].

En el año 2014, tras estas sentencias del Tribunal Supremo que se inclinan por considerar que las crisis económicas pueden configurarse como alteraciones extraordinarias imprevistas, el Alto Tribunal dictó dos sentencias[113] que apuntaban a lo que habría de ser una interpretación más expansiva de la *rebus*, abogando por una aplicación "plenamente normalizada" de esta doctrina jurisprudencial[114]. En ambas, el Tribunal Supremo declara su intención de "modernizar" la aplicación de la *rebus*, para adaptar el derecho a los tiempos actuales y dejar atrás la interpretación restrictiva y aplicación excepcional de la cláusula *rebus*. Igualmente, esta "modernización" de la doctrina se consideró como una forma de acercar al Derecho español a las iniciativas europeas e internacionales de unificación y modernización del Derecho privado[115]. Las dos sentencias fueron objeto de severas críticas por parte de la mayoría de la doctrina española[116].

---

breve para la gestión y explotación de espacios publicitarios televisivos y caída de la demanda publicitaria. *Vid*., Ángel Carrasco Perera, *Derecho de contratos*, 2ª ed., Cizur Menor (2017), p. 984.

[111] Esta segunda sentencia se pronuncia en los siguientes términos: "antes bien, una recesión económica como la actual, de efectos profundos y prolongados, puede calificarse, si el contrato se hubiera celebrado antes de la manifestación externa de la crisis, como una alteración extraordinaria de las circunstancias, capaz de originar, siempre que concurran en cada caso concreto otros requisitos como aquellos a los que más adelante se hará referencia, una desproporción exorbitante y fuera de todo cálculo entre las correspectivas prestaciones de las partes, elementos que la jurisprudencia considera imprescindibles para la aplicación de dicha regla (SSTS 27-6-84, 17-5-86, 21-2-90 y 1-3-07)".

En relación con estas sentencias del Tribunal Supremo de 8 de noviembre de 2012 y 17 de enero de 2013, *vid.* Isabel Espín Alba, *Cláusula rebus sic stantibus en interpretación de los contratos: ¿y si viene otra crisis?*, Madrid (2020), pp. 110 a 114.

[112] Como ejemplos cercanos de esta línea jurisprudencial previa pueden citarse las sentencias del Tribunal Supremo de 27 de abril (RJ 2012, 4714) y 8 de octubre de 2012 (RJ 2012, 9027). En sentido favorable a poner en cuestión la imprevisibilidad de las crisis cíclicas de la economía, Mª Ángeles Parra Lucán, "Riesgo imprevisible y modificación de los contratos", *InDret* 4/2015 (2015), p. 23.

[113] Sentencias del Tribunal Supremo de 15 de octubre (RJ 2014, 6129) y 30 de junio de 2014 (RJ 2014, 3526). Es de destacar que el ponente de ambas sentencias fue el, por entonces, magistrado del Tribunal Supremo don Francisco Javier Orduña. Como se ha apuntado, el Profesor Javier Orduña ha formulado una propuesta de codificación de la cláusula *rebus*, pero no de acuerdo con la interpretación tradicional y, como veremos inmediatamente, actual de esta cláusula por nuestro Tribunal Supremo, sino coincidente con la interpretación que él mismo acuñó y promovió en las indicadas sentencias del 2014, interpretación que posteriormente no ha sido seguida por el Tribunal Supremo.

[114] En atención, se afirma, a su prudente aplicación derivada de su ineludible aplicación casuística, de la exigencia de su específico y diferenciado fundamento técnico y de su concreción funcional en el marco de la eficacia causal del contrato derivada de su imprevisibilidad contractual y de la ruptura de la base económica del mismo.

[115] Por ejemplo, los Principios Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales y los Principios del Derecho Europeo de los Contratos o Principios Lando.

[116] Sirvan como muestra, Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, "Cláusula rebus sic stantibus. Sentencia del Tribunal Supremo núm. 333/2014 de 30 de junio de 2014 (RJ 2014,3526)", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil 97* enero-

Un argumento relevante esgrimido para criticar ambas resoluciones del Tribunal Supremo reside en la notable incertidumbre e inseguridad jurídica que introduce en el régimen contractual la posibilidad de que cualquiera de las partes pueda acudir a los tribunales para tratar de reajustar los términos de un contrato previamente aceptados por el hecho de que la evolución y el resultado del mismo no son los que se habían anticipado sino otros distintos y ello por causas exógenas a la relación contractual–habitualmente, una crisis económica–. Además, la "nueva" propuesta de *rebus* atribuye al órgano jurisdiccional la función de decidir cómo ha de reajustarse la relación contractual y en qué medida. No parece aventurado suponer que el órgano jurisdiccional no es el mejor situado para llevar a cabo esa labor y menos si el propósito es, como parece lógico, proponer una solución estable y duradera en el tiempo; máxime cuando el punto de partida es el de unas circunstancias en el que ni siquiera las partes, presumiblemente con más información y experiencia, han sido capaces de diseñar y acordar una solución estable y duradera. No se pone en tela de juicio la benignidad de intenciones ni tampoco la conveniencia de facilitar, en situaciones de grave crisis económica, la conservación de las relaciones contractuales, pero el coste en términos de seguridad jurídica, certidumbre y previsibilidad del régimen contractual –cualidades todas ellas esenciales para el correcto funcionamiento de un régimen jurídico de los contratos– derivado de aceptar esta reinterpretación de la cláusula *rebus* resultaría del todo inasumible. Infinidad de contratos en vigor quedarían sujetos a una gravísima inseguridad y expuestos a un ciclo sin fin de sucesivas demandas de reequilibrio prestacional en función del ciclo económico y las situaciones en los mercados.

En este sentido, en sentencias posteriores –pero anteriores al estallido de la pandemia– el Tribunal Supremo ha regresado en gran medida a su pauta tradicional de aplicación contenida de la *rebus* llevando a cabo una aplicación notablemente más limitada y excepcional de esta cláusula. En esta última fase, declara que, si bien la reciente doctrina jurisprudencial había defendido una caracterización de la cláusula más flexible y adecuada a su naturaleza, no por ello debía prescindirse de una aplicación "*prudente y moderada*", en función de la asignación legal o contractual de los riesgos derivados del contrato. De esta forma, con posterioridad a las dos sentencias de 2014 a las que se ha hecho referencia, se han dictado varias sentencias del Tribunal Supremo en las que se ha vuelto a la interpretación tradicional de la *rebus*. De entre las sentencias dictadas con posterioridad a las del 2014 podemos destacar, sin ánimo de exhaustividad, las siguientes:

i. **STS de 6 de marzo de 2020** (RJ 2020,879): se resuelve un conflicto relativo a un contrato de cesión en exclusiva de la gestión, promoción y venta de espacios publicitarios en la televisión y radio públicas de Galicia. El contrato preveía una duración inicial de dos años, prorrogables sucesivamente. La retribución del prestador del servicio se fijaba mediante una escala porcentual sobre los ingresos obtenidos por las cadenas de televisión y radio, existiendo además un ingreso publicitario mínimo garantizado a estas entidades que, en caso de no cumplirse, obligaba al prestador del servicio a compensar a las cadenas de televisión y radio. En la prórroga anual del contrato (2008) el prestador no consigue satisfacer el mínimo garantizado. El Tribunal Supremo entiende que no es aplicable la *rebus*: (i) porque es más arduo apreciar la imprevisibilidad y, con ella, la

abril (2015), pp. 345-367 y Ángel Carrasco Perera, "Comentario a la sentencia de 15 de octubre de 2014. Reivindicación y defensa de la vieja doctrina rebus sic stantibus", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil 98, mayo-agosto (2015)*, pp. 175 a 206; Mª Ángeles Parra Lucán, "Riesgo imprevisible y modificación de los contratos", *InDret* 4/2015 (2015), p. 43 y ss.

aplicación de la cláusula *rebus*, en contratos de corta duración y (ii) porque al prorrogar el prestador del servicio conocía la existencia del mínimo, que incluía el riesgo de caída del mercado en el ámbito del contrato.

ii. **STS de 18 de julio de 2019** (RJ 2019,3599): en esta sentencia, el Tribunal Supremo rechaza aplicar la cláusula *rebus* en un contrato de compraventa de derechos de explotación de plantas solares. El argumento nuclear es que el contrato ya incluía una distribución de riesgos en forma de cláusula de revisión del precio de compra en caso de bajada del precio de la energía y la inherente a adquirir un proyecto en desarrollo.

iii. **STS de 18 de julio de 2019** (RJ 2019,3010): en este caso, el Tribunal Supremo deniega la aplicación de la cláusula *rebus* a los fiadores de una sociedad que incumple un préstamo con garantía hipotecaria suscrito para la construcción de una fábrica de células solares. Los fiadores-demandantes aducen que el cambio regulatorio en el ámbito de la energía solar y su régimen retributivo justifican la aplicación de la *rebus*.

El Tribunal Supremo descarta la aplicación de la cláusula rebus al caso por entender que "el riesgo de que el deudor no pueda pagar es un riesgo típico del fiador y no se ve la razón por la que el fiador pueda liberarse de su obligación cuando ya resulta efectivamente obligado" y porque "el riesgo regulatorio es ajeno al acreedor que se limita a financiar y no debe soportar los riesgos de la actividad del deudor principal ni sufrir el daño de su insolvencia".

iv. **STS de 15 de enero de 2019** (RJ 2019,146): la sociedad NH Hoteles, S.A. suscribe un contrato con la entidad Jardín de Medina, S.A. para que esta última lleve a cabo la construcción de un complejo hotelero que NH se comprometía a arrendar durante 18 años. El contrato se modificó al finalizar la construcción para ajustar ciertos parámetros, entre ellos, la renta que NH debía abonar por el uso de las instalaciones hoteleras. El precio se componía de dos componentes: un precio mínimo garantizado y una retribución variable en función de los ingresos del hotel.

El Tribunal Supremo descarta la alegación del arrendatario de reducción de la renta por aplicación de la cláusula *rebus* al entender que el sistema de determinación del precio evidenciaba la previsión de las partes de que el importe mínimo asociado a los gastos iniciales podría no alcanzarse todos los años y, por tanto, la arrendataria asumió que podía incurrir en pérdidas. Igualmente, el hecho de que el contrato previese un mecanismo para que el arrendatario pusiera fin a la relación arrendaticia prematuramente, pagando una indemnización, es buena prueba de que se habían pactado mecanismos de asignación del riesgo de que el arrendamiento dejase de ser interesante económicamente para el arrendatario, sin necesidad de modificar los términos pactados para equilibrar las prestaciones recíprocas de las partes.

v. **STS de 9 de enero de 2019** (RJ 2019,5): en esta sentencia el Tribunal Supremo rechaza la pretensión de aplicación de la cláusula a un contrato de compra de un bono estructurado por entender que esta cláusula no es de aplicación en aquellos contratos en los que la incertidumbre es base determinante de la relación contractual. El riesgo de quiebra y de perder la totalidad de la inversión estaba previsto contractualmente e incluso puede sostenerse que constituye un riesgo intrínseco de ese tipo de relaciones.

vi. **STS de 3 de abril de 2018** (RJ 2018,1424): el contrato suscrito estipulaba un arrendamiento de local de negocio por un plazo de 25 años. Tras una novación, el plazo se extiende hasta los 30 años desde la firma de la novación. El arrendatario se comprometía a permanecer en el inmueble durante los primeros 10 años y, en caso contrario, tendría que pagar las rentas restantes de esos 10 años.
El Tribunal Supremo descarta modular la pena contractualmente prevista por aplicación de la *rebus* por considerar que el contrato incluía una distribución de los riesgos entre las partes y permitía al arrendatario liberarse de sus obligaciones afrontando una determinada indemnización al arrendador.

vii. **STS de 20 de julio de 2017** (RJ 2017,3653): El Tribunal Supremo rechaza la aplicación de la cláusula *rebus* a un contrato de compra de un bono estructurado.

viii. **STS de 13 de julio de 2017** (RJ 2017,3962): en esta sentencia, el Tribunal Supremo rechaza aplicar la cláusula *rebus* para resolver un contrato de compraventa de vivienda por no haber conseguido el comprador financiación para la compra. El Tribunal Supremo señala que "*como regla general, la dificultad o imposibilidad de obtener financiación para cumplir un contrato es un riesgo del deudor, que no puede exonerarse alegando que no cumple sus obligaciones contractuales porque se han frustrado sus expectativas de financiarse*". Asimismo, el Tribunal indica que la falta de acceso a la financiación solo podría constituir una alteración imprevisible de las circunstancias existentes en el momento de contratar si se hubiese acreditado la imposibilidad imprevisible de obtener financiación.

ix. **STS de 30 de abril de 2015** (RJ 2015,2019): el Tribunal Supremo rechaza la aplicación de la cláusula *rebus* a un contrato de compraventa de inmueble al entender que, dado que el comprador se dedicaba a la compraventa de inmuebles con fines especulativos, el riesgo de bajada del precio de los activos inmobiliarios y la dificultad de encontrar financiación no constituían riesgos imprevisibles.

En definitiva, salta a la vista que las dos sentencias dictadas por el Tribunal Supremo en el año 2014 no constituyen más que una anomalía de breve duración en lo que por lo demás constituye una asentada jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la cláusula *rebus*. Jurisprudencia que, como hemos tenido oportunidad de analizar, reconoce con cautela y restricción la posibilidad de modificar las obligaciones contractuales por cambios en las circunstancias. Especialmente cuando se trata de cambios derivados del ciclo económico o de la evolución del mercado.

d) *Efectos de la aplicación de la rebus*

Aunque de conformidad con algunas opiniones académicas el resultado más razonable de la aplicación de la *rebus* respecto de contratos de larga duración debiera ser la resolución del contrato[117], la jurisprudencia española ha negado la viabilidad de los efectos resolutorios como

[117] En realidad, como tendremos ocasión de comprobar en el examen del Derecho comparado, hay distintos sistemas jurídicos que dan preferencia a la resolución sobre la modificación del contrato en el tratamiento de la alteración sobrevenida de las circunstancias. Incluso, como se verá, en la visión original –en los años 20 del siglo pasado– de la desaparición de la base del negocio en Alemania, el sistema jurídico que ha abanderado la modificación contractual por alteración de la base del negocio, la solución por defecto era la resolución del contrato, salvo que la contraparte aceptase en lugar de la resolución un ajuste del contenido contractual a las

punto de partida para la solución de la alteración extraordinaria de circunstancias, y ha apuntado a la preferencia de consecuencias consistentes en la modificación o variación de los términos del contrato[118].

De conformidad con abundante jurisprudencia del Tribunal Supremo, la modificación del contenido del contrato debe orientarse a restablecer el desequilibrio generado en las respectivas obligaciones de las partes y a adaptar los términos del correspondiente contrato a las nuevas (alteradas) circunstancias, de tal forma que se preserve la intención inicial de las partes en el nuevo escenario posterior al cambio de circunstancias.

A este respecto, debe tenerse en cuenta el principio de congruencia procesal, que limita los poderes discrecionales de los órganos judiciales a lo solicitado por las partes en sus respectivas pretensiones. Por tanto, si un juez o tribunal debe aplicar la *rebus*, tan sólo podrá acordar modificaciones contractuales que hayan sido solicitadas por las partes, pero no podrá por él mismo imponer a las partes cambios o modificaciones más allá de lo que cualquiera de ellas hubiera solicitado[119].

e) *El Derecho navarro*

En Derecho navarro, la Ley 498 del Fuero Nuevo, según la redacción que ofrece la Ley Foral 21/2019, de 4 de abril, de modificación y actualización de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra o Fuero Nuevo, establece una consagración legislativa de la cláusula *rebus*.

> "Ley 498. "Rebus sic stantibus".
> Cuando se trate de obligaciones de largo plazo o tracto sucesivo, y durante el tiempo de cumplimiento se altere fundamental y gravemente el contenido económico de la obligación o la proporcionalidad entre las prestaciones, por haber sobrevenido circunstancias imprevistas que hagan extraordinariamente oneroso el cumplimiento para una de las partes, podrá esta solicitar la revisión judicial para que se modifique la obligación en términos de equidad o se declare su resolución."

En realidad, este precepto se limita a reproducir el párrafo tercero de la Ley 493 de la originaria del Fuero Nuevo (1973), que recogía de forma bastante fidedigna la doctrina jurisprudencial tradicional de la cláusula *rebus* en España[120].

f) *El D-L catalán 34/2020*

El 20 de octubre de 2020 el Gobierno de la Generalidad de Cataluña aprobó el D-L 34/2020. Esta nueva norma catalana sobre materia contractual en tiempos de emergencia se ocupa de las actividades industriales o comerciales que se vean afectadas por medidas adoptadas por la autoridad competente de suspensión o de restricción de aprovechamiento material de inmuebles

---

nuevas circunstancias, pero no se admitía una pretensión principal de modificación de las obligaciones contractuales.

[118] *Vid*. Ángel Carrasco Perera, *Derecho de Contratos*, 2ª ed., Aranzadi, Cizur Menor (2017) p. 973.

[119] *Vid*. Ángel Carrasco Perera, *Derecho de Contratos*, 2ª ed., Aranzadi, Cizur Menor (2017) p. 973.

[120] Así resulta del análisis de las escasas resoluciones judiciales del Tribunal Superior de Justicia de Navarra que se pronuncian sobre la cláusula rebus (Sentencias de 24 de mayo de 1995 y 2 de abril de 2003).

para desarrollar tales actividades. Las medidas en que parece pensar de forma prioritaria el ejecutivo catalán en el D-L 34/2020 son las puestas en vigor por la Resolución SLT/2546/2020, de 15 de octubre y, singularmente, la suspensión de la actividad de restauración (salvo por lo que se refiere a la entrega a domicilio) y la reducción del aforo en establecimientos y locales de comercio minorista.

El D-L 34/2020 atribuye a los arrendatarios afectados (por las medidas del 15 de octubre de 2020 y otras posteriores de parecido signo que puedan adoptarse) la facultad de requerir al arrendador el inicio de una negociación para modificar las condiciones del contrato de arrendamiento. Si en el plazo de un mes no llegan los contratantes a un acuerdo, se imponen las modificaciones del contrato que establece el D-L: (i) en caso de que el local se hubiera visto afectado por una medida pública de suspensión, la reducción de un 50% en la renta y en las restantes cantidades (repercusión de gastos e impuestos) que deba el arrendatario al arrendador por el entero período de suspensión; (ii) en caso de que el inmueble hubiera sido afectado por una medida de restricción parcial de su aprovechamiento material -limitación de aforo o de horario, restricción de uso de ciertas instalaciones o zonas-, la reducción en la renta y demás cantidades en "una proporción igual a la mitad de la pérdida del aprovechamiento del inmueble"[121]. Estas disminuciones de renta y demás importes serán efectivas desde la fecha del requerimiento dirigido por el arrendatario al arrendador para modificar las condiciones del contrato.

El régimen del D-L 34/2020, por virtud de su disposición transitoria, prevalece sobre los acuerdos novatorios del contrato de arrendamiento pactados, a la vista de la pandemia y de las medidas públicas para combatirlo, si tales acuerdos fueran anteriores a la entrada en vigor del D-L 34/2020. Finalmente, si la suspensión excede de tres meses, el arrendatario puede desistir del contrato sin penalización alguna (es de suponer que también es así cuando había penalizaciones previstas en el contrato para el caso de que el arrendatario no cumpliera el período contractual pactado).

Nubes de inconstitucionalidad amenazan al D-L 34/2020 en relación con los arts. 14, 33 y 149.1.8ª CE. Aunque la dimensión constitucional es relevante, interesa destacar dos cuestiones distintas. De una parte, que se trata de un régimen enormemente imperfecto y que deja notables incertidumbres en cuanto a su aplicación[122] a pesar de su aparente simplicidad. De otra, que la nueva norma catalana –inspirada y alentada por un cierto sector doctrinal que ha abogado por medidas en esta línea[123]– introduce un régimen de emergencia contractual sin parangón en

[121] El art. 2.1.c) del D-L 34/2020 se encarga de precisar que estas reducciones de renta no se ven afectadas (i.e. disminuidas) por efecto de los ingresos que el arrendatario pueda obtener del servicio a domicilio o recogida en el establecimiento que pudiera desarrollar el arrendatario.

[122] Véase, Ángel Carrasco Perera, "Alquileres catalanes anti-COVID. Una antología de Derecho malo", *CESCO* (2020).

[123] Francisco Javier Orduña Moreno, *Cláusula Rebus y Modernización del Derecho Contractual; tratamiento doctrinal y jurisprudencial*, Francis Lefevre (2020); Francisco Javier Orduña Moreno, Vicente Magro Servet, Antonio Salas Carceller, en Alejandro Fuentes-Lojo (coord): "Cláusula rebus sic stantibus y arrendamiento de local de negocio. La posible suspensión del contrato" *Actualidad Civil*, núm. 4, abril 2020 (2020); Matilde Cuena Casas, "Pandemia por coronavirus y contratos de arrendamiento. Propuestas de solución", en *El Notario del siglo XXI*, núm. 90, marzo-abril 2020 (2020); Matilde Cuena Casas, "Moratoria en los arrendamientos de locales de negocio y suspensión de actividad económica a causa de la pandemia por COVID-19. Legislando para la foto", *Hay Derecho* (2020).

nuestro entorno político y jurídico y, además, manifiesta sensible ignorancia acerca de los perniciosos efectos que la normativa va a traer consigo[124].

La norma es insólita en los países de nuestro entorno[125]. Durante la emergencia sanitaria casi ningún país ha adoptado medidas relativas a la renta en contratos de arrendamiento y aquellos que lo han hecho (España y Portugal) optaron por moratorias y no por trasladar sobre los arrendadores las disminuciones de facturación de los arrendatarios[126]. Sí estuvieron, en cambio, más extendidas en nuestros vecinos de la UE modificaciones legales que suspendieron las facultades de los arrendadores para resolver el contrato o aplicar cláusulas penales por falta de pago del arrendador en un corto período de tiempo a causa de problemas de liquidez ligados a las medidas de combate frente al contagio[127].

4. La situación del cambio de circunstancias en el contrato en Derecho comparado

4.1. Alemania

El sistema jurídico alemán ha sido decisivo para la configuración moderna de las reglas y doctrinas relativas a la alteración sobrevenida de las circunstancias con el desarrollo de la doctrina de la desaparición de la base del negocio (*Wegfall der Geschäftsgrundlage*)[128]. Desde la reforma de su Derecho de obligaciones y contratos de 2002, Alemania cuenta, además, con una disposición legal relativa al cambio extraordinario de circunstancias, el §313 de su Código Civil (BGB), ligado en su concepción y en su redacción a la experiencia alemana en la materia durante el siglo XX.

El precepto codificado reza así en alemán:

> "§ 313 *Störung der Geschäftsgrundlage*
> (1) *Haben sich Umstände, die zur Grundlage des Vertrags geworden sind, nach Vertragsschluss schwerwiegend verändert und hätten die Parteien den Vertrag nicht oder mit anderem Inhalt geschlossen, wenn sie diese Veränderung vorausgesehen hätten, so kann Anpassung des Vertrags verlangt werden, soweit einem Teil unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls, insbesondere der vertraglichen oder gesetzlichen Risikoverteilung, das Festhalten am unveränderten Vertrag nicht zugemutet werden kann.*

---

[124] Fernando Gómez Pomar, "Después de diez años", *InDret* 4/2020 (2020).

[125] Tan solo en Italia ha habido una intervención puntual para reducir la renta arrendaticia, si bien limitada a un segmento muy concreto, el de los establecimientos deportivos privados Art. 216, apartado 3, Decreto Rilancio.

[126] La notable diferencia entre moratoria y traslado de la pérdida de facturación mediante suspensión del contrato o reducciones de renta se acredita en Juanjo Ganuza y Fernando Gómez Pomar, "Los instrumentos para intervenir en los contratos en tiempos de COVID-19: guía de uso", *InDret* 2/2020 (2020), p. 577-579.

[127] Sobre estas medidas en distintos países, Juanjo Ganuza y Fernando Gómez Pomar, "Los instrumentos para intervenir en los contratos en tiempos de COVID-19: guía de uso", *InDret* 2/2020 (2020), p. 572-573. Para España, María Paz García Rubio, "Medidas regladas en materia de contratos con motivo del COVID-19 en España", *Revista de Derecho civil*, nº 2/2020 (2020), p. 15 y ss. Para Francia, Ricardo Pazos, "La respuesta del derecho de obligaciones y contratos francés ante la pandemia de COVID-19", en *Revista de Derecho civil* nº 2/2020 (2020), p. 64 y ss.

[128] Sobre la misma, su origen, evolución y acogimiento legislativo, en español, *vid*. Luz Martínez Velencoso, "La doctrina de la base del negocio en el derecho alemán: antecedentes y nueva regulación en el §313 BGB", en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* (2004), p. 283.

(2) Einer Veränderung der Umstände steht es gleich, wenn wesentliche Vorstellungen, die zur Grundlage des Vertrags geworden sind, sich als falsch herausstellen.
(3) Ist eine Anpassung des Vertrags nicht möglich oder einem Teil nicht zumutbar, so kann der benachteiligte Teil vom Vertrag zurücktreten. An die Stelle des Rücktrittsrechts tritt für Dauerschuldverhältnisse das Recht zur Kündigung."

En español puede traducirse de esta forma:

> "(1) Cuando, tras la celebración del contrato, circunstancias tomadas como base del mismo se alteraran gravemente y las partes, caso de haber previsto la alteración, no hubieran celebrado el contrato o lo hubieran celebrado con un contenido diverso, se puede exigir la adaptación del contrato, siempre que a una parte, considerando todas las circunstancias del caso, y en particular la asignación contractual o legal de riesgos, no le fuera exigible permanecer en el contrato sin ser este modificado.
> (2) También se da una alteración de circunstancias cuando se revelan falsas representaciones fundamentales que constituyen la base del contrato.
> (3) Cuando la adaptación del contrato no es posible, o no es exigible a una parte, puede la parte perjudicada resolver el contrato. En lugar de la resolución, para las relaciones contractuales duraderas, corresponde la terminación del contrato (sin efecto retroactivo)."

La adopción de este precepto en 2002 no pretendía una ruptura de la situación anterior, sino la codificación en el BGB de la posición jurisprudencial y doctrinal asentada en Alemania desde los años 20 del siglo XX[129]. En su redacción original, el BGB había rechazado explícita y tajantemente incorporar tanto la doctrina civil-canónica de la Europa del Medievo y de la Edad Moderna expresada en la idea de la cláusula tácita *rebus sic stantibus*, como la versión actualizada por Windscheid de la presuposición, que sin llegar a configurar un determinado estado de cosas como condición tácita, entendía que suponía un marco de presupuestos comunes o, al menos, reconocible por ambas partes, para la eficacia del contrato[130].

Sin embargo, pocos años después, en su sentencia de 3 de febrero de 1923, el Tribunal Imperial alemán (*Reichsgericht*) adoptó la noción de base del negocio[131] para enfrentarse a casos de

---

[129] Gerhard Hohloch, "§313", en Harm-Peter Westermann (ed.), *Erman Bürgerliches Gesetzbuch*, 11ª ed. Münster-Köln (2004), Rn 5; Dirk Looschelders, *Schuldrecht. Allgemeiner Teil*, 4ª ed., Köln (2006), Rn 770; Hannes Rösler, "Hardship in German Codified Private Law – In Comparative Perspective to English, French and International Contract Law", *European Review of Private Law* (2007), p. 488; Thomas Rüfner, "Change of Circumstances", en Nils Jansen y Reinhard Zimmermann (eds.), *Commentaries on European Contract Laws*, Oxford (2018), p. 906; Thomas Finkenauer, "§313", en *Münchener Kommentar zum BGB*, 8ª ed., München (2019), Rn 26; Klaus Peter Berger y Daniel Behn, "Force Majeure and Hardship in the Age of Corona: A Historical and Comparative Study", *McGill Journal of Dispute Resolution* (2020), p. 124.

[130] Sobre los orígenes históricos de las doctrinas sobre alteración de circunstancias, *vid*. Sebastian Martens, "Methodenfragen und die Behandlung von Grundlagenstörungen im Europäischen Privatrecht", en *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* (2017), p. 603 y ss.; Thomas Rüfner, "Change of Circumstances", en Nils Jansen y Reinhard Zimmermann (eds.), *Commentaries on European Contract Laws*, Oxford (2018), p. 900; Andreas Thier, en Ewoud Hondius y Hans Christoph Grigoleit (eds.), *Unexpected Circumstances in European Contract Law*, Cambridge (2011), p. 15 y ss.

[131] La doctrina de la base del negocio había sido desarrollada poco antes por Paul Oertmann (yerno de Windscheid, por cierto), en su celebrada monografía, *Geschäftsgrundlage- Ein neuer Rechtsbegriff*, A. Deichert, Leipzig (1921). Oertmann define (p. 27) la base del negocio como la representación común de las partes o la representación de

alteración grave de las circunstancias desde la celebración del contrato, tomando como apoyo normativo el principio general de buena fe del BGB (§242).

En concreto, hubo de enfrentarse el máximo órgano judicial civil alemán con un caso en el que pudo introducir la noción de desaparición o alteración de la base del negocio que se había formulado doctrinalmente muy poco antes. Se trataba de la compraventa de una participación en un negocio de hilaturas de vicuña concertado en mayo de 1919, pactándose para enero de 1920 la entrega y el pago de la mitad del precio (la otra mitad se aplazaba un año más). En el ínterin, la inflación galopante había hecho perder en unos meses más del 80% del poder de compra a la moneda alemana. En medio de uno de los mayores episodios conocidos de hiperinflación (que alcanzó su cénit precisamente en ese año de 1923 en que dictó su sentencia el Tribunal), se entendió que el equilibrio entre prestación y contraprestación constituía la base del contrato acordado, y que el cambio de circunstancias monetarias la había hecho caer. El Tribunal, además, y diversamente a lo que tradicionalmente se entendía tanto en relación con la cláusula *rebus* como a la presuposición, no consideró que debía declararse la ineficacia del contrato, sino tan solo la modificación de su contenido para adaptarlo a las nuevas circunstancias o el derecho a resolverlo por quien se veía perjudicado por la alteración de la base contractual[132].

La doctrina de la base del negocio (y su codificación en el BGB) no ha estado exenta de críticas en Alemania provenientes de opiniones muy autorizadas[133]. Sin embargo, su uso por los tribunales y la doctrina mayoritaria se ha impuesto de manera generalizada y finalmente su versión actual ha sido codificada en el §313 BGB.

El papel de la doctrina de la base del negocio en derecho alemán es, a pesar de su innegable influencia sobre otros sistemas jurídicos y sobre los textos internacionales en materia contractual (Principios Lando, Principios Unidroit, Marco Común de Referencia, Normativa común de compraventa europea), relativamente singular.

Por una parte, porque la doctrina de la base del negocio tiene un campo de aplicación muy amplio. Es de aplicación general a todos los contratos, con independencia de su naturaleza, duración y ámbito (por ejemplo, se aplica a los de Derecho de familia)[134]. Además, se emplea para ofrecer criterios de solución a cuestiones que, en otros sistemas legales, cuentan con reglas o

---

una parte reconocible por la contraparte, al tiempo de contratar, acerca de la existencia o aparición de ciertas circunstancias sobre las que se sustenta la voluntad negocial.

[132] Diversamente a la evolución posterior de la jurisprudencia y la doctrina alemanas y al actual texto del §313 BGB, la Sentencia no establece que exista una pretensión judicialmente ejercitable tendente a la adaptación o modificación del contrato. De hecho, la Sentencia expresamente niega que el juez tenga esta facultad salvo que la ley se la atribuya –así lo hace ahora el BGB, pero entonces no lo hacía–. Sin embargo, enfatiza el Tribunal Imperial alemán la conveniencia de la preservación de la relación contractual y condiciona el derecho a resolver de quien resulta negativamente afectado por el cambio de circunstancias a que formule una oferta de adaptación del contrato a la contraparte que esta se niegue a aceptar. Solo entonces cabe resolver el contrato. Por otra parte, esto es lo que había defendido Paul Oertmann, *Geschäftsgrundlage- Ein neuer Rechtsbegriff*, Leipzig (1921), p. 159 y es lo que luego recogerá el art. 1467 del Código Civil italiano: Thomas Rüfner, "Change of Circumstances", en Nils Jansen y Reinhard Zimmermann (eds.), *Commentaries on European Contract Laws*, Oxford (2018), p. 908.

[133] Entre otros, Werner Flume, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, vol. II, Berlin-Heidelberg (1979), p. 526; Ulrich Huber, "Das geplante Recht der Leistungstörungen", en Wolfgang Ernst y Reinhard Zimmermann (eds.), *Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform*, Tübingen (2001), p. 31.

[134] Gerhard Hohloch, "§313", en Harm Peter Westermann (ed.), *Erman Bürgerliches Gesetzbuch*, 11ª ed. Münster-Köln (2004), Rn 11 y ss.; Dirk Looschelders, *Schuldrecht. Allgemeiner Teil*, 4ª ed., Köln (2006), Rn 771; Thomas Finkenauer, "§313", en *Münchener Kommentar zum BGB*, 8ª ed., München (2019), Rn 47 y ss.

conceptos propios para guiar la decisión jurídica. Por ejemplo, en Derecho alemán se utiliza la base del negocio para los casos de error común sobre la causa o sobre los elementos esenciales del contrato[135], pues en el BGB las reglas sobre vicios del consentimiento tan solo cubren el error unilateral. De manera similar, el Derecho alemán no conoce el concepto de fuerza mayor[136], por lo que este tampoco puede emplearse para resolver cuestiones (de responsabilidad, de modificación o resolución del contrato) ligadas a factores que hacen imposible o extraordinariamente gravosa la ejecución de la prestación[137]. Finalmente, y con influencia no menor, la especial preferencia otorgada en Derecho alemán al cumplimiento *in natura* de las obligaciones contractuales y la reducida flexibilidad ofrecida en él a los remedios monetarios en el contrato.

También el propio concepto de la base del negocio se configura con enorme amplitud, pues comprende varias categorías desarrolladas doctrinalmente. Así, incluye la base subjetiva del negocio, esto es, la representación común, o individual pero reconocible por la contraparte, relativa a circunstancias futuras sobre las cuales se sustenta la voluntad contractual. Pero también la base objetiva, esto es, las circunstancias sobre cuya continuación o mantenimiento de manera objetiva se apoya la posibilidad del acuerdo entre las partes. Se distingue igualmente entre "grande" y "pequeña" base del negocio. La primera (*grosse Geschäftsgrundlage*) se refiere a las condiciones políticas, sociales y económicas que ofrecen el marco global e institucional de los contratos (y, por ello, de cualquiera de ellos en particular). La segunda (*kleine Geschäftsgrundlage*) apunta a las circunstancias singulares y particulares cuya continuidad juega un papel determinante en una particular relación contractual[138].

Al mismo tiempo, son constantes en la doctrina alemana las advertencias acerca de la extrema cautela con que debe emplearse la doctrina de la base del negocio, las incertidumbres que rodean su aplicación, incluso tras 100 años de elaboración doctrinal y jurisprudencial y, por tanto, la necesidad de un uso restrictivo de la misma[139]. Se llega incluso a recordar el viejo adagio de *odiosa*

---

[135] Sebastian Martens, "Methodenfragen und die Behandlung von Grundlagenstörungen im Europäischen Privatrecht", en *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* (2017), p. 623 defiende la existencia de un principio común subyacente al tratamiento del cambio sobrevenido de circunstancias y al error común, algo que no resulta comprensible y que la mayoría de los sistemas jurídicos rechazan.

[136] Gerhard Wagner, "Corona Law", *Zeitschrift für europäisches Privatrecht* (2020), p. 535.

[137] Naturalmente, el Derecho alemán contempla la imposibilidad de la prestación (a la que se equipara la extraordinaria dificultad desproporcionada con el interés de cumplimiento del acreedor), pero desconoce la noción de fuerza mayor como categoría que incide sobre las consecuencias jurídicas de la imposibilidad de la prestación. La imposibilidad de la prestación se regula en el §275 BGB, cuyos dos primeros apartados establecen:

"(1) Der Anspruch auf Leistung ist ausgeschlossen, soweit diese für den Schuldner oder für jedermann unmöglich ist.

(2) Der Schuldner kann die Leistung verweigern, soweit diese einen Aufwand erfordert, der unter Beachtung des Inhalts des Schuldverhältnisses und der Gebote von Treu und Glauben in einem groben Missverhältnis zu dem Leistungsinteresse des Gläubigers steht. Bei der Bestimmung der dem Schuldner zuzumutenden Anstrengungen ist auch zu berücksichtigen, ob der Schuldner das Leistungshindernis zu vertreten hat."

[138] Gerhard Hohloch, "§313", en Harm Peter Westermann (ed.), *Erman Bürgerliches Gesetzbuch*, 11ª ed. Münster-Köln (2004), Rn 7 y ss.; Thomas Finkenauer, "§313", en *Münchener Kommentar zum BGB*, 8ª ed., München (2019), Rn 12 y ss.

[139] Thomas Finkenauer, "§313", en *Münchener Kommentar zum BGB*, 8ª ed., München (2019), Rn 5 y 52; Dieter Medicus y Stephan Lorenz, *Schuldrecht I: Allgemeiner Teil*, 21ª ed., München (2015) Rn 561; Arndt Teichmann, en Beate Gsell (ed.), *Soergel Bürgerliches Gesetzbuch*, Vol. V, 13ª ed., Stuttgart (2014), Rn 30; Hannes Unberath, "Long-Term Contracts and the DCFR - Interpretation and Adjustment", en Gerhard Wagner (ed.), *The Common Frame of Reference: A View from Law & Economics*, München (2009), p. 152-153.

sunt restringenda para orientar la aplicación de la doctrina de la base del negocio[140]. Por tanto, nada hay más alejado de una institución del derecho de contratos "normal" o "normalizable" que la doctrina de la alteración de la base del negocio. Constituye una institución excepcional, por muy codificada que esté desde 2002 y por amplia que sea su base potencial de aplicación (que lo es).

En todo caso, de la práctica judicial y la interpretación doctrinal de la doctrina de la base del negocio pueden deducirse algunas pautas firmes para el entendimiento de la doctrina de la base del negocio en Derecho alemán para afrontar el cambio de circunstancias relevantes para el contrato.

En primer lugar, la doctrina es de aplicación estrictamente subsidiaria. En un doble sentido. Por un lado, no cabe acudir a la misma si la situación para un contratante que su aplicación podría evitar podría sustancialmente obtenerse bien por la aplicación de alguna otra norma legal que ofreciera un remedio o paliativo, bien por vía de modificación del contrato al contratante afectado. De manera aún más importante, porque no cabe utilizar la base del negocio para alterar la distribución de riesgos explícitamente acordada en el contrato o implícitamente deducible del propio contenido del contrato, la naturaleza o tipo del contrato o las reglas legales que lo gobiernan[141].

Los presupuestos para la aplicación del §313 BGB son los siguientes[142]:

i. presencia de una determinada circunstancia o conjunto de circunstancias (en lo que se refiere a su existencia, alcance, magnitud o pervivencia) que constituye "la base del contrato", en cualquiera de las manifestaciones de la misma que se admiten doctrinalmente (base subjetiva u objetiva, base "grande" o "pequeña");

ii. alteración grave de la base del negocio que tenga una incidencia directa sobre un determinado contrato y, singularmente, sobre el equilibrio de prestaciones previstas en el mismo. No exige la ley alemana (de manera intencional) que la alteración de circunstancias fuera imprevisible (aún menos, por tanto, radicalmente imprevisible) aunque la doctrina señala las dificultades, que no imposibilidad, de aplicar la doctrina de

[140] Thomas Rüfner, "Change of Circumstances", en Nils Jansen y Reinhard Zimmermann (eds.), *Commentaries on European Contract Laws*, Oxford (2018), p. 910.

[141] Gerhard Hohloch, "§313", en Harm Peter Westermann (ed.), *Erman Bürgerliches Gesetzbuch*, 11ª ed. Münster-Köln (2004), Rn 32, 19-20; Antonis Karampatzos, "Supervening Hardship as Subdivision of the General Frustration Rule: A Comparative Analysis with Reference to Anglo-American, German, French and Greek Law", *European Review of Private Law* (2005), p. 126-127; Dirk Looschelders, *Schuldrecht. Allgemeiner Teil*, 4ª ed., Köln (2006), Rn 772-773; Thomas Finkenauer, "§313", en *Münchener Kommentar zum BGB*, 8ª ed., München (2019), Rn 52, 59 y ss. Sin embargo, hay opiniones doctrinales que entienden que el §313 BGB es una regla imperativa e irrenunciable, dada su conexión con la regla fundamental de la buena fe: Hannes Rösler, "Hardship in German Codified Private Law – In Comparative Perspective to English, French and International Contract Law", *European Review of Private Law* (2007), p. 490.

[142] Gerhard Hohloch, "§313", en Harm Peter Westermann (ed.), *Erman Bürgerliches Gesetzbuch*, 11ª ed. Münster-Köln (2004), Rn 17 y ss.; Dirk Looschelders, *Schuldrecht. Allgemeiner Teil*, 4ª ed., Köln (2006), Rn 776-783; Thomas Finkenauer, "§313", en *Münchener Kommentar zum BGB*, 8ª ed., München (2019), Rn 54 y ss.

la base del negocio en presencia de cambios de circunstancias que podían ser previstos por ambas partes o por una de ellas[143]; e

iii. inexigibilidad (*Unzumutbarkeit*) para la parte afectada negativamente por el severo cambio de circunstancias de mantener su vinculación a los términos originales del contrato. La inexigibilidad no supone simplemente la constatación de un empeoramiento, incluso grave, de la posición de un contratante a resultas de las nuevas circunstancias caso de continuar observándose el contenido inicial del contrato, sino que persigue evitar una situación incompatible con la justicia y la buena fe, de forma que el mantenimiento del contrato original supondría ineludiblemente una situación intolerable para un contratante. La doctrina es unánime al señalar que este análisis –decisivo– sobre la intolerabilidad de mantener el contrato en sus términos no debe hacerse atendiendo únicamente a la perspectiva y al interés de una sola de las partes, sino a la de ambas. Por otra parte, también se señala que esta indagación debe realizarse con base exclusivamente en criterios y factores inmanentes a la relación contractual individualmente considerada, sin prestar atención a elementos ajenos a la misma (por ejemplo, si las pérdidas bajo un contrato se ven compensadas por ganancias en otras relaciones diversas)[144]. Desde un punto de vista económico, la inexigibilidad puede fundarse en una ruptura de la equivalencia como consecuencia de un menor valor de la contraprestación que se va a recibir, así como en un incremento sustancial del coste de realización de la propia prestación.

Concurriendo todos estos presupuestos, entrarían en acción las consecuencias jurídicas previstas en el §313 BGB. Estas consecuencias no son automáticas, sino que requieren el ejercicio de una pretensión orientada a alcanzar alguno de los dos efectos previstos en la norma. En principio, la pretensión que puede plantear el contratante que quiera beneficiarse de la regla de la alteración de la base del negocio se refiere a la adaptación del contrato al cambio de circunstancias. Contrariamente a lo que había sido la posición de Oertmann y del propio Tribunal Imperial alemán en el mencionado *Vigogne-Spinnerei-Fall*, el Tribunal Supremo Federal, posteriormente había reorientado las consecuencias de la aplicación de la base del negocio de forma decidida en favor de la modificación del contrato con preferencia a la resolución o terminación, de modo que la misma solo cabría como *ultima ratio* cuando la conservación del contrato una vez modificado para ajustarlo a la alteración de circunstancias fuera a su vez inexigible (*unzumutbar*) para alguna de las partes.

La codificación del 2002 ha mantenido esta posición jurisprudencial en la redacción del §313 BGB. Solo excepcionalmente, por tanto, cuando la modificación del contenido del contrato para acompasarlo al cambio de circunstancias fuera imposible, o cuando tras la modificación la posición contractual de alguna de las partes fuera intolerable, cabe acudir a la resolución o terminación del contrato.

---

[143] Gerhard Hohloch, "§313", en Harm Peter Westermann (ed.), *Erman Bürgerliches Gesetzbuch*, 11ª ed. Münster-Köln (2004), Rn 24; Thomas Finkenauer, "§313", en *Münchener Kommentar zum BGB*, 8ª ed., München (2019), Rn 74.

[144] Gerhard Hohloch, "§313", en Harm Peter Westermann (ed.), *Erman Bürgerliches Gesetzbuch*, 11ª ed. Münster-Köln (2004), Rn 27 y ss.; Thomas Finkenauer, "§313", en *Münchener Kommentar zum BGB*, 8ª ed., München (2019), Rn 76-77.

Los ámbitos de aplicación más habituales de la doctrina de la base del negocio han sido los de ruptura de la equivalencia de prestaciones como consecuencia de fenómenos económicos de dramática envergadura (hiperinflación, caída o alza extraordinaria de precios), pérdida de valor de una de las prestaciones como consecuencia de cambios normativos, incremento excepcional del coste de realización de prestaciones de hacer como consecuencia de factores ambientales o materiales, así como frustración del fin del contrato como consecuencia de medidas obligatorias relativas a lugar y tiempo de realización de la prestación pactada[145].

Para concluir con el análisis del Derecho alemán es conveniente realizar una breve referencia a la conexión de la regla de la alteración de la base del negocio y las circunstancias singulares derivadas de la pandemia del COVID-19. El punto de partida es que la doctrina alemana considera de manera general que el recurso al §313 BGB no es el adecuado en situaciones de emergencia catastrófica que afectan de manera generalizada a los contratantes y a los ciudadanos en general. Para intervenir eficazmente en estas situaciones no se puede confiar en la aplicación de la base del negocio, sino que intervenciones especiales del legislador mediante la oportuna normativa de emergencia resultan imprescindibles[146].

De hecho, esto es lo que ha ocurrido con ocasión de los efectos sociales, económicos y jurídicos del COVID-19. En efecto, la ley alemana de 27 de marzo de 2020 ha aprobado medidas generales de adaptación de contratos en vigor a la emergencia. Allí se han introducido medidas de carácter variado: 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 hasta final de junio de 2020, así como aplazamientos legales y suspensión de vencimientos anticipados en créditos a consumidores[147]. El § 313 BGB no ha sido visto –con acierto y también con naturalidad– como solución efectiva en estos momentos.

Lo anterior no quiere decir que el § 313 BGB haya quedado postergado, no digamos ya, "suspendido de facto" en relación con el impacto de la pandemia y de las medidas públicas adoptadas en una gran variedad de terrenos para combatirla. Hay un sector de la doctrina alemana[148] que considera que la regla de la alteración de la base del contrato puede ofrecer una vía para modificar el contenido de los contratos para repartir entre los contratantes algunos de los riesgos derivados de la pandemia y de las actuaciones y restricciones impuestas en muchos sectores y dimensiones de la vida social y económica a resultas de la misma, aunque no sea una

---

[145] Dirk Looschelders, *Schuldrecht. Allgemeiner Teil*, 4ª ed., Köln (2006), Rn 787 y ss.; Thomas Finkenauer, "§313", en *Münchener Kommentar zum BGB*, 8ª ed., München (2019), Rn 184 y ss.

[146] Gerhard Hohloch, "§313", en Harm Peter Westermann (ed.), *Erman Bürgerliches Gesetzbuch*, 11ª ed. Münster-Köln (2004), Rn 9; Thomas Finkenauer, "§313", en *Münchener Kommentar zum BGB*, 8ª ed., München (2019), Rn 44.

[147] Sobre estas medidas, véase Martin Schmidt-Kessel y Christina Möllnitz, "Coronavertragsrecht – Sonderregeln für Verbraucher und Kleinstunternehmen", *Neue Juristische Wochenschrift* (2020), p. 1103; Matthias Lehmann, "Las medidas legislativas alemanas relacionadas con la crisis del COVID-19 en el ámbito del Derecho civil", *Revista de Derecho Civil* (2020), nº 2 especial, mayo 2020, p. 3.

[148] Gerhard Wagner, "Corona Law", *Zeitschrift für europäisches Privatrecht* (2020), p. 536-539; Marc-Philippe Weller, Markus Lieberknecht y Victor Habrich, "Virulente Leistungsstörungen - Auswirkungen der Corona-Krise auf die Vertragsdurchführung", *Neue Juristische Wochenschrift* (2020), p. 1021; Martin Häublein y Maximilian Müller, "Wer trägt das Pandemierisiko in der Geschäftsraummiete?", *Neue Zeitschrift für Miet- und Wohnungsrecht* (2020), p. 486-492.

vía indicada para ofrecer soluciones de carácter inmediato a las necesidades de muchos contratantes y ciudadanos en general.

La aprobación de normas de emergencia ligadas a la pandemia que modifican los términos del contrato (moratorias de cumplimiento, suspensión de facultades resolutorias en presencia de eventos que en circunstancias normales abrirían la puerta a la resolución, desplazamientos temporales del vencimiento de obligaciones, entre otras) se ha entendido que no desplazan ni impiden la aplicación del § 313 BGB[149] a pesar del carácter subsidiario que este precepto muestra en relación con otras disposiciones legales que permiten "aligerar" a un contratante del impacto negativo sobre su posición contractual de un cambio sobrevenido de circunstancias.

En particular se ha discutido la aplicación del § 313 BGB a los contratos de arrendamiento comercial afectados por medidas de cierre y suspensión decretadas por la autoridad pública a fin de reducir el riesgo de contagio del virus. En este ámbito, diversas posiciones se han expresado en favor de una eventual reducción de las rentas contractualmente pactadas[150], si bien con determinadas limitaciones: (i) la reducción de renta debe hallarse sujeta a un máximo del 50%, de forma que la traslación del riesgo que ha afectado a la actividad comercial no puede ir más allá de la mitad en ningún caso[151]; (ii) la adaptación del contrato no puede afectar a contratos de arrendamiento sobre los que no se han proyectado medidas de naturaleza pública que inciden directa y apreciablemente sobre la actividad comercial desarrollada[152]; y (iii) la presencia de otros elementos de absorción del riesgo que afecta a la actividad comercial (ayudas públicas, medidas de facilitación de financiación) han de tenerse en consideración a fin de proceder a la eventual adaptación del contrato al amparo del §313 BGB[153]. Estas dos últimas limitaciones aparecen como dominantes en las opiniones doctrinales alemanas publicadas hasta la fecha.

En síntesis, el Derecho alemán, cuya influencia en la expansión en Europa de reglas y doctrinas jurídicas relativas al cambio extraordinario de circunstancias en el contrato ha sido indudablemente decisiva, presenta algunas singularidades en cuanto a la configuración y alcance de su regla esencial en la materia, que combina un campo de aplicación potencialmente amplísimo con la cautela aplicativa y el peso de una historia muy particular que explica la creación y aceptación –que no la codificación, que se produce en un momento bien distante y diferente– de la doctrina de la alteración de la base del negocio.

---

[149] Jens Ekkenga y Carsten Schirrmacher, "Was leistet die Geschäftsgrundlagenlehre im pandemischen "Shutdown"?", *Neue Zeitschrift für Miet- und Wohnungsrecht* (2020), p. 414-415.

[150] Gerhard Wagner, "Corona Law", *Zeitschrift für europäisches Privatrecht* (2020), p. 536-539; Silvio Sittner, "Mietrechtspraxis unter COVID-19", *Neue Juristische Wochenschrift* (2020), p. 1172; Kai Zehelein, "Risikoverteilung bei Störung der Geschäftsgrundlage (unter rechtsvergleichende Perspektive)", *Neue Zeitschrift für Miet- und Wohnungsrecht* (2020), p. 400-401; Martin Häublein y Maximilian Müller, "Wer trägt das Pandemierisiko in der Geschäftsraummiete?", *Neue Zeitschrift für Miet- und Wohnungsrecht* (2020), p. 486-492.

[151] Silvio Sittner, "Mietrechtspraxis unter COVID-19", *Neue Juristische Wochenschrift* (2020), p. 1172; Martin Häublein y Maximilian Müller, "Wer trägt das Pandemierisiko in der Geschäftsraummiete?", *Neue Zeitschrift für Miet- und Wohnungsrecht* (2020), p. 490.

[152] Silvio Sittner, "Mietrechtspraxis unter COVID-19", *Neue Juristische Wochenschrift* (2020), p. 1172; Martin Häublein y Maximilian Müller, "Wer trägt das Pandemierisiko in der Geschäftsraummiete?", *Neue Zeitschrift für Miet- und Wohnungsrecht* (2020), p. 492. Menos claramente, Gerhard Wagner, "Corona Law", *Zeitschrift für europäisches Privatrecht* (2020), p. 539.

[153] Silvio Sittner, "Mietrechtspraxis unter COVID-19", *Neue Juristische Wochenschrift* (2020), p. 1172; Christopher Weidt y Anne-Colleen Schwiewek, "Geschäftsschliessungen wegen Corona- mietrechtlich ein Fall des §313 BGB?", *Neue Juristische Online-Zeitschrift* (2020), p. 484.

4.2. Francia

a) *Introducción*

En el Derecho civil francés, el principio *rebus sic stantibus*, como excepción a la inmutabilidad y fuerza vinculante de los contratos que permitiría, ante un supuesto de alteración sobrevenida de las circunstancias, una eventual revisión o ajuste de lo convenido para el mantenimiento del equilibrio del contrato, se ha visto tradicionalmente con profundo desfavor: "*en el derecho contractual francés, la rebus sic stantibus no ha podido nunca destronar a la regla según la cual todos deben mantener su promesa: pacta sunt servanda. Esta fórmula expresa el principio de la fuerza obligatoria de los contratos, entendida como inmutabilidad del acuerdo de voluntades. Ella justifica rechazar la revisión por imprevisión"*[154].

Este tradicional rechazo a la revisión del contrato por cambio de circunstancias (a la revisión por imprevisión, según la terminología empleada en Francia a imagen de la doctrina que para los contratos públicos había introducido el *Conseil d'État*), se ha visto alterada de manera muy sustancial por la reforma del Código Civil francés (en adelante, el "CCF") por obra de la Ordonnance 2016-131 (la "Ordenanza")[155]. El nuevo artículo 1.195 CCF reconoce la posibilidad de revisión judicial de los términos contractuales pactados ante un cambio sobrevenido de las circunstancias existentes en el momento de la perfección del contrato, y, por ende, admite el criterio general subyacente a la doctrina *rebus sic stantibus* en el Derecho de contratos francés, con el alcance que se analizará más adelante.

b) *La imprevisión como versión francesa de la rebus: del rechazo tradicional en Derecho civil francés a su codificación*

A) Doctrina tradicional

La revisión judicial del contrato ante una alteración sobrevenida e imprevista de las circunstancias fue excluida en el Derecho civil francés en la célebre sentencia del 6 de marzo de 1876 de la *Cour de cassation* ("*Canal de Craponne*"):

> "en ningún caso, corresponde a los tribunales, por muy equitativa que les pueda parecer su decisión, tomar en consideración el tiempo y las circunstancias para modificar los acuerdos de las partes y reemplazar por cláusulas nuevas aquellas que fueron libremente aceptadas por los contratantes".

A comienzos del siglo XX, en la famosa decisión del *Conseil d'État* francés de 24 de marzo de 1916, (*Gaz de Bordeaux*) se admitió en el régimen de los contratos sujetos a Derecho administrativo la revisión fundada en la imprevisión de la alteración sobrevenida, súbita y grave

---

[154] Bénédicte Fauvarque-Cosson, "Le changement de circonstances", *Revue des Contrats* (2010), p. 69.

[155] Ordenanza número 2016-131 de 10 de febrero de 2016, con entrada en vigor el 1 de octubre de 2016 (Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations).

de las circunstancias que afectan a la posición del concesionario o contratista público (*théorie de l'imprévision*).

A pesar de la creciente aceptación de la imprevisión en la contratación pública, la *Cour de cassation* mantuvo con obstinación su postura en favor del cumplimiento estricto de lo pactado incluso en presencia de un cambio de circunstancias que desequilibrara grave y sustancialmente el contrato. Y ello a pesar de la aceptación de la creciente intervención judicial sobre un amplio rango de elementos contractuales (entre otros, las cláusulas penales o los índices de referencia de precios) y de las críticas y desarrollos en otros sistemas jurídicos.

Cabe citar, sin embargo, algunos pronunciamientos por los cuales se permitió una cierta adaptación del contrato tras una alteración imprevisible de las circunstancias se encuentran en las sentencias (i) "*Huard"* (*Cour de cassation 3 noviembre 1992)* y (ii) "*Chevassus-Marche" (Cour de cassation 24 de noviembre 1998)*, si bien de forma muy restringida.

En la sentencia *Huard,* el Tribunal estimó que la buena fe implicaría, en caso de cambio de circunstancias, una obligación para las partes de negociar con el fin de adaptar el contrato. En efecto, la ley mercantil "*da efecto a la teoría de la imprevisión, que procede del principio de que la regla pacta sunt servanda encuentra su límite en el principio superior de la buena fe*".

En *Chevassus-Marche*, la revisión contractual se aborda por medio del deber de lealtad, y el Tribunal consideró que un mandante que no tomó medidas concretas para que su agente comercial pudiera cobrar precios competitivos incumplió su deber de lealtad. Por tanto, en el contrato de mandato, el mandante se obliga a ayudar a su agente a desarrollar la clientela y para ello, se obliga a adaptar el contrato a las circunstancias del contexto.

Sin embargo, de estas dos sentencias no se puede extender una obligación a renegociar en el caso de cambio de circunstancias a todo tipo de contratos. Solo concierne a contratos *d'intérêt commun* ("de interés común" o de colaboración, una categoría desarrollada doctrinalmente para caracterizar aquellos contratos en los que ambas partes comparten el interés en la ejecución de la obligación, como los contratos de franquicia, de distribución o de agencia).

Asimismo, no se logra con estas sentencias una revisión de lo convenido mediante la modificación o resolución del contrato, sino que el Tribunal se limita a sancionar, con fundamento en la buena fe contractual, y a través de la responsabilidad derivada del incumplimiento de un deber de renegociación por uno de los contratantes.

B) Reforma de 2016: codificación de la revisión del contrato por alteración de circunstancias

Una de las innovaciones más significativas (y discutidas) de la Ordenanza es la codificación de la revisión del contrato por imprevisión. Así, el nuevo artículo 1.195 CCF prevé, en esencia, que en caso de que se produzca un cambio de circunstancias que resulte imprevisible en el momento de la conclusión del contrato, haciendo excesivamente oneroso su cumplimiento para la parte que no hubiese aceptado ese riesgo, ésta podrá pedir una renegociación del contrato. En caso de rechazo o de fracaso de la renegociación, las partes contratantes podrán acordar la resolución del contrato o solicitar al juez de común acuerdo que proceda a su adaptación. A falta de acuerdo en

un período razonable, el juez podrá, a petición de una de las partes, revisar el contrato o decretar su terminación.

De esta forma, el artículo 1.195 CCF, pone fin al dominio histórico de la célebre jurisprudencia *Canal de Craponne* y al tradicional rechazo a la revisión de los términos del contrato por concurrir circunstancias excepcionales. La redacción del artículo 1.195 CCF en francés es la siguiente:

> "Si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant. Elle continue à exécuter ses obligations durant la renégociation.
> En cas de refus ou d'échec de la renégociation, les parties peuvent convenir de la résolution du contrat, à la date et aux conditions qu'elles déterminent, ou demander d'un commun accord au juge de procéder à son adaptation. A défaut d'accord dans un délai raisonnable, le juge peut, à la demande d'une partie, réviser le contrat ou y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe."

En español puede traducirse de esta forma:

> "Si un cambio de circunstancias, imprevisible en el momento de celebrar el contrato, hace que su cumplimiento sea excesivamente oneroso para una parte que no había aceptado asumir ese riesgo, ésta podrá solicitar una renegociación del contrato a la otra parte contratante. La parte solicitante deberá continuar cumpliendo con sus obligaciones durante la renegociación de los términos del contrato.
> En caso de rechazo o fracaso de la renegociación, las partes podrán acordar la extinción del contrato, en la fecha y en los términos que ellas determinen, o solicitar de común acuerdo al juez que proceda a la adaptación del contrato. Si no se llega a un acuerdo dentro de un plazo razonable, el juez podrá, a solicitud de parte, revisar o extinguir el contrato, en la fecha y en los términos que él decida."

Para entender cabalmente el nuevo precepto francés es necesario detenerse en una serie de precisiones:

i. La aplicación del precepto se circunscribe a situaciones que cumplan una serie de requisitos:

   a) <u>La concurrencia de nuevas circunstancias que no estaban presentes en el momento de celebrar el contrato, que son ajenas</u> a la influencia o intervención de las partes y que, además de no estar previstas en el momento de perfeccionar el contrato, eran imprevisibles en aquel momento.

   b) <u>La onerosidad excesiva en el cumplimiento</u>[156] <u>como consecuencia de dicho cambio</u> de circunstancias: si bien es difícil precisar con carácter general qué se debe entender por onerosidad excesiva, parece que se requiere la existencia de un perjuicio serio para el deudor, que este deberá acreditar, junto con la causalidad entre el cambio de

[156] En todo caso, el cumplimiento sigue siendo posible, puesto que en caso de que fuera irresistible nos trasladaríamos al ámbito de fuerza mayor

circunstancias y la excesiva onerosidad. De todas formas, no deja de ser una noción con un fuerte componente subjetivo y circunstancial, que deja amplio arbitrio al juez en la determinación de cuando una obligación deviene excesivamente onerosa.

c) La parte que solicita la renegociación no debe de haber aceptado el riesgo de cambio imprevisible de las circunstancias. Esta exigencia se articula en el fondo como un recurso para exceptuar la aplicación del 1.195 CCF, puesto que, si las partes incluyen en el contrato una cláusula de aceptación al riesgo de imprevisión, no entrarían dentro del supuesto de hecho y por tanto no podrían solicitar la revisión judicial.

ii. Se exceptúan de su aplicación los contratos financieros y las obligaciones que resulten de operaciones sobre títulos valores, en virtud del artículo 211-40-1 del Código monetario y financiero.

iii. La revisión judicial se concibe de forma supletoria, puesto que se apela, en primer lugar, al acuerdo entre las partes para producir la preservación del contrato. Por tanto, antes de poder acudir al juez, la parte que resulta perjudicada por el desequilibrio debe de haber solicitado e intentado la renegociación con la contraparte. Solo en caso de fracaso o de rechazo de la renegociación, las partes pueden, de común acuerdo, pedir al juez que adapte el contrato, o extinguirlo y, únicamente en segundo término, plantear como pretensión individual la modificación o la terminación del mismo.

iv. En línea con lo anterior, no se establece para la parte no perjudicada por el cambio de circunstancias un deber de aceptar la puesta en marcha de un proceso de renegociación[157] a la vista de la alegación por la contraparte de un cambio de circunstancias que provoca una onerosidad excesiva, pero sí faculta, aunque como medida supletoria de segundo grado (en defecto de la renegociación satisfactoria y la petición común de revisión al juez), a falta de acuerdo en un período razonable, a que una de las partes pueda solicitar la adaptación, posibilidad que en todo caso coexiste con la alternativa de resolver el contrato.

v. Aun cuando la parte afectada solicite la renegociación, deberá seguir cumpliendo con sus obligaciones durante ese período. Dicha exigencia distingue el supuesto del 1.195 CCF de los casos de fuerza mayor, que no exige esta continuidad, puesto que la imposibilidad del cumplimiento es un presupuesto para reconocer la fuerza mayor.

vi. Se trata de una norma que la doctrina francesa considera de forma unánime como dispositiva, por lo que las partes pueden no solo atribuir directa o implícitamente los riesgos de cambio de circunstancias (haciendo con ello inaplicable el artículo 1.195 CCF) sino que pueden excluir, al menos en contratos negociados individualmente, de forma preventiva la aplicabilidad del precepto como tal[158].

---

[157] Olivier Deshayes, Thomas Genicon, Yves-Marie Laithier, Réforme du Droit des Contrats, du régime général et de la preuve des obligations, 2ª ed., Paris (2018), p. 460 ; Gaël Chantepie y Mathias Latina, Le nouveau droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil, 2ª ed., Paris (2019), p. 478.

[158] Olivier Deshayes, Thomas Genicon, Yves-Marie Laithier, *Réforme du Droit des Contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, 2ª ed., Paris (2018), p. 438-439 y 453; Gaël Chantepie y Mathias Latina, *Le nouveau droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, 2ª ed., Paris (2019), p. 475.

vii. En cuanto al ámbito de aplicación, se cuestiona la trascendencia de esta cláusula para supuestos que no sean contratos de tracto sucesivo; por ejemplo: ¿se aplicaría a un contrato de ejecución instantánea pero con cumplimiento diferido? La ley no los excluye de su ámbito de aplicación, y podría argumentarse que en tanto que la ejecución del contrato esté pendiente, un cambio sobrevenido de las circunstancias puede alterar el equilibrio contractual y por tanto quedar sujeto a las previsiones del artículo 1.195 CCF[159].

viii. Por último, ha de destacarse que la mayor parte de las modificaciones introducidas por la Ordenanza, y muy particularmente la revisión de los términos contractuales por imprevisión consagrada en el nuevo artículo 1.195 CCF, no se han aplicado con efectos retroactivos, sino que se ha excluido expresamente su aplicación a aquellos contratos celebrados antes de su entrada en vigor –esto es, el 1 de octubre de 2016–[160]. Para los contratos anteriores, la antigua ley desplaza por entero a la nueva normativa[161].

c) *Conclusión*

La reciente reforma del Código Civil ha supuesto la introducción de un nuevo precepto en torno a la teoría de la imprevisión, que ofrece para el Derecho de contratos francés un régimen inédito (en Francia) de la incidencia de la alteración de circunstancias sobre el contenido y vigencia del contrato, en línea –aunque más restrictiva que en otros países– con la cláusula *rebus sic stantibus* y sus equivalentes funcionales. En particular, se prevé la posibilidad de acudir a una revisión o terminación judicial ante un desequilibrio prestacional grave derivado de un cambio imprevisible de las circunstancias concurrentes al momento de contratar. Sin embargo, el nuevo régimen francés ha establecido determinadas cautelas –entre ellas, el carácter supletorio a la renegociación y a la petición conjunta a la autoridad judicial, la inexistencia de un deber del contratante de aceptar un proceso de renegociación propuesto por la contraparte, así como la complejidad del procedimiento para llegar a la revisión judicial– que afectan directamente a la aplicación del precepto. A esto se le añade el carácter dispositivo e irretroactivo de la norma, lo que sin duda va a permitir un mayor juego a la libertad contractual en esta materia.

---

[159] Gaël Chantepie y Mathias Latina, *Le nouveau droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, 2ª ed., Paris (2019), p. 471 subrayan que, a diferencia del anteproyecto Catalá (el antecedente inmediato de la reforma francesa), el texto adoptado finalmente no restringe la aplicación de la imprevisión a los contratos de tracto sucesivo.

[160] Así lo señala el artículo 9 de la Ordenanza de 10 de febrero de 2016, que solo dispone la aplicación retroactiva de ciertos preceptos, entre los que no se encuentra el artículo 1.195 CCF. El artículo 9 de la ordenanza de referencia tiene la siguiente redacción en francés: "*[L]es dispositions de la présente ordonnance entreront en vigueur le 1er octobre 2016. // Les contrats conclus avant cette date demeurent soumis à la loi ancienne, y compris pour leurs effets légaux et pour les dispositions d'ordre public. // Toutefois, les dispositions des troisième et quatrième alinéas de l'article 1123 et celles des articles 1158 et 1183 sont applicables dès l'entrée en vigueur de la présente ordonnance. // Lorsqu'une instance a été introduite avant l'entrée en vigueur de la présente ordonnance, l'action est poursuivie et jugée conformément à la loi ancienne. Cette loi s'applique également en appel et en cassation*". En caso de renovación o tácita reconducción de un contrato preexistente, al nuevo contrato ya le será de aplicación la nueva legislación, pero no en caso de prórroga del contrato anterior: Olivier Deshayes, Thomas Genicon, Yves-Marie Laithier, *Réforme du Droit des Contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, 2ª ed., Paris (2018), p. 26.

[161] Olivier Deshayes, Thomas Genicon, Yves-Marie Laithier, *Réforme du Droit des Contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, 2ª ed., Paris (2018), p. 23.

Finalmente, conviene señalar que el nuevo artículo 1.195 CCF presumiblemente no va a tener aplicación en ciertos ámbitos en los que en otros sistemas jurídicos operan los conceptos que fungen como equivalentes funcionales de la cláusula *rebus*. Es el caso de la desaparición del fin del contrato, de un elemento esencial o de la causa común (o de una parte, pero reconocible por la otra), habida cuenta de la presencia en el CCF de una norma específica, el artículo 1.186, según el cual la desaparición de un elemento o presupuesto esencial del contrato produce la caducidad del mismo.

4.3. Italia

a) *La revisión del contrato por cambio de circunstancias en el Codice Civile italiano: origen y delimitación general de las figuras existentes*

En Derecho civil italiano, las ideas que subyacen al principio *rebus sic stantibus* fueron objeto de tipificación con carácter general para todos los contratos en el *Codice Civile* de 1942[162] ("**Codice Civile**"). En particular, dentro de las reglas que el *Codice Civile* dedica a la resolución contractual, se introdujeron tres preceptos en los que se trata el advenimiento de circunstancias que provocan una excesiva onerosidad en la ejecución de las prestaciones contractuales. Se trata de los artículos 1.467, 1.468 y 1.469, y su tenor en italiano es el siguiente:

> "Art. 1467.
> *(Contratto con prestazioni corrispettive).*
> *Nei contratti a esecuzione continuata o periodica ovvero a esecuzione differita, se la prestazione di una delle parti e' divenuta eccessivamente onerosa per il verificarsi di avvenimenti straordinari e imprevedibili, la parte che deve tale prestazione puo' domandare la risoluzione del contratto, con gli effetti stabiliti dall'art. 1458.*
> *La risoluzione non puo' essere domandata se la sopravvenuta onerosita' rientra nell'alea normale del contratto.*
> *La parte contro la quale e' domandata la risoluzione puo' evitarla offrendo di modificare equamente le condizioni del contratto.*
>
> Art. 1468.
> *(Contratto con obbligazioni di una sola parte).*
> *Nell'ipotesi prevista dall'articolo precedente, se si tratta di un contratto nel quale una sola delle parti ha assunto obbligazioni, questa puo' chiedere una riduzione della sua prestazione ovvero una modificazione nelle modalita' di esecuzione, sufficienti per ricondurla ad equita'.*
>
> Art. 1469.
> *(Contratto aleatorio).*
> *Le norme degli articoli precedenti non si applicano ai contratti aleatori per loro natura o per volonta' delle parti."*

[162] El Código Civil italiano de 1865, no contenía ninguna regla que pudiera incardinar el principio *rebus sic stantibus*. No obstante, en el período que transcurrió entre 1865 y 1942, la doctrina italiana dio cuenta de las reflexiones que sobre la materia se producían en Europa y singularmente en Alemania. Los trabajos previos a 1942 trataron de engarzar el uso de la cláusula *rebus sic stantibus* con la exigencia de buena fe en la ejecución de los contratos, tipificada en el artículo 1124 del *Codice Civile* vigente en aquel momento.

En español los referidos preceptos podrían traducirse del siguiente modo:
"Art. 1467
(Contrato sinalagmático)
En los contratos de ejecución continuada, tracto sucesivo o ejecución diferida, si la prestación de una de las partes se convierte en excesivamente onerosa por el acaecimiento de circunstancias extraordinarias e imprevisibles, la parte que debe tal prestación puede solicitar la resolución del contrato, con los efectos establecidos en el artículo 1458.
La resolución no puede ser solicitada si la onerosidad sobrevenida se encuentra dentro del curso ordinario del contrato.
La parte frente a la cual se solicita la resolución puede evitarla ofreciendo una modificación equitativa de las condiciones del contrato.

Art. 1468
(Contrato con obligaciones a cargo de una sola parte)
En el caso previsto en el artículo anterior, si se trata de un contrato en el cual solo una de las partes tiene obligaciones a su cargo, ésta puede solicitar una reducción de su prestación o una modificación en la modalidad de ejecución, suficiente para reconducirla a la equidad.

Art. 1469
(Contrato aleatorio)
Las normas de los artículos anteriores no se aplican a los contratos aleatorios por su naturaleza o por voluntad de las partes."

Lo primero que hay que destacar es que la *eccessiva onerosità* –regulada en los artículos 1.467 a 1.469 del *Codice Civile*– es un remedio general del Derecho privado italiano. Aplicable, por tanto, en principio y con carácter transversal a todo tipo de contratos que reúnan los caracteres explicitados en los artículos 1.467 a 1.469 del *Codice Civile*, con independencia del tipo particular de contrato de que se trate.

Junto a esta previsión general, el *Codice Civile* contiene algunas disposiciones especiales y aplicables exclusivamente a tipos específicos de contrato, que prevén determinadas consecuencias contractuales en ciertos supuestos de alteración significativa de ciertas circunstancias afectantes a la relación contractual. Destacan, en especial, dos mecanismos o previsiones:

(i) El artículo 1.623 del *Codice Civile*, que prevé la revisión de los términos de un contrato de arrendamiento cuando la relación contractual resulta notablemente desequilibrada por efecto de una disposición legal o de una disposición de una autoridad pública.

(ii) El artículo 1.664 del *Codice Civile,* que prevé, para los contratos de obra, la posibilidad de solicitar una revisión del precio cuando, por circunstancias imprevisibles, se produce un incremento o disminución del coste de la obra que provoca una variación superior al 10% del precio total convenido. En este caso, el remedio consiste en permitir que la parte que ha padecido el exceso de más de un 10% solicite la revisión del precio.

Salta a la vista que la consecuencia jurídica en el régimen general y en las previsiones específicas para ciertos tipos contractuales es distinta. Mientras que la solución ofrecida por el régimen de la *eccessiva onerosità* es un remedio eminentemente resolutorio –con ciertos matices que posteriormente se expondrán–, las normas específicas aplicables al arrendamiento y al contrato de obra tienen como finalidad principal el reajuste de los términos del contrato.

b) *La eccessiva onerosità*

A) Introducción: tipificación temprana de la trascendencia jurídica de la alteración de circunstancias

La inclusión en el nuevo *Codice Civile* aprobado en 1942 de disposiciones legales en materia de excesiva onerosidad sobrevenida responde en buena medida a la combinación de dos fuerzas concurrentes. De un lado, la elaboración doctrinal previa de los autores italianos de entreguerras siguiendo la estela de las construcciones alemanas en la materia[163]. De otro, los efectos que las dos Guerras Mundiales tuvieron sobre la economía italiana (depreciación de la moneda y otras alteraciones del funcionamiento ordinario de los contratos) y su incidencia en el régimen legal de los contratos[164].

B) Delimitación de la figura y deslinde de figura afines

En el régimen general de los artículos 1.467 a 1.469 del *Codice Civile* se prevé un remedio frente al incremento de la onerosidad debido a circunstancias imprevisibles y extraordinarias sobrevenidas tras la perfección del contrato. Por obvio que resulte, esta afirmación determina la separación o deslinde de la *eccessiva onerosità* de otras figuras que podrían resultar afines o semejantes.

Por un lado, que la aplicación de la *eccessiva onerosità* exija el advenimiento de circunstancias sobrevenidas separa la institución de la nulidad del contrato. La concurrencia de esas circunstancias en el momento de la perfección del contrato constituiría un hipotético problema de error en el consentimiento, pero no habilitaría a la parte afectada a resolver por *eccessiva onerosità*[165].

De otro lado, la *eccessiva onerosità,* como su propia denominación revela, asume el encarecimiento o agravación del esfuerzo de prestación, pero descarta su imposibilidad. En caso de que la prestación deviniera imposible física (*force majeure*) o legalmente (*factum principis*) las reglas aplicables serían las que regulan la *impossibilità sopravvenuta* (artículos 1.256 y ss. del *Codice Civile*), no las de la *eccessiva onerosità.*

C) Efectos y requisitos de la eccessiva onerosità

---

[163] Ewoud Hondius y Hans Christoph Grigoleit (eds.), *Unexpected Circumstances in European Contract Law;* Cambridge University Press 2011, p. 118 y ss.

[164] Carlo G. Terranova, "*L`eccesiva onerosità nei contratti (Artt. 1467-1469)"* en Piero Schlesinger (dir.), *Il Codice Civile. Commentario*, Milano (1995), p. 5 y p. 21 y 22.

[165] Los artículos 1.427 y ss. del *Codice Civile* regulan el error en el contrato y sus efectos sobre la validez del mismo.

Los artículos 1.467 a 1.469 del *Codice Civile* configuran la *eccessiva onerosità* alrededor de unos requisitos típicos cuya satisfacción conduce, como resultado ordinario y preferente, a la resolución del vínculo contractual.

Resulta ilustrativo detenerse en el modo en el que el legislador italiano decide dar cabida a la institución en el *Codice Civile*. Las previsiones sobre la *eccessiva onerosità* se incorporan como una sección dentro del capítulo que el Código Civil italiano dedica a la resolución contractual[166]. No en vano, la *eccessiva onerosità* sobrevenida tiene como efecto ordinario y natural la terminación del vínculo contractual que ha sufrido una desproporción.

La modificación o reajuste de los términos del contrato solo tendrá lugar cuando la parte frente a la que se ejercita la resolución ofrezca una modificación equitativa del contrato (art. 1.467 p.3)[167]. De este modo, la parte perjudicada por el desequilibrio contractual solo tendría a su disposición la solicitud de resolución, pero no podría exigir la modificación de los términos contractuales, ni tampoco ejercitar una pretensión dirigida a que su contraparte hubiese de aceptar el cumplimiento de las prestaciones debidas en términos diversos a los inicialmente pactados[168]. Solo para el caso de los contratos unilaterales se prevé como opción preferente la alteración de los términos del contrato para reestablecer la reciprocidad entre las partes.

Este efecto, según la disposición codificada italiana (idéntica, por otra parte, a la concepción original alemana de la desaparición de la base del negocio en la obra de Paul Oertmann y en el celebrado *Vigogne-Spinnerei Fall* alemán de 1923), puede resultar extraño hoy a la vista de la evolución observada en otros sistemas jurídicos en favor de la adaptación del contrato en caso de alteración extraordinaria de circunstancias: Alemania, España, Portugal, ahora Francia; lo mismo sucede en los textos internacionales en materia contractual. Algunos comentaristas italianos han señalado frontalmente esta cuestión con ocasión de los debates suscitados a raíz de la pandemia provocada por el COVID-19. Como se recuerda, la finalidad resolutoria puede encajar mal con muchas de las situaciones puestas de manifiesto en este período, en las que la parte afectada desearía la conservación del contrato previa alteración (reequilibrio, aduciría esa parte) de los términos inicialmente pactados.

Sea como fuere, la resolución por *eccessiva onerosità* podrá ser solicitada por el contratante cuando se cumplan los presupuestos recogidos en los artículos 1.467 a 1.469 del *Codice Civile*.
Una aproximación sistemática a la cuestión permite desdoblar estos presupuestos en dos niveles: de un lado, estará la configuración contractual necesaria para que la institución resulte de aplicación y, de otro, las circunstancias que, sobre ese tipo de configuración de contrato, deben acaecer y los efectos que deben provocar sobre ella.

---

[166] Los artículos 1.467, 1.468 y 1.469 conforman la Sección III dentro del Capítulo XIV, dedicado a la resolución del contrato, del Título II, sobre los contratos en general, dentro del Libro IV, sobre las obligaciones.

[167] En contraste con la disposición general del artículo 1.467 CC, el artículo 1.468 CC sí que prevé, para los contratos con obligaciones a cargo de una sola de las partes, que ésta solicite la modificación de los términos contractuales. No obstante, la doctrina incide en la falta de acuerdo sobre los supuestos específicos a los que sería de aplicación la previsión. De un lado, un sector defiende que solo podría aplicarse a contratos unilaterales onerosos; de otro, varios autores defienden que el precepto estaría destinado al reequilibrio de los contratos unilaterales gratuitos.

[168] Relazione tematica nº 56 (8 Luglio 2020) Corte Suprema di Cassazione: novità normative sostanziale del diritto "emergenziale" anti-Covid 19 in ambito contrattuale e cocorsuale, p. 6.

En primer lugar, la aplicación de la resolución por *eccessiva onerosità* exige la preexistencia de un entramado contractual con unas determinadas características. Así, la *eccessiva onerosità*, como doctrina sustentada en el cambio no previsto de circunstancias, no es susceptible de aplicación en todo tipo de contratos. Carecería de sentido su aplicación allí donde no hay margen para la alteración de circunstancias, para la imprevisión, o allí donde el riesgo materializado ya fue previsto. Por todo ello, se exige que:

(i) El contrato afectado sea de ejecución continuada, de tracto sucesivo o de ejecución diferida.

(ii) El riesgo que se pretende conjurar no ha de estar distribuido entre las partes ni ser propio del contrato.

Dicha exigencia encaja plenamente en la necesidad de que las circunstancias que determinen la resolución sean extraordinarias e imprevisibles (*straordinari e imprevedibili*).

De este modo, no cabrá la resolución cuando la *eccessiva onerosità* se encuentra dentro del *alea normale* del contrato (art. 1.467 p.2 *Codice Civile*), ni cuando el contrato es aleatorio, es decir, cuando está caracterizado por una incertidumbre inicial sobre el resultado económico perseguido por las partes (art. 1.469 *Codice Civile*)[169]. En otras palabras, asumiendo que toda relación contractual lleva ínsitos una serie de riesgos, el que active la resolución por *eccessiva onerosità* habrá de ser un riesgo "no normal"[170].

En segundo lugar, para que el remedio pueda ser aplicado es necesario que se produzca una excesiva onerosidad (la propia *eccessiva onerosità*) de la prestación y que la misma pueda justificarse con base en un suceso extraordinario e imprevisible. En palabras de la Corte Suprema de Casación:

> "La excesiva onerosidad sobrevenida de la prestación, para poder determinar, en el sentido del artículo 1467 del Códice Civile, la resolución del contrato requiere la concurrencia de dos requisitos necesarios: de un lado, **un desequilibrio entre las prestaciones**, no previsto en el momento de perfeccionar el contrato, del otro, que **la excesiva onerosidad sea reconducible a eventos extraordinarios e imprevisibles**, que no entran en el curso ordinario del contrato."[171] (énfasis añadido)

La *eccessiva onerosità* de la prestación es un concepto jurídico indeterminado sobre cuyo significado y alcance el *Codice Civile* guarda silencio, pese a su centralidad en el remedio resolutorio. No obstante, la doctrina y jurisprudencia han venido desarrollando y delimitando los

---

[169] Carlo G. Terranova, "L` eccesiva onerosità nei contratti (Artt. 1467-1469)" en Piero Schlesinger (dir.), Il Codice Civile. Commentario, Milano (1995), p.166.

[170] Guido Alpa, "Remarks on the effects of the pandemic on long-term contracts", p. 1302.

[171] Sentencia nº 22396 de la Corte de Casación, de 19 de octubre de 2006: "L'eccessiva onerosità sopravvenuta della prestazione, per potere determinare, ai sensi dell'art. 1467 cod. civ., la risoluzione del contratto richiede la sussistenza di due necessari requisiti: da un lato, un intervenuto squilibrio tra le prestazioni, non previsto al momento della conclusione del contratto, dall'altro, la riconducibilità della eccessiva onerosità sopravvenuta ad eventi straordinari ed imprevedibili, che non rientrano nell'ambito della normale alea contrattuale.".

extremos del concepto. Fruto de ese trabajo puede construirse una definición alrededor de dos ideas fundamentales:

(i) La *eccessiva onerosità* debe evaluarse a través de un análisis meramente objetivo del conjunto contractual.

No se trata de descifrar la dificultad subjetiva del deudor de la prestación para cumplir con ella. La onerosidad es ajena a esta *difficultas* particular del deudor y se construye sobre el análisis objetivo del cambio en la prestación. Basta notar que la prestación puede ser más onerosa sin que ello signifique, necesariamente, que el deudor de la misma se encuentre en una situación de mayor dificultad para cumplir[172].

(ii) La *eccessiva onerosità* viene referida no a la prestación en sí misma, sino a lo gravoso de la misma en relación con la contraprestación correspectiva.

Así, la institución encuentra su razón de ser en el correcto equilibrio entre las prestaciones a cargo de las partes. De este modo, el ordenamiento reacciona cumpliendo con la "*exigencia de mantener dentro de los límites de la normalidad la fluctuación de la carga económica de la prestación, protegiendo a la parte del riesgo de un agravamiento económico excepcional*"[173]. Obviamente, este principio debe modularse para el caso de prestaciones a cargo de una sola de las partes (artículo 1.468 del *Codice Civile*). En este supuesto la evaluación se circunscribirá al incremento cuantitativamente importante del coste de la prestación[174].

Finalmente, la *eccessiva onerosità* tiene que venir provocada por un suceso que pueda catalogarse como imprevisible y extraordinario.

Ambos conceptos, aunque relacionados, tienen significados diferentes. Lo extraordinario responde a una calificación objetiva. Estaríamos ante aquellos sucesos cuyas características no se reiteran de manera frecuente. Lo imprevisible responde a una aproximación subjetiva, a la capacidad de la parte de prever, dentro de lo razonable, aquello que puede suceder y afectar al vínculo contractual. En este último análisis cobrará especial relevancia la idea de culpa. La imprevisibilidad ha de ir ligada no solo a la capacidad de previsión, sino también a la obligación de prever. La parte que se ve afectada por aquello que no previó, pero debería haber previsto, no podrá acudir al remedio de la resolución por *eccessiva onerosità.*

c) *Conclusiones: breve referencia a la obligación de renegociar*

Recientemente se vienen expresando algunas reservas acerca de la solución adoptada por el legislador italiano al regular los efectos de la *eccessiva onerosità.* La vocación resolutoria de la

[172] Carlo G. Terranova, "L` eccesiva onerosità nei contratti (Artt. 1.467-1.469)" en Piero Schlesinger (dir.), Il Codice Civile. Commentario, Milano (1995), p. 111-113.

[173] Sentencia de la Corte de Casación nº 12235, de 25 de mayo de 2007.

[174] Carlo G. Terranova, "L` eccesiva onerosità nei contratti (Artt. 1467-1469)" en Piero Schlesinger (dir.), Il Codice Civile. Commentario, Milano (1995), p. 127.

institución impide su utilización generalizada para aquellos casos en los que la parte desea corregir los efectos de las circunstancias imprevistas, sin terminar la vinculación contractual[175]. La posibilidad de alterar los términos del contrato para volver a reestablecer la reciprocidad entre las partes solo se contempla para los contratos unilaterales, como se ha apuntado. En el caso de los contratos sinalagmáticos, será el acreedor frente al que se ejercita la resolución quien podrá decidir si ofrecer una alteración de los términos del contrato, para devolverlo a la equidad.

De este modo, aquel deudor que no desea ver resuelto el vínculo contractual sinalagmático, sino que simplemente desea ver restaurado el equilibrio prestacional y económico del contrato, se ve abocado a recurrir a instituciones más exigentes, instituciones como la de la *impossibilità soppravenuta*, a través de las que podría lograrse el ajuste parcial de la obligación o la suspensión del deber de cumplimiento.

No obstante, no puede ignorarse que en los últimos meses han proliferado voces que se pronuncian a favor de la existencia de una obligación de renegociación de los términos contractuales en casos de onerosidad sobrevenida o cambio de circunstancias[176]. La *ratio* jurídica de este deber no se encontraría en los preceptos dedicados a la *eccessiva onerosità*, sino en la consagración de los principios de buena fe contractual y solidaridad entre contratantes, tipificados en los artículos 1.175 y 1.375 del *Codice Civile.* La jurisprudencia y la doctrina se han mostrado dubitativas respecto a esta cuestión. Algunos pronunciamientos anteriores aceptaron estos postulados, pero sin que se hayan llegado a generalizar.

En línea con estas críticas, recientemente se han planteado iniciativas prelegislativas[177] que plantean la modificación del régimen de la *eccessiva onerosità* para explicitar el derecho de las partes a solicitar la renegociación de buena fe del contrato y, en defecto de acuerdo, a solicitar la modificación del contrato para lograr su reequilibrio[178].

4.4. Portugal[179]

Al igual que en el resto de sistemas contractuales que venimos analizando, en el sistema jurídico portugués, el principio del cumplimiento puntual de los contratos ("*pacta sunt servanda*") es un concepto nuclear y, en consecuencia, cualquier excepción o modulación del mismo exige la concurrencia de determinadas y precisas circunstancias y es objeto de una aproximación restrictiva y cautelosa por parte de los tribunales.

---

[175] Un análisis preliminar y somero de la jurisprudencia emanada de los tribunales después de la pandemia pone de manifiesto la cuestión. La mayoría de las pretensiones instadas (generalmente por arrendatarios) se han articulado sobre la base de la imposibilidad sobrevenida parcial, tipificada en el artículo 1464 del *Codice Civile.* Este remedio permite ajustar las contraprestaciones adaptándolas a aquella parte de las mismas que continúe siendo posible, sin exigir la resolución del vínculo contractual.

[176] Esta posición ha cobrado fuerza tras la publicación de la *Relazione nº 56 de la Corte Suprema di Cassazione (Ufficio del Massimario e del Ruolo)* en la que se defiende la existencia de un auténtico deber de renegociar las condiciones del contrato en casos de onerosidad sobrevenida.

[177] Disegni di legge nº 1.151 del 2019, presentado el 19 de marzo de 2020.

[178] *Vid*. en relación con esta iniciativa Pietro Sirena y Francesco Paolo Patti, "*Hardship and renegotiation of contracts in the prospective recodification of italian civil law*", Bocconi Legal Studies Research Paper Series, nº 3706159 (2020), versión electrónica.

[179] Agradecemos sinceramente a Alexandre Mota Pinto y Filipe de Oliveira Casqueiro su inestimable colaboración para la preparación de esta sección dedicada al tratamiento de la figura de la alteración sobrevenida de las circunstancias en Derecho portugués.

Esta es la aproximación del régimen jurídico portugués a la resolución de los contratos o a la modificación de los términos pactados como consecuencia de alteraciones sobrevenidas en las circunstancias vigentes al tiempo de contratar, cuya aplicación en Portugal siempre se ha considerado particularmente exigente y conservadora, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia.

La figura jurídica de la alteración anormal de las circunstancias está prevista en el artículo 437 del Código Civil portugués ("CCP"), que establece que:

> *"1. Se as circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar tiverem sofrido uma alteração anormal, tem a parte lesada direito à resolução do contrato, ou à modificação dele segundo juízos de equidade, desde que a exigência das obrigações por ela assumidas afete gravemente os princípios da boa fé e não esteja coberta pelos riscos próprios do contrato.*
>
> *2. Requerida a resolução, a parte contrária pode opor-se ao pedido, declarando aceitar a modificação do contrato nos termos do número anterior."*

Este precepto en español se leería de la siguiente manera:

> *"1. Si las circunstancias en las que las partes basaron su decisión de contratar han sufrido una alteración anormal, la parte afectada tiene derecho a **resolver el contrato**, o a **modificarlo de acuerdo con juicios de equidad**, siempre que la exigencia de las obligaciones asumidas por ella afecte gravemente a los principios de la buena fe y no esté cubierta por los riesgos propios del contrato.*
>
> *2. Solicitada la resolución del contrato, la otra parte puede oponerse a la solicitud, declarando que acepta la modificación del contrato de conformidad con el número anterior." (énfasis añadido)*

El artículo 437 CCP es una norma de carácter general aplicable a todo tipo de contratos, sin perjuicio de la existencia de otras normas especiales a tipologías particulares de contratos.

Del propio artículo 437 CCP y de su interpretación doctrinal y jurisprudencial resultan los caracteres exigibles al cambio de circunstancias para que proceda la aplicación de los remedios previstos en el artículo 437 CCP. Estos requisitos, que se analizarán en detalle a continuación, son los siguientes:

i. que se produzca una alteración sobrevenida de las circunstancias sobre las cuales las partes basaron su decisión de contratar;

ii. que esa alteración sea una alteración anormal;

iii. que la alteración cause un daño;

iv. que la alteración exceda los riesgos inherentes o propios del contrato;

v. que la alteración de los términos del contrato producto de la alteración sea tan severa que su exigencia resulte contraria a los principios de buena fe; y

vi. que la parte afectada por la alteración que pretende la aplicación de alguno de los remedios habilitados no esté en situación de incumplimiento o mora en el cumplimiento de las obligaciones que le incumben.

A continuación, analizaremos cada uno de estos requisitos, que actúan como elementos de la construcción teórica de los remedios frente al cambio de circunstancias.

a) *Alteración sobrevenida de las circunstancias en que las partes basaron su decisión de contratar*

El primer requisito para la aplicación del régimen en cuestión es generalmente reconducido por la doctrina y la jurisprudencia portuguesa a la teoría de la base del negocio. En su desarrollo en Portugal, la contribución e inspiración de la doctrina alemana fue fundamental y, particularmente, la distinción entre la "grande" y "pequeña" base del negocio de Gerhard Kegel[180] (*kleinen und großen Geschäftsgrundlage*). Aludiendo la primera (*grosse Geschäftsgrundlage*), como ya se ha expuesto al analizar el régimen jurídico alemán, a "*los peligros de calamidades, causadas por factores naturales o humanos, máxime por el Estado, a través de guerras, medidas económicas o esquemas similares*"[181].

Generalmente, se entiende que la base del negocio la constituyen los hechos relativos a una o ambas partes que determinaron, de manera esencial, la voluntad expresada por ellas de celebrar el negocio y suscribir el contrato. Se trata, esencialmente, de circunstancias cuya verificación fue esencial para la decisión de contratar a una o ambas partes, sin las cuales no habrían contratado, o, al menos, no en los mismos términos.

Al verificar cuál es la base del negocio, se debe considerar objetivamente tanto el entorno en el que se celebra el negocio y la función social que desempeña, como las condiciones subjetivas expresadas por cada parte y que llevaron a la determinación de su disposición a contratar[182].

En la base objetiva del negocio se incluirán las condiciones macroeconómicas y sociales existentes a la fecha de la celebración del contrato (*großen Geschäftsgrundlage*), que sirven como marco básico para el entorno del negocio. Si se producen hechos tan perturbadores que alteran drásticamente este marco objetivo se puede llegar a un escenario en el que la base del negocio "grande" se vea afectada. Algunas de estas condiciones son típicamente graves trastornos políticos, sociales y económicos (por ejemplo, guerras, profundas crisis financiera, revoluciones, desastres naturales, etc.), que no existían ni eran previsibles en el momento de la celebración del contrato.

---

[180] Gerhard Kegel, Empfiehlt es sich, den Einfluss grundlegender Veränderungen des Wirtschaftslebens auf Verträge gesetzlich zu regeln und in welchem Sinn? (Geschäftsgrundlage, Vertragshilfe. Leistungsverweigerungsrecht.), Gutachten für den 40. deutschen Juristentag, Tübingen (1953).

[181] António Menezes Cordeiro, "Direito bancário e alteração de circunstâncias", *Revista Direito das Sociedades VI*, 2, (2014), p. 373.

[182] Para ilustrar la distinción, tomemos como ejemplo el contrato de alquiler: como base objetiva del negocio, se puede considerar la disponibilidad de los locales arrendados para su uso por parte del inquilino y el equilibrio de prestaciones conferido por el pago de la renta. Se trata de circunstancias que se dan en la mayoría de los casos en que se utiliza esta modalidad contractual, independientemente de los sujetos que forman parte del negocio. En cambio, La situación financiera o personal de cada una de las partes a la fecha de la celebración del contrato será un ejemplo de los hechos que constituyen la base subjetiva del negocio, que variará en función de las circunstancias individuales de los sujetos contractuales a lo largo del contrato (aunque esa variación no siempre será relevante a los efectos de la cláusula rebus).

Más difícil resultará valorar si los cambios en las condiciones subjetivas de las partes son de la suficiente entidad como para comprometer la base del negocio. Será necesario juzgar si, de acuerdo con los postulados de la buena fe, estos cambios en las condiciones subjetivas afectan o no a la base del negocio.

Un ejercicio menos claro en la definición de la base del negocio será la evaluación de los cambios en las circunstancias subjetivas de cada parte, en cuyo caso será necesario juzgar si los dictados de la buena fe permiten o no incluirlos en la base del negocio. En este punto, la verificación del conocimiento (o al menos de la cognición) por parte de la contraparte de la esencialidad de la condición subjetiva para la parte afectada es de extrema relevancia.

b) *La alteración anormal*

La alteración de las circunstancias debe ser una alteración anormal. La doctrina distingue entre "anormalidad" e "imprevisibilidad", pudiendo incluirse aquellas situaciones que aunque previsibles sean excepcionales[183]. Se considera imprevisible "*la ocurrencia de un hecho, o su alcance, aunque pudiera ser representado, en abstracto, por las partes, cuando la prevención de sus efectos no les es imputable, debido a las circunstancias contemporáneas de la relación negocial, explicando así que un buen padre de familia habría acordado el contrato en los mismo términos*"[184].

Es importante resaltar que la jurisprudencia portuguesa ha sido muy conservadora y restrictiva al considerar qué alteraciones ameritan la aplicación del artículo 437 CCP[185]. A título de ejemplo cabe señalar que los acontecimientos ocurridos en Portugal durante la revolución de 1974-1975 no se consideraron alteraciones anormales de las circunstancias[186].

c) *La alteración de las circunstancias ha de causar un daño*

La alteración debe perjudicar gravemente a una de las partes, haciendo que el cumplimiento del contrato sea demasiado costoso, desde el punto de vista económico o personal. El daño no tiene que ser exclusivamente patrimonial, siendo atendibles los daños no patrimoniales que, por su gravedad, merezcan la protección del derecho.

---

[183] Henrique Sousa Antunes, *"A Alteração das Circunstâncias no Direito Europeu dos Contratos*", Cadernos de Direito Privado, n.º 47, 2014, p. 13.

[184] Henrique Sousa Antunes, *"A Alteração das Circunstâncias no Direito Europeu dos Contratos*", Cadernos de Direito Privado, n.º 47, 2014, p. 13.

[185] Como refiere Antonio Menezes Cordeiro, Da alteração das circunstâncias, Lisboa, (1987), p. 71-75: "El artículo 437 existe y debe utilizarse en casos límite en los que no se aplica ningún otro régimen.

[186] Como explica Antonio Menezes Cordeiro, Da alteração das circunstâncias, Lisboa, (1987), p. 72: "En general, la Corte Suprema de Justicia ha evitado aplicar las disposiciones del artículo 437/1 del Código Civil a los acontecimientos ocurridos durante la Revolución de 1974-75 o derivados de ella".

Así, eventos como el "*cierre de la bolsa*" (cfr. Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça: 10.05.1979, BMJ 287 (1979), 262-268; 17.01.1980, BMJ 293 (1980), 323-326; 13.05.1980, BMJ 297 (1980), 302-308; 20.04.1982; BMJ 316 (1982), 255-258), "*saneamientos*", "*ocupaciones*" (cfr. Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça: 13.12.1977, BMJ 272 (1978), 193-195; 06.06.1978 BMJ 278 (1978), 110-113; 25.01.1983, BMJ 323 (1983), 415-419 (418), "*nacionalizaciones*" (cfr. Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça: 08.02.1979 BMJ 284 (1979), 221-228; 12.06.1979, BMJ 288 (1979), 369-372) e "*descolonización*"(cfr. Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça: 29.03.1979, BMJ 285 (1979), 262-268; 13.02.1986, BMJ 354 (1986), 514-519 (519-519) no han sido consideradas por la jurisprudencia como "*alteraciones de las circunstancias*".

d) *La alteración ha de exceder los riesgos inherentes o propios del contrato*

La alteración debe superar los riesgos inherentes o propios al contrato, incluidos los que se hayan acordado expresamente, que resulten de la naturaleza o la terminación del contrato y que se deriven de la distribución legal de los riesgos.

En primer lugar, cabe señalar que es profusamente controvertido en la doctrina portuguesa lo que debe incluirse en el concepto de "*riesgos propios del contrato*".

Para algunos autores[187], la distribución del riesgo está "en proyecto" en el contrato, de modo que el riesgo del cumplimiento corresponde al deudor (por ejemplo, la dificultad o la imposibilidad de cumplimiento) y el riesgo del uso corresponde al acreedor (por ejemplo, la pérdida de utilidad de la cosa o del cumplimiento). Sin embargo, otros autores[188] consideran que esta distribución es inadecuada en casos extremos, en los que el equilibrio del contrato se ve gravemente afectado, por no encontrar apoyo en la hipotética voluntad subjetiva de las partes. En estos casos la referida "distribución implícita" del riesgo contractual puede ser superada y cabe plantearse si los riesgos verificados exceden de los propios del contrato.

Una parte de la doctrina[189] considera que hay que atenerse a la "ecuación económica" del contrato para determinar qué riesgos son propios del contrato, siendo relevante para ello la distribución del riesgo resultante de lo pactado por las partes –las cláusulas contractuales– o de la propia norma aplicable, del tipo de contrato, de los usos comerciales y de la motivación subjetiva que incide en la ecuación económica. Sin embargo, otros autores[190] no están de acuerdo con esta posición, porque consideran que el artículo 437 del CCP es supletorio y, como tal, inaplicable en los casos en que (i) las partes han previsto la alteración de las circunstancias, (ii) la ley así lo dispone o (iii) el contrato es aleatorio[191].

Por otra parte, en los casos en que la propia ley regula la distribución del riesgo derivado de pérdida o deterioro en los contratos que llevan aparejados la transferencia del dominio sobre una cosa determinada o que constituyan o transfieran un derecho real sobre dicha cosa (por ejemplo, el artículo 796 del CCP[192]), la doctrina difiere en cuanto a la aplicabilidad del régimen del artículo

---

[187] João Baptista Machado, "Risco Contratual e Mora do Credor", en *João Baptista Machado: Obra Dispersa*, Vol. I, Braga (1991), p. 257 y ss.

[188] Mariana Fontes da Costa, "Da Alteração Superveniente das Circunstâncias. Em especial à luz dos Contratos Bilateralmente Comerciais", Coimbra (2017), p. 381.

[189] Mariana Fontes da Costa, "Da Alteração Superveniente das Circunstâncias. Em especial à luz dos Contratos Bilateralmente Comerciais", Coimbra, (2017), p. 383-384.

[190] Henrique Sousa Antunes, *"A Alteração das Circunstâncias no Direito Europeu dos Contratos"*, Cadernos de Direito Privado, n.º 47 (2014), p. 15.

[191] En el caso de los contratos aleatorios, alguna doctrina admite que el régimen de la alteración de las circunstancias se aplica cuando la alteración "*excede apreciablemente todas las fluctuaciones previsibles en la fecha del contrato" (vid. Vaz Serra*, "Resolução ou Modificação dos Contratos por Alteração das Circunstâncias", *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 68 (1957), p. 381).

[192] Artículo 796 (Riesgo): "1. En el caso de contratos que impliquen la transferencia del dominio sobre una cosa determinada o que constituyan o transfieran un derecho real sobre dicha cosa, el perecimiento o el deterioro de la misma por causa no imputable al vendedor será a cargo del comprador. // 2. Sin embargo, si la propiedad ha permanecido en posesión del vendedor como resultado de un plazo a su favor, el riesgo no se transferirá hasta que haya expirado el plazo o se haya entregado la propiedad, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 807. // 3. Cuando el contrato esté sujeto a una condición resolutoria, el riesgo de que la cosa perezca mientras la condición

437 CCP. Hay partidarios de que la regulación legal del riesgo se incluya en los riesgos propios del contrato, mientras que otros favorecen la distinción entre los riesgos "normales" y los "excepcionales" (estos últimos, sí permitirían la aplicación del régimen del artículo 437 CCP).

Por último, cabe señalar que la estipulación de cláusulas contractuales para la distribución del riesgo (por ejemplo, las cláusulas de "*material adverse change*", habituales en los contratos de fusión o adquisición de empresas) ofrece dificultades en la articulación con el régimen de la alteración de las circunstancias. Siendo necesario un análisis pormenorizado para determinar, si a la vista de las circunstancias concretas del caso, es posible determinar si la alteración de las circunstancias excede o no de los riesgos propios del contrato.

e) *La alteración de los términos del contrato producto de la alteración sea tan severa que su exigencia resulte contraria a los principios de buena fe*

La exigibilidad de las obligaciones contractuales debe ser gravemente contraria a la buena fe. Es decir, la alteración de circunstancias debe conducir a un desequilibrio de tal magnitud entre las prestaciones contractuales que resultaría excesivamente contrario a la buena fe exigir el cumplimiento a la parte perjudicada por el cambio de circunstancias[193]. Para que este requisito se cumpla, no basta con que la alteración de las circunstancias provoque la pérdida de ganancias esperadas con la celebración del contrato, sino que es preciso que provoque pérdidas o daños relevantes.

Este es un requisito de proporcionalidad objetiva que exige considerar el concepto de proporcionalidad y equilibrio prestacional de un modo objetivo. Se trata de evitar que situaciones anormales causen sacrificios excesivos a cualquiera de las partes, permitiendo a la otra enriquecerse –injustamente– a expensas de la desgracia de la otra.

f) *La parte afectada por la alteración que pretende la aplicación de alguno de los remedios habilitados no esté en mora en el cumplimiento de las obligaciones que le incumben*

Por último, por imposición del artículo 438 CCP, la parte afectada por el cambio de circunstancias no puede estar en mora (añadimos nosotros, culpable, es decir, en mora en el cumplimiento de su obligación, por su culpa) en el momento en que las circunstancias se alteraron. Por lo tanto, si la alteración de las circunstancias es anterior a la mora de la parte perjudicada, el retraso en el cumplimiento no impedirá –en principio– que se invoque el régimen.

---

está pendiente será asumido por el comprador, si la cosa le ha sido entregada; cuando la condición sea suspensiva, el riesgo será asumido por el vendedor mientras la condición esté pendiente."

[193] Como explica Luis Carvalho Fenandes: "La pérdida resultante da la alteración de las circunstancias solamente justifica la resolución o modificación del contrato cuando se verifique un profundo desequilibrio del contrato, siendo intolerable, de acuerdo con la buena fe, que la parte perjudicada lo soporte. En otras palabras, más cercanas al lenguaje legal, es necesario la exigencia de que la parte perjudicada por el cumplimiento puntual de las obligaciones asumidas sea contraria de forma muy grave a la buena fe. La manera en la que la doctrina y la jurisprudencia entiende esta figura es que se necesita verificar la existencia de un daño grave, considerable o incluso descomunal. Así los tribunales consideran relevante una disminución del valor de un bien en la proporción de 7 a 1, pero no una disminución del 34%. Por otra parte, fueron considerados insuficientes para justificar el recurso a la teoría de la imprevisibilidad, los aumentos de los precios en un 63% o incluso en un 300% o 400%." (cfr. *Teoria Geral do Direito Civil, Vol II*, 2.ª ed., Coimbra (1996), p. 287-288).

Cabe señalar que este requisito, más que un propósito punitivo, es reflejo de las normas sobre la distribución del riesgo en el contrato. De hecho, de conformidad con el artículo 807.1 del CCP, el riesgo de pérdida o menoscabo de la cosa debida, que corresponde con carácter general al acreedor, se traslada al deudor moroso[194], que entonces asume ese riesgo[195].

g) *Otras cuestiones sobre la aplicación del artículo 437 del CCP*

A) Momento temporal

Respecto al momento temporal, cabe señalar que solo se prevé la aplicación del artículo 437 CCP por las circunstancias posteriores a la fecha de la celebración del contrato ("*error in futurum*"). Una parte de la doctrina admite que si la finalidad del contrato se logra después de la ejecución del mismo, todavía se puede aplicar el régimen de la alteración de las circunstancias[196].

B) Renegociación (hardship clause)

En la legislación portuguesa no se prevé expresamente la necesidad de renegociar los términos contractuales en caso de una alteración anormal de las circunstancias. Sin embargo, esto no significa que las partes no puedan regular la materia bajo el principio de la libertad contractual ("*hardship clause*").

Si no existe una cláusula que imponga la renegociación de los términos contractuales, alguna doctrina sugiere que el principio de buena fe puede exigir que la parte perjudicada trate de colaborar con la contraparte, en la búsqueda de una solución negociada que restablezca el equilibrio contractual.

C) Ejercicio del derecho y conocimiento de la alteración anormal por los Tribunales

Respecto al ejercicio del derecho de resolución o modificación, la doctrina difiere en cuanto a si debe producirse judicialmente o si las facultades pueden ejercerse válidamente de forma extrajudicial, existiendo partidarios de ambas posiciones[197]. En los casos en que la parte perjudicada decida recurrir a instancias judiciales, es discutible que el Tribunal pueda conocer *ex officio* de la alteración de las circunstancias, aunque la parte no la haya invocado expresamente[198].

---

[194] António Menezes Cordeiro, "Direito bancário e alteração de circunstâncias", *Revista Direito das Sociedades VI*, 2, (2014), p. 362.

[195] La ley prevé una excepción al principio referido. Es el caso de los contratos promisorios para la ejecución de un contrato oneroso de cesión o constitución de un derecho real sobre un edificio, o una fracción autónoma del mismo (ya construido, en construcción o por construir). En caso de incumplimiento de la promesa, la parte incumplidora podrá solicitar su ejecución específica, mediante una sentencia que sustituya la voluntad de la parte incumplidora. Sin embargo, aunque se solicite el cumplimiento específico de la parte incumplidora, ésta podrá solicitar la modificación del contrato en conformidad con el artículo 437 del CC, aunque el retraso sea posterior a la alteración (véase a este respecto el artículo 830.3 CCP).

[196] Carlos Mota Pinto, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.ª ed., Coimbra (2005), p. 613; Mário Júlio de Almeida Costa, *Direito das Obrigações*, 12.ª ed., Coimbra (2009), p. 344-345.

[197] Mariana Fontes da Costa, Da Alteração Superveniente das Circunstâncias. Em especial à luz dos Contratos Bilateralmente Comerciais, Coimbra (2017), p. 507-510.

[198] Existe doctrina que lo admite: Nuno Manuel Pinto Oliveira, *Princípios de Direitos dos Contratos*, Coimbra (2011), p. 587.

D) Consecuencias de la aplicación del régimen de la alteración de circunstancias

Si se concluye que es aplicable el régimen previsto en el artículo 437 CCP, la parte afectada tiene derecho a solicitar la resolución o modificación del contrato perjudicado (en este último caso, según los criterios de equidad). Sin embargo, si la parte afectada solicita la resolución del contrato, la otra parte puede pedir, en cambio, que se modifique el contrato según criterios de equidad.

Es objeto de debate en la doctrina si el Tribunal puede determinar *ex officio* la modificación del contrato, incluso en los casos en que la parte contraria no haya hecho tal solicitud. Aunque la doctrina tradicional considera que la modificación siempre depende de una petición de las partes, hay una parte de la doctrina que admite la modificación a iniciativa del juez[199].

Una situación diferente sería el caso de la parte contraria que, ante una solicitud de modificación del contrato de conformidad con los criterios de equidad formulados por la parte afectada, reivindique la resolución del contrato. Hay que decir que la ley no prevé expresamente esta posibilidad. Sin embargo, la doctrina también difiere aquí, ya que hay posiciones que responden afirmativa y negativamente a la cuestión[200].

La modificación según los criterios de equidad (*ex aequo et bono*) exigirá que el Tribunal suponga la justicia del caso concreto. A tal fin, el Tribunal podrá considerar no sólo las posiciones expresadas por las partes en el juicio, sino también las conjeturas que las partes habrían tenido si hubieran previsto la alteración anormal en cuestión. En todos los casos, la modificación tendrá siempre como límite y criterio el principio de buena fe y el equilibrio de las prestaciones, llevando a la justicia interna del contrato.

Por último, cabe destacar que cualquier modificación de los contratos que se pacte entre las partes debería, además de estar expresamente justificada con base en las circunstancias actuales, estar limitada en el tiempo. Toda modificación contractual debería quedar restringida a un período concreto de tiempo (*i.e.* mientras duren las restricciones u otro periodo que las partes consideren razonable).

h) *Normas particulares para hacer frente a la alteración extraordinaria de las circunstancias*

Hasta ahora hemos venido desgranando los elementos caracterizadores del régimen general que resulta de aplicación a todos los contratos cualquiera que sea su tipología. Toca ahora centrarnos en otros preceptos que podrían operar como equivalentes funcionales del artículo 437 CCP.

A este respecto destaca el artículo 1.040 CCP[201]. Esta norma puede considerarse como distributiva del riesgo del contrato de alquiler. Considerando que la privación o disminución del uso de la

---

[199] Nuno Manuel Pinto Oliveira, *Princípios de Direitos dos Contratos*, Coimbra (2011), p. 296-301.

[200] Favorablemente, José Oliveira Ascensao, *Direito Civil. Teoria Geral*, Vol. III, Coimbra (2002), p. 204; en contra:, Luís Carvalho Fernandes, *A Teoria da Imprevisão no Direito Civil Português*, Lisboa (2001), p. 299-300.

[201] Artículo 1040º (Reducción de renta o alquiler). 1 - Si, por motivo no imputable al arrendatario o a sus familiares, el arrendatario sufriera una privación o disminución del uso de la cosa alquilada, cabrá reducir la renta o alquiler en proporción al tiempo de privación o disminución de la extensión, sin perjuicio de lo dispuesto en la sección

cosa arrendada por un período equivalente a una sexta parte de la duración del contrato es un riesgo contemplado en la ley y asignado al arrendatario. En este sentido, la privación del ocupante durante ese período está incluida en los riesgos inherentes al alquiler, lo que excluye la aplicación del régimen de la alteración anormal de las circunstancias, lo que implica que solamente habría una reducción proporcional de la renta si la privación (o disminución) del uso o disfrute de esos espacios excediese de una sexta parte de la duración del contrato[202].

Nos encontramos, así, con una norma especial que para un tipo concreto de contratos ofrece un parámetro objetivo para distribuir el riesgo entre las partes: si el periodo de privación no excede de 6 meses el riesgo es asumido por el arrendatario, en el caso contrario lo asume el arrendador. En cambio, la aplicación de esta norma a los contratos de uso de tienda no es clara, ya que este tipo de contrato difiere del contrato de arrendamiento, siendo considerado unánimemente por la doctrina y por la jurisprudencia como un contrato atípico, no incluido en ninguna categoría de contratos específica ni previsto en la ley.

Sin embargo, la jurisprudencia sigue siendo unánime y entiende que, siendo un contrato atípico, el contrato de uso de tienda debe regularse por lo que las partes establecieron en el contrato y, subsidiariamente, por las reglas generales de los contratos y negocios jurídicos y por las reglas de los contratos similares. En este sentido, la jurisprudencia sigue aplicando supletoriamente algunas reglas de los contratos de alquiler a los contratos de uso de local comercial[203], en particular en lo que se refiere a la obligación de pago de la renta (que corresponde a la renta fija en los contratos de uso de tienda). Por ello, creemos que la aplicación de estas normas al contrato de uso de local es posible, sin perjuicio del régimen impuesto a las tiendas de los centros comerciales, contemplado en el párrafo 5 del artículo 168-A de la Ley n.º 2/2020, de 31 de marzo, modificada por la Ley n.º 27-A/2020, de 24 de julio.

Dicho lo anterior, es cierto que con la aprobación de la moratoria legal sobre las rentas, la posibilidad de aplicar este artículo ha perdido relevancia y espacio en los contratos que se benefician de ese régimen.

i) *Aplicación del régimen de la alteración de las circunstancias a la situación creada por el COVID-19*

La situación derivada de la pandemia provocada por el COVID-19 ha tenido, pública y notoriamente, un impacto transversal y global en todos los sectores económicos y sociales. En todo el mundo se ha multiplicado la producción normativa, especial y excepcional, para hacer frente a la emergencia de salud pública. Por otra parte, la pandemia también ha causado

---

anterior. // 2 - Pero, si la privación o disminución no fuera imputable al arrendador ni a sus familiares, solamente habrá reducción en el caso de que una u otra exceda de un sexto de la duración máxima del contrato. // 3 - [...].

[202] Conforme refiere Antonio Menezes Cordeiro, la idea básica subyacente al referido artículo es la de "*regular la distribución del riesgo en el ámbito del alquiler*", y sobre la hipótesis del límite del sexto de la duración del contrato concluye que "*el legislador entiende que, hasta un sexto de perjuicio en el uso, el riesgo es solamente del arrendatario; a partir de ahí será de las dos partes*" (cfr. *Leis do Arrendamento Urbano Anotadas*, Coimbra (2014), pág. 71) – cfr. Decisión del Tribunal da Relação de Guimarães, de 29-09-2010, proceso n.º 2029/08.1TBVNG.P1, disponible en www.dgsi.pt.

[203] A título de ejemplo, véanse las siguientes decisiones del Supremo Tribunal de Justicia: decisión de 01-07-1993, proceso n.º 084898; decisión de 05-12-1995, proceso n.º 96B481; y decisión de 25-10-2001, proceso n.º 02B826, todos disponibles en www.dgsi.pt.

perturbaciones en el funcionamiento del sistema judicial portugués, agravando el retraso y la sobrecarga ya existentes.

A la fecha del presente trabajo son muy pocos los pronunciamientos judiciales que han tenido la oportunidad de apreciar y pronunciarse sobre el impacto de la pandemia en las relaciones jurídicas por lo que es aventurado tratar de anticipar cómo responderán los tribunales de justicia a los retos fruto de la pandemia y de la crisis generada por esta. Dicho esto, a la luz del análisis realizado, no es de esperar que la jurisprudencia portuguesa acoja sin crítica la situación de pandemia como motivo suficiente para resolver las relaciones contractuales, sino que es previsible que se adopte un enfoque prudente al invocar los hechos relativos a la pandemia COVID-19 para justificar excepciones al cumplimiento puntual de las obligaciones legales y contractuales.

Sin perjuicio de lo anterior, no puede ignorarse que existe un riesgo de que los tribunales de justicia estimen que las excepcionales circunstancias derivadas de la pandemia COVID-19 y sus efectos reúnen las condiciones necesarias para ser calificadas como de alteración anormal de alcance generalizado o macro de las circunstancias en las que las partes fundaron su decisión de contratar, causando la pandemia una macro alteración de la base objetiva del negocio (*großen Geschäftsgrundlage*).

4.4. *Common Law*

El Derecho inglés ha permanecido siempre ajeno tanto a la doctrina civil-canónica de la cláusula *rebus sic stantibus* y su elaboración en el Derecho común y por los juristas teóricos de la escolástica tardía y el iusnaturalismo[204] como a los desarrollos teóricos posteriores en los países de tradición de Derecho codificado que arrancan fundamentalmente en Alemania y que hemos descrito en el apartado 4.1 anterior.

El Derecho inglés no reconoce la posibilidad de modificar o alterar un contrato celebrado como consecuencia de una modificación de las circunstancias, con independencia de lo dramática, extraordinaria o imprevisible que haya podido ser la transformación del escenario en el que se desenvuelve la relación obligatoria[205]. Lo único que se ha admitido en Derecho inglés es una atenuación del rigor en la exigencia del cumplimiento de lo prometido en un contrato "*no matter what*".

El tratamiento jurídico del cambio de circunstancias se concibe y se expresa desde la perspectiva de las "*excuses*" (causas exoneratorias) al cumplimiento del contrato, y en ningún caso desde una supuesta necesidad de restaurar el equilibrio de prestaciones. En este sentido, el concepto de "*frustration*" que emplea el Derecho inglés para permitir que bajo ciertas condiciones la falta de cumplimiento en los términos pactados pueda admitirse sin desencadenar las consecuencias normales del incumplimiento contractual se relaciona más con alguna de las manifestaciones de

---

[204] Sebastian Martens, "Methodenfragen und die Behandlung von Grundlagenstörungen im Europäischen Privatrecht", en *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* (2017), p. 614.

[205] Ewan McKendrick, "Force Majeure and Frustration- Their Relationship and a Comparative Assessment", en Ewan McKendrick (ed.), *Force Majeure and Frustration of Contract*, London (1995), p. 43 y 44; Hugh Beale, Bénédicte Fauvarque-Cosson, Jacobien Rutgers, Denis Tallon, Stefan Vogenauer, *Cases, Materials and Text on Contract Law*, 2ª ed., Oxford (2008), p. 1129.

la fuerza mayor en ciertos ordenamientos de tradición continental[206] que con la cláusula *rebus*, la excesiva onerosidad o la desaparición de la base del negocio como expedientes técnico-jurídicos para abordar las discrepancias entre el contenido pactado del contrato y las nuevas circunstancias fruto de un suceso o escenario inesperado y extraordinario.

A mediados del siglo XIX los tribunales ingleses introducen lo que más tarde sería conocido como la doctrina de la excusa al cumplimiento basada en la "*frustration*". En el famoso caso *Taylor v. Caldwell*, la disputa se refería a un contrato por el que un promotor musical había concertado por un precio fijo (100 libras esterlinas por cada día) el uso de una sala de espectáculos musicales (*Surrey Gardens and Music Hall*) para organizar cuatro conciertos en fechas determinadas del verano de 1861. En junio de 1861, antes del primer evento, la sala fue destruida por el fuego a causa de la negligencia de un operario ajeno a ambas partes. Los conciertos fueron cancelados y el promotor reclamó daños y perjuicios (58 libras esterlinas de gastos incurridos en organizar y promocionar los conciertos). El tribunal inglés entendió que ambas partes quedaban liberadas de su vinculación a lo estipulado y de responsabilidad por la inejecución de las prestaciones previstas.

El concepto de "*frustration*", como revela la jurisprudencia posterior, es restrictivo, si bien no se identifica con la imposibilidad absoluta de realización de la prestación. Como señala la sentencia *Davis Contractors Ltd v Fareham UDC*, un caso de 1956 que se considera hoy la expresión más acabada del concepto tal y como se reconoce en Derecho inglés[207]: "[...] *la frustración sucede cuando el Derecho reconoce que sin culpa de ambas partes una obligación contractual ha devenido incapaz de ser cumplida porque las circunstancias en las que ha de producirse el cumplimiento la hacen una cosa radicalmente distinta de aquella que había sido asumida bajo el contrato*. Non 106ufi in foedera veni. *No es esto lo que prometí hacer*".

Junto con la alteración radical de la "naturaleza" del cumplimiento de la obligación, también se reconoce que puede haber frustración del contrato cuando viene a desvanecerse, fruto de la evolución de los hechos, el propósito (*purpose*) del compromiso contractual, cuando la ventura común que el contrato establece viene a faltar como consecuencia de una alteración sobrevenida de las circunstancias. Esto es lo que se deduce del famosísimo caso *Krell v. Henry*, uno de los llamados casos de la Coronación, relativos al arrendamiento de balcones para eventos ligados a la coronación de Eduardo VII de Inglaterra, cuya fecha prevista hubo de ser pospuesta por un ataque de apendicitis del sucesor de la Reina Victoria[208].

---

[206] Bénédicte Fauvarque-Cosson, "Le changement de circonstances", *Revue des Contrats* (2010), p. 75-76 ; Victor Goldberg, "After Frustration: Three Cheers for *Chandler v. Webster*", *Washington & Lee Law Review* (2011), p. 1143-1144.

[207] Ewan McKendrick, "Force Majeure and Frustration- Their Relationship and a Comparative Assessment", en Ewan McKendrick (ed.), *Force Majeure and Frustration of Contract*, London (1995), p. 38; John Cartwright, *Contract Law. An Introduction to the English Law of Contract for the Civil Lawyer*, Oxford (2007), p. 238; Neil Andrews, *Contract Rules. Decoding English Contract Law*, Cambridge-Antwerp-Portland (2016), p. 248.

[208] No todos los casos de la Coronación se refieren al cortejo de la ceremonia de la coronación en Londres, en los cuales la cancelación es considerado en todos ellos un caso de *frustration*. En *Herne Bay Steam Boat Co. v. Hutton* el contrato y la disputa se referían a una parada naval posterior a la coronación en honor al nuevo rey. Como la parada no se canceló, aunque la presencia de Eduardo VII si, el tribunal inglés entendió que el propósito del contrato no había quedado frustrado por entero.

En cuanto a los presupuestos para la aplicación de la *frustration*[209] como excusa frente a la inejecución del contrato, requiere que la incidencia sobre la naturaleza de la prestación o el propósito del contrato hayan ocurrido sin intervención de ninguno de los contratantes y fuera de su control. Es preciso igualmente que el contrato no haya establecido que el riesgo que se materializa con el efecto del cambio de circunstancias sea asumido por alguno de los contratantes, de modo que la frustración del contrato es de aplicación subsidiaria a la distribución de riesgo marcada por los propios contratantes en su acuerdo. No parece estar del todo resuelta la cuestión de si es necesario que el cambio de circunstancias hubiera sido imprevisible al tiempo de contratar. No parece constituir un presupuesto imprescindible, pero puede operar como factor que permita atribuir implícitamente el riesgo previsible a una de las partes y excluir con ello la frustración. Por otra parte, el Derecho inglés no admite la frustración meramente económica o de esfuerzo de cumplimiento[210]. Para que haya *frustration* es necesario una transformación fundamental de la naturaleza de la ejecución del contrato o la desaparición del fin o propósito contractual.

En cuanto a las consecuencias jurídicas de la frustración del contrato, no cabe la adaptación o modificación del mismo. El único efecto es la terminación de la relación contractual que se produce, además, de forma automática en el momento del advenimiento del suceso generador de la frustración. El efecto extintivo, pues, no depende de la declaración de una de las partes o aún menos, de la reclamación o pretensión judicialmente deducida tendente a producir el efecto extintivo. La terminación, sin embargo, no es retroactiva, de modo que las obligaciones cumplidas y las prestaciones intercambiadas en virtud del contrato hasta la fecha del evento determinante de la frustración permanecen inalteradas.

De hecho, otros de los casos de la Coronación, como *Blakeley v. Muller* y *Chandler v. Webster*, establecieron que no cabía restitución alguna de las prestaciones ya realizadas en caso de frustración. A la vista de lo que se percibía como excesiva rigidez en la determinación de los efectos de la frustración[211], un caso de 1941 (*Fibrosa Spolka Akcyna v. Fairbairn Lawson Combe Barbour Ltd*., relativo a un contrato celebrado en julio de 1939 para fabricación de máquinas entre una sociedad polaca y una inglesa, con una parte del precio pagada de modo anticipado) se apartó de la solución de no permitir en absoluto pretensiones restitutorias o de compensación, y animó a intervenir al legislador[212] a fin de flexibilizar las consecuencias de la frustración y permitir que

---

[209] Ewan McKendrick, "Force Majeure and Frustration- Their Relationship and a Comparative Assessment", en Ewan McKendrick (ed.), *Force Majeure and Frustration of Contract*, London (1995), p. 37 y ss.; John Cartwright, *Contract Law. An Introduction to the English Law of Contract for the Civil Lawyer*, Oxford (2007), p. 238 y ss; Neil Andrews, *Contract Rules. Decoding English Contract Law*, Cambridge-Antwerp-Portland (2016), p. 248 y ss.

[210] John Cartwright, *Contract Law. An Introduction to the English Law of Contract for the Civil Lawyer*, Oxford (2007), p. 240; Klaus Peter Berger y Daniel Behn, "Force Majeure and Hardship in the Age of Corona: A Historical and Comparative Study", *McGill Journal of Dispute Resolution* (2020), p. 110.

[211] De hecho, en *Chandler v. Webster*, el tribunal entendió que las prestaciones que debieron hacerse antes de la cancelación del cortejo -la parte del precio anticipado que no se había abonado aún a pesar de estar vencida- tendrían que cumplirse pues el "*discharge*" solo ocurría a la fecha de la cancelación. Sobre estos casos, *vid*. Roy McElroy y Glanville Williams, "The Coronation Cases - II", *The Modern Law Review* (1941), p. 1 y ss. Se debe indicar que hay analistas, sin embargo, que consideran preferible la solución rígida de *Chandler v. Webster*: Victor Goldberg, "After Frustration: Three Cheers for *Chandler v. Webster*", *Washington & Lee Law Review* (2011), p. 1144 y ss.; Victor Goldberg, *Rethinking Contract Law and Contract Design*, Cheltenham (2015), cap. 12.

[212] Es la *Law Reform (Frustrated Contracts) Act* de 1943. Esta reforma legal no es aplicable en todo el Reino Unido. Por ejemplo, en Escocia no lo es y por tanto en caso de frustración del contrato las pretensiones de restitución o de abono de atribuciones no compensadas se articulan a través de la clásica *condictio causa data, causa non secuta*:

los pagos anteriores a la frustración pudieran ser objeto de restitución y los beneficios o atribuciones conferidos y no pagados pudieran ser abonados.

En definitiva, la aproximación del Derecho inglés a la incidencia de la alteración de circunstancias fundamentales sobre el contrato es abiertamente restrictiva y se expresa a través de un expediente conceptual (la "*frustration*") que se relaciona más con una vertiente resolutoria de la fuerza mayor –ampliamente entendida– que no con el devenir de la cláusula *rebus* o la base del negocio. En Derecho inglés, el mantenimiento de los términos pactados y la cautela máxima de los jueces y tribunales a la hora de interferir con el contenido contractual querido por las partes se consideran esenciales para el funcionamiento del Derecho de contratos.

En Estados Unidos, en una buena medida, la situación no es muy diferente a la descrita para el Derecho inglés, si bien no es totalmente coincidente. El *Common Law* en los Estados Unidos distingue entre "impracticability" (una noción amplia de imposibilidad de la prestación)[213] y la "frustration", sustancialmente inspirada en la noción inglesa. Esto lo podemos ver reflejado en las secciones 261 y 265 del *Restatement (Second) of Contract* del *American Law Institute*, que pretende ser una recopilación de la situación dominante en el *Common Law* de las jurisdicciones estadounidenses.

> "*Section 261. Discharge by Supervening Impracticability*
> *Where, after a contract is made, a party's performance is made impracticable without his fault by the occurrence of an event the non-occurrence of which was a basic assumption on which the contract was made, his duty to render that performance is discharged, unless the language or the circumstances indicate the contrary."*
>
> "*Section 265. Frustration of purpose:*
> *Where, after a contract is made, a party's principal purpose is substantially frustrated without his fault by the occurrence of an event the non-occurrence of which was a basic assumption on which the contract was made, his remaining duties to render performance are discharged, unless the language or circumstances [of the contract] indicate the contrary."*

En ambos casos, no obstante, el efecto de la "*supervening impracticability*" y la "*frustration of purpose*" son prácticamente idénticos: la exoneración del contratante afectado por la inviabilidad prestacional o la frustración del fin contractual en lo relativo a los deberes contractuales alcanzados por una u otra. En ambos casos, además, la relevancia del cambio de circunstancias que hace inviable la prestación o frustra el propósito contractual se funda en una "*shared assumption*"[214] inmanente al contrato y relativa a la inexistencia de la circunstancia generadora de la inviabilidad de la prestación o el colapso del fin contractual.

Ewoud Hondius y Hans Christoph Grigoleit (eds.), *Unexpected Circumstances in European Contract Law*, Cambridge (2011), p. 171-172.

[213] El origen de la noción de *impracticability* en Estados Unidos se suele atribuir a la sentencia *Mineral Park Land v. Howard*, un caso californiano de 1916 relativo a un contrato de extracción de grava como material para construir un puente, siendo así que una parte importante del terreno de extracción estaba bajo el agua: "*A thing is impossible in legal contemplation when it is not practicable; and a thing is impracticable when it can only be done at excessive and unreasonable cost*".

[214] Sobre este "*shared assumption test*", véase Melvin A. Eisenberg, "Impossibility, Impracticability and Frustration", *Journal of Legal Analysis* (2009), p. 211 y ss; Melvin A. Eisenberg, *Fundamental Principles of Contract Law*, Oxford (2018), 628 y ss.

Por otra parte, en Estados Unidos, el *Uniform Commercial Code* (una ley uniforme modelo adoptada, con variantes, como ley estatal por todos los Estados, salvo Louisiana, que ha acogido solo una pequeña parte) también se ocupa de la cuestión introduciendo lo que se ha venido en llamar "*109uficient impracticability*"[215].

Así, el §2-615 UCC (Failure of Presupposed Conditions) establece en su apartado (a):

> "*Except so far as a seller may have assumed a greater obligation and subject to the preceding section on substituted performance*:
>
> (a) *Delay in delivery or non-delivery in whole or in part by a seller who complies with paragraphs (b) and (c) is not a breach of his duty under a contract for sale if performance as agreed has been made impracticable by the occurrence of a contingency the non-occurrence of which was a basic assumption on which the contract was made or by compliance in good faith with any applicable foreign or domestic governmental regulation or order whether or not it later proves to be invalid*."

El precepto rige para contratos de transmisión de bienes (compraventa, suministro y similares). En relación con los contratos de cesión de uso de bienes, el §2ª-405 UCC (Excused Performance) establece una previsión casi idéntica en su apartado (a):

> "*Subject to Section 2A-404 on substituted performance, the following rules apply*:
>
> *(a) Delay in delivery or nondelivery in whole or in part by a lessor or a supplier who complies with paragraphs (b) and (c) is not a default under the lease contract if performance as agreed has been made impracticable by the occurrence of a contingency the nonoccurrence of which was a basic assumption on which the lease contract was made or by compliance in good faith with any applicable foreign or domestic governmental regulation or order, whether or not the regulation or order later proves to be invalid*."

Es muy discutido en la jurisprudencia y la doctrina[216] estadounidense la medida en que estas previsiones del UCC pueden ofrecer sustento a pretensiones de resolución o, incluso, de modificación del contrato en atención a un cambio de circunstancias que provoca un importante incremento del coste de realizar la prestación contractualmente establecida o que priva casi por entero de valor al contrato para una de las partes. La aplicación por los tribunales estadounidenses es, en conjunto, notablemente restrictiva[217].

Nótese, en todo caso, que ambos preceptos del UCC contemplan únicamente al prestador característico (vendedor o suministrador, en los contratos transmisivos; arrendador o

---

[215] Sukhnam Digwa-Singh, "The Application of Commercial Impracticability under Article 2-615 of the Uniform Commercial Code", en Ewan McKendrick (ed.), *Force Majeure and Frustration of Contract*, London (1995), p. 305 y ss.; Robert Scott y Alan Schwartz, *Commercial Transactions: Principles and Policies*, 2ª ed., Westbury (N Y) (1991), p. 436 y ss.; Robert Scott y Jody Kraus, *Contract Law and Theory*, 4ª ed. Newark (NJ) (2007), p. 747 y ss.

[216] Cfr. el debate entre Melvin A. Eisenberg y Victor Goldberg: Melvin A. Eisenberg, "Impossibility, Impracticability and Frustration", *Journal of Legal Analysis* (2009), p. 207; Melvin A. Eisenberg, "Impossibility, Impracticability and Frustration-Professor Goldberg Constructs an Imaginary Article, Attributes it to Me, and then Criticizes It", *Journal of Legal Analysis* (2010), p. 383. Victor Goldberg, "Excuse Doctrine: The Eisenberg Uncertainty Principle", *Journal of Legal Analysis* (2010), p. 359; Victor Goldberg, *Rethinking Contract Law and Contract Design*, Cheltenham (2015), cap. 11.

[217] Robert Scott y Jody Kraus, *Contract Law and Theory*, 4ª ed. Newark (NJ) (2007), p. 749.

suministrador en leasing, en los contratos relativos al uso) y no al deudor de una obligación dineraria, de modo que el comprador o el arrendatario no podrían valerse de las disposiciones del UCC para liberarse o pretender la modificación de sus obligaciones. La *commercial impracticability* se refiere a riesgos que amenazan un incremento de los costes de cumplimiento de la prestación y no al menor valor de la contraprestación que pueda experimentar el receptor de la prestación (que sí podría ser, en su caso, analizable bajo la perspectiva de la frustración del propósito del contrato)[218].

En síntesis, aunque el Derecho de contratos de los Estados Unidos parece en principio algo más abierto que el Derecho inglés a la relevancia de los cambios extraordinarios en las circunstancias en la vigencia de las obligaciones contractuales, en términos comparativos no hay duda alguna que su régimen legal es notablemente más restrictivo que los de ordenamientos europeos (y señaladamente el alemán) a la hora de dar cauce a pretensiones extintivas o modificativas del contrato basadas en la alteración esencial de las circunstancias concurrentes[219].

4.5. Propuestas internacionales en materia contractual

Distintos textos internacionales (no vinculantes) sobre Derecho de contratos contienen reglas relativas a la influencia del cambio de circunstancias sobre el contenido y mantenimiento de la vigencia del contrato.

El primero de ellos viene dado por los Principios del Derecho europeo del contrato o Principios Lando.

En particular, el Artículo 6:111, titulado "Cambio de circunstancias", tiene el siguiente contenido:

> "*(1) Las partes deben cumplir con sus obligaciones, aun cuando les resulten más onerosas como consecuencia de un aumento en los costes de la ejecución o por una disminución del valor de la contraprestación que se recibe.*
>
> *(2) Sin embargo, las partes tienen la obligación de negociar una adaptación de dicho contrato o de poner fin al mismo si el cumplimiento del contrato resulta excesivamente gravoso debido a un cambio de las circunstancias, siempre que:*
>
> *(a) Dicho cambio de circunstancias haya sobrevenido en un momento posterior a la conclusión del contrato. (b) En términos razonables, en el momento de la conclusión del contrato no hubiera podido preverse ni tenerse en consideración el cambio acaecido. (c) A la parte afectada, en virtud del contrato, no se le pueda exigir que cargue con el riesgo de un cambio tal de circunstancias.*

---

[218] George Triantis, "Contractual Allocations of Unknown Risks: A Critique of the Doctrine of Commercial Impracticability", *University of Toronto Law Journal* (1992), p. 454.

[219] Sukhnam Digwa-Singh, "The Application of Commercial Impracticability under Article 2-615 of the Uniform Commercial Code", en Ewan McKendrick (ed.), *Force Majeure and Frustration of Contract*, London (1995), p. 330-331; Klaus Peter Berger y Daniel Behn, "Force Majeure and Hardship in the Age of Corona: A Historical and Comparative Study", *McGill Journal of Dispute Resolution* (2020), p. 106.

(3) Si en un plazo razonable las partes no alcanzan un acuerdo al respecto, el juez o tribunal podrá:

(a) Poner fin al contrato en los términos y fecha que considere adecuado.

(b) O adaptarlo, de manera que las pérdidas y ganancias resultantes de ese cambio de circunstancias se distribuyan entre las partes de forma equitativa y justa."

En cualquiera de los casos, el juez o tribunal podrá ordenar que la parte que se negó a negociar o que rompió dicha negociación de mala fe, proceda a reparar los daños causados a la parte que sufrió dicha negativa o dicha ruptura.

En los principios Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales (versión 2016; la primera versión es de 1994) encontramos una sección (la 2), en el Capítulo 6, dedicado al cumplimiento del contrato, relativo a la excesiva onerosidad o *hardship*. La sección comprende tres artículos, con el siguiente contenido:

"ARTÍCULO 6.2.1 (Obligatoriedad del contrato)

Cuando el cumplimiento de un contrato llega a ser más oneroso para una de las partes, esa parte permanece obligada, no obstante, a cumplir sus obligaciones salvo lo previsto en las siguientes disposiciones sobre "excesiva onerosidad" (hardship).

ARTÍCULO 6.2.2 (Definición de la "excesiva onerosidad" (hardship))

Hay "excesiva onerosidad" (hardship) cuando el equilibrio del contrato es alterado de modo fundamental por el acontecimiento de ciertos eventos, bien porque el costo de la prestación a cargo de una de las partes se ha incrementado, o porque el valor de la prestación que una parte recibe ha disminuido, y: (a) dichos eventos acontecen o llegan a ser conocidos por la parte en desventaja después de la celebración del contrato; (b) los eventos no pudieron ser razonablemente tenidos en cuenta por la parte en desventaja en el momento de celebrarse el contrato; (c) los eventos escapan al control de la parte en desventaja; y (d) el riesgo de tales eventos no fue asumido por la parte en desventaja.

ARTÍCULO 6.2.3 (Efectos de la "excesiva onerosidad" (hardship))

(1) En caso de "excesiva onerosidad" (hardship), la parte en desventaja puede reclamar la renegociación del contrato. Tal reclamo deberá formularse sin demora injustificada, con indicación de los fundamentos en los que se basa.
(2) El reclamo de renegociación no autoriza por sí mismo a la parte en desventaja para suspender el cumplimiento.
(3) En caso de no llegarse a un acuerdo dentro de un tiempo prudencial, cualquiera de las partes puede acudir a un tribunal.
(4) Si el tribunal determina que se presenta una situación de "excesiva onerosidad" (hardship), y siempre que lo considere razonable, podrá: (a) resolver el contrato en fecha y condiciones a ser fijadas; o (b) adaptar el contrato con miras a restablecer su equilibrio."

El Marco Común de Referencia del Derecho contractual europeo (*Common Frame of Reference*) contiene también una previsión sobre la materia, en el Libro III, dedicado a las obligaciones y los derechos.

> "*III.–1:110: Modificación o extinción por el juez a causa de un cambio en las circunstancias*
>
> *(1) Toda obligación debe cumplirse aun cuando el cumplimiento de la misma resulte más oneroso como consecuencia de un aumento en los costes de la ejecución o por una disminución del valor de la contraprestación que se recibe.*
>
> *(2) Sin embargo, si debido a un cambio excepcional en las circunstancias el cumplimiento de una obligación contractual o de una obligación derivada de un acto jurídico unilateral resulta tan oneroso que sería manifiestamente injusto seguir exigiendo su cumplimiento al deudor, el juez podrá:*
> *(a) modificar la obligación a fin de hacerla más razonable y equitativa en las nuevas circunstancias; o*
> *(b) extinguir la obligación en una fecha y en unas condiciones que determinará el juez.*
>
> *(3) El apartado (2) se aplicará únicamente si:*
> *(a) el cambio en las circunstancias se produjo después de contraerse la obligación;*
> *(b) el deudor no tuvo en cuenta en ese momento, y cabe razonablemente esperar que no tuviese en cuenta, la posibilidad de que se produjese dicho cambio en las circunstancias o la magnitud del mismo;*
> *(c) el deudor no asumió, y no puede razonablemente darse por asumido, el riesgo de dicho cambio en las circunstancias; y*
> *(d) el deudor ha intentado, razonablemente y de buena fe, negociar una modificación razonable y equitativa de los términos que regulan la obligación."*

La Propuesta (finalmente no adoptada) de 2011 de Reglamento Europeo (finalmente no adoptado) relativo a una normativa común de compraventa europea, y generalmente conocida como *Common European Sales Law* (CESL), contiene también una disposición sobre cambio de circunstancias[220].

> "*Artículo 89 Cambio en las circunstancias*
>
> *1. Una parte deberá cumplir sus obligaciones aun cuando el cumplimiento de las mismas resulte más oneroso como consecuencia de un aumento en los costes de la ejecución o por una disminución del valor de la contraprestación que se recibe.*
> *Cuando el cumplimiento resulte excesivamente oneroso debido a un cambio excepcional en las circunstancias, las partes tendrán el deber de iniciar negociaciones para adaptar o resolver el contrato.*

[220] Fryderyk Zoll, "Art. 89", en Reiner Schulze (ed.), *Common European Sales Law (CESL). Commentary*, Baden-Baden (2012), p. 416 y ss.; Hannes Unberath y Ewan McKendrick, "Supervening Events", en Gerhard Dannemann y Stefan Vogenauer (eds.), *The Common European Sales Law in Context. Interactions with English and German Law*, Oxford (2013), p. 562 y ss.; Reiner Schulze y Fryderik Zoll, *European Contract Law*, Baden-Baden (2016), p. 237-238.

2. Si las partes no llegan a un acuerdo en un plazo razonable, un órgano jurisdiccional, a petición de cualquiera de las partes, podrá:
(a) adaptar el contrato para adecuarlo a lo que las partes habrían razonablemente acordado en el momento de su celebración si hubieran tenido en cuenta el cambio en las circunstancias; o
(b) resolver el contrato a tenor del artículo 8 en fecha y condiciones que deberán ser fijadas por él.

3. Los apartados 1 y 2 se aplicarán únicamente si:
(a) el cambio en las circunstancias se produjo después de la celebración del contrato;
(b) la parte que invoca el cambio de circunstancias no tuvo en cuenta en ese momento, y no pueda esperarse que lo tuviese en cuenta, la posibilidad de que se produjese dicho cambio en las circunstancias o la magnitud del mismo; y
(c) la parte perjudicada no asumió, y es razonable suponer que no asumiera, el riesgo de dicho cambio en las circunstancias.

4. A efectos de los apartados 2 y 3, se entenderá que los tribunales arbitrales forman parte de los órganos jurisdiccionales".

Por su parte, el Convenio de Viena sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías no contiene regla específica sobre cambio de circunstancias, aunque si prevé (art. 79) la liberación de responsabilidad por daños si el incumplimiento se debe a un impedimento fuera de su control: "*Una parte no será responsable de la falta de cumplimiento de cualquiera de sus obligaciones si prueba que esa falta de cumplimiento se debe a un impedimento ajeno a su voluntad y si no cabía razonablemente esperar que tuviese en cuenta el impedimento en el momento de la celebración del contrato, que lo evitase o superase, o que evitase o superase sus consecuencias*." Con todo, es frecuente que los comentaristas del Convenio de Viena amparen consideraciones relativas al cambio extraordinario de circunstancias y *hardship*[221].

En cuanto a los textos internacionales expuestos más arriba, en conjunto y con pequeños matices guardan notable similitud entre sí[222]. Es indudable la influencia en su inspiración y redacción del desarrollo de la doctrina alemana de la base del negocio y la adaptación del contrato cuando esta resulta fundamentalmente alterada. Todos ellos comienzan con un recordatorio de la obligatoriedad y fuerza vinculante de los términos pactados. Los Principios Unidroit refieren el supuesto de hecho a la alteración esencial del equilibrio contractual, sea debido a un incremento del coste de cumplimiento o a una minusvalía en la contraprestación que se ha de recibir. Los Principios Lando, el Marco Común de Referencia y el CESL se remiten a un cambio de circunstancias que hace el cumplimiento excesivamente oneroso (o tan oneroso que resulta manifiestamente injusto mantener la exigencia de cumplimiento original).

---

[221] Ingeborg Schwenzer, "Art. 79", en Peter Schlechtriem e Ingeborg Schwenzer (eds.), *Kommentar zum einheitlichen UN Kaufrecht CISG*, 5ª ed., München (2008), Rn 4; Ingeborg Schwenzer, "Force Majeure and Hardship in International Sales Contracts", *Victoria University of Wellington Law Review* (2008), p. 713 y ss. En España, Pablo Salvador Coderch, "Comentarios a los arts. 79 y 80", en Luis Díez-Picazo y Ponce de León, *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*. Civitas, Madrid (1997), pp. 635 y ss.

[222] Thomas Rüfner, "Change of Circumstances", en Nils Jansen y Reinhard Zimmermann (eds.), *Commentaries on European Contract Laws*, Oxford (2018), p. 909.

En cuanto a la incidencia del cambio de circunstancias sobre el contrato, en los cuatro textos se menciona tanto el aumento del coste de ejecución de la prestación como la disminución del valor de la contraprestación.

En cuanto a las consecuencias de la doctrina, los textos internacionales ofrecen mayor flexibilidad que el Derecho alemán en cuanto a la opción entre adaptación del contrato y resolución[223], e introducen de manera más marcada que el ordenamiento alemán la renegociación del contrato por las partes como solución preferible antes de la intervención judicial (cualquiera que sea el efecto, modificativo o resolutorio, que pueda imponerse en sede judicial).

De hecho, tanto en los Principios Lando como en los Principios Unidroit aparece de manera expresa la idea de una facultad o derecho a pretender una renegociación de buena fe de los términos pactados. En cuanto al correlativo deber de la contraparte de someterse a este proceso de renegociación de buena fe, los Principios Lando lo presuponen, pues sin tal deber carecería de sustento la previsión explícita que en ellos se contiene acerca de la facultad del juez de imponer a quien se niega a negociar o rompe la negociación de mala fe la obligación de reparar los daños causados a la parte que sufrió dicha negativa o dicha ruptura[224].

Ningún Derecho nacional (y tampoco el Marco Común de Referencia a pesar de la similitud entre su contenido y el de los Principios Lando en esta materia) ha acogido la idea de prever explícitamente una sanción indemnizatoria a la parte contractual que no se aviene a renegociar un contrato cuando la contraparte lo exige alegando la existencia de un cambio extraordinario de circunstancias.

Finalmente, conviene advertir que ninguno de estos textos de *soft law* sobre materia contractual ha sido adoptado en las legislaciones nacionales europeas en lo relativo a la alteración sobrevenida de circunstancias extraordinarias.

5. El fondo de la cuestión de la *rebus*: situaciones de emergencia, crisis económicas y contratos

Una vez analizada la configuración jurisprudencial de la cláusula *rebus* en España y el régimen aplicable en los ordenamientos de referencia de nuestro entorno cultural, político y jurídico, toca analizar algunas cuestiones relativas al fondo de la cuestión de la *rebus*. En particular, dado el contexto y la motivación que subyace a diferentes propuestas recientes en nuestro país, merece estudiarse con detenimiento la función de la doctrina *rebus* y, singularmente, las dificultades e inconvenientes de su aplicación en situaciones de crisis económica, pues es precisamente su conceptuación como herramienta fundamental para abordar jurídicamente la dinámica contractual en escenarios de esta clase lo que comparten buena parte de las propuestas recientes en España tendentes a la codificación de la cláusula *rebus*. Esto es particularmente perceptible en las propuestas del Profesor Javier Orduña Moreno, el cual defiende la normalización y la no

[223] Fryderyk Zoll, "Art. 89", en Reiner Schulze (ed.), *Common European Sales Law (CESL). Commentary*, Baden-Baden (2012), p. 424 destaca en relación con el art. 89 CESL que no puede tratarse al amparo del mismo a la resolución como solución de última ratio y que puede con frecuencia ser una solución más adecuada.

[224] En las notas explicativas al Art. 6:111 de los Principios Lando se afirma expresamente que el deber de sujetarse a renegociar el contrato es un deber autónomo y sujeto a su propia sanción (indemnizatoria): Ole Lando y Hugh Beale, *Principles of European Contract Law. Parts I and II. Combined and Revised*, The Hague (1999), p. 326.

excepcionalidad de la modificación contractual vía doctrina (o más bien, en su concepto, regla) rebus, tanto en la conmutatividad y buena fe del comercio jurídico[225], como en su virtualidad de mecanismo de ajuste de los contratos a las oscilaciones cíclicas de la economía que considera que aun siendo de gran calado son cada vez "menos extraordinarias"[226].

5.1. Ineptitud de la cláusula rebus para aplanar las curvas de los ciclos económicos

Con independencia de las dificultades aplicativas de la doctrina *rebus* en una gran variedad de circunstancias[227], queremos destacar la falta de idoneidad de la cláusula *rebus* para resolver los casos de desequilibrio prestacional fruto de las crisis económicas.

A este respecto, no es ocioso recordar que para el Tribunal Supremo -a excepción de los casos aislados del bienio 2012-2014-, las crisis económicas no son hechos imprevisibles para los contratantes profesionales y que "*concurre culpa del deudor al no prever la existencia de una situación de riesgo que era posible anticipar mentalmente, dado que las fluctuaciones del mercado son cíclicas, como la historia económica demuestra*"[228]. Las crisis económicas que marcan las fases descendentes de los ciclos económicos que caracterizan de manera permanente la evolución macroeconómica de las sociedades no se compadecen bien con la propia lógica de la cláusula *rebus* en el Derecho español -y también en la mejor doctrina en cuanto a la funcionalidad económica de esta doctrina y sus homólogas en otros sistemas jurídicos-.

Sin embargo, los partidarios de positivizar en España la *rebus* en este momento aducen que una de las ventajas, si no la principal, de la "moderna" configuración de la *rebus* es servir de bálsamo para aliviar los rigores de las crisis económicas. No hay tal.

Amparar, o incluso incentivar, que aquellos contratantes que han visto reducida la rentabilidad o utilidad que esperaban obtener de un contrato puedan recurrir a la cláusula *rebus* no serviría

---

[225] Javier Orduña Moreno, *Cláusula Rebus y Modernización del Derecho Contractual: tratamiento doctrinal y jurisprudencial*, Francis Lefevre, Madrid (2020), p. 6. Muy críticos con esta idea de la "conmutatividad del comercio jurídico" como principio organizador del Derecho de contratos, Ángel Carrasco Perera, "Comentario a la sentencia de 15 de octubre de 2014. Reivindicación y defensa de la vieja doctrina rebus sic stantibus", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil 98, mayo-agosto (2015)*, p. 203; Mª Ángeles Parra Lucán, "Riesgo imprevisible y modificación de los contratos", *InDret* 4/2015 (2015), p. 26.

[226] Javier Orduña Moreno, *Cláusula Rebus y Modernización del Derecho Contractual: tratamiento doctrinal y jurisprudencial*, Francis Lefevre, Madrid (2020), p. 7. Se refiere también, aunque de forma menos central, a la idea de combatir las consecuencias de los ciclos económicos, particularmente en casos históricos de crisis profundas o recesiones económicas, Pablo Salvador Coderch, Alteración de circunstancias en el art. 1213 de la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos, *Indret* 4/2009 (2009), p. 52.

[227] Muchos autores en muy distintos contextos jurídicos señalan las dificultades de ofrecer criterios precisos para hacer operativa la doctrina rebus a la hora de solucionar adecuadamente los problemas generados por la incidencia de cambios extraordinarios de circunstancias sobre la dinámica contractual y la insuficiencia de cualquier fórmula teórica o de redacción textual de la doctrina que pueda solventar las mismas: Thomas Rüfner, "Change of Circumstances", en Nils Jansen y Reinhard Zimmermann (eds.), *Commentaries on European Contract Laws*, Oxford (2018), p. 909; Ángel Carrasco Perera, *Derecho de Contratos*, 2ª ed., Cizur Menor (2017), p. 977; Fryderyk Zoll, "Art. 89", en Reiner Schulze (ed.), *Common European Sales Law (CESL). Commentary*, Baden-Baden (2012), p. 419; George Triantis, "Contractual Allocations of Unknown Risks: A Critique of the Doctrine of Commercial Impracticability", *University of Toronto Law Journal* (1992), p. 476-477.

[228] STS de 8 de octubre de 2012 (RJ 2012,9027).

para aliviar los problemas derivados de una crisis y económica y, al mismo tiempo, perjudicaría profundamente la certeza y estabilidad del régimen contractual en su conjunto[229].

La cláusula *rebus* no puede, por su propia naturaleza, servir para aplacar los efectos de las crisis económicas. Es un instrumento de intervención ex post en el decurso de relaciones contractuales en marcha que requiere de información individual sobre los contratantes y los términos explícitos e implícitos pactados por las partes. Precisa, en caso de que la renegociación voluntaria no llegue a buen puerto, una decisión judicial que no es fácil de anticipar en sus detalles, con lo que los "*disagreement points*" o posiciones de reserva de las partes no están bien precisados, lo que, a su vez, dificulta el acuerdo en la renegociación emprendida por las partes. En este sentido, algunos de los casos clásicos de utilización de la rebus en situaciones de crisis macroeconómica no son una buena referencia de la complejidad de la tarea de afinar los presupuestos y las soluciones bajo la doctrina rebus. Una hiperinflación galopante (como en el *Vigogne-Spinnerai Fall* alemán de 1923) es fácil de identificar y el remedio no requiere la precisión de un cirujano, basta sustituir el principio nominalista en las deudas de dinero por el valorista (lo que, por otra parte, hace predecir que, en el mundo de hoy, el legislador y las autoridades monetarias ya adopten las medidas al efecto y no quede el problema a cargo de los tribunales).

Todo lo anterior sugiere que no cabe augurar que la rebus pueda razonablemente operar como instrumento de aplicación simple y generalizada a una multiplicidad de contratos -y las crisis económicas, por definición, afectan a muchísimas relaciones contractuales-. Carece del carácter sistémico y generalizado que las dificultades macroeconómicas requieren.

Por las mismas razones, no es una herramienta lo suficientemente ágil para servir eficazmente a las necesidades de protección –sobre la liquidez, sobre los ingresos, sobre el patrimonio– de quienes se ven seriamente tocados por una crisis. Como acabamos de señalar, no serán pocos los casos en los que la aplicación de la cláusula *rebus* deba ser decidida por los tribunales, lo que necesariamente determinará que la solución –aun suponiendo que sea de verdad una solución– llegue necesariamente tarde para paliar las consecuencias de una recesión económica para ciertos grupos de contratantes.

Ante este argumento habrá quien apunte que es posible solicitar medidas cautelares que permitirían anticipar sus efectos. Es cierto, pero probablemente tampoco sea un mecanismo lo suficientemente ágil si el cambio en las circunstancias está provocando una situación inmediata de grave dificultad de cumplimiento. Además, por su naturaleza indiciaria y provisional, llevan aparejadas un elevado nivel de incertidumbre y una gran varianza en cuanto a su apreciación y alcance.

En definitiva, la propia naturaleza conceptual e institucional de la cláusula *rebus* la hacen un instrumento que no es adecuado para tratar de "aplanar" las oscilaciones del ciclo económico.
No lo es porque no es un instrumento sistémico con alcance para el conjunto del sistema económico, que es el tipo de intervención eficaz para problemas de índole macroeconómica. Muy al contrario, la doctrina *rebus* es un instrumento de precisión que opera en el seno de una concreta relación contractual.

[229] Vid. en sentido similar, Diego Armero Montes y Ángel Maestro Martí, "Los intentos de positivización de la regla rebus sic stantibus", La Ley: Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía, (2020).

No lo es porque los tribunales que han de apreciar la concurrencia de los presupuestos de la cláusula *rebus* e imponer las soluciones a los contratos al amparo de la misma carecen de la información para establecer los términos contractuales más ajustados a las exigencias del ciclo económico.

No lo es porque sujetar los contratos al albur de la intervención judicial ante las distintas situaciones de mercado, de demanda y oferta y de expansión o contracción económica, aunque se reserve para casos "extraordinarios e imprevisibles", tendrá un efecto global de erosión de la certidumbre del régimen contractual (y los contratantes, sobre todo los que pueden "votar con los pies" y optar por el derecho de contratos aplicable, reaccionan con severidad y prontitud ante la incertidumbre).

De hecho, la doctrina que se ha ocupado de manera más detallada de la posible utilización de la revisión judicial del contrato (o la resolución) por cambio extraordinario de circunstancias en relación con los cambios de mercado y las oscilaciones económicas, que es la estadounidense, se manifiesta de manera contundente en contra de este uso[230]. Incluso en aquellos limitadísimos casos en los que la doctrina *rebus* (la *117uficient impracticability* para los norteamericanos) puede en abstracto mejorar la distribución del riesgo de tales eventos, la falta de una mínima predictibilidad en sus resultados, unida a las oportunidades que abriría a maniobras interesadas para tratar de alterar lo pactado cuando *ex post* el contrato produce pérdidas o menores ganancias de las esperadas, abonan de forma enérgica el rechazo a su empleo.

Adicionalmente, la pretensión de emplear activa y decididamente la cláusula *rebus* para corregir los rigores de los ciclos económicos contradice dos notas consustanciales a la cláusula *rebus*: la subsidiariedad y la excepcionalidad.

En cuanto al primer aspecto, las partes están mejor situadas *ex ante* para asumir y afrontar los efectos de las oscilaciones económicas que los tribunales de justicia a posteriori. Cuando las partes negocian los términos de un contrato de larga duración, ámbito de aplicación prototípico de la cláusula *rebus*, ya están teniendo en cuenta los posibles vaivenes de la actividad económica. De hecho, los contratos de largo plazo son en sí mismos instrumentos de gestión de los riesgos económicos y de mercado. Así, un propietario que decide arrendar a largo plazo su inmueble en una época de expansión económica está implícitamente asumiendo que el precio determinado

---

[230] Alan Schwartz, "Sales Law and Inflation", en Anthony Kronman y Richard Posner (eds.), *The Economics of Contract Law*, Little Brown, Boston-Toronto (1979), p. 139 y ss.; Michelle J. White, "Contract Breach and Contract Discharge Due to Impossibility: A Unified Theory", *Journal of Legal Studies* (1988), p. 370 y ss.; Victor Goldberg, "Impossibility and Related Excuses", *Journal of Institutional and Theoretical Economics* (1988), p. 101 y ss.; Alan Sykes, "The Doctrine of Commercial Impracticability in a Second-best World", *Journal of Legal Studies* (1990), p. 43; Robert Scott y Alan Schwartz, *Commercial Transactions: Principles and Policies*, 2ª ed., Foundation Press, Westbury (N Y) (1991), p. 448-449; George Triantis, "Contractual Allocations of Unknown Risks: A Critique of the Doctrine of Commercial Impracticability", *University of Toronto Law Journal* (1992), p. 475 y ss.; George Triantis, "Unforeseen Contingencies. Risk Allocation in Contracts", en Bowdewjin Bouckaert y Gerrit de Geest (eds.), *Encyclopedia of Law and Economics*, Vol II, Edward Elgar, Cheltenham (2000). p. 110-11; Victor Goldberg, *Framing Contract Law: An Economic Perspective*, Harvard University Press, Cambridge (MA) (2006), cap. 21; Robert Scott y Jody Kraus, *Contract Law and Theory*, 4ª ed., Lexis Nexis, Newark (NJ) (2007), p. 780-781; Victor Goldberg, *Rethinking Contract Law and Contract Design*, Edward Elgar, Cheltenham (2015), p. 150-151. En España, únicamente Pablo Salvador Coderch, Alteración de circunstancias en el art. 1213 de la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos, *Indret* 4/2009 (2009), p. 35 y ss. considera seriamente la aproximación económica a los instrumentos de modificación ex post del contenido contractual por causas extraordinarias.

que acepta es suficientemente atractivo ahora antes que la expectativa de rentas más altas en el futuro. De forma similar, el arrendatario que decide suscribir ese contrato de arrendamiento de larga duración está pagando por la certidumbre de que dispondrá del inmueble durante un periodo largo de tiempo, lo que le permitirá calcular con certeza los períodos de retorno y amortización de la inversión y le dejará a salvo de un alza en las rentas de mercado de los locales comerciales. La renta arrendaticia, en esos supuestos, tenderá a acercarse a la que sería la renta media del arrendamiento durante su duración esperada, incorporando al cómputo los vaivenes cíclicos de la economía, sea cual sea el fenómeno inmediato (las burbujas de activos inmobiliarios, las expansiones y reducciones por motivos políticos o geoestratégicos del comercio, los impactos positivos y negativos de demanda y oferta) que desencadenan de forma directa las alzas y caídas del ciclo.

En cuanto al segundo, porque si en el Derecho de contratos se introduce de manera relevante el riesgo que cualquiera de las partes pueda zafarse de sus obligaciones y ver estas aliviadas por una decisión judicial *a posteriori*, se reducen y se desfiguran notablemente los incentivos de las partes a dedicar recursos para fijar las condiciones del contrato en atención a los futuros escenarios económicos. Se distorsionan y disuaden las previsiones –e inversiones– a largo plazo. En definitiva, se menoscaba la aptitud del Derecho de contratos de contribuir a la creación de riqueza y a incentivar los intercambios contractuales[231].

5.2. Ineficiencia en la distribución de riesgos

La cláusula *rebus* tampoco es un mecanismo idóneo para la distribución o redistribución de riesgos derivados de la cambiante evolución de la situación y variables económicas. Los únicos riesgos que deberían poder ser objeto de distribución ex post mediante la cláusula *rebus* son aquellos que hubieran resultado imprevisibles en el momento de contratar y cuya consecuencia determine de manera concreta y singular la eliminación del sentido económico del negocio –adviértase que no decimos simple reducción de la utilidad o incremento de coste para una de las partes contratantes–. Interferir ex post en la asignación de riesgos previsibles no puede sino interferir en los incentivos ex ante para abordarlos según el diseño preferido por los contratantes, al menos cuando nos ceñimos a la contratación entre empresas.

Parece, pues, que el núcleo propio de la cláusula *rebus* y sus efectos (la adaptación del contrato o la resolución del contrato que libera de cumplimiento adicional a los contratantes) debe razonablemente referirse a los eventos o cambios de circunstancias de naturaleza idiosincrática, que no están correlacionados con cambios generales en los precios o variables o de mercado[232].

Con esta formulación quedarían excluidos de la *rebus* los riesgos de mercado y los que resultan de las variaciones cíclicas de la actividad económica. Es muy difícil o incluso imposible que estos riesgos sean imprevisibles (por ejemplo, en un contrato de arrendamiento por 25 años el arrendatario no puede ignorar que en tan amplio plazo necesariamente se sucederán periodos de

---

[231] *Vid*. Ángel Carrasco Perera, "Comentario a la sentencia de 15 de octubre de 2014. Reivindicación y defensa de la vieja doctrina rebus sic stantibus", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil 98 mayo-agosto* (2015), p. 175 y ss.

[232] Michelle J. White, "Contract Breach and Contract Discharge Due to Impossibility: A Unified Theory", *Journal of Legal Studies* (1988), p. 374-376; Victor Goldberg, "Impossibility and Related Excuses", *Journal of Institutional and Theoretical Economics* (1988), p. 101 y ss.; Victor Goldberg, *Framing Contract Law: An Economic Perspective*, Harvard University Press, Cambridge (MA) (2006), cap. 21; Victor Goldberg, *Rethinking Contract Law and Contract Design*, Edward Elgar, Cheltenham (2015), p. 150-151.

contracción de la demanda a otros de expansión). Carecería de sentido que la aplicación de la *rebus* permitiese trasladar al arrendador de un inmueble los riegos inherentes a la actividad económica de la cual el inmueble es un *input* junto con otros (financiación, suministros, trabajo y gestión empresarial). Máxime cuando ese mismo arrendatario, como es lógico, probablemente no estará dispuesto a compartir con el arrendador los beneficios que resultan de la exposición al riesgo de oscilación cíclica de la demanda y los precios. En cualquier caso, si las partes hubiesen querido compartir en plenitud los riesgos de actividad, habrían podido suscribir otro tipo de contrato, por ejemplo, un contrato de sociedad. Tienen igualmente a su disposición infinidad de posibilidades (precios variables, índices, previsiones contractuales de revisión de precios en determinados períodos o ante determinados hitos) que contribuyen a compartir riesgos y eventualmente a modificar de manera dinámica a lo largo de la vida del contrato los esquemas de distribución de riesgos inicialmente acordados.

De manera aún más importante, las cuestiones de distribución de riesgos de eventos extraordinarios e imprevisibles a través de la cláusula *rebus* se abordan habitualmente de forma inadecuada e insuficiente en la economía contractual.

En un determinado contrato, si de verdad se piensa que una cierta circunstancia sobrevenida (y las similares a las que pueda aplicarse en el futuro la solución que se elija) es radicalmente imprevisible[233], los efectos *ex ante* carecen, en buena lógica, de relevancia. Por hipótesis, lo que es absolutamente imprevisible[234] en el futuro no lo podemos anticipar y por ello no puede generar incentivos para nuestro comportamiento presente.

Por eso, en relación con un suceso que no ha podido influir en la celebración del contrato y los términos que se pactan, de lo que tenemos que ocuparnos, en el plano económico, es de la perspectiva *ex post*[235]. En un doble aspecto. Uno es la adecuada distribución de los costes que resultan del evento en función de la capacidad de las partes de absorberlos o distribuirlos (el problema de la distribución del riesgo de un evento negativo). El segundo es el de la eficiencia *ex post* en el uso de los recursos, esto es, que los recursos económicos involucrados en el contrato (un inmueble, un esfuerzo empresarial de gestión de una actividad) se dediquen, sin mirar atrás, a sus usos más productivos y socialmente eficientes (el problema de la asignación eficiente).

---

[233] Parte de la doctrina señala que la doctrina rebus y similares debieran circunscribirse a riesgos radicalmente imprevisibles, en el sentido de que no merece la pena, dado su carácter remotísimo, emplear recursos en la negociación del contrato para contemplarlos en sus términos y cláusulas: Clayton Gillette, "Commercial Rationality and the Duty to Adjust Long-Term Contracts", *Minnesota Law Review* (1985), p. 521; Clayton Gillette, "Commercial Relationships and the Selection of Default Rules for Remote Risks", *Journal of Legal Studies* (1990), p. 535; Fryderyk Zoll, "Art. 89", en Reiner Schulze (ed.), *Common European Sales Law (CESL). Commentary*, Baden-Baden (2012), p. 420.

[234] Un sector de la doctrina advierte que en puridad la radical imprevisibilidad no existe y que lo que se halla en juego es el nivel de generalidad o abstracción (o, al contrario, de concreción o individualidad) en la contemplación de un evento que puede incidir en la economía del contrato. Por tanto, la doctrina rebus y similares lo que vienen a reajustar (no a "ajustar") el nivel de abstracción sobre el que distribuir los riesgos de un contrato o a reordenar la división del excedente contractual que se acordó en el contrato inicial para un distinto nivel de abstracción en la distribución de riesgos: George Triantis, "Contractual Allocations of Unknown Risks: A Critique of the Doctrine of Commercial Impracticability", *University of Toronto Law Journal* (1992), p. 474 y ss.; George Triantis, "Unforeseen Contingencies. Risk Allocation in Contracts", en Bowdewjin Bouckaert y Gerrit de Geest (eds.), *Encyclopedia of Law and Economics*, Vol II, Cheltenham (2000). p. 107 y ss. En línea similar, en España, Ángel Carrasco Perera, *Derecho de Contratos*, 2ª ed., Cizur Menor (2017), p. 974-975.

[235] Pietro Trimarchi, "Commercial Impracticability in Contract Law: An Economic Analysis", 11 *International Review of Law and Economics* (1991), p. 63.

Incluso la cuestión de la distribución de riesgos *ex post* habitualmente se estudia tomando como unidad de análisis un determinado contrato y no la totalidad de la posición económica del contratante[236]. Esto puede ser razonable para los casos de nuevas circunstancias que afectan singularmente a una concreta relación contractual y solo a través de esta al conjunto de la posición patrimonial de un contratante. Pero no lo es cuando la alteración imprevisible del escenario fáctico incide directamente sobre el conjunto de la actividad de un contratante y a través de ella en su capacidad de atender sus compromisos contractuales de toda índole. Por ejemplo, en el caso de suspensión o reducción de actividad por motivo del COVID-19, la incidencia no se produce sobre este o aquel contrato en particular de los que es parte en su negocio, sino sobre la propia actividad empresarial o comercial, provocando una bajada, acaso un desplome, de la facturación de aquel cuya actividad ha sido cercenada por las medidas públicas obligatorias. La alteración de circunstancias y sus efectos no se circunscriben a un contrato determinado, sino a su actividad globalmente considerada.

En definitiva, el problema de la asignación óptima de riesgos de graves eventos negativos, impredecibles al tiempo de contratar, no puede hacerse sin atender seriamente al conjunto de circunstancias de la parte que padece el impacto inmediato del evento, así como de las características de sus contrapartes contractuales –de todas, no solo de una de ellas–, salvo que tan solo un contrato se vea afectado por la incidencia negativa. En suma, la asignación óptima del riesgo de las consecuencias negativas de la pandemia para una actividad comercial debe adoptarse considerando globalmente las circunstancias y la aptitud de las partes afectadas para absorberlo o cubrirse frente a él[237]. Esto es muy difícil de lograr con una visión de la cláusula *rebus* que mira estrechamente a la cuestión del equilibrio prestacional en un contrato en particular.

---

[236] Para Alemania, Gerhard Hohloch, "§313", en Harm Peter Westermann (ed.), *Erman Bürgerliches Gesetzbuch*, 11ª ed. Münster-Köln (2004), Rn 27 y ss.; Thomas Finkenauer, "§313", en *Münchener Kommentar zum BGB*, 8ª ed., München (2019), Rn 76-77. En España, las Sentencias del Tribunal Supremo de 30 de junio de 2014 y de 24 de febrero de 2015 (ambas con ponencia de Francisco Javier Orduña Moreno), consideran que el impacto negativo del cambio de circunstancias ha de mirar exclusivamente al contrato concreto respecto del cual se solicita el reequilibrio. La Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de enero de 2019, como argumento adicional para rechazar la aplicación de la cláusula rebus, sin embargo, atiende al resultado global de la actividad del contratante que solicita la aplicación de la rebus, más allá del ámbito estricto del contrato objeto de debate. Precisamente la Magistrada del Tribunal Supremo ponente de esta sentencia (Mª Ángeles Parra Lucán), había defendido previamente en InDret una mirada más amplia y no estrechamente circunscrita al contrato objeto de disputa (por ejemplo, otras relaciones contractuales o elementos definitorios de la situación global de los contratantes): Mª Ángeles Parra Lucán, "Riesgo imprevisible y modificación de los contratos", *InDret* 4/2015 (2015), p. 27.

Desde el punto de vista económico, es claro que la decisión *ex post* acerca de la distribución óptima de riesgos que ha de hacer un tribunal al amparo de la cláusula rebus o de sus equivalentes funcionales es compleja y depende con frecuencia de factores ajenos a la relación contractual individualmente considerada: Richard Posner y Andrew Rosenfield, "Impossibility and Related Doctrines in Contract Law: An Economic Analysis", en Anthony Kronman y Richard Posner (eds.), *The Economics of Contract Law*, Boston-Toronto (1979), p. 123; Michelle J. White, "Contract Breach and Contract Discharge Due to Impossibility: A Unified Theory", *Journal of Legal Studies* (1988), p. 355 y ss.; Michael Trebilcock, "The Role of Insurance Considerations in the Choice of Efficient Civil Liability Rues", *Journal of Law, Economics and Organization* (1988), p. 243 y ss.; George Triantis, "Contractual Allocations of Unknown Risks: A Critique of the Doctrine of Commercial Impracticability", *University of Toronto Law Journal* (1992), p. 476.; George Triantis, "Unforeseen Contingencies. Risk Allocation in Contracts", en Bowdewjin Bouckaert y Gerrit de Geest (eds.), *Encyclopedia of Law and Economics*, Vol II, Cheltenham (2000). p. 109.

[237] Marta Cenini, Barbara Luppi y Francesco Parisi, en Ewoud Hondius y Hans Christoph Grigoleit (eds.), *Unexpected Circumstances in European Contract Law*, Cambridge University Press (2011), p. 41.

5.3. Indeterminación de los supuestos habilitantes y necesaria intervención judicial

La cláusula *rebus*, con independencia de que esté codificada o no, presenta de forma inevitable perfiles inciertos y poco precisos. El examen de Derecho comparado abordado en la sección 4 precedente así lo atestigua. La cláusula *rebus* no es una regla, ni siquiera un criterio de decisión de una controversia, es más bien un instrumental de conceptos para ordenar el tratamiento jurídico contractual de supuestos excepcionales y muy variados en sus particularidades que derivan de alteraciones extraordinarias y no previsibles del escenario fáctico y que inciden directamente sobre las obligaciones contractuales. Por ello, necesariamente, la cláusula *rebus* demanda para su aplicación una exigente tarea a los jueces y tribunales a fin de desentrañar en cada conjunto de circunstancias cuál es la apreciación y solución más ajustada.

En este sentido, resulta sorprendente que los partidarios de codificar la cláusula *rebus* en su configuración más amplia y con un propósito concreto de aliviar los efectos de las crisis económicas esgriman como ventaja la reducción de la litigiosidad. Es de esperar que se produzca justo lo contrario: un efecto llamada que propicie un aluvión de demandas cada vez que cambie el ciclo económico, en sentido negativo o positivo.

Además, los órganos jurisdiccionales no son –o no necesariamente– los más idóneos para determinar y delimitar los conceptos que integran la cláusula *rebus*. Por ejemplo, un juzgado de primera instancia no está mejor posicionado que la partes para decidir si un evento o una circunstancia reúne las características necesarias como para ser calificado como de imprevisible o si tiene la suficiente trascendencia como para afectar o comprometer el equilibrio económico del contrato. Buena prueba de ello es la variedad e inconsistencia en el tratamiento de los autos de medidas cautelares que se han venido dictando (buen número de ellas *inaudita parte*) desde el inicio de la emergencia sanitaria fruto del COVID-19. Los pronunciamientos judiciales son diversos y con frecuencia incoherentes, adoptándose medidas dispares ante situaciones similares, dando lugar a un elevado grado de incertidumbre.

Los argumentos de los demandantes en estas solicitudes de cautelares son, en conjunto, similares y se fundamentan en su mayor parte en la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* y/o de la fuerza mayor. La mayor parte de las resoluciones a la que hemos tenido acceso estiman la solicitud de medidas cautelares y las pocas resoluciones que las deniegan lo hacen por falta de acreditación de la urgencia (es decir, el *periculum)*, no de la apariencia de buen derecho[238]. Es decir, se observa una fuerte tendencia a considerar que la situación generada por la pandemia constituye un cambio extraordinario de circunstancias y que la *rebus* es un mecanismo para combatir las dificultades económicas asociadas a la misma, configurando una apariencia de buen derecho a los efectos de la solicitud y adopción de medidas cautelares.

---

[238] En concreto, como ejemplo de autos que estiman las medidas cautelares puede destacarse los siguientes: Auto nº 15/2020, JPI nº 3 de Zaragoza, 29.04.2020; Auto nº 155/2020, JPI nº 60 de Madrid, 30.04.2020; Auto nº 16/2020, JPI nº 1 de Valencia, 25.06.2020; Auto nº 162/2020, JPI nº 2 de Benidorm, 7.07.2020; Auto nº 55/2020, JPI e INSTR nº 2 de El Prat de Llobregat, 15.07.2020; Auto nº 19/2020, JPI nº 74 de Madrid, 13.08.2020; Auto nº 26/2020, JPI nº 3 de Baracaldo, 31.08.2020; Auto nº 27/2020, JPI nº 3 de Baracaldo, 1.09.2020; Auto nº 136/2020, JPI nº 89 de Madrid, 23.09.2020; y Auto nº 447/2020, JPI nº 81 de Madrid, 25.09.2020;

En cambio, de los autos a los que hemos tenido acceso, los que denieguen la solicitud de medidas cautelares son los siguientes: Auto nº 498/2020, JPI nº 62 de Madrid, 21.12.2020; Auto n. 458/2020, JPI nº 90 de Madrid, 13.11.2020; Auto nº 360/2020, JPI nº 43 de Madrid, 3.11.2020; y Auto nº 22/2020, JPI nº 31 de Barcelona, 21.09.2020.

En cuanto a las medidas concretas que se están acordando por los juzgados destacan (i) la prohibición de ejecución de garantías otorgadas por el arrendatario[239]; (ii) prohibición de iniciar proceso de desahucio; (iii) prohibición de resolver el contrato de arrendamiento; (iv) prohibición de solicitar la inclusión del arrendatario en un listado de morosos y (v) reducciones de la renta arrendaticia, observándose reducciones desde el 25 al 75 por ciento de la renta pactada.

Este problema no hace más que agravarse cuando el órgano judicial ha de decidir en qué sentido y en qué medida debe reequilibrar el contrato; máxime teniendo en cuenta que las partes, que por definición tienen un mejor conocimiento del asunto en cuestión, no pudieron prever estas circunstancias al contratar y no se han puesto de acuerdo. En estas circunstancias, no es infrecuente que los órganos judiciales opten por aplicar una justicia salomónica distribuyendo los riesgos al 50% y haciendo a cada parte responsable de la mitad. Esta solución, que puede parecer justa, no lo es –o no necesariamente–. Si el riesgo no es imprevisible y se puede entender que corresponde solo a una de las partes, su distribución a medias no reequilibra el contrato según la voluntad hipotética de los contratantes.

En definitiva, la cláusula *rebus* y todos sus equivalentes funcionales utilizan criterios jurídicos esencialmente indeterminados *ex ante*. Todas las fórmulas legales adoptadas en distintos sistemas jurídicos se limitan a determinar un marco general y ordenar al operador jurídico que concrete las reglas generales al caso concreto[240]. Ese marco ha venido dado en España, durante años y con un brevísimo paréntesis (en 2014) por una jurisprudencia reiterada y estable del Tribunal Supremo. No tenemos claro que haya buenas razones para cambiar esta situación y apostar por una política jurídica expansiva en materia de intervención ex post sobre los contratos al socaire de las crisis económicos y bajo el manto protector de una cláusula rebus seriamente alterada en cuanto a lo que había sido su funcionamiento habitual en España.

5.4. Cláusula *rebus* y legislación de emergencia

Con ocasión de la crisis económica generada por la emergencia sanitaria derivada del COVID-19 el legislador español, tanto estatal como autonómico, ha dictado leyes de emergencia dirigidas a aliviar la situación de algunos de los operadores económicos a los que la crisis económica viene golpeando con más crudeza. Nos referimos particularmente a las normas dictadas sobre arrendamientos para uso distinto al de vivienda e industrial en relación con inmuebles afectos a actividades económicas contenidas en el Real Decreto-ley 15/2020, de 21 de abril, de medidas urgentes complementarias para apoyar la economía y el empleo (BOE nº 112, de 22.04.2020) (en adelante, "RD-L15/2020") y en el Real Decreto-ley 35/2020, de 22 de diciembre, de medidas urgentes de apoyo al sector turístico, la hostelería y el comercio y en materia tributaria (BOE nº 334, de 23.12.2020) (en adelante, "RD-L 35/2020"), en el ámbito estatal, y al D-L 34/2020 catalán. Todas estas normas prevén medidas de contenido económico (moratorias y quitas) aplicables sobre la renta arrendaticia pactada en un conjunto de contratos de arrendamiento más o menos amplio.

---

[239] En algún caso se ha denegado la suspensión de ejecución de avales a primer requerimiento alegando su carácter abstracto y no accesorio respecto de las obligaciones contractuales de pago: Auto del JPI nº 62 de Madrid de 21 de diciembre de 2020.

[240] Ángel Carrasco Perera, *Derecho de Contratos*, 2ª ed., Aranzadi, Cizur Menor (2017), p. 977.

Una de las cuestiones más interesante que plantea esta legislación de emergencia es la de su relación con la cláusula *rebus*. La cuestión radica en discernir si la aplicación de esta legislación de emergencia a una concreta relación contractual es incompatible con que el arrendatario ejercite ante los tribunales una pretensión de modificación o reequilibrio del contrato en aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* u otro expediente similar.

A diferencia del RD-L 15/2020 y del D-L 34/2020[241], el RD-L 35/2020 no incluye en su Preámbulo ninguna referencia a la cláusula *rebus sic stantibus*[242]. El legislador, para despejar dudas al respecto, hubiera podido excluir expresamente que, en relación con el contrato de arrendamiento para uso distinto al de vivienda e industrial en relación con inmuebles afectos a actividades económicas, la suspensión de actividad y otras consecuencias económicas producto del Estado de Alarma facultaran el ejercicio de pretensiones de alteración de los contratos sobre la base de normas y doctrinas generales al margen de las disposiciones especiales del propio RD-L 35/2020. Sin embargo, el legislador ha optado por guardar silencio al respecto.

Se abren así varias interpretaciones. Según una de ellas, la regulación de emergencia persigue precisamente establecer los presupuestos que justifican el reequilibrio de los contratos de arrendamiento así como los términos del reequilibrio, de modo que el arrendatario que solicite la aplicación de estas medidas no podría a la vez acudir a otras vías de modificación reequilibradora de la situación de las partes con base en el mismo fundamento. La idea que subyace es que la legislación de emergencia reequilibra la relación contractual y excluye, por tanto, un reequilibrio adicional con base en el mismo fundamento. Acogiéndose a la legislación de emergencia estaría el arrendatario admitiendo como mecanismo de reequilibrio el previsto por el legislador específicamente para la circunstancia presente de la pandemia. Esto resultaría

---

[241] El preámbulo del RD-L 15/2020 contenía una innecesaria enumeración sobre las distintas normas e instituciones jurídicas que podrían ser en abstracto de aplicación general a los contratos de arrendamiento afectados por la situación generada por el COVID-19 (artículo 26 LAU, fuerza mayor y cláusula rebus) y señaladamente advertía de que las medidas contenidas en el mismo se hallaban "en línea con la cláusula rebus": "*Ante esta situación, procede prever una regulación específica en línea con la cláusula* «rebus sic stantibus», *de elaboración jurisprudencial, que permite la modulación o modificación de las obligaciones contractuales si concurren los requisitos exigidos: imprevisibilidad e inevitabilidad del riesgo derivado, excesiva onerosidad de la prestación debida y buena fe contractual*."(énfasis añadido).

Igualmente, el Preámbulo del D-L 34/2020 incluye referencias a la *rebus* y a la necesidad de restablecer el equilibrio contractual.

[242] El preámbulo del RD-L 35/2020 recuerda que ni la LAU ni el Código Civil contienen vías de adaptación de la situación contractual a circunstancias excepcionales, pero no indica ahora que la solución ofrecida por el propio RD-L 35/2020 se halle alineada con la cláusula rebus y, de hecho, no menciona esta doctrina en absoluto. Se limita a explicar que "[p]*or todo lo anterior, se considera conveniente ofrecer una respuesta que permita abordar esta situación y regular un procedimiento para que las partes puedan llegar a un acuerdo para la modulación del pago de las rentas de los alquileres de locales, como continuación y mejora del que se propuso por el Real Decreto-ley 15/2020, de 21 de abril, de medidas urgentes complementarias para apoyar la economía y el empleo. Por otro lado, estas medidas no lesionan los derechos constitucionales que a las partes asisten y respetan el contenido esencial de la propiedad privada y la libre empresa consagrados en los artículos 33 y 38, respectivamente, de la Constitución Española*."

De hecho, parece que la principal preocupación del legislador en relación con las medidas arrendaticias previstas en el RD-L 35/2020 es argumentar que no resultan materialmente inconstitucionales por cercenar o incidir de modo desproporcionado el derecho a la propiedad privada o la libertad de empresa. Es cierto, con todo, que el legislador del RD-L 35/2020 sí afirma que las nuevas medidas son "continuación y mejora" de las del RD-L 15/2020, el cual sí se declaraba "en línea con la cláusula rebus", lo cual permitiría afirmar que por la relación entre el RD-L 35/2020 con el RD-L 15/2020 el primero también se hallaría en línea con la cláusula rebus. Todo esto es, sin embargo, más bien especulativo en relación con partes del texto legal (los preámbulos) que no tienen valor normativo, aunque pueden tenerlo interpretativo.

naturalmente incompatible, en buena lógica, con la acumulación de la posible utilización de una doctrina general y subsidiaria –cuya aplicación judicial requiere que no exista otro medio para evitar el resultado de desequilibrio contractual– para modificar adicionalmente el contrato de arrendamiento ya reequilibrado conforme a la normativa especial al efecto.

Asimismo, para los arrendatarios en contratos de arrendamiento a los que no resulta aplicable la normativa especial, pues esta no ha considerado que se trate de situaciones especialmente merecedoras de protección, a diferencia de otras categorías de arrendatarios, carecería de justificación que pudieran obtener por aplicación de la *rebus*, llamémosla jurisprudencial, en la misma o, a fortiori, en mayor, medida de lo que el legislador ha previsto legalmente para aquellos arrendatarios más vulnerables.

No ignoramos que existen diferencias significativas en el concepto y alcance de la legislación de emergencia y de la cláusula *rebus*. Así, la primera persigue conservar el entramado contractual imponiendo la distribución de las consecuencias derivadas de la crisis económica con vocación de aplicación generalizada e indiscriminada (a todos los contratos que se encuentren en una determinada situación). La segunda, como se viene apuntando, pretende reequilibrar los términos pactados para corregir el desequilibrio generado en una concreta relación jurídica por circunstancias extraordinarias cuyo riesgo no se atribuye en el contrato o la ley a ninguna de las partes. A nuestro juicio, la clave que permite resolver la cuestión es la subsidiariedad de la cláusula *rebus*. Esta nota esencial de la figura determina que existiendo otros mecanismos con vocación de reequilibrar el contrato (entendido en sentido amplio como modificación de los términos contractuales pactados para adecuarlos a un cambio de circunstancias sobrevenido) debería quedar excluida la aplicación de la *rebus*, incluso respecto de aquellas relaciones jurídicas que el mecanismo de reequilibrio ha decidido no modificar, atendidas las circunstancias sobrevenidas.

Se debiera lograr así, por vía interpretativa, acotar notablemente los efectos de la cláusula *rebus* más allá del perímetro objetivo, subjetivo y de efectos dispuesto por la legislación de emergencia. Esta es la interpretación que consideramos más ajustada al propósito del legislador que, recordemos, ha plasmado en el RD-L 35/2020[243]lo que considera la solución más adecuada a la ponderación de intereses de las partes contractuales en los contratos de arrendamiento comercial específicamente en las circunstancias presentes. Esta posición tiene además la importante ventaja de que aporta certeza al marco contractual: las partes conocen qué circunstancias justifican la aplicación de medidas de reequilibrio económico del contrato y cuáles no, así como el alcance de las mismas.

Tres dimensiones (de ámbito subjetivo, de ámbito temporal y de alcance de las consecuencias) de la normativa especial y de emergencia que contiene el RD-L 35/2020 tendrían incidencia en la relación entre la aplicación de las medidas adoptadas por el mismo RD-L y la eventual aplicación de modificaciones de la renta o del momento de su pago al amparo de la cláusula *rebus*.

[243] Nos referimos al RD-L 35/2020 porque es la normativa que se encuentra actualmente en vigor. Los efectos del RD-L 15/2020 se agotaron una vez transcurridos 4 meses desde la finalización del Estado de Alarma decretado mediante el 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 (BOE nº 67, de 14.03.2020).

Aquellos arrendatarios que reúnen los requisitos previstos en el artículo 3 del RD-L 35/2020, parece claro que únicamente tienen derecho a solicitar las medidas previstas en el propio RD-L 35/2020, y no podrían, al socaire de la cláusula *rebus*, pretender efectos modificativos del contrato que exceden de los de la norma especial al efecto. Por ejemplo, no podrían obtener una reducción de renta superior al 50%, una suspensión total del contrato o una reducción o moratoria aplicada a los gastos o pagos a su cargo distintos de la renta en sentido estricto. Poder renunciar a las medidas específicamente adoptadas en su favor, y cuyo contenido y alcance se han calibrado en relación con la situación de vulnerabilidad económica asociada a la pandemia por el legislador, para tratar de obtener modificaciones judiciales del contrato más intensas de las legalmente previstas para la categoría de contratos en cuestión, supondría dejar en nada el propósito del legislador que inspira el RD-L 35/2020. Tan solo si las graves consecuencias de la crisis sanitaria se prolongaran más allá del período máximo previsto por el legislador (cuatro meses tras la expiración del estado de alarma y sus prórrogas) sin que el legislador adoptara medidas específicas al efecto, cabría tal vez pensar que estos arrendatarios pudieran buscar modificaciones del contrato al amparo de la cláusula *rebus*. Modificaciones que, en todo caso, debieran tener un alcance inferior al ahora establecido por el legislador en el RD-L 35/2020, pues no parece imaginable que por efecto de la doctrina *rebus* se pueda ir más allá de lo que el legislador ha considerado proporcionado para los arrendatarios más vulnerables bajo un estado de alarma oficialmente declarado y en los meses inmediatamente subsiguientes.

En cuanto a los arrendatarios que no satisfacen los requisitos de acceso a las medidas dispuestas por el RD-L 35/2020, es claro que no pueden pretender, pese a no ser merecedores, en el juicio específico del legislador a la vista de la emergencia sanitaria y económica, de las modificaciones de los términos del contrato en conformidad con aquellas medidas, obtener unas ventajas similares a las previstas en el RD-L 35/2020 o por semejantes períodos de tiempo. Esto es, debe rechazarse que aquellos arrendatarios que no cumplan los requisitos legales puedan acceder, en virtud de la doctrina *rebus*, a beneficios comparables a los del RD-L 35/2020 en relación con sus contratos de arrendamiento. Lo contrario sería equivalente a destruir el diseño legal operado por el RD-L 35/2020 en cuanto al ajuste entre situación de merecimiento de tutela y el alcance modificativo de la misma sobre los contratos de arrendamiento en vigor[244].

¿Podrían estos últimos arrendatarios que caen fuera del ámbito subjetivo del RD-L 35/2020 pedir al amparo de la *rebus* medidas más modestas y de menor calado en relación con sus contratos de arrendamiento? Por ejemplo, ¿podría el arrendatario que no es una pyme pero que sufre una caída de su facturación por causa de las medidas asociadas a la pandemia de un 75% pretender una reducción de renta del 25% o una moratoria de la mitad de la renta durante el período de vigencia de la alarma actualmente declarada? En nuestro criterio, incluso una más contenida utilización de la cláusula rebus serviría para desvirtuar el específico diseño legal contenido en el RD-L 35/2020 y por tanto no debiera admitirse o solo de modo enormemente restrictivo.

Sin embargo, no ignoramos que hay opiniones diversas sobre esta última cuestión, de forma que se ha considerado que la previsión de medidas específicas para determinados contratos y para

[244] En sentido similar se pronuncia Ángel Carrasco Perera, "Gestión de las nuevas medidas anti-Covid-19 para el arrendamiento de locales de negocio (RDL 35/2020), *Análisis GA-P* (enero 2021), p. 6.

determinados arrendatarios no obsta a la utilización de la cláusula *rebus* más allá del ámbito delineado por el legislador de emergencia en el RD-L 15/2020 (el precedente del RD-L 35/2020)[245].

Igualmente, tampoco ignoramos la reciente sentencia 1/2021 del Juzgado de Primera Instancia nº 20 de Barcelona, de 8 de enero de 2021, en la que afirma con rotundidad que las consecuencias previstas en el RD-L 15/2020 no excluyen otras modificaciones como las derivadas de la cláusula *rebus sic stantibus*.

Esta sentencia enumera diversos argumentos para afirmar la total compatibilidad entre las medidas del RD-L 15/2020 con la modificación del contrato al amparo de la doctrina *rebus*:

> *"27. Tomando todos estos elementos en su conjunto y haciendo una interpretación finalista y conforme a los principios de buena fe y de equidad que son la base de las relaciones contractuales, entiendo que el RDL 15/2020 no impide que una parte, en este caso el arrendatario, solicite otra consecuencia jurídica distinta de la mora en el pago de la renta que establece el citado texto normativo, si entiende que con esa consecuencia no se produce el equilibrio contractual ni se restablece la base del negocio. En apoyo de esta conclusión indicaré los siguientes argumentos.*
>
> *28. En primer lugar, tanto la jurisprudencia del TS que ha configurado la doctrina sobre la cláusula "rebus sic stantibus" como la legislación que la regula (ver, por ejemplo, Ley 498 de la Compilación Navarra, o el artículo 6:111 de los PEDC) no establecen una consecuencia única ante la alteración extraordinaria de las circunstancias que se tuvieron en cuenta al firmar el contrato. Todas ellas prevén como consecuencia la resolución del contrato o su modificación acudiendo a términos de equidad, equidad que no es siempre la misma en todos los contratos con independencia de que el hecho que permita la aplicación de la cláusula pueda ser el mismo como sería en este caso la pandemia del Coronavirus. El RDLey 15/2020 regula una consecuencia que entiende que es idónea para evitar ciertas dificultades económicas de los contratantes, en especial del arrendatario, pero si se hace una interpretación sistemática con la regulación y jurisprudencia que permite aplicar la cláusula rebus sic stantibus, hay que entender que no excluye que se pueda aplicar otra consecuencia conforme a los principios que inspiran la cláusula rebus sic stantibus dado que es la única forma de garantizar los principios de buena fe, de equidad y de conmutabilidad de las prestaciones.*
>
> *29. En segundo lugar por la propia dicción y finalidad del RDL 15/2020 se constata que la intención del legislador no es eliminar la posibilidad de dar otra solución a la situación creada por la pandemia. Si se lee la Exposición de Motivos que es un elemento esencial para interpretar la voluntad del legislador, hace referencia en su apartado II a "medidas para*

[245] El Prof. Pantaleón ha defendido, en relación con el RDL 15/2020, que este no debiera impedir que ni los arrendatarios que se beneficien de la moratoria legal, ni los que quedan fuera de su ámbito de aplicación, puedan pretender y, eventualmente, obtener en sede judicial un reequilibrio de las prestaciones del contrato, si estuviese justificado. A su juicio, no obstante, los jueces no podrán ignorar la decisión del legislador y la distinción que esta supone en atención a los factores que el propio legislador ha considerado relevantes en la materia (véase, Fernando Pantaleón Prieto: "Arrendamiento de local de negocio y suspensión legal de actividades empresariales" [en línea], *Almacén de Derecho,* 2020). En sentido similar y en relación con el RD-L 35/2020 *vid.* Alejandro Fuentes-Lojo Rius en "*Últimas novedades legales en arrendamientos de uso distinto de vivienda e industria en tiempo de pandemia. Comentarios al RDL 35/2020*" en Diario la Ley, nº 9769, de 13 de enero de 2021, versión electrónica, pp. 5 y 6.

reducir los costes operativos de pymes y autónomos". De ahí se deduce que su finalidad no se (sic) buscar el reequilibrio contractual que es la finalidad de la rebus, sino reducir los costes que tienen que asumir los empresarios. También es relevante que en este apartado de la Exposición de Motivos se hace referencia a la normativa que se podía aplicar como es la LAU y el Cc y considera que no es suficiente para reducir el riesgo de incapacidad financiera de autónomos y pymes para hacer frente al cumplimiento total o parcial de sus obligaciones, entre ellas, el pago de la renta de locales. Por tanto, no excluye la aplicación de estas normas, sino que establece una solución más diciendo de manera expresa en dicha Exposición de Motivos que:

"Ante esta situación, procede prever una regulación específica en línea con la cláusula «rebus sic stantibus», de elaboración jurisprudencial, que permite la modulación o modificación de las obligaciones contractuales si concurren los requisitos exigidos: imprevisibilidad e inevitabilidad del riesgo derivado, excesiva onerosidad de la prestación debida y buena fe contractual". (subrayado propio)

30. Como se observa de esa dicción lo que hace el legislador es establecer una solución más "en línea con la cláusula rebus sic stantibus", sin que en ningún momento manifieste que esa es la única consecuencia que se puede atribuir a esta situación, sino que es una más inspirada en dicha cláusula.

31. En tercer lugar porque hay otras normas que permiten aplicar la cláusula rebus sic stantibus y conferir al arrendador una consecuencia diferente a la de moratoria en el plazo por un máximo de cuatro meses. En este sentido se puede citar la Ley 498 de la Compilación Navarra o el Decreto-Ley 34/2020, de 20 de octubre de medidas urgentes de apoyo a la actividad económica desarrollada en locales de negocio arrendados elaborada por la Generalitat de Catalunya." (énfasis añadido)

Algunos de los argumentos esgrimidos por el JPI nº 20 de Barcelona en relación con el RD-L 15/2020 han quedado superados por el RD-L 35/2020: las medidas previstas por el legislador de emergencia ya no se presentan, como decía el Juzgado, como "medidas para reducir los costes de pymes y autónomos", sino precisamente como "medidas extraordinarias dirigidas a arrendamientos de locales de negocio"; las medidas no se limitan a una moratoria, sino que pueden alcanzar una reducción del 50% de la renta arrendaticia.

Otros argumentos desplegados en la sentencia postergan por completo las cuestiones nucleares (en qué medida abrir la puerta a la cláusula *rebus* en presencia de legislación especial al caso respeta el diseño y propósito del legislador de emergencia y es respetuosa con el carácter subsidiario y excepcional de la aplicación de la cláusula *rebus*. En buena medida, son apelaciones retóricas que no inciden sobre la cuestión y en algunas cuestiones son abiertamente erradas.

Por (ejemplo, aunque es legítimo apelar a los Principios Europeos de Derecho de los Contratos o Principios Lando para interpretar la normativa o la doctrina jurisprudencial españolas, es un serio error calificarlos como fuente del Derecho en el sentido del artículo 1.4 CC (principios generales del Derecho). Los Principios Lando son reglas (no principios generales) de *soft law* que pretenden recoger algunos resultados del análisis de Derecho comparado en el ámbito contractual. Por otro lado, en absoluto contienen orientación alguna sobre el problema de relación entre una normativa especial de modificación de contratos en vigor en una situación de

emergencia y las reglas o doctrinas generales de alteración del contrato por cambio extraordinario de las circunstancias. En definitiva, se trata de una resolución judicial que lleva a cabo un análisis superficial e incorrecto de la relación entre legislación especial de emergencia y aplicación de la doctrina general de la cláusula *rebus*.

Con todo, es indudable que se trata de una cuestión susceptible de recibir interpretaciones diversas y a día de hoy no puede anticiparse cuál de ellas terminará imponiéndose en la práctica de los tribunales españoles.

5.5. Conclusión

Incluso en aquellos países que cuentan con un siglo o más de elaboración jurisprudencial y doctrinal sobre la cláusula *rebus* y sus doctrinas homólogas, la incertidumbre sobre las circunstancias precisas que permiten su aplicación sigue siendo muy elevada. En España, su entendimiento y aplicación dominante en el Tribunal Supremo (salvo un corto y bien acotado paréntesis) han sido restrictivos y cautelosos, dirigidos a ofrecer respuesta a casos de transformación extraordinaria y radicalmente imprevisible de circunstancias decisivas para la configuración de las prestaciones y que concretamente hacen saltar por los aires el propósito del contrato o pulverizan todo atisbo de equilibrio contractual. No se ha utilizado entre nosotros para intentar acompasar los contratos a las oscilaciones de los ciclos económicos o para acomodar por la ventana los términos contractuales a la variación, incluso muy elevada, de los precios y otras variables de mercado. No hay buenas razones, ni en nuestro Derecho interno, ni en el Derecho comparado, ni aún menos si se mira a las consecuencias económicas de las normas jurídicas, para cambiar esta situación, so pretexto de una codificación de la doctrina *rebus*, en sintonía con la que existe en la mayoría de los países de la Europa continental.

Asimismo, con independencia de que se codifique o no, la cláusula *rebus* solo será útil si sus características esenciales (subsidiariedad y excepcionalidad) no están en discusión y sus condiciones y presupuestos de aplicación son razonablemente predecibles. Para ello es fundamental una jurisprudencia coherente y estable, alejada de experimentos que bajo la bandera de una supuesta modernización no hacen sino perturbar muy seriamente el régimen contractual español y el funcionamiento normal de la contratación y la actividad económica.

6. Las cuestiones de oportunidad: dimensión temporal de la reforma y efectos sobre la administración de justicia

6.1. Introducción

En la sección anterior ya hemos concluido que la doctrina de la cláusula *rebus sic stantibus* y sus homólogas, incluso en aquellos sistemas jurídicos que llevan más de un siglo de reflexión doctrinal y desarrollo jurisprudencial en la materia, continúa suscitando serios interrogantes en cuanto a su fundamento, supuestos de aplicación, alcance y consecuencias. En cuanto a su plasmación legislativa, en todos los sistemas jurídicos que hemos analizado que cuentan con previsiones escritas en la materia nos encontramos con textos de contenido muy vago. La indeterminación de los textos legales que nos encontramos en Derecho comparado, así como en las propuestas internacionales de *Soft Law* (Principios Lando, Principios Unidroit, Marco Común de Referencia, CESL) no es en absoluto de extrañar. Al contrario, lo raro sería encontrar en este

ámbito del Derecho de contratos fórmulas precisas y de aplicación sencilla o relativamente mecánica precisamente cuando estamos ante doctrinas que precisan de una contemplación detallada de las circunstancias del caso, entre otras, la asignación explícita o implícita de riesgos y la incidencia concreta del cambio de circunstancias en la estructura profunda de las obligaciones contractuales asumidas. No caben soluciones fáciles en este terreno y las que se proponen como tales, no son soluciones en absoluto.

En este contexto, dada la inevitable vaguedad de cualquier formulación que quiera plasmar en un texto legal la complejidad de estas doctrinas, cabe legítimamente plantearse si merece la pena el esfuerzo de intentar codificar el estado de la jurisprudencia y la doctrina en este ámbito. El resultado, por necesidad, ha de ser siempre impreciso e imperfecto. La ganancia para la seguridad jurídica de contar con una disposición escrita en este ámbito es reducida y, en cambio, los riesgos de provocar una "reinterpretación" de la figura, cuando su entendimiento y aplicación venían siendo estables, no son desdeñables. Por esta razón, se ha señalado que la mejor formulación legal de la cláusula *rebus* en nuestro país es la que no existe[246].

Con todo, es preciso reconocer que la mayoría de los sistemas jurídicos de la Europa Continental, con algunas excepciones (Austria, Bélgica, Dinamarca, Suecia o Suiza) han procedido a incorporar a sus códigos civiles una versión u otra de las doctrinas sobre alteración sobrevenida de circunstancias en el contrato[247]. Por tanto, legítimamente se puede plantear la cuestión de que España siga la senda de países como Alemania, Francia, u Holanda, que han codificado en los últimos 30 años sus propias versiones de la cláusula *rebus*.

En esta sección expondremos las razones que justifican, no obstante, la inoportunidad de codificar la cláusula *rebus sic stantibus* en estos momentos de dificultades sanitarias, sociales y económicas (también judiciales) por las que atraviesa España, así como de hacerlo no en el marco de una reforma global del Derecho de contratos del Código Civil, sino mediante una intervención legislativa puntual orientada únicamente a la plasmación en un determinado precepto del Código, o en una ley especial, de la doctrina *rebus*.

6.2. La cláusula *rebus* no es una medida apta para situaciones de emergencia

La propagación del COVID-19 ha provocado no solo una grave crisis sanitaria, sino que ha afectado a muchos sectores productivos y de actividad, alterando de forma muy significativa la situación de ingresos, de tesorería y de cumplimiento contractual de muchas empresas y ciudadanos.

Para intentar remediar o mitigar estas consecuencias contractuales y económicas, se han adoptado por los distintos países europeos una batería de medidas de intervención sobre los

---

[246] Ángel Carrasco Perera, *Derecho de Contratos*, 2ª ed., Aranzadi, Cizur Menor (2017), p. 977. Que la codificación de la doctrina rebus supone una ardua tarea para cualquier legislador lo subraya igualmente Mª Ángeles Parra Lucán, "Riesgo imprevisible y modificación de los contratos", *InDret* 4/2015 (2015), p. 46.

[247] Ewoud Hondius y Hans Christoph Grigoleit (eds.), *Unexpected Circumstances in European Contract Law*, Cambridge (2011), p. 55 y ss. Conviene advertir que alguna de las codificaciones que se analizan en la sección 4 es posterior al estudio de Derecho comparado que se realiza en esa obra.

contratos, de muy diversa naturaleza. No es este el lugar para detallar, ni siquiera para resumir, sus objetivos y contenidos[248].

La cláusula *rebus*, por su propia naturaleza y modo de implementación no puede ofrecer de manera amplia y generalizada remedio o paliativo a las dificultades contractuales y económicas que padecen muchos ciudadanos y empresas a la vista de la pandemia y de las actuaciones y medidas para combatirla. La doctrina *rebus sic stantibus* y sus equivalentes funcionales no parecen ofrecer soluciones que se compadecen bien con la naturaleza sistémica (que afecta a una multiplicidad de contratos y a la situación social y económica general) y acuciante (problemas de liquidez y dificultades de cumplimiento de muchos contratantes en una multiplicidad de contratos). Para afrontar esos problemas parece que las medidas más adecuadas son las de efecto sistémico e inmediato, no aquellas cuya aplicación y consecuencias se sentirán con dilación y que ponen el foco en las características individuales de la relación contractual. Es tiempo del Derecho de la macroeconomía[249], no de la micro.

No es dudoso que las medidas para combatir el contagio del COVID-19 y las consecuencias sociales y económicas de las mismas tienen alcance general, sistémico y apremiante. Estamos ante un impacto de carácter súbito en el entramado contractual y económico de casi todos los países, aunque algunos se hayan visto y se verán más golpeados por las consecuencias económicas y sociales de la emergencia de salud pública.

Parece razonable pensar que para abordar con eficacia un problema urgente y sistémico no podemos acudir a instrumentos con efectos que tardarán meses, acaso años en llegar a aquellos que los necesitan. Además, si millones de contratos se ven afectados, no parece procedente acudir a instrumentos que suponen necesariamente altos costes de implementación antes de producir un resultado tangible. Por ello no resulta aconsejable acudir de manera relevante a los tribunales, que por exigencias de índole constitucional y legal, unidas a sus limitaciones institucionales, no pueden llegar con presteza a quienes necesitan el alivio a sus males causados por la crisis sanitaria y económica. Los tribunales no resolverán pronto los litigios –no pueden hacerlo, menos aún en tiempos en que han de afrontar el retraso en su actuación derivado del período de paralización por el confinamiento de la pasada primavera–.

La intervención rápida en el entramado contractual que la situación exige no puede depender del resultado de millones de pleitos entre contratantes con resultados frecuentemente dispares y difícilmente predecibles *ex ante*[250]. La doctrina rebus, dada la difícilmente superable falta de precisión que su aplicación comporta para el resultado final (los términos concretos de una revisión del contenido de las obligaciones, eventualmente la resolución, si el contrato no puede mantenerse ni siquiera con un contenido modificado) marcar el terreno para una rápida y limpia renegociación del contrato entre las partes. Por su propia naturaleza, con o sin plasmación en un texto legal, en la mayor parte de los casos, la *rebus* no podrá acotar un terreno de negociación

---

[248] *Vid*. Juan-José Ganuza y Fernando Gómez Pomar, "Los instrumentos para intervenir en los contratos en tiempos de COVID-19: guía de uso", *InDret* (2020), p. 563 y ss.

[249] Yair Listokin, *Law and Macroeconomics*, Cambridge (MA) (2019).

[250] Juan-José Ganuza y Fernando Gómez Pomar, "Los instrumentos para intervenir en los contratos en tiempos de COVID-19: guía de uso", *InDret* (2020), p. 560; Antonio Manuel Morales Moreno, "El efecto de la pandemia en los contratos: ¿es el derecho ordinario de contratos la solución?", *Anuario de Derecho civil* (2020), p. 452.

suficientemente claro para que las partes, *ex ante*, conozcan cual será la solución en ausencia de novación modificativa acordada[251].

En definitiva, la cláusula *rebus* no resulta ni factible ni conveniente para abordar eventos sistémicos y *shocks* macro que impactan de forma súbita una economía. Modificar un precepto del Código Civil para consagrar el estado actual de la jurisprudencia en la materia (u otro contenido distinto) no cambia en nada esta realidad.

De hecho, ni siquiera Alemania, que es el país que ha confiado de manera más amplia en la cláusula *rebus* (en puridad, en la doctrina homóloga de la alteración de la base del negocio) para intervenir sobre el contenido de los contratos ante una transformación importante del escenario fáctico que incide sobre ellos, ha considerado que se trataba de un instrumento que podía brindar de manera amplia las soluciones precisas en estos meses. Y ello en consonancia con la advertencia doctrinal que domina en Alemania en el sentido de que la doctrina de la base del negocio no es un instrumento para afrontar situaciones de emergencia general y amplia para la población, por mucho que incida sobre los contratos y el equilibrio de prestaciones. Tanto tras la segunda guerra mundial como con ocasión de la reunificación, la legislación específica adoptada para esas precisas circunstancias fue la que permitió resolver los problemas contractuales que afectaban a los innumerables contratos afectados[252].

En España, tampoco en ocasiones anteriores se ha confiado en la cláusula *rebus* a estos efectos. Ni la introducción del euro[253], que afectaba a todas las prestaciones contractuales dinerarias, ni el accidente del Prestige[254], que afectó de forma directa y grave a distintos sectores (pesca, marisqueo, acuicultura, restauración, etc.) de Galicia y la cornisa cantábrica española, se trató de solucionar en sus dimensiones contractuales acudiendo a la doctrina judicial de la cláusula *rebus*. No sirvió entonces ni puede servir ahora.

6.3. La cláusula *rebus* y sus efectos sobre la administración de justicia

Si el propósito que subyace a la propuesta de codificar en estos momentos la cláusula *rebus* es el de convertirla de forma inmediata en un instrumento de uso frecuente, con el fin de abrir una vía de modificación de todos aquellos contratos en los que la situación de un contratante se haya visto afectada gravemente por las consecuencias del COVID-19, los efectos sobre el sistema judicial español de esa efectiva codificación pueden ser enormemente negativos.

Como es evidente según la experiencia española e internacional, la aplicación de la cláusula *rebus* recae sobre los tribunales de justicia. Salvo que los propios contratantes acuerden voluntariamente un reajuste del contrato o una resolución de mutuo acuerdo, la revisión del contenido del contrato o su resolución a la vista de la alteración de las circunstancias y del

---

[251] Así lo destacan Juan-José Ganuza y Fernando Gómez Pomar, "Los instrumentos para intervenir en los contratos en tiempos de COVID-19: guía de uso", *InDret* (2020), p. 561; Bruno Rodríguez-Rosado y Antonio Ismael Ruiz Arranz, Antonio Ismael "Consecuencias de la epidemia: reequilibrio contractual y COVID-19", en *Almacén de Derecho*, entrada del 16 de abril de 2020 (2020); Beatriz Gregoraci Fernández, "El impacto del COVID-19 en el Derecho de contratos español", *Anuario de Derecho civil* (2020), p. 469.

[252] Thomas Finkenauer, "§313", en *Münchener Kommentar zum BGB*, 8ª ed., München (2019), Rn 44.

[253] Que dio lugar a legislación específica: Ley 46/1998, de 17 de diciembre, sobre introducción del euro.

[254] Real Decreto-ley 7/2002, de 22 de noviembre, sobre medidas reparadoras en relación con el accidente del buque "Prestige".

equilibrio prestacional compete a los jueces y tribunales. Ya se ha argumentado que la cláusula *rebus*, codificada o sin codificar, no tiene el grado de precisión y predictibilidad de resultados que permitiría usarla para "fomentar" o mejorar el nivel de acuerdo voluntario en cuanto a la renegociación de los contratos afectados por las medidas asociadas a la pandemia. De hecho, como se ha acreditado, los países que tienen codificados en sus códigos la cláusula *rebus* en cualquiera de sus variantes conceptuales (la *rebus* propiamente dicha, la alteración de la base del negocio, la excesiva onerosidad sobrevenida, la imprevisión) disponen de formulaciones legales abiertas e inconcretas. No cabe otra cosa en relación con una institución como esta, cuya naturaleza y propósito son los de permitir un anclaje flexible y general para intervenir en el contenido y vigencia del contrato en supuestos extraordinarios de alteración de las circunstancias que son capitales para una relación contractual.

Así pues, la "judicialización" es inevitable si la codificación persigue hacer recaer sobre la cláusula *rebus sic stantibus* una parte importante del peso de gobernar las vicisitudes contractuales de los contratantes y sectores de actividad afectados por el COVID-19.

No es una sorpresa para nadie que la situación de la justicia civil en España dista mucho de ser halagüeña. El volumen de asuntos, la sobrecarga de trabajo de los órganos judiciales, los retrasos en la resolución de asuntos, la afectación negativa sobre el tiempo y la calidad e intensidad de atención que unos juzgados superados por la carga de litigios pueden dedicar a cada asunto son de gran magnitud y gravedad.

Sirvan de botón de muestra de la situación de la justica en España los siguientes datos (los últimos disponibles) relativos a la jurisdicción civil[255]:

i. En el año 2019 el número de asuntos ingresados por cada magistrado o juez en la jurisdicción civil fue de 863,8, lo que supuso un incremento del 6,2% respecto de 2018.

ii. El número de sentencias dictadas por cada magistrado/juez en el ejercicio 2019 fue de 238,8 (más de una sentencia por cada día laborable), con un incremento interanual del 11,2%.

iii. La tasa de litigiosidad (medida en asuntos ingresados por cada 1.000 habitantes) fue de 50,7 con un incremento del 6,3% respecto del ejercicio 2018.

iv. La tasa de congestión de la jurisdicción civil es de 1,70. Sirva de referencia que una tasa de congestión de 1 significa que entran el mismo número de asuntos nuevos que los que se resuelven. Por tanto, una tasa de 1,7 significa que por cada asunto que se resuelve entran 1,7 nuevos.

v. La duración del proceso también ha venido incrementándose significativamente. De esta forma, en el año 2019 un asunto del orden jurisdiccional civil que pase por el juzgado de primera instancia, Audiencia Provincial y Tribunal Supremo tardará en resolverse una media de 56,5 meses, un 34% más que en el ejercicio 2015.

A esta situación habitual se añade la paralización de funcionamiento durante varios meses esta primavera, así como el previsible incremento de asuntos "ordinariamente" ligados a la situación

[255] Datos obtenidos del servicio estadístico del Consejo General del Poder Judicial.

de emergencia y la consiguiente crisis económica: incumplimientos e impagos, demoras en el cumplimiento, ejecuciones de garantías, ejecuciones contra el patrimonio de deudores, concursos –tras la finalización de la moratoria aprobada en la materia–. Agravar este delicado estado de la justicia civil con el número de asuntos que un significativo aumento en la utilización de la cláusula *rebus,* que se podría experimentar (y que se desea promover como "herramienta" para luchar contra la crisis económica) como consecuencia de su codificación, sería profundamente perjudicial para la administración de justicia. Más aún, si el acogimiento legal de la figura está presidido por un propósito expansivo en su ambición y alcance. Si se desea codificar la cláusula *rebus*, este parece uno de los momentos menos oportunos para hacerlo. Búsquese, en su caso, un tiempo en que la situación de la justicia civil española sea más desahogada que la de 2021 y la que, previsiblemente, habrá de afrontar en 2022 y 2023.

6.4. La codificación aislada de la cláusula *rebus*

Ningún país de nuestro entorno jurídico y cultural ha codificado la cláusula *rebus* de manera aislada y como legislación "de emergencia", tal y como parecen defender algunas de las propuestas codificadoras descritas en las secciones anteriores. Alemania, Francia, Italia y Portugal (y otros como Holanda o Grecia) codificaron su equivalente de la doctrina *rebus* dentro de una reforma de mucho mayor calado en su Derecho de contratos o, incluso, dentro de un código civil enteramente de nuevo cuño.

Resulta completamente insólito en el panorama comparado que, al margen de toda reforma en el Derecho de contratos, se proceda de manera singular a codificar la cláusula *rebus* o sus equivalentes funcionales. Mucho más aún que se haga con un espíritu de "legislación de emergencia" para dar respuesta a un entorno económico y social supuestamente necesitado de medidas urgentes de intervención en el ámbito contractual.

Como estrategia de producción normativa es profundamente desacertada, más allá de su falta de parangón en el panorama internacional. La cláusula *rebus* no es una pieza aislada en el Derecho de contratos, sino que se conecta con otras reglas e instituciones dentro del mismo y aún más allá (señaladamente, con cuestiones de Derecho procesal civil). Piénsese en la fuerza mayor, en la imposibilidad de la prestación, en la novación del contrato, en la causa o propósito común, en la resolución, en las garantías de la obligación, en la cláusula penal, en la alternativa entre cumplimiento *in natura* y remedios monetarios en caso de incumplimiento, instituciones todas ellas afectadas (y que afectan a su vez) a los perfiles, fronteras, alcance y consecuencias de aplicación de la cláusula *rebus*.

Por otra parte, el Derecho concursal (recientemente recodificado en el Texto Refundido por el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo) y, sobre todo, las instituciones preconcursales, no son ajenos a la cláusula *rebus*, cuando los acuerdos de refinanciación y los acuerdos extrajudiciales de pagos adquieren un papel protagonista en la estrategia jurídica de abordar las dificultades de los deudores.

En España no faltan propuestas de interés para reformar el Derecho de contratos[256]. En el marco de las mismas puede sin duda estudiarse la conveniencia de codificar la cláusula *rebus* y buscar

[256] Propuesta para la Modernización del Derecho de obligaciones y contratos de la Sección Civil de la Comisión General de Codificación (2009); Propuesta de Código Civil de la Asociación de Profesores de Derecho Civil (2018).

una formulación idónea para la misma, caso de que se entienda provechosa su plasmación en el texto codificado. Pero lo que carece de sentido es una reforma del Derecho de contratos que consista en exclusiva en codificar la cláusula *rebus*, menos aún como medida de intervención de emergencia sobre los contratos en vigor.

6.5. La conveniencia de la irretroactividad de las reformas en materia contractual

La reforma del BGB en materia de obligaciones y contratos que entró en vigor el 1 de enero de 2002 (y que incluía la codificación de la doctrina de la desaparición de la base del negocio en el §313 BGB, con un espíritu marcadamente continuista con lo que era entonces el entendimiento jurisprudencial y doctrinal de la figura) no se aplicó a los contratos celebrados antes de su entrada en vigor. La reforma del Código Civil francés que entró en vigor el 1 de octubre de 2016 (y que incluía, rompiendo con la tradición civil francesa, la codificación de la imprevisión como vehículo para dar relevancia sobre el contenido y vigencia del contrato a la alteración extraordinaria de circunstancias) no se aplicó a los contratos celebrados antes de tal entrada en vigor.

Ya se ha acreditado de forma sobrada que la cláusula *rebus* y sus equivalentes funcionales constituyen medidas de carácter excepcional, pues suponen una interferencia, más o menos intensa según los casos, con la vinculación jurídica de las partes a los contratos en vigor y a los términos y condiciones pactados. En último extremo, representan necesariamente un impacto negativo sobre la seguridad jurídica contractual. Ese impacto no debe agravarse haciendo que un nuevo régimen se aplique retroactivamente a los contratos en vigor. Y ello aunque la normativa que se apruebe se presente como codificación de la doctrina judicial tal y como se viene aplicando hasta la fecha, pues ya se ha podido comprobar de qué manera se formulan posiciones divergentes acerca de cuál es el verdadero estado de la jurisprudencia española en la materia, a pesar de que esta ha hablado en la mayor parte de las ocasiones con notable claridad.

Solo a través de una reforma legislativa no retroactiva se respetarían de forma genuina las preferencias y los intereses de las partes en la asignación de riesgos que pueden incidir en el futuro sobre la relación contractual. Es universal el entendimiento de que la asignación de riesgos establecida por las partes debe prevalecer sobre la que podría derivarse de la aplicación de la cláusula *rebus*, y singularmente sobre los criterios generales de equilibrio de prestaciones que aparentemente subyacen a ciertas visiones de la misma. Esto no puede resultar pulverizado mediante una aplicación de una nueva normativa en materia de cláusula *rebus* a los contratos en vigor con anterioridad a la vigencia de la disposición legislativa que apruebe esa eventual normativa.

6.6. Recapitulación

Un texto legal que plasme la doctrina *rebus*, por muy acertada que pueda ser su redacción, será necesariamente abstracto y vago en la redacción y no permitirá predecir con precisión los presupuestos de aplicación y las consecuencias concretas para las relaciones contractuales que pueden ser candidatas a sus disposiciones. En este sentido, la ganancia en términos de seguridad jurídica frente a la situación existente en España de una doctrina jurisprudencial consolidada y estable es muy pequeña, acaso inexistente. Por otra parte, la codificación de la doctrina *rebus* no puede ser un instrumento de alivio de emergencia para los contratantes en dificultades de liquidez y, acaso, de solvencia, como consecuencia de la pandemia y de las medidas de restricción de actividades económicas y comerciales que la han acompañado. La cláusula *rebus*, en su estado

no codificado actual, o como precepto legal, dentro del Código Civil o fuera de él, no es ni puede ser un medio eficaz para intervenir con carácter directo y sistémico en favor de contratantes muy seriamente afectados en estas circunstancias.

Por otra parte, como estrategia y técnica de legislación, una disposición de emergencia insertando la *rebus* entre las reglas legales del Derecho de contratos español, de manera aislada y desconectada de la tan necesaria refacción de las instituciones básicas del Derecho de obligaciones y contratos, no puede ser más desafortunada. Lo mismo se puede decir de una medida legislativa que afectara de manera retroactiva a los contratos en vigor, sin permitir a los contratantes establecer sus relaciones contractuales a la vista del marco legal regulador de la alteración extraordinaria de circunstancias sobre el contenido de los contratos.

InDret
4.2021

María Teresa Alonso Pérez
Universidad de Zaragoza
-

La regulación, en tiempos de COVID, de los contratos de servicios y de compraventa celebrados por consumidores

Sumario
-
En este trabajo se analizan los tres primeros párrafos del artículo 36 del Real Decreto-ley 11/2020, en los que se regula la patología que la situación de pandemia provocada por el coronavirus causa sobre los contratos de compraventa y de servicios celebrados por consumidores y que tienen como principal objetivo la protección de estos. Se toma como referencia para la regulación de esta cuestión la doctrina vertida en torno a la cláusula rebus sic stantibus lo que provoca importantes disfunciones. Por un lado, el supuesto de hecho no está bien perfilado y suscita numerosos interrogantes y, por otro lado, como remedio se otorga al consumidor una facultad resolutoria con un plazo de prescripción de 14 días y que solo es efectiva si, pasados 60 días, las partes no han conseguido reconfigurar el contenido del contrato. Para valorar adecuadamente esta regulación dictada para unas circunstancias extraordinarias se procede a comparar con la que resultaría de aplicación en tiempo ordinario.

Abstract
-
In this work are analyzed the first three paragraphs of article 36 of Royal Decree-Law 11/2020, which regulates the pathology that the pandemic situation caused by the coronavirus causes on the contracts of sale and services concluded by consumers having as the main objective the protection of these. The doctrine based on the rebus sic stantibus clause is taken as a reference for regulation, which causes important dysfunctions. On the one hand, the factual assumption is not well outlined and raises numerous questions and, on the other hand, as a remedy, the consumer is granted a power to termintethe contract within a period of 14 days and that is only effective if, after 60 days, the parties have not succeeded in reconfiguring the content of the contract. To properly assess this regulation issued for extraordinary circumstances, we proceed to compare it with the regulation that would be applicable in ordinary time.

***Title*:** *The regulation, in times of covid, of service and sale contracts concluded by consumers*
-

Palabras clave: Derecho del consumo. Consumidores. Covid. Coronavirus. Pandemia. Claúsula *rebus sic stantibus*. Resolución. Imposibilidad sobrevenida. Compraventa. Contrato de servicios.
***Keywords*:** *Consumer law. Consumers. Covid. Coronavirus. Clause rebus sic stantibus. Resolution. Impossibility. Contract of sale. Services contract*

DOI: 10.31009/InDret.2021.i4.01

InDret

Recepción
10/06/2021
-
Aceptación
15/07/2021

Índice

1. Planteamiento
2. Supuesto de hecho: la imposibilidad de ejecución de la prestación debida por el vendedor o el prestador del servicio a causa de la pandemia
3. Consecuencia jurídica: la resolución "mediatizada" del contrato
3.1. Objetivo principal: facultar al consumidor para desligarse del contrato
3.2. Plazo de prescripción.
3.3. La obligación de negociación
3.4. Los efectos restitutorios
4. Categorización del supuesto de hecho y consecuencias jurídicas que resultarían de aplicación en tiempo ordinario
4.1. ¿Podría ser un caso de alteración sobrevenida de las circunstancias que permita dar relevancia a la cláusula *rebus sic stantibus*?
4.2. Imposibilidad sobrevenida.
a. Contratos de compraventa
b. Contratos de servicios
4.3. Los requisitos de la resolución como nota diferencial con respecto al régimen ordinario
5. Reflexiones finales
6. Jurisprudencia
7. Bibliografía

-
Este trabajo se publica con una licencia Creative Commons Reconocimiento-No Comercial 4.0 Internacional

1. Planteamiento

En marzo de 2020, la OMS declaró una pandemia a causa del contagio masivo del Virus SRAS-CoV-2 que provoca la enfermedad COV-19. Tan grave circunstancia sanitaria desencadenó, entre otras cosas, una intensa actividad normativa encaminada a la adopción de medidas que solventaran, en la medida de lo posible, los problemas que la inédita situación planteaba. Uno de los aspectos que preocuparon desde esa perspectiva fue el de los contratos de consumo cuya ejecución podría verse afectada por la declaración del estado de alarma que se produjo en España a través del Real Decreto-ley 463/2020, de 14 de marzo, el cual decretaba el confinamiento de la población en sus domicilios y, consecuentemente, provocaba la paralización casi completa de la actividad económica del país que quedó reducida a sectores esenciales.

Desde un primer momento se regulan algunas relaciones contractuales de consumo, en cuanto que su ejecución podía, debido a la pandemia, no ajustarse al plan trazado por las partes al celebrarlo. En este orden de cosas, hay que tener en cuenta que algunos contratos de compraventa no pudieron cumplirse; aunque, quizás, sea el ámbito de los contratos de servicios el que resultó más afectado porque muchos centros educativos, de estética, peluquerías, gimnasios e instalaciones deportivas tuvieron que cerrar sus puertas y dejaron de atender a sus clientes. Además, aquellas prestaciones que se habían concertado para celebraciones familiares en fechas próximas (catering, servicios musicales, fotografía, vestuario) o actividades culturales debieron ser canceladas ante la imposibilidad de que tuvieran lugar dichos eventos. Por supuesto la situación incide notablemente en los viajes programados que deben suspenderse, pero ese ámbito va a quedar fuera del alcance de este trabajo que versa exclusivamente sobre los contratos de compraventa y los de servicios.

La regulación que intenta remediar este tipo de problemas se contiene en el artículo 36 del Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19. Dicho precepto establece en sus tres primeros párrafos una regulación específica para los contratos de compraventa y para los contratos de servicios, incluidos los de tracto sucesivo, que son, como he dicho, los que voy a estudiar. Este artículo 36 RD-ley 11/2020 ha sido modificado, posteriormente, en tres ocasiones[257]. La redacción vigente en este momento es la que tendré en cuenta en este trabajo y es la siguiente:

---

[257] La primera modificación tiene lugar a través de la Disposición final 10.5 del Real Decreto-ley 15/2020, de 21 de abril, que modifica el apartado 1 para precisar que el plazo para la resolución del contrato comienza a correr desde la imposible ejecución del mismo y, en segundo lugar, para concretar el *dies a quo* del plazo de 60 días de negociación entre las partes en el día en el que el consumidor insta la resolución y no en el día de la imposible ejecución del mismo, como decía con antelación el precepto.

La segunda modificación del precepto se produce por la Disposición final 5.1 del Real Decreto-ley 21/2020, de 9 de junio que modifica los apartados 1 y 4 del precepto introduciendo una serie de menciones que perfilan el supuesto de hecho. Así, la referencia inicial a las medidas adoptadas por el estado de alarma se extiende a las medidas de las fases de desescalada y de nueva normalidad. Además, se incorpora al párrafo primero del artículo 36, el inciso "siempre que se mantenga la vigencia de las medidas adoptadas que hayan motivado la imposibilidad de su cumplimiento", el cual, como se tendrá ocasión de exponer, es de gran relevancia para la concreción de los supuestos a los que alcanza la norma. Por otro lado, se precisa que las medidas que imposibilitan el cumplimiento que deben ser atendidas son las adoptadas por las autoridades competentes. Finalmente, se incorpora la exigencia de que los bonos o vales para que puedan ser operativos en orden a solventar la situación deben ser aceptados por el consumidor.

Artículo 36. Derecho de resolución de determinados contratos sin penalización por parte de los consumidores y usuarios.

1. Si como consecuencia de las medidas adoptadas por las autoridades competentes durante la vigencia del estado de alarma o durante las fases de desescalada o nueva normalidad, los contratos suscritos por los consumidores y usuarios, ya sean de compraventa de bienes o de prestación de servicios, incluidos los de tracto sucesivo, resultasen de imposible cumplimiento, el consumidor y usuario tendrá derecho a resolver el contrato durante un plazo de 14 días desde la imposible ejecución del mismo siempre que se mantenga la vigencia de las medidas adoptadas que hayan motivado la imposibilidad de su cumplimiento. La pretensión de resolución solo podrá ser estimada cuando no quepa obtener de la propuesta o propuestas de revisión ofrecidas por cada una de las partes, sobre la base de la buena fe, una solución que restaure la reciprocidad de intereses del contrato. Las propuestas de revisión podrán abarcar, entre otras, el ofrecimiento de bonos o vales sustitutorios al reembolso, que en todo caso quedarán sometidos a la aceptación por parte del consumidor o usuario. A estos efectos, se entenderá que no cabe obtener propuesta de revisión que restaure la reciprocidad de intereses del contrato cuando haya transcurrido un periodo de 60 días desde la solicitud de resolución contractual por parte del consumidor o usuario sin que haya acuerdo entre las partes sobre la propuesta de revisión.

2. En los supuestos en los que el cumplimiento del contrato resulte imposible de acuerdo con el apartado anterior, el empresario estará obligado a devolver las sumas abonadas por el consumidor o usuario, salvo gastos incurridos debidamente desglosados y facilitados al consumidor, en la misma forma en que se realizó el pago en un plazo máximo de 14 días, salvo aceptación expresa de condiciones distintas por parte del consumidor y usuario.

3. Respecto de los contratos de prestación de servicios de tracto sucesivo, la empresa prestadora de servicios podrá ofrecer opciones de recuperación del servicio a posteriori y sólo si el consumidor no pudiera o no aceptara dicha recuperación entonces se procedería a la devolución de los importes ya abonados en la parte correspondiente al periodo del servicio no prestado por dicha causa o, bajo la aceptación del consumidor, a minorar la cuantía que resulte de las futuras cuotas a imputar por la prestación del servicio. Asimismo, la empresa prestadora de servicios se abstendrá de presentar a cobro nuevas mensualidades hasta que el servicio pueda prestarse con normalidad, sin que ello dé lugar a la rescisión del contrato, salvo por la voluntad de ambas partes.

Me ha parecido conveniente un análisis de cómo se reguló la incidencia que sobre los contratos de consumo podía tener la pandemia desde la perspectiva que aporta el paso del tiempo que, al menos, puede contribuir a ponderar más adecuada o ajustadamente los intereses en juego.

El plan de trabajo que voy a desarrollar comienza con la delimitación del alcance de estos tres primeros párrafos del artículo mediante la descripción de los elementos que conforman el supuesto de hecho, lo que permitirá identificar precisamente la patología que se ha entendido

La tercera y última modificación hasta la fecha procede de la disposición final 5.1 de la Ley 2/2021, de 29 de marzo, pero no se aprecia ninguna modificación de los párrafos primero a tercero, pese a que dicha disposición la anuncie.

que provoca la pandemia sobre estos contratos; a continuación, se estudiarán los remedios que se arbitran para solventarlos. Para poder hacer valoraciones finales sobre la solución normativa que, con carácter extraordinario, se ha propuesto, expondré cuál es la regulación que resultaría aplicable de no haberse dictado estas normas, de modo que pueda comprobarse si se ha producido una alteración de la misma y, en su caso, si es significativa y en qué se traduce.

Un sector de la doctrina ha realizado críticas muy severas a la respuesta normativa que se ha dado para los problemas suscitados en la contratación con consumidores porque entienden que se rebaja considerablemente su nivel de protección[258] o, en la misma línea, porque se protege principalmente al empresario[259]; mientras otros no han considerado que la solución ofrecida para las relaciones de consumo en estos preceptos merezca tan seria censura[260] .

A mi modo de ver, la perspectiva que ofrece el tiempo transcurrido desde el momento en que se desata la crisis sanitaria permite afirmar la imperiosa necesidad de protección del sistema económico y productivo ante la grave crisis económica producida a causa de aquella; este punto de vista pasa por atender los intereses de quienes ocupan el lado de la oferta en el mercado, es decir, los comerciantes, profesionales y empresarios. El principio de protección de los consumidores recogido en el artículo 51 de la Constitución española, acaso deba ser atemperado en base a que, en tiempos de crisis económica, no parecería razonable ofrecer normativamente un incremento del nivel de protección de los consumidores por encima del que se procura en tiempos de bonanza económica, pues tal actitud podría suponer un estímulo para la crisis económica. Para poder llegar a concluir acerca de si los tres primeros párrafos del artículo 36 protege efectivamente los intereses de los consumidores o, por el contrario, ampara en mayor medida los de los profesionales, empresarios o comerciantes, es necesario un estudio minucioso del mismo y de las normas que contiene al que procedemos a continuación.

2. Supuesto de hecho de la norma: la imposibilidad de ejecución de la prestación debida por el vendedor o el prestador del servicio a causa de la pandemia

[258] En esta línea se encuentra, reseñadamente, MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús, «Protección del consumidor por la pandemia del COVID-19: el art. 36 del RD-ley 11/2020, en *Revista de Derecho Civil*, 2020, vol. VII, núm. 5 (octubre-diciembre, 2020), en la página 4 dice que: *La finalidad tuitiva del sistema económico es evidente*. A lo largo del trabajo expone cómo el hecho de que se establezcan requisitos para poder ejercitar la facultad de resolución que se ofrece al consumidor le perjudica considerablemente. También en esta línea se manifiesta GARCÍA RUBIO, María Paz, "Medidas regladas en materia de contratos por el COVID 19 en España", en *Revista de Derecho Civil*, vol. VII, núm. 2, especial (mayo 2020) Ensayos, página 37.

[259] TORRELLES TORREA, Esther, "La resolución de los contratos por consumidores en tiempos de pandemia. Art. 36. 1 y 2 del RD-ley 11/2020", en *Revista de Derecho Civil*, vol. VIII, núm 2 (abril-junio 2021) en la pp. 102, viene a considerar que la norma protege al empresario.

[260] GANUZA, Juan José/GÓMEZ POMAR, Fernando "Los instrumentos para intervenir en los contratos en tiempos de COVID-19: guía de uso", en *Indret, Revista para el análisis del Derecho*, 2020-2, critican las medidas adoptadas porque entienden que debe protegerse el tejido productivo, pero su análisis es general relativo al conjunto de medidas adoptadas en relación al Derecho de contratos; en relación a la regulación de los contratos con consumidores del artículo 36 vienen a decir en la página 575: *A pesar de que esta medida legal ha sido objeto de frontal oposición doctrinal 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*.

Empiezo, como he avanzado, analizando la configuración que se hace del supuesto de hecho contemplado en estos tres primeros párrafos del artículo 36 del R-Dley 11/2020 y que delimita el alcance de las normas que contienen.

Relaciones de consumo. En primer lugar, en estas normas se contemplan exclusivamente contratos que puedan ser calificados como relaciones de consumo en los que, por tanto, interviene un profesional, comerciante o empresario y un consumidor conforme a las definiciones que procuran los artículos 2, 3 y 4 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (en adelante, TRLGDCU). Quedan excluidos, por tanto, contratos entre particulares y contratos mercantiles.

Compraventa y servicios. En segundo lugar, el precepto se refiere en exclusiva a contratos de compraventa de bienes[261] y contratos de servicios, incluyendo en este último caso los de tracto sucesivo, de modo que el precepto sólo es aplicable a estos tipos contractuales.

Grado de ejecución. Uno de los objetivos principales del precepto consiste en articular la devolución al consumidor de las cantidades que éste haya pagado por un contrato que deviene de imposible ejecución por parte del vendedor o prestador del servicio como consecuencia de la situación sanitaria. Puede pensarse, por ello, que está regulando únicamente contratos en los que el consumidor haya pagado todo o parte del precio[262] ; sin embargo, me parece más razonable entender que el precepto alcanza también a aquellos contratos cuya ejecución no ha sido iniciada por ninguna de las partes, siempre y cuando el cumplimiento del contrato por parte del profesional sea imposible por la situación de pandemia y por las medidas legales que la misma conlleva. Es decir que, cuando el consumidor no ha abonado el precio ni total ni parcialmente, este precepto también le reconoce el derecho a la resolución del contrato, si bien no procederá la aplicación de las medidas restitutorias porque nada se ha pagado. Entenderlo de otro modo supondría admitir que, en estos casos, al no haber derecho a la resolución, las partes podrían recíprocamente exigirse el pago, siendo que, al menos, el que corresponde al profesional puede ser de imposible ejecución, lo cual carece de sentido.

Momento de perfección del contrato. En cuanto a la precisión del momento en que ha debido perfeccionarse el contrato entiendo que el precepto es aplicable a los que se concertaron sin poder tomar en consideración la situación provocada por la pandemia, ni prever sus consecuencias. Una vez que se desata la crisis sanitaria, las partes han podido y debido valorar la posibilidad de que la prestación del servicio o la entrega del bien comprado no puedan producirse, por lo que acaso el precio sea más bajo o se hayan pactado soluciones alternativas a la prevista en esta norma sobre distribución de los riesgos. En estos casos no puede entenderse, en principio, que la falta de ejecución de la prestación se deba a la concurrencia de fuerza mayor; habrá que ver en qué casos la imposibilidad de ejecución de la prestación podrá ser imputable a la falta de previsión del vendedor o del prestador del servicio, en cuyo caso el consumidor podrá

---

[261] En este sentido, la doctrina ha precisado, entiendo que con acierto, que el precepto debería haberse reducido a los productos: REYES LÓPEZ, María José, "Las pretendidas medidas de protección a los consumidores con motivo del COVID-19.", en *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, nº 12 bis, mayo 2020 http://www.revista-aji.com/wp-content/uploads/2020/05/53._M%C2%AA._Jos%C3%A9_Reyes_pp._568-581.pdf página 574.

[262] MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús, "Protección del consumidor por la pandemia del COVID-19: el art. 36 del RD-ley 11/2020", en *Revista de Derecho Civil*, 2020, vol. VII, núm. 5 (octubre-diciembre, 2020) Estudios, en las páginas 19 y 20 considera que el precepto sólo se aplica a aquellos contratos en que se ha pagado todo o parte del precio.

exigir daños y perjuicios; aunque en la liquidación de responsabilidad debe valorarse también la diligencia del consumidor al contratar. No obstante, dentro de este último grupo de casos que engloba los contratos celebrados con posterioridad al momento en que se desata la pandemia puede ocurrir que las partes hayan hecho las valoraciones pertinentes y lleguen a la conclusión de que esta situación no va a interferir en la ejecución del contrato y, sin embargo, el cumplimiento puede devenir imposible por alguna circunstancias que no habían podido prever, lo que vuelve a poner sobre la mesa la idea de fuerza mayor; así, puede ocurrir, por ejemplo, cuando se compra on-line material deportivo para ejercitarse en casa durante el confinamiento y la empresa productora no lo suministra al vendedor por que no da abasto para atender la creciente e imprevisible demanda. Entiendo que estos contratos están incluidos en el precepto, aunque se hayan concertado con posterioridad al momento en que se desata la pandemia, porque no se ha podido prever la dificultad que la situación sanitaria podría suponer para su cumplimiento.

Imposibilidad de cumplimiento y satisfacción de las expectativas del consumidor. El precepto, al configurar el supuesto de hecho, incluye la siguiente referencia: "resultasen de imposible cumplimiento". Creo que este es el inciso clave para la conformación del grupo de casos que deben entenderse comprendidos en el precepto y, sin embargo, interpretarlo de manera que se dote al precepto de cierto sentido resulta verdaderamente difícil.

En la redacción originaria del precepto no se concretó nada acerca del grado o sobre las características de la imposibilidad de la ejecución que debía concurrir; dicha precisión se hace necesaria posteriormente porque hay que tener en cuenta que la situación sanitaria no afecta a la posibilidad de ejecución de los contratos, impidiéndola o posibilitándola sin más, sino que hay una zona gris en la que la situación sanitaria supone sólo un impedimento transitorio para el cumplimiento por parte del empresario. Creo que esa es la razón por la que, a través de la DF 5.1 del Real Decreto-ley 21/2020, de 9 de junio, se incorpora al precepto un inciso que, si bien guarda relación con el plazo durante el cual puede ejercerse el derecho de resolución, como más adelante diré, contribuye también a precisar el alcance de la norma y a delinear, en algunos aspectos, la imposibilidad de cumplimiento a que se refiere el precepto. El inciso añadido es el siguiente: "siempre que se mantenga la vigencia de las medidas adoptadas que hayan motivado la imposibilidad de su cumplimiento". Esta frase es muy difícil de interpretar, por no decir que resulta imposible cohonestarla con el resto del precepto. No obstante, creo que lo más razonable es entender que incorpora al supuesto de hecho un componente de temporalidad imprescindible para su adecuada conformación que enlaza la imposible ejecución del contrato con la idea de que hay que incluir de algún modo que se trata de una imposibilidad de cumplir cubriendo las expectativas del adquirente del bien o servicio. Se está aludiendo a la idea de que no es posible cumplir cubriendo las expectativas del consumidor y, para ello, es imprescindible un componente temporal; para que haya posibilidad de cumplir, debe ejecutarse el contrato en un período de tiempo que permita atender suficientemente la utilidad que para el consumidor tiene el bien o el servicio adquirido; en caso contrario, hay que entender que hay imposibilidad de cumplimiento como la que recoge el precepto.

Así las cosas, pueden extraerse las siguientes consideraciones a propósito de este elemento conformador del supuesto de hecho.

En primer lugar, cabe decir que el precepto es aplicable a aquellos contratos cuya ejecución deviene definitivamente imposible; el ejemplo más claro es el de los contratos con término

esencial como las flores para una celebración prevista en fechas en las que están prohibidos este tipo de eventos por haberlo decretado así las autoridades pertinentes. Hay que incluir también la mayoría de los contratos de servicios porque aquellos cuya prestación debía desenvolverse durante el estado de alarma, desescalada o nueva normalidad ya no van a encontrar ocasión de ser prestados debido a su carácter efímero. Por ejemplo, la cuota del gimnasio pagada para los meses de confinamiento domiciliario, o la academia de inglés, de baile o de violín cuyas clases no van a poder recibirse de manera presencial como se había acordado. En estos casos, la falta de ejecución del contrato por parte del empresario, comerciante o profesional será definitiva la mayor parte de las veces y su cumplimiento tardío no puede colmar las expectativas del consumidor en el contrato porque el tiempo es irrecuperable. A estos contratos les es aplicable el precepto y en relación a ellos se desencadenarán las consecuencias jurídicas previstas en el mismo.

En segundo lugar, puede afirmarse que el precepto no es aplicable a los contratos cuya posibilidad de ejecución no se ve interferida por la pandemia, como, por ejemplo, la entrega de vivienda comprada sobre plano y que debe realizarse dentro de 4 años o en un momento en que se hayan levantado las restricciones que conlleva la situación sanitaria o en los contratos de servicios que se prestan on-line y que pueden seguir ejecutándose. También la compra on-line que puede cumplirse pese a la pandemia, por ejemplo, la compra semanal con entrega a domicilio realizada por un sujeto en un supermercado on-line.

Pero, además de los supuestos anteriores, hay una zona gris con respecto a la cual se suscitan dudas interpretativas y a las que es complicado determinar si les alcanza el precepto; esta zona viene representada por aquellos contratos cuya ejecución, que debía haberse efectuado durante los estados de alarma, desescalada y nueva normalidad, se ha visto imposibilitada por las medidas adoptadas, pudiendo distinguirse a su vez dos grupos de casos:

a) Aquellos en los que el aplazamiento de la ejecución no frustra las expectativas del consumidor como, por ejemplo, la entrega de un coche nuevo en caso de que no pueda ser usado durante la etapa de confinamiento. A estos contratos no les es aplicable el precepto porque les es referible el inciso "siempre que se mantenga la vigencia de las medidas adoptadas que hayan motivado la imposibilidad de su cumplimiento", el cual he interpretado en el sentido de que limita temporalmente el alcance del precepto en cuanto que se entiende que no habrá "imposible" ejecución del contrato cuando, transcurridos los estados de alarma, desescalada y nueva normalidad, el contrato pueda ser ejecutado por el deudor con plena satisfacción del interés del acreedor. Es decir, una imposibilidad temporal de ejecución del contrato no permite la aplicación del precepto cuando más tarde puede ejecutarse la prestación y ésta resulta de utilidad para el consumidor. En estos casos y gracias a este inciso lo único que se produce es una suspensión de la exigibilidad de la prestación[263]; el retraso en la entrega no podrá ser considerado como mora que produzca responsabilidad por parte del vendedor o prestador del servicio. Ni que decir tiene que la suspensión temporal de la ejecución del prestador del servicio o de la entrega de la cosa conllevará la suspensión de la obligación del particular de pagar el precio si no lo ha hecho ya.

[263] CASTILLA BAREA, Margarita, *La imposibilidad de cumplir los contratos*, edit. Dykinson, Madrid, 2001, ISBN 84-8155-700-5 en las páginas 164 y siguientes considera que la consecuencia para la imposibilidad transitoria es la suspensión de la exigibilidad de la obligación.

b) Por otro lado, están aquellos contratos con respecto a los cuales la pandemia no imposibilita definitivamente la ejecución –porque podría producirse *a posteriori*- pero en los que el aplazamiento de la misma frustra definitivamente las expectativas que el consumidor pueda tener en el contrato; puede pensarse, por ejemplo, en la compra de ropa para un recién nacido que, entregada más tarde, ya no cubre las necesidades del consumidor porque el bebé ha crecido –aunque este caso podría quizás equipararse al de término esencial-; también en la compra de material deportivo con intención de ejercitarse en el domicilio durante la pandemia, o en la compra de un determinado producto que quiere usarse durante el período de pandemia para mejorar una determinada habilidad o competencia. Y para estos supuestos también entiendo que está pensado el precepto[264].

Este último punto permite remarcar que, pese a que la literalidad del precepto no recoge ningún término que explícitamente permita incorporar esta consideración, lo cierto es que para valorar la imposibilidad/posibilidad de ejecución a efectos de su aplicación, no debe atenderse sólo a criterios objetivos, sino que hay un componente subjetivo que debe considerarse y es que la ejecución debe ser posible cubriendo las expectativas del consumidor, de modo que si se ha comprado algo precisamente para su uso durante el confinamiento –juegos de mesa para compartir en familia durante el período de encierro-, y la posibilidad de cumplimiento tardío posterior a la pandemia no colma las expectativas del comprador en la adquisición, debe entenderse que se trata de un supuesto contemplado por el precepto aunque no se trate de una imposibilidad en sentido estricto y objetivo. Como digo, aunque ese componente no está explicitado directamente en el texto del precepto, hay que entender que se ha querido hacer referencia al mismo al incorporar al artículo el inciso que alude a la necesidad de que se mantengan las medidas que han impedido su cumplimiento.

Aunque la lectura que propongo – al igual que cualquier otra que se pretenda- viene dificultada por la deficiente técnica en la redacción del precepto en lo atinente al diseño del supuesto de hecho, creo que es la manera más razonable de entenderlo, sin perjuicio de que, como digo, plantea grandes incertidumbres que no ayudan a la consecución de la seguridad jurídica en momentos en que es imperiosamente necesaria.

Fuerza mayor. Siguiendo con otro punto relativo a los componentes del supuesto fáctico para el que se piensa la norma, se dice en la misma que el incumplimiento debe ser: "consecuencia de las medidas adoptadas durante la vigencia del estado de alarma o durante las fases de desescalada o nueva normalidad. En relación a este inciso, MARÍN LÓPEZ entiende que el precepto sólo contempla como posible causa de la falta de ejecución la declaración de estado de alarma y no la pandemia; sin embargo, entiendo que debe considerarse que, pese a la literalidad de la norma, la causa que debe imposibilitar la ejecución del contrato o contratos es la pandemia. Las medidas para impedir la propagación se van fijando por ley siguiendo criterios sanitarios que, en los

[264] Creo que este caso se plantea en la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Valladolid (sección 8) de 12 de enero de 2021 (ECLI:ES:JPI:2021:2), en la que una consumidora que había encargado un vestido de novia, habiendo pagado la mitad del precio, reclama la devolución de dicha cantidad en base a la resolución o desistimiento del contrato; el empresario reconviene exigiendo la mitad del precio que faltaba para completar el pago, es decir, exige que se dé eficacia al contrato y se proceda al cumplimiento por parte de la consumidora. La boda estaba prevista para agosto de 2020 y alega el comerciante que la celebración puede tener lugar en tal fecha y que el vestido está ya confeccionado. No obstante, la boda se había cancelado y se alegan motivos personales relacionados con la imposibilidad de celebrar el evento con normalidad. La sentencia aplica el artículo 36 del RD-ley 11/2020 para estimar la demanda de la consumidora, decretando que se le devuelva la mitad del precio del vestido que había adelantado.

primeros estadios de la pandemia, no eran seguros porque científicamente no se tenían certezas sobre cómo evitar el contagio; obviamente son las medidas adoptadas las que imposibilitan la ejecución, pero la causa última es la pandemia. Es más, cuando no haya normas como el toque de queda establecido para evitar la propagación de la pandemia, pueden darse casos de imposibilidad de ejecución cuya causa sea la situación sanitaria como, por ejemplo, el contagio del profesor de clases presenciales de violín; quizás, una vez superados los estados de alarma, desescalada o nueva normalidad las normas no imposibiliten la prestación, pero pueden impedirla las medidas sanitarias –aunque no sean obligatorias por ley- para evitar el contagio y la propagación de la pandemia. Estos casos entiendo que deberían entenderse comprendidos en el precepto. Cuando se produce el cese de esos estados plasmados en las leyes y decretados por las autoridades, hay que ver en qué medida la situación sanitaria derivada de la pandemia impide la ejecución d los contratos y deberá entenderse concurrente, en su caso, fuerza mayor y/o caso fortuito si ha habido imprevisibilidad y/o inevitabilidad, y ello, aunque no haya medidas legales adoptadas por las autoridades que la impidan.

Por ello, creo que deben comprenderse las faltas de ejecución que se producen como consecuencia de la declaración de estado de alarma, desescalada o nueva normalidad a raíz de la situación sanitaria, pudiendo encajar el supuesto en el concepto de fuerza mayor que impide la prestación. También puede haber algún caso en el que las normas no impidan la ejecución y sí lo haga la situación sanitaria, por ejemplo, cierre del establecimiento educativo por contagio de los empleados una vez superadas las medidas legales; lo que ocurre es que en estos casos, a diferencia de los primeros, habrá de acreditarse la concurrencia de fuerza mayor [265].

Del mismo modo que la concreción del resto de componentes del supuesto de hecho implica determinadas exclusiones del alcance de la norma, el conjunto de casos que quedan al margen como consecuencia de que el supuesto esté configurado por el dato de que la falta de ejecución del contrato se deba a fuerza mayor son muy significativos en orden a proceder a la categorización de la patología contemplada en base a las normas aplicables en tiempo ordinario. Y es que, si la causa de la falta de ejecución es la pandemia o la declaración del estado de alarma, desescalada o nueva normalidad que aquella conlleva, lo que es claro es que la no ejecución de la prestación no se debe ni a dolo ni a negligencia del deudor de la misma, esto es, no es imputable al comerciante, empresario o profesional, lo cual impide exigir responsabilidad al deudor cuya prestación no puede cumplirse.

Concluyendo este apartado, puede decirse que el precepto contempla un supuesto configurado por una serie de componentes, algunos de los cuales son muy difíciles de precisar porque la interpretación de la norma es complicada, lo que deriva en una cierta indefinición de los casos a los que estas normas son aplicables. Si se me permite la licencia, podría decirse que, en lugar de configurar el supuesto de hecho, la deficiente redacción del precepto lo desfigura. Probablemente, esta imprecisión se deba a que no se sabía muy bien en esos primeros momentos de incertidumbre generalizada qué tipo de problemas se iban a generar y tampoco la envergadura de los mismos, así que se anduvo un poco como a tientas en la oscuridad; de ahí lo difícil que

[265] GREGORACI, Beatriz, "El impacto del COVID-19 en el Derecho de contratos español", en *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXXIII, 2020, fasc. II, pp. 455-490, si bien considera que habrá que analizar en cada caso qué es lo que constituye fuerza mayor o no, acaba reconociendo que *Es posible, pues, afirmar, que lo que en cada contrato podrá llegar a constituir fuerza mayor serán las medidas concretas adoptadas como consecuencia de la emergencia sanitaria derivada de la pandemia*.

resulta precisar los diferentes elementos que configuran el supuesto de hecho. No obstante, me parece importante destacar la idea de que de algún modo se inserta en dicha configuración que se trata de una imposibilidad de cumplir en cuya valoración incide la medida en que pueden cubrirse las expectativas del consumidor en el contrato.

Puede afirmarse que el ámbito predominante de aplicación de estos tres primeros párrafos del artículo 36 Real Decreto ley 11/2020 es el de los contratos de servicios –incluyendo los de tracto sucesivo-, mientras que su alcance respecto a los contratos de compraventa parece menos relevante, entre otras cosas porque es difícil que la cosa comprada no pueda, pasada la pandemia, cubrir en alguna medida las necesidades del consumidor que la adquirió.

Así las cosas, puede decirse que el supuesto de hecho de los párrafos 1 a 3 del Real Decreto ley 11/2020 consiste en un contrato de compraventa o de servicios que tiene las características propias de una relación de consumo, cuyo grado de ejecución por parte del consumidor es irrelevante –puede haber pagado total o parcialmente o no haber pagado-, y en el que la prestación de la otra parte del contrato –empresario, profesional o comerciante- deviene de imposible cumplimiento de manera definitiva o es imposible cumplirla cubriendo las expectativas del adquirente debido a la pandemia y la consiguiente declaración del estado de alarma, desescalada o nueva normalidad, en definitiva, a fuerza mayor.

3. Consecuencia jurídica de la norma: el derecho del consumidor a la resolución mediatizada del contrato

3.1. Objetivo principal: facultar al consumidor para desligarse del contrato

El artículo que se analiza ofrece el derecho de resolución del contrato como remedio para los consumidores que han adquirido bienes o han concertado la prestación de algún servicio siempre que concurran las circunstancias que se especifican en el mismo y a las que hemos hecho referencia en el epígrafe precedente; no obstante, se establecen algunos condicionantes para la efectividad de este derecho, por ello la califico de resolución "mediatizada".

La solución por la que se opta en la norma, consistente, como digo, en ofrecer al consumidor la posibilidad de resolver el contrato, ha sido criticada por algunos autores que acentúan la necesidad de preservar el tejido productivo en una tesitura que aboca al país a una crisis económica de enormes proporciones, poniendo de relieve que la protección -en la medida de lo posible- de la actividad económica pasa por mantener la eficacia de los contratos en curso[266] .

---

[266] En esta línea pueden consultarse: GANUZA, Juan José/GÓMEZ POMAR, Fernando, "Los instrumentos para intervenir en los contratos en tiempos de COVID-19: guía de uso", en *Indret, Revista para el análisis del Derecho*, 2020-2, páginas 571 y ss: *Parece, pues, que recurrir a la resolución y extinción de contratos no solo no se nos representa como una alternativa atractiva*. También MORALES MORENO, Antonio Manuel, "El efecto de la pandemia en los contratos: ¿es el derecho ordinario de contratos la solución?", en *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXXIII, 2020, fasc. II. dice en la página 449: *En definitiva, la resolución del contrato por incumplimiento, medida de estricta justicia conmutativa diseñada para situaciones ordinarias, es inadecuada en las actuales circunstancias en las que hay que preservar la supervivencia de los contratos*. El legislador debe, por tanto, contribuir a evitarla. Por último, GREGORACI, Beatriz, "El impacto del COVID-19 en el Derecho de contratos español", en *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXXIII, 2020, fasc. II, en la página 484: *Y así, no hay que olvidar las consecuencias adversas que puede tener la resolución de los contratos, fundamentalmente por el efecto restitutorio que, en estas circunstancias, puede comprometer la liquidez del deudor, y porque, en último extremo, podría llegar a privar al sistema económico de la red de contratos, esencial en la futura reactivación de la economía. Habría sido, por ello, conveniente el legislador hubiera*

La consecuencia jurídica que establece este precepto se inspira en las soluciones que se consideran aplicables en caso de que, debido a la alteración sobrevenida de las circunstancias, se entienda conveniente dar eficacia a la cláusula *rebus sic stantibus*, implícita en todo contrato. Lo cual, de entrada, parece razonable porque la pandemia supone una alteración sobrevenida de las circunstancias absolutamente imprevisible. En efecto, la jurisprudencia ha entendido que cuando se produce una alteración significativa de las circunstancias en las que se pactó el contrato y siempre que concurran además una serie de requisitos –ruptura del equilibrio de las contraprestaciones que haga excesivamente onerosa para una de las partes su cumplimiento, desaparición de la base del negocio-, puede pretenderse una revisión del contenido del contrato y, muy excepcionalmente, puede procederse a la resolución del contrato. Estos remedios que suelen considerarse en casos de alteración sobrevenida de las circunstancias a la que desde hace tiempo aluden los Tribunales y la doctrina, se recogen en la propuesta de regulación del supuesto por el artículo 1213 de la Propuesta de Modernización del Código civil en materia de Obligaciones y Contratos de la Comisión General de Codificación de 2009 que, por un lado y de manera prioritaria, contempla como consecuencia jurídica la posibilidad de pedir la revisión del contenido del contrato y, en caso de no ser posible o de que no pueda imponerse a una de las partes, propone como solución subsidiaria la posibilidad de resolución del contrato[267].

En el artículo 36.1 Real Decreto ley 11/2020 se invierte la jerarquía y se ofrece la resolución como remedio primario, supeditando la efectividad de la misma al fracaso de la obligatoria negociación que debe llevarse a cabo entre las partes en orden a la revisión del contenido del contrato; pero a nadie se le escapa que dicha obligación de negociación puede ser obviada por el consumidor dejando transcurrir un plazo de 60 días sin aceptar ninguna de las opciones ofrecidas por su contraparte[268], con el límite de la buena fe, que siempre debe presumirse concurrente y cuya ausencia es tan complejo acreditar.

De modo que este precepto –el art 36.1 RD ley 10/2020- está ofreciendo la resolución del contrato mediatizada por la exigencia del cumplimiento de una serie de presupuestos cuya concurrencia depende casi exclusivamente de la voluntad del consumidor y del paso del tiempo. Para remachar esta apreciación, se añade a la redacción original del precepto – a través del Real Decreto-ley 21/2020, de 9 de junio- el inciso de que los bonos o vales sustitutorios quedarán sometidos a la aceptación por parte del consumidor, el cual, por lo tanto, podrá rechazarlos.

---

decretado una desactivación generalizada de la facultad resolutoria en general y de las cláusulas resolutorias, en particular.

[267] Artículo 1213 de la Propuesta de Modernización del Código civil en materia de Obligaciones y Contratos de la Comisión General de Codificación:

"Si las circunstancias que sirvieron de base al contrato hubieren cambiado de forma extraordinaria e imprevisible durante su ejecución de manera que ésta se haya hecho excesivamente onerosa para una de las partes o se haya frustrado el fin del contrato, el contratante al que, atendidas las circunstancias del caso y especialmente la distribución contractual o legal de riesgos, no le sea razonablemente exigible que permanezca sujeto al contrato, podrá pretender su revisión, y si ésta no es posible o no puede imponerse a una de las partes, podrá aquél pedir su resolución. La pretensión de resolución sólo podrá ser estimada cuando no quepa obtener de la propuesta o propuestas de revisión ofrecidas por cada una de las partes una solución que restaure la reciprocidad de intereses del contrato."

[268] MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús, "Protección del consumidor por la pandemia del COVID-19: el art. 36 del RD-ley 11/2020", en Revista de Derecho Civil, 2020, vol. VII, núm. 5 (octubre-diciembre, 2020) Estudios, pp.23

La verdadera dimensión del remedio que se ofrece se advierte si se centra la atención sobre el sujeto a quien se reconoce legitimación para activar la resolución. En la propuesta de la Comisión General de Codificación –que recoge la doctrina vertida sobre la cláusula *rebus sic stantibus*-, al proponer una regulación para la alteración sobrevenida de las circunstancias se permite activar los remedios al sujeto a quien no sea razonable exigir que permanezca sometido al contrato, sin prejuzgar cuál pueda ser este sujeto. En contraste con esta propuesta y con la doctrina vertida en torno a esta cláusula, en la regulación que contiene el artículo 36.1 Real Decreto ley 10/2020 nos encontramos con que se atribuye, en exclusiva, la posibilidad de resolver al consumidor, prejuzgando que es este sujeto quien va a resultar perjudicado por la situación sanitaria y a quien debe permitirse que se desvincule del contrato; se desprecian los casos en los que el desequilibrio generado perjudique al comerciante y se obvia su legitimidad para exigir la eficacia del contrato en los términos en que fue pactado en aquellos casos en los que dicho desequilibrio no se genere o no perjudique al consumidor. Además, hay que tener en cuenta que habrá que admitir, como consecuencia colateral de la existencia de este precepto que la regulación de este supuesto tal y como está formulado va a impedir al comerciante, profesional o empresario que ha contratado con el consumidor ejercitar la acción de revisión del contenido del contrato o de resolución en base a la claúsula *rebus sic stantibus* ante las circunstancias que provoca la pandemia.

Estas consideraciones, además de ser un apoyo para confirmar que no se está regulando en este precepto un supuesto de cláusula *rebus sic stantibus* como más adelante seguiré argumentando, ponen de relieve de manera patente que se ha querido proteger al consumidor sin entrar a realizar ninguna otra valoración que responda a criterios de justicia conmutativa en el contrato, ofreciéndole la posibilidad de desvincularse, de dejar sin efecto el contrato incumplido o que puede cumplirse de manera que no cubre sus expectativas, con independencia de si la pandemia genera efectivamente un desequilibrio que le perjudique. Esta es la razón por la que puede calificarse esta norma como protectora de los consumidores, porque la ley da por sentado que la pandemia le perjudica solventando a su favor el hipotético desequilibrio que entre las prestaciones pueda darse, despreciando –como digo- los casos en que dicho desequilibrio o bien no se produzca o bien, de darse, pueda perjudicar al comerciante, empresario o profesional.

La norma, insisto en ello, va encaminada a ofrecer una salida del contrato a los consumidores, legitimándoles para resolverlo; en esta ocasión, la revisión del contrato es un remedio subsidiario al de la extinción del contrato. En realidad, puede apuntarse que el hecho de que para la conformación del supuesto de hecho pueda entrar a valorarse que hay incumplimiento cuando, siendo viable la ejecución del contrato, este no satisface plenamente las expectativas del consumidor, permite establecer una cierta conexión de la resolución prevista en este precepto con la facultad de desistimiento; sin embargo, no puede identificarse con dicha institución pues para la resolución del art 36 es menester el incumplimiento en uno u otro grado[269].

En definitiva, el precepto otorga una facultad resolutoria, pero mediatizándola con la exigencia de una serie de presupuestos para su efectividad, que, en base a su formulación literal parecen

[269] Esta cercanía con el desistimiento se aprecia en la sentencia que se ha dictado en aplicación de este precepto por parte del Juzgado de Primera Instancia de Valladolid (sección 8) de 12 de enero de 2021 (ECLI:ES:JPI:2021:2), en la que la consumidora demandante reclama la resolución o el desistimiento de un contrato por el que había encargado un vestido de novia para la celebración de un enlace que finalmente se cancela. Y dichos conceptos aparecen mezclados a lo largo del pronunciamiento.

no depender en exclusiva de la voluntad del consumidor, pero que, en realidad sólo dependen de ella y del paso del tiempo. Estas exigencias que mediatizan la resolución se redactan también de modo impreciso, lo que genera problemas interpretativos de entidad y de muy difícil solución que se abordan a continuación.

3.2. Plazo de prescripción de la acción para ejercitar la resolución

El primero de los presupuestos necesarios para el ejercicio de la facultad de resolución es que debe ejercerse en un plazo de 14 días[270], plazo que coincide con el general para el desistimiento del artículo 71 del TRLGDCU. En efecto, quizás se aprecia aquí esa voluntad de permitir en la medida de lo posible a los consumidores dejar sin eficacia los contratos cuando el cumplimiento del mismo, dadas las circunstancias generadas por la situación sanitaria, o bien es imposible –lo que será más frecuente en los contratos de servicios- o bien no puede colmar sus expectativas teniendo en cuenta el período en que puede cumplirse –lo que se dará más propiamente en los contratos de compraventa de bienes-. Y, precisamente, este plazo de 14 días podría revelar, por su coincidencia con el de desistimiento, que se ha querido solventar el problema permitiendo al consumidor desvincularse del contrato si esa era su voluntad, aunque luego se exijan una serie de presupuestos de manera, digamos, poco precisa. Por ello, quizás, no sean tan atendibles las consideraciones que afirman que se rebaja el nivel de protección del consumidor porque se reduce el plazo de la acción de resolución de 5 años del artículo 1124 del Código civil a 14 días. Entiendo que este plazo corto de 14 días está ordenado a procurar una solución ágil y rápida para el consumidor.

Resulta complicado precisar el *dies a quo* de dicho período de 14 días generándose una inseguridad jurídica notable al respecto. El precepto literalmente lo fija *en el momento de imposible ejecución del contrato*. Ese momento puede coincidir con el inicio de la pandemia, la declaración de estado de alarma, desescalada o nueva normalidad, incluso puede ser el momento en que debía cumplirse el contrato y no se cumple.

A mi modo de ver, en este punto creo que debe entenderse que el *dies a quo* debe coincidir con el momento de la imposible ejecución del contrato, esto es, con el *día en que se adquiere certeza de que el contrato no se va a poder ejecutar a plena satisfacción del consumidor*. Ese momento, en algunos casos, será muy claro y, en otros, no tanto. Así, por ejemplo, cuando se decreta el confinamiento de la población o el cierre de determinadas actividades como la de los gimnasios o las academias de idiomas, se puede fijar sin problema el momento en que la ejecución deviene imposible.

Pero, en otros casos, casi todos referidos al contrato de compraventa, la incertidumbre sobre la evolución de la pandemia y las restricciones que es menester adoptar para prevenir los daños que puede causar pueden dificultar la fijación de ese momento. Algunos autores consideran como *dies a quo* el día de cumplimiento fijado en el contrato si en ese momento el vendedor o prestador

[270] Este período de 14 días puede resultar afectado por la suspensión de los plazos de prescripción o caducidad que impone la Disposición Adicional cuarta 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 y que tiene lugar hasta el día 4 de junio de 2020 (art 10 del RD 537/2020), sin perjuicio de que pese a la suspensión pueda operarse la resolución por vía extrajudicial en durante el período de suspensión.

no cumple[271]. Sin embargo, tal consideración no es compatible con la idea de que el precepto no debe aplicarse a los contratos susceptibles de cumplimiento tardío *que satisfagan plenamente las expectativas del consumidor* una vez que se hayan superado los estados de alarma, desescalada o nueva normalidad que imposibilitaron temporalmente su cumplimiento.

Creo que la literalidad del inciso que fija el *dies a quo* debe ser respetada y, por lo tanto, concretarse su fijación en el día en que se adquiera certeza acerca de la imposibilidad de ejecución definitiva del contrato por parte del vendedor o prestador del servicio debido a la pandemia y a las restricciones que conlleva.

No obstante, hay una circunstancia que debe matizar las consideraciones que acabo de realizar referidas a aquellos supuestos en los que la pandemia provoca la imposibilidad de ejecución en sentido estricto. Hay que recordar que la imposibilidad de la ejecución debe atender, no sólo a si la prestación es viable en base a criterios objetivos, sino a la medida en que dicho cumplimiento satisface el interés del consumidor. En estos casos, este componente incorpora una seria incertidumbre para la fijación del *dies a quo*; en efecto, como he dicho, la valoración de la posibilidad/imposibilidad de la prestación debe conjugar la posibilidad/imposibilidad objetiva con la satisfacción del interés del acreedor, en este caso, el consumidor. ¿Cuándo se produce la insatisfacción del interés del consumidor? Es un momento que, probablemente, no sea fácil de precisar, pero en el que el sujeto afectado parece que puede tener algo que decir. Es más, incluso podría llegar a valorarse que, en ciertos casos, el ejercicio de la facultad de resolver –adquisición de juegos de mesa o de mancuernas para usar durante el confinamiento- permite evidenciar que la ejecución de la prestación ya no puede producirse cubriendo las expectativas del consumidor. Y a esta idea entiendo que responde el inciso que se incorpora al precepto a través de la DF 5.1 del Real Decreto-ley 21/2020, de 9 de junio y que dice así: "siempre que se mantenga la vigencia de las medidas adoptadas que hayan motivado la imposibilidad de su cumplimiento"; con toda probabilidad este inciso significa que, si el consumidor no ha ejercitado la resolución antes de ese momento, ya no puede exigirla, porque ya no puede pretender que la ejecución no colma sus expectativas.

Todo lo dicho no impide que las partes del contrato, ante la imposibilidad inmediata de ejecutar el contrato, procedan de mutuo acuerdo a su extinción antes de que se alcance la certeza absoluta sobre la imposibilidad de ejecución del contrato de manera que satisfaga al consumidor.

Por todo lo expuesto, no habiendo certeza acerca de la imposibilidad de la ejecución con plena satisfacción para el consumidor, si éste la ejercita, el comerciante o profesional puede oponerse a reconocerle efectividad porque no se daría el presupuesto de "imposible cumplimiento" y el consumidor no estaría legitimado para resolver, de modo que no podría haber empezado a correr el plazo de 14 días. Entiendo que la defensa del comerciante puede basarse en que, por un lado, no concurre imposibilidad objetiva de ejecución del contrato y, en segundo lugar, en que la prestación aún puede resultar útil al consumidor.

---

[271] MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús, "Protección del consumidor por la pandemia del COVID-19: el art. 36 del RD-ley 11/2020", en *Revista de Derecho Civil,* 2020, vol. VII, núm. 5 (octubre-diciembre, 2020) Estudios, página 17 considera que empieza a contar desde que, llegada la fecha pactada de cumplimiento, no se procede a la ejecución de la prestación debida por el vendedor.

3.3. La obligación de negociación

La efectividad de la resolución depende de que, en un período de 60 días posteriores al ejercicio de dicha facultad, las partes no lleguen a un acuerdo sobre la reconfiguración del contrato.

Dentro de estas propuestas de revisión del contrato se sugiere por el precepto el ofrecimiento por parte del vendedor de vales o bonos al consumidor por la cantidad entregada por éste en cumplimiento de las obligaciones que para él se derivan del contrato[272]. Estos vales o bonos pueden ser aceptados por el consumidor, de modo que éste no está obligado a recibirlos.

Las dos partes deben aceptar el contenido reconfigurado del contrato, de manera que, si el consumidor no quiere aceptar ninguna de las opciones que en este sentido le ofrece el vendedor o el prestador del servicio, deberá esperar 60 días, a partir de los cuales se computarán los 14 días de plazo que el párrafo segundo ofrece al vendedor o prestador del servicio para reembolsar el precio al consumidor.

Por lo tanto, la consecuencia jurídica que establece el precepto es una resolución mediatizada en el sentido de que se establece un período en el que las partes deben negociar para intentar una reconfiguración del contenido del contrato que mantenga su eficacia. El precepto invoca la buena fe con la que las partes deben conducirse en el curso de dicha negociación, exigencia que establece algún límite a la voluntad del consumidor de resolver el contrato, pues debería intentar salvar el contrato y darle eficacia –principio conservación del negocio jurídico-.

3.4. Los efectos restitutorios

Los párrafos segundo y tercero del precepto precisan las consecuencias de la resolución. En el párrafo segundo, que resultaría de aplicación a los contratos de compraventa y a los de prestación de servicios de tracto único, se dispone que el empresario tiene obligación de devolver las sumas entregadas por el consumidor en cumplimiento del contrato, si bien puede descontar los gastos que el cobro de esas cantidades le haya podido acarrear; el plazo para el reembolso es de 14 días desde que la resolución adquiere eficacia. La devolución se hace en la forma pactada por las partes o, en su defecto, del modo en que se procedió al pago por parte del consumidor.

Si se trata de un contrato de servicios de tracto sucesivo, el precepto distingue el tratamiento que debe darse a las cantidades que el consumidor ya ha abonado y no ha podido disfrutar y a las cuotas no pagadas que corresponden a períodos futuros de disfrute.

---

[272] En cuanto a la consideración que hay que dar a estos bonos, por un lado MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús, "Protección del consumidor por la pandemia del COVID-19: el art. 36 del RD-ley 11/2020", en *Revista de Derecho Civil,* 2020, vol. VII, núm. 5 (octubre-diciembre, 2020), en la página 14, entiende que la entrega de un vale supone que se ha procedido a la resolución y el vale o bono representaría la restitución del dinero pagado por el consumidor, pero que, en lugar de entregar la cantidad de dinero, se entrega un vale que puede usarse cuando se celebre un nuevo contrato entre las partes. Sin embargo, para GANUZA, Juan José/GÓMEZ POMAR, Fernando, "Los instrumentos para intervenir en los contratos en tiempos de COVID-19: guía de uso", en *Indret, Revista para el análisis del Derecho*, 2020-2, página 576, aunque lo dice en relación a los bonos contemplados en el párrafo 4 para los viajes, creo que su apreciación es trasladable a los bonos o vales mencionados en el primer párrafo del artículo : *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.*

El destino del precio ya *pagado por períodos que no ha podido disfrutar por la pandemia, depende* en exclusiva de la voluntad del consumidor que puede elegir si se le reembolsa el dinero, si lo ya pagado y no disfrutado se aplica a períodos posteriores a la situación de pandemia o, por último, si lo ya pagado, se usa para reducir cuotas futuras si el contrato sigue siendo eficaz.

En cuanto a las cantidades aún no pagadas que se deban por períodos posteriores a la situación de pandemia o durante el período en el que la pandemia y las restricciones que conlleva impiden prestar el servicio, la empresa no debe cobrarlas sin que eso suponga la "rescisión" del contrato, dice impropiamente el precepto. La empresa no debe cobrar nuevas cuotas porque la ejecución del servicio durante el tiempo de pandemia es imposible. Lo que encaja plenamente en la descripción del supuesto de hecho realizada en el epígrafe anterior. El hecho de no poder cobrar cuotas por períodos en los que no se puede prestar el servicio no significa que el contrato se haya extinguido. El precepto dice que la extinción del contrato superada la pandemia sólo tendrá lugar por voluntad de ambas partes. En este sentido, el precepto es coherente con el hecho de que en materia de servicios se admita el desistimiento unilateral por cualquiera de los sujetos, particularmente por el consumidor por reconocérselo así, la doctrina, la jurisprudencia y el artículo 62 TRLGDCU.

En cuanto a los efectos restitutorios, debe tenerse en cuenta que el consumidor tiene derecho a que se le reintegren las cantidades que ha pagado "salvo gastos incurridos debidamente desglosados y facilitados al consumidor".

En este punto, la norma ofrece una solución razonable puesto que el derecho a la resolución del contrato por una falta de ejecución no imputable al vendedor o al prestador del servicio es suficiente protección de los intereses del consumidor, cuyo ejercicio puede perjudicar considerablemente los intereses del vendedor o prestador del servicio sin que éste haya incurrido en negligencia, dolo, ni mora; por ello me parecería excesivo que el vendedor o el prestador del servicio tuvieran que asumir la pérdida de ingresos que supone la resolución y, además, deban hacerse cargo del coste de los gastos que tal devolución pueda generar[273].

El artículo 18.3 de la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores recoge el derecho del comprador a recuperar todo el precio pagado en un caso en el que el vendedor, requerido de cumplimiento, no entrega la mercancía, es decir, es un supuesto en el que el vendedor, al menos se encuentra en mora, e incluso puede tratarse de un incumplimiento imputable al vendedor por dolo o negligencia; supuestos estos que, en modo alguno, coinciden con el establecido en el artículo 36 del RD en el que ningún retraso ni falta de ejecución es imputable al vendedor o prestador del servicio. Por otro lado, el artículo 16.3 de la Directiva (UE) 2019/771 está regulando los casos de falta de conformidad que la norma imputa al vendedor de modo que tampoco el tratamiento

[273] En contra de esta opinión y desde una perspectiva que atiende exclusivamente los intereses de los consumidores, MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús, "Protección del consumidor por la pandemia del COVID-19: el art. 36 del RD-ley 11/2020", en Revista de Derecho Civil, 2020, vol. VII, núm. 5 (octubre-diciembre, 2020) Estudios, página 20-21 considera que el consumidor debería recuperar toda la cantidad pagada.

normativo es trasladable al del caso contemplado en los tres primeros párrafos del artículo 36 RD-ley.

4. Categorización del supuesto de hecho y consecuencias jurídicas que resultarían de aplicación en tiempo ordinario

Para valorar adecuadamente el precepto objeto de estudio, debe considerarse cuál sería en tiempo ordinario la regulación del supuesto de hecho que contempla. A tal fin es necesario categorizar el supuesto cuyos perfiles se han dejado delimitados en el primer epígrafe de este estudio en la medida en que la defectuosa redacción del precepto lo permite, recurriendo a los supuestos del Código civil y del TRLGDCU en los que el vendedor o el prestador del servicio no pueden ejecutar su prestación por causa que no les sea imputable. Así, debe estudiarse la regulación específica de la compraventa y, para el caso de los contratos de servicios, al no haber normativa concreta que les sea referible, debe atenderse a lo que los Tribunales suelen disponer en estos casos y a lo que la doctrina entiende pertinente. También habrá que considerar los supuestos contemplados en la parte general del Código civil y seguir argumentando en la dirección ya apuntada en el sentido de la dificultad que presenta encajar la regulación ofrecida como si fuera un caso de alteración sobrevenida de las circunstancias al que sea referible la cláusula *rebus sic stantibus*.

Primeramente, hay que excluir la posibilidad de subsumir el supuesto del artículo 36 en aquellas patologías contractuales que tienen su origen en el propio producto, como los vicios ocultos o la falta de conformidad; tampoco procede valorar la evicción pues no se trata de que al consumidor le priven del bien comprado una vez que se le ha entregado y lo ha poseído. No estamos ante un problema en torno al bien adquirido o a la pacífica titularidad del derecho de propiedad que sobre el mismo adquiere el comprador-consumidor. En el caso de los contratos de servicios no se trata de un supuesto de incumplimiento del contrato imputable al prestador del servicio que incurra en negligencia, dolo o morosidad.

5.1. ¿Podría ser un caso de alteración sobrevenida de las circunstancias que permita dar relevancia a la cláusula *rebus sic stantibus*?

Algunas de las expresiones usadas en la redacción del artículo 36 evocan, como ya he dicho, el supuesto de alteración sobrevenida de las circunstancias en el que hay que dar relevancia a la cláusula *rebus sic stantibus* que se entiende implícita en todo contrato. Se suele entender necesario, para aplicar los remedios vinculados a esta cláusula, además de una sobrevenida alteración de las circunstancias de manera imprevisible y extraordinaria –como sería sin duda alguna la pandemia que aún asola el mundo-, la concurrencia de una serie de requisitos como la desaparición de la base objetiva del negocio de manera que el cumplimiento del contrato se convierta en desmesuradamente oneroso o inasumible para una de las partes.

Esta cláusula, aunque carece de regulación general en Derecho español, ha venido siendo estudiada por la doctrina y considerada por los Tribunales desde hace tiempo[274]; además, se ha

[274] Puede citarse la STS 306/1986, Civil, de 17 de mayo (ECLI:ES:TS:1986:8324) que entiende que en ese caso no es aplicable la cláusula *rebus sic stantibus* y que cita otras sentencias anteriores del Tribunal Supremo:

"También ofrece interés para la cuestión debatida recordar el aserto apodíctico de que el contrato es fuente de obligaciones, que han de cumplirse con arreglo a lo convenido (artículos 1.255 y 1.278), siempre con adecuación

propuesto su regulación en el artículo 1213 de la Propuesta de Modernización del Código civil en materia de obligaciones y contratos a la que ya he hecho referencia. Los últimos años ha sido una materia objeto de especial atención por parte de la doctrina jurídica porque, pese a carecer de apoyo normativo, se han dictado algunas sentencias que representan serios esfuerzos jurisprudenciales tendentes a su revitalización desde la crisis económica del 2008[275], tendencia a la que se suma cierto sector de la doctrina española favorable a su regulación[276]. No obstante, aunque –como digo- se han dictado algunas sentencias que claramente se han manifestado a favor de la aplicación de este cláusula y los remedios asociados a la misma –modificación del contrato o extinción- para cuando se produce una alteración sobrevenida de las circunstancias que haga desaparecer la base del contrato, lo cierto es que un gran número de ellas optan por no aplicar dicha cláusula[277] o, si la aplican, no se decantan por considerar que esta vía permita la extinción del contrato, optándose en la mayoría de ocasiones por una reintegración del contenido de la relación contractual que restaure el equilibrio entre las prestaciones que recíprocamente corresponde intercambiar a los contratantes[278].

A la consideración de la influencia que en el contenido del contrato y en su eficacia pueda tener la alteración sobrevenida de las circunstancias se opone la aplicación del principio *pacta sunt servanda*. Además, tras las sentencias que apostaban por la solución de los casos tomando en consideración la cláusula *rebus sic stantibus* para reconfigurar el contenido del contrato, se han

---

a las pautas de la buena fe (artículos 7 y 1.258); y si bien por aplicación de una implícita cláusula rebus sic stantibus o de la teoría de la presuposición y base del negocio cabe que una profunda alteración de las circunstancias, operante como un aleas anormal, pueda conducir a la resolución del vínculo obligatorio o a su acomodación a los nuevos módulos económicos, por defecto de la base negocial y haber sido roto el equilibrio de las prestaciones por esa imprevisible mutación fáctica, la jurisprudencia, además de advertir sobre la cautela con que tal posibilidad debe ser acogida -sentencias de 31 de marzo de 1960, 31 de octubre de 1963, 15 de marzo de 1972 y 9 de mayo de 1983 , entre otras-, para evitar que a su sombra los organismos jurisdiccionales creen una convención distinta a la libremente pactada por los interesados -sentencias de 26 de marzo de 1963-, tiene puntualizado repetidamente que los elementos condicionantes de tal facultad de modificar el contrato, han de consistir en una alteración extraordinaria de las circunstancias en el momento del cumplimiento en relación con las concurrentes al tiempo de su celebración, que tal cambio origine desproporción exorbitante y fuera de todo cálculo entre las correspectivas prestaciones de las partes, y además que todo ello acontezca por la sobrevenida aparición «de circunstancias radicalmente imprevisibles y que se carezcan de otro medio para salvar el perjuicio sufrido» -sentencias de 17 de mayo de 1957, 6 de junio de 1959, 15 de marzo de 1972 y 27 de junio de 1984-."

[275] Se genera en un período relativamente corto un importante volumen de sentencias del Tribunal Supremo sobre la cuestión, pudiendo citarse, entre otras, la STS 240/2012, Civil, de 23 de abril (ECLI:ES:TS:2012:2866) o la STS 309/2013, Civil, de 26 de abril (ECLI:ES:TS:2013:2247). Además de las siguientes: STS 243/2012, Civil, de 27 de abril (ECLI:ES:TS:2012:2868), STS 369/2012, Civil, de 18 de junio (ECLI:ES:TS:2012:4408), STS 644/2012, Civil, de 8 de noviembre (ECLI:ES:TS:2012:9188), STS 820/2013, Civil, de 17 de enero (ECLI:ES:TS:2013:1013), STS 807/2012, Civil, de 27 de diciembre (ECLI:ES:TS:2012:8996), STS 820/2013, Civil, de 17 de enero (ECLI:ES:TS:2013:1013), o la STS 822/2013, Civil, de 18 de enero (ECLI:ES:TS:2013:679).

[276] El principal valedor de esta postura es el profesor ORDUÑA MORENO, Francisco Javier, que ha publicado sobre el particular: *La moderna configuración de la claúsula "rebus sic stantibus" (tratamiento jurisprudencial y doctrinal de la figura)*, en colaboración con MARTÍNEZ VELENCOSO, Luz M., edit. Civitas, Madrid, 2017; también ha publicado *Cláusula rebus y modernización del derecho contractual, tratamiento doctrinal y jurisprudencial*, Madrid, Francis Lefebvre, 2020.

[277] Pueden citarse en este sentido: STS 41/2019, Civil, de 22 de enero (ECLI:ES:TS:2019:134) y la STS 452/2019, Civil, de 18 de julio (ECLI:ES:TS:2019:2556).

[278] Mención aparte merecen las SSTS nº 333/2014, Civil, de 30 de junio, en la que se propone que se abandone la excepcionalidad en la aplicación de la cláusula para que la misma pase a verse como un remedio normal y habitual y la STS 591/2014, Civil, 15 de (ECLI:ES:TS:2014:5090). Estas dos sentencias toman en consideración la cláusula para proceder al reequilibrio mediante una modificación de los contratos; en ninguno de los dos casos se opta por la resolución.

dictado resoluciones posteriores que matizaban esta afirmación y cuestionaban en cierta medida la aplicación a casos similares de una solución vinculada a dicha cláusula[279].

Es evidente que, entre los supuestos que podrían encontrar solución tomando en cuenta la presencia de la cláusula *rebus sic stantibus* y el caso que regula el artículo objeto de este estudio, hay concomitancias, pero creo que puede afirmarse que el supuesto de hecho del precepto no puede albergar un caso al que sea referible dicha cláusula por lo que expongo a continuación[280]. Para la aplicación de los remedios que suelen entenderse aplicables cuando debe darse eficacia a esta cláusula, como he dicho, es necesario que se produzca, además, un desequilibrio contractual importante que haga excesivamente onerosa la prestación para una de las partes. El artículo que estoy analizando también parece hacer referencia a ello porque, cuando establece la consecuencia jurídica, dispone que las partes, cuando negocien en el período de 60 días establecido al efecto, deben encontrar una solución *que restaure la reciprocidad de intereses del contrato*, por lo que parece tenerse presente la ruptura del equilibrio de las contraprestaciones. Esto permite confirmar que, en efecto, se ha regulado la patología que en las relaciones contractuales provoca la pandemia teniendo como orientación la cláusula *rebus sic stantibus*; sin embargo, es obvio que en el supuesto de hecho del precepto objeto de análisis no se incorpora como componente la generación de un desequilibrio contractual que haga inasumible para el consumidor – a quien se le reconoce legitimación para activar el remedio- el cumplimiento del contrato.

El supuesto de los tres primeros párrafos del artículo 36 del Real Decreto ley 11/2020 está resolviendo la imposibilidad de cumplimiento por parte del comerciante debido a la pandemia y, contrariamente a lo que sería esperable, se reconoce legitimación para resolver a la otra parte, al consumidor, aunque éste haya cumplido total o parcialmente lo que le incumbe. Por ello puede afirmarse que, aunque se esté contemplando un problema con algunos componentes que encajan en el supuesto de hecho típico de cláusula *rebus sic stantibus*, dicho supuesto no responde exactamente a dicho tipo y, además, no se ha proporcionado una solución desde la perspectiva de esta institución, la cual requeriría legitimar a la parte del contrato a quien la alteración sobrevenida le generara tal desequilibrio que no se le pudiera exigir cumplir. Aquí la solución

---

[279] En esta línea pueden citarse la STS 19//2019, Civil, de 15 de enero (ECLI:ES:TS:2019:57). Por su parte, la STS 214/2019, Civil de 5 de abril, considera que una crisis económica no debe considerarse como una circunstancia sobrevenida e imprevisible que dé pie a la aplicación de la cláusula, de modo que no puede introducirse en el vínculo contractual para alterar las condiciones del contrato. Además, la STS 156/2020, Civil, de 6 de marzo (ECLI:ES:TS: 2020:791, matiza la doctrina de recientes sentencias dictadas por la misma Sala, afirmando que la cláusula no se puede invocar en contratos de corta duración, sino que es para contratos de tracto sucesivo o con una duración amplia.

A raíz de la pandemia se ha instado por algunos comerciantes la aplicación de esta cláusula para reducir la renta por el alquiler de locales de negocio y la jurisprudencia de los tribunales menores está, en algunos casos, admitiendo esta posibilidad, aunque esto queda al margen de este estudio. Puede citarse en este sentido, entre otras, la sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 20 de Barcelona de 8 de enero de 2021. Además, por Auto 424/2020, de 23 de diciembre, el Juzgado de Primera Instancia nº 32 de Barcelona, entre las medidas cautelares adoptadas, aprobó una reducción de la renta a cero durante el período en que la actividad hostelera estuvo prohibida durante el estado de alarma. También se había aplicado esta cláusula en relación a alquileres comerciales en la sentencia de 11 de agosto de 2020 por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Cáceres (Sentencia núm. 94/2020).

[280] GARCÍA RUBIO, María Paz, "Medidas regladas en materia de contratos por el COVID 19 en España", en *Revista de Derecho Civil*, vol. VII, núm. 2, especial (mayo 2020) Ensayos, página 37 considera que la norma puede alcanzar este tipo de casos.

se ofrece a quien sí puede cumplir y en contra del sujeto a quien le resulta complicado o imposible cumplir satisfactoriamente sus obligaciones.

Como he dicho anteriormente, se ha querido asegurar al consumidor la posibilidad de la extinción del contrato sin que sea necesario entrar a realizar ninguna valoración sobre si la situación genera un desequilibrio que le perjudique o que dificulte considerablemente el cumplimiento por su parte –lo que aleja el supuesto de hecho del art 36 del molde típico de la cláusula *rebus sic stantibus*-; se le da la opción de dejar sin eficacia el contrato cuando en realidad el supuesto se refiere a la imposibilidad de ejecución por parte del comerciante. Yendo más lejos, tampoco está pensando la norma en aquellos casos en que esa imposibilidad suponga al empresario un desequilibrio importante que haga desaparecer la base del negocio jurídico que es el contrato; más bien al contrario, la existencia de esta norma le impediría ejercitar los remedios vinculados a la cláusula *rebus sic stantibus*, llegado el caso.

5.2. Imposibilidad sobrevenida

Comprobar si el supuesto de hecho contemplado en el artículo objeto de estudio responde a alguna categoría recogida en el Código civil es bastante complicado porque éste no regula de manera estructurada los supuestos en los que el contrato deja de ejecutarse.

Para empezar con esta complicada labor, no debe ignorarse el hecho de que la falta de ejecución de la obligación por parte del vendedor o del prestador del servicio no le es imputable, sino que se debe a fuerza mayor. Si se da relevancia a dicha circunstancia se entabla fácilmente correlación entre este supuesto y el de la imposibilidad sobrevenida de la prestación a que alude en numerosos preceptos el Código civil, como en el artículo 1096[281].

La cuestión es que, a partir de dicho precepto, la regulación de la imposibilidad sobrevenida por nuestro Código civil se concentra únicamente en uno de los posibles supuestos que es el del perecimiento o destrucción de la cosa debida, lo que puede comprobarse, por ejemplo, en los artículos 1182 y 1156.

Sin embargo, los estudiosos ensanchan el supuesto de imposibilidad sobrevenida de la prestación para incluir la dificultad extraordinaria de cumplimiento, que se asimila, por tanto, a aquellos casos en los que el deudor no puede cumplir por perecimiento de la cosa debida, y entre los cuales, DIEZ-PICAZO incluye, lamentando que nuestro Código no la haya regulado, concretamente, este ejemplo: *¿sería lícito entonces obligar al deudor a entregar la cosa en la ciudad asolada por una epidemia?*[282]. En estudios específicos sobre la cuestión, también se reconoce por la doctrina que la imposibilidad es un concepto más amplio que *no sólo comprende en su seno aquellos casos en que el objeto se destruye en un sentido físico o material, sino que alude también a esas otras situaciones en que la obligación sigue siendo susceptible de un cumplimiento material, pero existen razones o circunstancias que impiden que ese comportamiento se desarrolle, o lo hacen*

[281] En relación a la similitud entre el supuesto regulado en el artículo 36. 1 y 2 del RD-ley 11/2020 y la imposibilidad sobrevenida cabe destacar el trabajo de Esther TORRELLES TORREA, "La resolución de los contratos por consumidores en tiempos de pandemia. Art. 36. 1 y 2 del RD-ley 11/2020", en *Revista de Derecho Civil*, vol. VIII, núm 2 (abril-junio 2021). https://www.nreg.es/ojs/index.php/RDC/article/view/635, página 106.

[282] DIEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio, *Sistema de Derecho Civil*, volumen II, edit. Tecnos, Madrid, 9ª edic. 2001, 5ª reimpresión 2005, página 193.

antijurídídico[283]. Así, deben englobarse en la imposibilidad sobrevenida no sólo aquellos supuestos en que la cosa se destruye, sino también cuando queda fuera del comercio de los hombres o desaparece de modo que se ignora su existencia o no se puede recuperar, además –lo que es más relevante para el objeto de estudio- de aquellos supuestos en los que al deudor le resulta imposible el cumplimiento de la prestación por fuerza mayor o caso fortuito.

Por lo dicho y como punto de partida, el supuesto de hecho contemplado en los tres primeros párrafos del artículo 36 Real Decreto ley 11/2020 puede identificarse como un caso de imposibilidad sobrevenida y estudiarse desde la óptica que ofrece dicha consideración.

No obstante, cabe preguntarse hasta qué punto encaja en el concepto de imposibilidad sobrevenida de la prestación atendido, siquiera parcialmente, en el Código civil, el supuesto de hecho del precepto objeto de análisis. He dicho que éste contempla una imposibilidad de cumplir que puede ser absoluta, la cual sí es claramente asimilable a la recogida en el Código civil y también contempla una imposibilidad de cumplir durante un período de tiempo en el que el consumidor pueda extraer la utilidad pertinente de la prestación que se le debe; esta segunda imposibilidad que atiende a si se colman o no las expectativas del consumidor en un período concreto que entiendo comprendida en este precepto no encaja tan claramente en la idea de imposibilidad recogida en el Código civil. No obstante, puede contrastarse al menos la primera con lo previsto en el Código civil.

La consecuencia jurídica que nuestro Código civil dispone, por aplicación de los artículos 1156 y 1182 del Código civil, para el perecimiento de la cosa, esto es, para la imposibilidad sobrevenida, es la extinción de la obligación que deviene imposible[284].

Cuando la obligación aquejada de imposibilidad sobrevenida es unilateral no hay problema en aceptar, como consecuencia jurídica, la extinción de la obligación que deviene imposible, pero los supuestos contemplados en el artículo 36 se refieren a obligaciones sinalagmáticas, en cuyo caso, es problemático precisar qué ocurre con la obligación correspectiva a la que se extingue. En definitiva, se trata de determinar, si conforme al régimen ordinario del Código civil, el comprador y prestatario del servicio deberían perder el precio que ya han pagado -siendo que el bien comprado o el servicio no se puede entregar ni prestar definitivamente a consecuencia de la pandemia y de las medidas adoptadas- o si, por el contrario, pueden reclamar la devolución de las cantidades abonadas en concepto de precio.

Nuestro Código civil no establece la consecuencia jurídica que debe anudarse a dicho supuesto con alcance general, pero sí está contemplada específicamente para la compraventa. De modo que, en el análisis del artículo 36 Real Decreto ley 11/2020, debemos diversificar el estudio en cuanto que, para la compraventa, debe atenderse a la regulación específica aplicable a la misma, mientras que, para el contrato de servicios, debe acudirse a lo que la doctrina y la jurisprudencia han entendido conveniente en base a la regulación general de las obligaciones y contratos.

a) *Contrato de compraventa*

---

[283] CASTILLA BAREA, Margarita, *La imposibilidad de cumplir los contratos*, Dykinson, 2001, página 41.

[284] CASTILLA BAREA, Margarita, *La imposibilidad de cumplir los contratos*, Dykinson, 2001, página 222 reconoce que la diferencia entre el incumplimiento y la imposibilidad sobrevenida radica en que esta no es un hecho generador de responsabilidad como el primero, sino un modo de extinción de las obligaciones.

En lo que respecta a la compraventa, la regulación de los riesgos –perecimiento de la cosa después de perfeccionado el contrato y antes de su entrega al comprador- se contiene en el artículo 1452 del Código civil. La interpretación de este precepto es muy controvertida, pudiendo distinguirse dos líneas de pensamiento.

Por un lado, se considera que esta norma debe interpretarse en el sentido de que, no siendo imputable al vendedor el perecimiento de la cosa debida, los riesgos debe soportarlos el comprador; todo ello por aplicación de los artículos 1096 y 1182 a los que remite el precepto. El artículo 1096 dispone, en su párrafo tercero, que serán de cuenta del deudor de la obligación de dar cosa determinada los casos fortuitos hasta que se realice la entrega si está constituido en mora o se ha comprometido a entregar la misma cosa a varias personas. *A sensu contrario*, puede derivarse del precepto la idea de que, de no haberse constituido en mora o de no haberse comprometido a entregar la misma cosa a varias personas, los casos fortuitos serán de cuenta del acreedor. El artículo 1182 decreta la extinción de la obligación.

Según esta tesis, de no haberse previsto el artículo 36, el comprador de un producto debía haber perdido el precio pagado o incluso, si no lo había pagado, podía serle reclamado. Esta interpretación parece acorde a precedentes históricos y al hecho de que correspondan al comprador no sólo los perjuicios de la cosa sino también el provecho de la misma conforme a la literalidad del propio precepto.

Para la tesis que acabo de exponer, el artículo 36 del Real Decreto-ley que estamos analizando supone un cambio radical de la solución normativa que en tiempo ordinario establece el Código civil, ya que, de tener que soportar los riesgos el comprador, pasa a asumirlos el vendedor.

Sin embargo, el régimen de los riesgos en la compraventa no ha sido interpretado de manera unívoca por la doctrina y la interpretación del artículo 1452 es objeto de otra lectura según la cual el precepto, aunque pone a cargo del comprador los riesgos por el perecimiento de la cosa debida, no cierra la vía a la resolución del contrato que podría ser activada por dicho comprador pudiendo exigir, consecuentemente, la devolución del precio pagado[285] .

La perspectiva que ofrece la segunda tesis expuesta es la que impera en todos los análisis que se han hecho del precepto que, con carácter extraordinario, se ha dictado con ocasión de la pandemia y que es objeto de estudio. Parten dichos análisis de que, en efecto, el régimen ordinario del Código civil que sería de aplicación admite el derecho a resolver el contrato como remedio a tal supuesto por parte del comprador-consumidor[286]. Pero, expuesto queda, que tal consecuencia jurídica no se deriva de manera clara ni indiscutida de lo previsto para tiempo

---

[285] ALBALADEJO, Manuel, *Derecho civil, II, Derecho de obligaciones*, Edisofer, Madrid, 2008, páginas 530 y siguientes. Este autor se basa en que el precepto habla de "daño o provecho" no contempla el supuesto de perecimiento total de la cosa, sino de deterioro parcial de la misma, lo que le permite considerar que el perecimiento total no está contemplado en el artículo 1452 del Código civil y abrir en este caso la vía a la resolución del contrato.

[286] GREGORACI, Beatriz, "El impacto del COVID-19 en el Derecho de contratos español", en *Anuario de Derecho Civil,* tomo LXXIII, 2020, fasc. II, en la página 460 lo acepta sin discusión porque dice que para los remedios de suspensión de cumplimiento o resolución del contrato no se encuentra entre los presupuestos que el incumplimiento sea imputable al deudor. Por su parte, MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús, "Protección del consumidor por la pandemia del COVID-19: el art. 36 del RD-ley 11/2020", en *Revista de Derecho Civil*, 2020, vol. VII, núm. 5 (octubre-diciembre, 2020) Estudios, pp 3: *...este artículo 36 no atribuye al consumidor ningún derecho nuevo.*

ordinario por el Código civil si entendemos aplicable el régimen de los riesgos en la compraventa en la lectura que los carga sobre el comprador, que, desde luego, no puede obviarse.

No obstante lo dicho, debe remarcarse un dato diferenciador entre el supuesto de hecho del artículo 36 y el del artículo 1452 del Código civil, y es que los casos de imposibilidad sobrevenida de la prestación que atiende nuestro Código civil, también, por lo tanto, el del artículo 1452, se reducen al caso de perecimiento de la cosa debida y ese no es exactamente el supuesto contemplado en el artículo 36, en el cual la cosa no se destruye[287] sino que se mantiene en el patrimonio del vendedor de modo que, si se le hubiera permitido retener el precio, habría supuesto validar un posible enriquecimiento injustificado, sobre todo porque, restablecida la actividad económica una vez superada la pandemia, en la mayoría de los casos va a poder vender ese bien. Por ese motivo, la regulación del artículo 36 RD ley debería ser aceptable incluso para la postura que considera que el artículo 1452 del Código civil carga los riesgos al comprador y en base a la cual no se le reconoce una facultad de resolución. En realidad, para esta lectura, el artículo 36 supondría corregir el régimen del artículo 1452 del Código civil precisamente en una tesitura en que dicho precepto podía ser susceptible de aplicación masiva; lo cual parece razonable porque el régimen de los riesgos en la compraventa siempre ha suscitado recelos y críticas, considerándose poco razonable y no ajustado al principio de que los riesgos son para el propietario.

Por otro lado, el supuesto de hecho del artículo 36 Real Decreto ley 11/2020, no sólo alcanza a un supuesto de imposibilidad definitiva de la prestación sino también a casos en los que la imposibilidad no es absoluta, sino que se produce en un período de tiempo determinado frustrándose de este modo las expectativas del consumidor en el contrato. De ahí que podría pensarse que estos casos acaso no serían subsumibles en el artículo 1452 del Código civil.

Para la postura que considera que el artículo 1452 no veda la resolución al comprador, el artículo 36 vendría a confirmar dicha lectura. De modo que, conforme a esta línea de pensamiento, este precepto no regula, en lo atinente a los remedios aplicables, el supuesto de manera diferente a como se solventaría de aplicarse el régimen ordinario del Código civil. Sin embargo, el artículo 36 RD-ley tiene la virtud de hacer desaparecer la incertidumbre a la hora de solucionar un supuesto de hecho cuya regulación no es clara en las normas ordinarias contenidas en el Código civil y que hubieran resultado de aplicación. El artículo 36 RD opta por la resolución, despejando de un plumazo las dudas que pudieran plantearse acerca de si la concurrencia de fuerza mayor -y la consiguiente inimputabilidad al deudor- puede suponer que no se trata de un verdadero incumplimiento que permita activar dicho remedio. Si bien creo que este punto requiere una explicación adicional.

La idea de incumplimiento suele vincularse implícitamente a la posibilidad de reprobación de la conducta del deudor; podría entenderse que probablemente sea éste el único supuesto que pretende regular el artículo 1124 del Código civil, de ahí que cuando contempla la acción resarcitoria de daños y perjuicios derivados del mismo no la contempla como posibilidad por si se producen perjuicios, sino que anuda necesariamente esa acción de resarcimiento a las de

[287] Alude a esta nota diferenciadora GÓMEZ LIGÜERRE, Carlos, "Fuerza mayor", en Indret, 2020, II, página iv: Desgraciadamente, el virus afecta a las personas, no a las cosas, y el problema no será que estas se hayan destruido o hayan desparecido, sino que los obligados a darlas o a recibirlas no pueden hacerlo en los términos en que se obligaron.

resolución y de cumplimiento. Esta lectura del artículo 1124 del Código civil partiría de la imputabilidad de la falta de ejecución del contrato al deudor de la obligación incumplida y, probablemente, por eso, lo hace responsable de los daños y perjuicios que su incumplimiento haya podido causar. No obstante, la interpretación que se suele hacer del artículo 1124 del Código civil no coincide exactamente con la que acabo de exponer, sino que pasa por considerar que dicho precepto engloba cualquier falta de ejecución de las prestaciones de las partes, sea imputable o no al deudor, de manera que llegaría a integrar la falta de ejecución de la prestación por fuerza mayor[288].

Por lo tanto, desde esta perspectiva el precepto, acoge y reproduce la tendencia doctrinal actualmente extendida que considera que el incumplimiento engloba también los supuestos de falta de ejecución del contrato por caso fortuito o fuerza mayor[289]. Ni que decir tiene que la concurrencia de fuerza mayor excluye la obligación del vendedor de indemnizar daños y perjuicios.

b) *Contrato de servicios*

En el caso de los contratos de servicios, hay que tener en cuenta que en el Código civil español su regulación – artículos 1583 y siguientes- es obsoleta y no resuelve los problemas habituales que plantea este tipo contractual, debiendo recurrirse al tratamiento que, de los conflictos que suscita, hace la jurisprudencia y la doctrina.

En los contratos de servicios se admite que cualquiera de las partes puede desistir en cualquier momento. Se admitiría, por tanto, sin ambages que, ante el incumplimiento del prestador del servicio –aunque fuera por causas que le son ajenas y sin dolo ni negligencia del mismo- el prestatario no pagara el precio pactado o exigiera su devolución en caso de haberlo entregado; con mayor motivo, si el prestatario es un consumidor en la medida en que el artículo 62 del TRLGDCU reconoce claramente su derecho a desistir de los contratos de servicios de tracto sucesivo con carácter generalizado. En materia de servicios, en conclusión, la falta de ejecución de la prestación por parte del prestador permitiría al prestatario dar por finalizada la relación sin obligación de pagar el precio. De modo que la regulación del artículo 36 no aporta nada en materia de servicios pues la solución aplicable, en lo atinente a los remedios, sería la misma; si bien con este precepto se cuenta con un apoyo claro de Derecho positivo inexistente en el Código civil.

5.3. Los requisitos de la resolución como nota diferencial con respecto al régimen ordinario

Aunque en el plano de los remedios este precepto no suponga una alteración del régimen que resultaría de aplicación en tiempo ordinario –salvo que se entienda para la compraventa que el

---

[288] DE LA MAZA GAZMURI, Iñigo/ VIDAL OLIVARES, Álvaro, "Los efectos del incumplimiento contractual causados por caso fortuito en tiempos de pandemia COVID-19", en *Revista de Derecho Civil*, 2020, vol. VII, núm. 3 (abril-junio, 2020) Ensayos, pp. 123-161.

[289] En esta línea TORRELLES TORREA, Esther, "La resolución de los contratos por consumidores en tiempos de pandemia. Art. 36. 1 y 2 del RD-ley 11/2020", en *Revista de Derecho Civil*, vol. VIII, núm 2 (abril-junio 2021). https://www.nreg.es/ojs/index.php/RDC/article/view/635 , en la página 106 dice: *parece que está regulando, por primera vez, la imposibilidad sobrevenida considerándola como una causa de resolución contractual distinta del incumplimiento.*

artículo 1452 carga los riesgos al comprador-, se propone una resolución "mediatizada" lo que sí supone una alteración importante de los requisitos de ejercicio de dicha facultad. Así se establece un plazo de prescripción de 14 días; las partes tienen obligación de intentar durante 60 días una reconfiguración del contrato después de que el consumidor haya ejercitado la resolución que no será efectiva hasta pasado ese plazo; por último, se regulan los efectos restitutorios que pueden no englobar todas las cantidades entregadas por el consumidor.

Estas restricciones al ejercicio de la facultad resolutoria se pueden considerar razonables si se tiene en cuenta que únicamente se legitima al consumidor -comprador o prestatario- y, en ningún caso, al comerciante, siendo irrelevante cuál de los sujetos resulta perjudicado por la pandemia.

Además, existe un plazo de prescripción de 14 días cuyo *dies a quo* puede resultar complicado fijar; el plazo de 60 días permite al comerciante no tener que devolver inmediatamente el precio que le ha pagado el consumidor en una situación en la que ve extinguido el contrato sin haber intervenido negligencia o dolo por su parte. Por último, que el consumidor asuma el coste de la devolución creo que, como he explicado en el lugar correspondiente, también es razonable pues no tiene sentido que lo asuma el vendedor siendo que el remedio que se establece le perjudica sin tener en cuenta la situación en que la pandemia le coloca en relación a ese concreto contrato.

6. Reflexiones finales

Los párrafos 1 a 3 del artículo 36 del Real Decreto ley 11/2020 de 31 de marzo recogen unas normas que se diseñan con el único objetivo de proteger a los consumidores en los contratos de compraventa y de servicios porque probablemente se consideró en ese momento que iban a ser los principales perjudicados por la situación que iba a provocar la pandemia y se ofrece una solución en línea con tal consideración. O simplemente porque se entendió que eran los sujetos a quienes había que proteger prioritariamente.

Sin embargo, pasado un tiempo, creo que puede afirmarse que no se hizo una adecuada ponderación de los intereses en juego y que, si dicha valoración se llevó a cabo, se obvió que el interés verdaderamente necesitado de protección –como ya pusieron de relieve algunos autores desde el primer momento- era y sigue siendo el de los empresarios y comerciantes, en definitiva, el tejido productivo del país; por ello es conveniente una interpretación del precepto que evidencie la perspectiva preponderantemente proteccionista de los intereses del consumidor desde la que se hace la norma.

En esta línea se otorga a los consumidores una facultad resolutoria que les permita desvincularse de los contratos de compraventa de bienes y de prestación de servicios que habían concertado en aquellos casos en los que la ejecución de las prestaciones por su contraparte –profesional, comerciante o empresario- resultara imposible a raíz de la pandemia o bien no fuera posible cumplir el contrato cubriendo las expectativas del consumidor en un período de tiempo determinado.

La norma que he analizado es muy defectuosa desde el punto de vista técnico, de modo que suscita numerosos interrogantes de difícil respuesta, siendo complicado precisar el supuesto de hecho, es decir, la patología exacta que la pandemia plantea sobre los contratos. En esta línea,

el supuesto de hecho incorpora una serie de elementos que hacen complicado identificar realmente el caso que se quiere resolver, probablemente porque en esos primeros momentos no se tenía muy claro cuál era el problema que podía suscitarse. Lo que sí es claro es que es un caso de imposibilidad sobrevenida, pero con una caracterización más amplia que la recogida en el Código civil. No obstante, para algunos supuestos (casi siempre en el área de los contratos de compraventa) es difícil saber cuándo hay que entender que concurre la imposible ejecución del contrato para la que está pensado el precepto, si dicha imposibilidad debe ser definitiva y terminante o puede entenderse que concurre cuando, pese a ser viable, el cumplimiento ya no colma las expectativas del consumidor y tampoco está claro si en dicha imposibilidad hay o no un componente temporal. A mi modo de ver, la imposibilidad de ejecución a que alude al precepto no sólo engloba la total y definitiva – que será la que se haya dado fundamentalmente en relación a contratos de servicios- sino también aquellos casos en los que, a raíz de la pandemia, el profesional, comerciante o empresario no pueda cumplir en un período de tiempo en el que esa prestación reporte al consumidor la utilidad que esperaba; ahora bien, pasada la pandemia y las medidas adoptadas en función de la misma, si el consumidor no ha resuelto, entiendo que no puede pretender que el cumplimiento no colma sus expectativas.

Teniendo en cuenta que la regulación del Código civil en este punto no es todo lo nítida que sería deseable, ha de reconocerse a este precepto la virtud de querer adelantarse a los problemas e intentar solucionarlos, soslayando las disquisiciones sobre la interpretación de los preceptos que hubieran resultado de aplicación en un caso de imposibilidad sobrevenida de la prestación que es el tipo en el que creo que encaja mejor el supuesto de hecho del artículo 36. 1 a 3 del Real Decreto-ley 11/2020.

Como consecuencia jurídica, se ofrece al consumidor una facultad resolutoria en relación a la cual cabe destacar una serie de ideas. En primer lugar, desde la perspectiva del remedio ofrecido, el precepto no altera el que hubiera resultado de aplicación conforme a las normas del Código civil. En cuanto a la compraventa, incluso cuando se entienda que el artículo 1452 del Código civil carga los riesgos al comprador, hay razones para considerar que no debe ser así en este caso porque no se trata de la desaparición de la cosa, sino que la misma permanece en el patrimonio del deudor; por otro lado, para los que piensan que el artículo 1452 del Código civil no impide que el comprador pida la resolución del contrato, se está confirmando dicha lectura. En relación a los contratos de servicios, es la solución que sería aplicable, aunque no existiera esta norma, como ya he dicho.

Por lo tanto, puede decirse que este precepto no supone una variación del remedio que se aplicaría en tiempo ordinario ni para la compraventa ni para el contrato de servicios. Sin embargo, se trata, como se ha explicado a lo largo del trabajo, de una facultad resolutoria mediatizada que exige para su efectividad el cumplimiento de una serie de requisitos que la constriñen y que diferencian la consecuencia jurídica prevista de la que se aplicaría conforme al Código civil. Estas exigencias pretenden compensar de algún modo la perspectiva excesivamente proteccionista de los intereses del consumidor que inspira la redacción del precepto y que relega a un segundo plano los intereses del empresario, comerciante o profesional. Sin embargo, ya ha quedado dicho que el cumplimiento de esos requisitos (negociación infructuosa entre las partes encaminada a la revisión del contenido del contrato que restaure la reciprocidad de prestaciones y que debe desenvolverse durante 60 días) depende en exclusiva de la voluntad del consumidor y del paso del tiempo.

La negociación obligatoria es el primer requisito que mediatiza el ejercicio de la facultad resolutoria, pero, además, se establece un plazo de prescripción para dicha acción de 14 días. Este plazo tan breve puede favorecer también los intereses de los consumidores al ofrecer una solución rápida y ágil a la situación. El principal problema que suscita este plazo no es sin embargo su corta extensión, sino que en determinados casos es muy complicado fijar el momento en que empieza a correr, como ya ha quedado expuesto en el epígrafe correspondiente.

Conviene reflexionar en este punto acerca de la duda que planteábamos al comienzo del trabajo sobre si esta regulación protegía los intereses del consumidor o, por el contrario, primaba los del empresario, comerciante o profesional. A la vista del estudio efectuado, puede decirse que este supuesto de hecho – o uno similar- no estaba regulado en normas de Derecho del Consumo, de modo que, de no haberse aprobado, debería haberse aplicado la normativa del Código civil, por lo que no puede hablarse de un nivel de protección del consumidor concreto ante una tesitura de este tipo, el cual sea susceptible de ser elevado o reducido. Por mi parte, entiendo – en contra de la opinión de otros autores[290]- que este precepto no sólo se hace con el objetivo de proteger a los consumidores, sino que efectivamente supone una protección para los mismos por las siguientes razones. En primer lugar, pese a las dudas acerca del supuesto de hecho, se trata de una imposibilidad sobrevenida que se caracteriza de manera más amplia que la recogida por el Código civil, dando cabida no sólo a la propiamente dicha sino también a aquellos casos en que, como consecuencia de la pandemia, no hay posibilidad de cumplir en tiempo en el que la prestación resulte útil al consumidor. Por otro lado, la regulación del supuesto elimina la incertidumbre jurídica sobre qué iba a pasar con los contratos en curso lo que añade seguridad jurídica que, obviamente supone una protección para el consumidor frente a un panorama incierto. Además, el remedio ofrecido permite al consumidor desvincularse del contrato y la eficacia de la resolución se hace depender de unas exigencias cuyo cumplimiento dependen en exclusiva de su voluntad y del paso del tiempo. Por último, para compensar mínimamente esa visión excesivamente proteccionista del consumidor que relega a un segundo plano el interés del comerciante, se fija un plazo de 60 días que deben transcurrir hasta ver si se consigue una revisión del contrato, dando al comerciante más tiempo para proceder a las devoluciones. Y lo mismo cabe decir, en cuanto al hecho de que el consumidor no reciba la cantidad completa del dinero que ha pagado si la devolución del precio conlleva gastos: está plenamente justificado porque sería injusto que ese coste lo asumiera el comerciante.

Por todo ello cabe concluir que se trata de un precepto cuyo objetivo es la protección de los consumidores y que efectivamente consigue protegerlos a costa de dejar expuesta a su contraparte.

El problema es que, para intentar matizar esa visión del problema y de la solución ordenada casi exclusivamente a resolver el problema de una de las dos partes de la relación -el consumidor-, la norma se formula de manera muy compleja tanto en lo atinente al diseño del supuesto de hecho como en lo relativo a la consecuencia jurídica que se establece, lo que suscita dudas interpretativas de difícil –en ocasiones imposible- solución. No quiero finalizar sin poner de

---

[290] Consideran que es una norma que protege al empresario: MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús (2020) "Protección del consumidor por la pandemia del COVID-19: el art. 36 del RD-ley 11/2020", en *Revista de Derecho Civil,* 2020, vol. VII, núm. 5 (octubre-diciembre, 2020) Estudios, pp. 1-39. file:///C:/Users/Usuario/Downloads/600-3082-1-PB%20(1).pdf, página 4 y TORRELLES TORREA,, Esther, "La resolución de los contratos por consumidores en tiempos de pandemia. Art. 36. 1 y 2 del RD-ley 11/2020", en *Revista de Derecho Civil*, vol. VIII, núm 2 (abril-junio 2021) pp. 102.

relieve que una de las razones de la complejidad del precepto es haber tomado como referencia la doctrina sobre la cláusula *rebus sic stantibus* –que parece, en los últimos tiempos, el ingrediente de todas las salsas jurídicas-. En un principio, el recurso a esta doctrina podría estar justificada porque ambos supuestos presentan como componente común la alteración sobrevenida de las circunstancias; sin embargo, que la patología se quiera solucionar sin tomar en consideración si se ha producido un desequilibrio entre las prestaciones y, en caso de que así ocurra, obviando a quien perjudica esa situación hace que el recurso a dicha institución haya sido inadecuado e imperfecto; así lo demuestra el que se otorgue sólo a una de las partes legitimación para ejercitar el remedio que se arbitra, lo que no encaja con la solución que se entiende característica o propia de la cláusula *rebus sic stantibus*. En efecto, se toman como inspiración los remedios que suelen anudarse a la misma para un supuesto en el que el sujeto a quien se legitima para activarlos no es aquel a quien la alteración sobrevenida de las circunstancias produce un desequilibrio entre las prestaciones le imposibilita cumplir – que podría ser uno u otro-, sino que sólo se quiere legitimar al consumidor, con independencia de que se produzca un desequilibrio entre las prestaciones y con independencia de que efectivamente dicho desequilibrio perjudique sus intereses o a los de su contraparte.

Quizás se haya pretendido sentar un peligroso precedente normativo -inexistente hasta el momento- que establecería la facultad resolutoria como remedio primario y prevalente frente a la reconfiguración del contenido del contrato para los supuestos de cláusula *rebus sic stantibus*, lo cual chocaría con las enormes y a mi modo de ver razonables reticencias jurisprudenciales a optar por la resolución del contrato como remedio a estos supuestos, por comprometer el principio *pacta sunt servanda*. No obstante, el intento ha resultado frustrado porque, como ha quedado expuesto, no se está contemplando un supuesto patológico que incluya todos los elementos que se requieren para darle solución dando eficacia a la cláusula *rebus sic stantibus* implícita en todo contrato.

7. Jurisprudencia

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 17 de mayo de 1986 nº 306/1986, ECLI:ES:TS:1986:8324 (Ponente: Jaime CASTRO GARCÍA)

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 23 de abril de 2012, n.º 240/2012, ECLI:ES:TS:2012:2866 (Ponente: Francisco MARÍN CASTÁN)

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 27 de abril de 2012, n.º 243/2012, ECLI:ES:TS:2012:2868. (Ponente Román GARCÍA VARELA)

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 18 de junio de 2012, n.º 369/2012, ECLI:ES:TS:2012:4408. (Ponente: Antonio SALAS CARCELLER)

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 8 de noviembre de 2012, n.º 644/2012, ECLI:ES:TS:2012:9188 (Ponente: Francisco Javier ORDUÑA MORENO)

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 27 de diciembre de 2012, n.º 807/2012, ECLI:ES:TS:2012:8996 (Ponente: Xavier O'CALLAGHAN MUÑOZ)

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 17 de enero de 2013, n.º 820/2013, ECLI:ES:TS:2013:1013 (Ponente: Francisco MARÍN CASTÁN)

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 18 de enero de 2013, n.º 822/2013, ECLI:ES:TS:2013:679. (Ponente José Ramón FERRÁNDIZ GABRIEL)

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 26 de abril de 2013, n.º 309/2013, ECLI:ES:TS:2013:2247. (Ponente: Xavier O'CALLAGHAN MUÑOZ)

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 15 de octubre de 2014, n.º 591:2014, ECLI:ES:TS:2014:5090 (Ponente: Francisco Javier ORDUÑA MORENO)

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 15 de enero de 2019, nº 19/2019, ECLI:ES:TS:2019:57. (Ponente: Mª de los Ángeles PARRA LUCÁN)

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 22 de enero de 2019 nº 41/2019 ECLI:ES:TS:2019:134(Ponente: Mª de los Ángeles PARRA LUCÁN)

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 18 de julio de 2019 nº 452/2019, ECLI:ES:TS:2019:2556 (Ponente: Mª de los Ángeles PARRA LUCÁN)

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 6 de marzo de 2020, nº 156/2020, ECLI:ES:2020:791 (Ponente: Ignacio SANCHO GARGALLO)

Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 20 de Barcelona de 8 de enero de 2021.

Sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Valladolid (sección 8) de 12 de enero de 2021, ECLI:ES:JPI:2021:2 (Ponente: Alberto MATA SAIZ).

Auto del Juzgado de Primera Instancia nº 32 de Barcelona 424/2020, de 23 de diciembre de 2020,

Sentencia núm 94/2020 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Cáceres de 11 de agosto de 2020.

8. Bibliografía

CASTILLA BAREA, Margarita, *La imposibilidad de cumplir los contratos*, edit. Dykinson, Madrid, 2001, ISBN 84-8155-700-5.

DE LA MAZA GAZMURI, Iñigo/ VIDAL OLIVARES, Álvaro, "Los efectos del incumplimiento contractual causados por caso fortuito en tiempos de pandemia COVID-19", en *Revista de Derecho Civil*, 2020, vol. VII, núm. 3 (abril-junio, 2020) Ensayos, pp. 123-161. file:///E:/3.%20INVESTIGACION/2020.7%20COVID%20Y%20DERECHO%20PRIVADO/DE%20LA%20MAZA.pdf

GANUZA, Juan José/GÓMEZ POMAR, Fernando, "Los instrumentos para intervenir en los contratos en tiempos de COVID-19: guía de uso", en *Indret, Revista para el análisis del Derecho*, 2020-2, páginas 558 a 584. GOMEZ POMAR.pdf

GARCÍA RUBIO, María Paz, "Medidas regladas en materia de contratos por el COVID 19 en España", en *Revista de Derecho Civil*, vol. VII, núm. 2, especial (mayo 2020) Ensayos, pp. 15-46. Garcia rubio RDC.pdf

GREGORACI, Beatriz, "El impacto del COVID-19 en el Derecho de contratos español", en *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXXIII, 2020, fasc. II, pp. 455-490. GREGORACI_pdf.pdf

GÓMEZ LIGÜERRE, Carlos, "Fuerza mayor", en *Indret, 2020*, II (11 páginas) https://indret.com/wp-content/uploads/2020/04/01-Carlos-G%C3%B3mez-Lig%C3%BCerre.pdf

MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús, "Protección del consumidor por la pandemia del COVID-19: el art. 36 del RD-ley 11/2020", en *Revista de Derecho Civil,* 2020, vol. VII, núm. 5 (octubre-diciembre, 2020) Estudios, pp. 1-39. file:///C:/Users/Usuario/Downloads/600-3082-1-PB%20(1).pdf

MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús, "Derechos del consumidor por incumplimiento del empresario a causa del COVID-19", en Covid 19: conflictos jurídicos actuales y desafíos, dir por LUQUIN BERGARECHE, Raquel, edit. Wolters Kluwer, 2020, páginas 55 a 76. ISBN: 978-84-9090-470-1.

MORALES MORENO, Antonio Manuel, "El efecto de la pandemia en los contratos: ¿es el derecho ordinario de contratos la solución?", en *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXXIII, 2020, fasc. II, pp. 447-454. MORALES MORENO ADC 2020pdf.pdf

ORDUÑA MORENO, Francisco Javier, La moderna configuración de la claúsula "rebus sic stantibus" (tratamiento jurisprudencial y doctrinal de la figura), en colaboración con MARTÍNEZ VELENCOSO Luz M., edit. Civitas, Madrid, 2017.

ORDUÑA MORENO, Francisco Javier, Cláusula rebus y modernización del derecho contractual, tratamiento doctrinal y jurisprudencial, Madrid, Francis Lefebvre, 2020.

REYES LÓPEZ, María José, "Las pretendidas medidas de protección a los consumidores con motivo del COVID-19.", en *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, nº 12 bis, mayo 2020, páginas 568 a 581. http://www.revista-aji.com/wp-content/uploads/2020/05/53._M%C2%AA._Jos%C3%A9_Reyes_pp._568-581.pdf

TORRELLES TORREA, Esther, "La resolución de los contratos por consumidores en tiempos de pandemia. Art. 36. 1 y 2 del RD-ley 11/2020", en *Revista de Derecho Civil*, vol. VIII, núm 2 (abril-junio 2021) pp. 93-145. https://www.nreg.es/ojs/index.php/RDC/article/view/635

InDret
2.2022

Procurement of Covid-19 vaccines: why were legal liabilities transferred to the public sector?

Covid-19 Vaccine Legal Research Group

Pr. Jean-Sébastien Borghetti Université Panthéon-Assas

Pr. Duncan Fairgrieve
British Institute of International and Comparative Law

Pr. Richard Goldberg
Durham Law School, Durham University

Pr. Geraint Howells
College of Business, Public Policy and Law, NUI Galway and Visiting Professor of Commercial Law, University of Manchester

Prof. Dr. Piotr Machnikowski
University of Wrocław

Dr. Marcus Pilgerstorfer QC 11KBW Chambers

Pr. Eleonora Rajneri
University of Piemonte Orientale

Pr. Dr. Peter Rott
Carl von Ossietzky University of Oldenburg

Dr. Marta Santos Silva Maastricht University

Pr. Vibe Ulfbeck
Faculty of Law, Centre for Private Governance (CEPRI), University of Copenhagen

-

The recent release of the Covid-19 vaccine supply contract between the European Commission and Astra Zeneca has caused a political and media storm about vaccine production logistics and supply issues. A lesser noticed but controversial issue revealed by the contract is that of where ultimate liabilities should lie, which has potentially far-reaching consequences for the public purse. Many commercial contracts include so-called indemnity clauses whereby one party contractually agrees to cover liabilities incurred by the other. The European Commission accepted in Article 14 of the agreement an extremely broad indemnity of the manufacturer covering almost any and every defect imaginable whether that be the vaccine's inherent characteristics, manufacturing / distribution, and storage issues, labelling errors or even

problems due to administration of the vaccine. This is a potentially significant burden to place on the state, and ultimately taxpayers.[291]

On a cursory analysis, the position of anyone suffering an adverse effect of the vaccine is not changed, as they may still bring a legal claim. Indeed, from one perspective, it could be seen as simply a matter of shifting liabilities between equally deep-pocketed defendants, the manufacturer, and the public purse. In that sense, the position would seem to be compatible with the letter of the 1985 European Product Liability Directive, implemented across Europe to ensure compensation for defective products. On closer scrutiny, however, doubts do arise. Such legal provisions are designed to have a disciplining or deterrent impact, inciting producers to strive for higher standards in producing products.[292] Such a preventive effect would inevitably be dulled by the wholescale transfer of liabilities to third parties. Is this approach really compatible with the spirit of provisions that were explicitly designed to establish "a fair apportionment of the risks inherent in modern technological production"? Insurance might have a similar effect, but insurance companies will often be astute to monitor risks and require measures to reduce their exposure.[293]

There might also be concerns about the impact on public attitudes to vaccines if it is revealed that the producer is so reticent to stand by the quality of that product. At a time when public trust is in short supply, it is appropriate to question why such across-the-board legal safeguards have been accorded to healthcare producers, particularly given that substantial public funds have been expended to subsidise the research and clinical trial phase. Already in 2011, after the H1N1 vaccine saga, very critical reports were made about the procurement process,[294] including by the European institutions.[295] There is a danger that history is again repeating itself, even though Astra Zeneca has committed to provide the vaccines at cost price during an (unspecified period) of the current pandemic.

Why would the authorities consent to sign a supply contract on such unfavourable terms? The European Commission had substantial purchasing and political power and also past experience of procurement pitfalls. There was undoubtedly a pressing need to ensure supply of a potentially life-saving product (within very challenging circumstances) and the commercial balance may have in practice shifted to the supplier rather than purchaser. However, it is unlikely that the nature of that pressure could be the basis for challenging any indemnity.

Perhaps, the potentially indemnifying party proceeded on the assumption that any litigation risks in this area are rather low, given the difficulties injured parties face in bringing successful

---

[291] It is also unclear due to redaction of the contract what (if any) exceptions are provided for: as a minimum carve-outs should be included for wilful misconduct / gross negligence by the product manufacturer.

[292] On this, see opinion of Advocate General Bot in *Boston Scientific Medizintechnik GmbH v AOK Sachsen-Anhalt - Die Gesundheitskasse* (Case C-503/13, 504/13) [2015] 3 CMLR 173 (CJEU) §38. AG Bot refers to the "preventive function" of the Directive, noting also that the producer is "in the best position to minimise [the risk] and to prevent damage at the lowest cost."

[293] See discussion in D.Fairgrieve and R.Goldberg, *Product Liability* (3rd edn, OUP, 2020) para 7.21.

[294] See e.g. Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, *La gestion de la pandémie H1N1 : nécessité de plus de transparence*, Document 12283, 7 June 2010.

[295] European Parliament, Rapport sur l'évaluation de la gestion en 2009-2010 de la grippe H1N1 en Europe, 9 February 2011.

claims against healthcare producers.[296] Indeed it is arguably neutral on the public purse whether an indemnity is given, or the cost of insurance is factored into the price. Due to the deterrence and acceptability arguments mentioned above, we believe it beneficial to keep the liability with the producer.

More fundamentally, the barriers for any injured party seeking to recover court-awarded damages remain. It is to be hoped that there are no serious permanent side effects from the vaccine. However, the problematic current position underlines the need for a well-resourced compensation fund to be established to ensure that anyone suffering serious adverse effects receives adequate and fair compensation.[297] The COVAX / WHO / GAVI no-fault compensation scheme has recently been rolled out across the 92 countries of operation,[298] and surely is it not impossible for UK and European authorities to follow that lead either at a national or supranational level.

---

[296] See further D.Fairgrieve, P.Feldschreiber, G.Howells and M.Pilgerstorfer, "Products in a Pandemic : Liability for Medical Products and the Fight against Covid-19" (2020) European Journal of Risk Regulation 1. Note also that the European Product Liability Directive is currently under review.

[297] Certain authors of this article have argued in favour of a bespoke COVID-19 vaccine compensation scheme, see D.Fairgrieve, S.Holm, G.Howells, C.Kirchhelle, S.Vanderslott, 'In favour of a bespoke COVID-19 vaccines compensation scheme", The Lancet Infectious Diseases, 3 February 2021.

[298] See further www.covaxclaims.com. For a comparative view of national schemes, see S.Halabi, A.Heinrich, and S.Omer, "No-Fault Compensation for Vaccine Injury" The New England Journal of Medicine, 28 October 2020; E.Rajneri, J-S.Borghetti, D.Fairgrieve and P.Rott, "Remedies for Damage Caused by Vaccines: A Comparative Study of Four European Legal Systems" (2018) European Review of Private Law 57. For national views, see P.Rott, "Compensation for Vaccination Damage under German Social Security Law" (2019) Vol 16 No 1 Otago Law Review 199; E. Rajneri, "Il vaccino contro il covid-19. La normativa speciale e il meccanismo di distribuzione dei rischi e dei benefici", in Contratto e Impresa, 2021, forthcoming.

InDret
4.2021

Gabriel Doménech Pascual
Universitat de València
-

Dogmatismo contra pragmatismo

Dos maneras de ver las restricciones de derechos fundamentales impuestas con ocasión de la COVID-19

Sumario

-

Este artículo analiza las dos cuestiones más controvertidas que en el Derecho público español ha suscitado la crisis de la COVID-19: las de si las Comunidades autónomas pueden adoptar disposiciones generales restrictivas de derechos al amparo de la legislación sanitaria, y si las restricciones impuestas por el decreto que en marzo de 2020 declaró el estado de alarma podían adoptarse a su amparo o, por el contrario, requerían la declaración del estado de excepción. En el artículo se examina, especialmente, la influencia que en las opiniones vertidas sobre el particular han tenido dos maneras de ver y abordar los problemas jurídicos. La primera es una visión pragmática, atenta sobre todo a las consecuencias prácticas que para todos los intereses afectados se derivan de las distintas interpretaciones en liza, pero también al tenor literal de los preceptos aplicables, a sus antecedentes, contexto y finalidad. La segunda es una visión dogmática, basada en ideas apriorísticas de origen doctrinal y tendente a ignorar no sólo los resultados prácticos que pueden desprenderse de aquellas interpretaciones, sino también el tenor literal de los preceptos aplicables, sus antecedentes, contexto y finalidad.

Abstract

-

This article analyzes the two most controversial issues in Spanish public law raised by the COVID-19 crisis. Both concern the conditions under which the Government may restrict constitutional rights in emergency situations. The article highlights the influence that two ways of analyzing and solving legal problems have had on this debate. The first is a pragmatic approach, attentive to the literal wording of the applicable constitutional provisions, to their background and purpose, to the current social reality and, above all, to the practical consequences arising from the different interpretations in dispute. The second is a dogmatic approach, that tends to ignore not only the practical outcomes that may arise from these interpretations, but also the literal wording of those provisions, their background and purpose.

Title: *Dogmatism versus pragmatism. On the fundamental rights restrictions aimed at fighting COVID-19.*

-

Palabras clave: estado de alarma, estado de excepción, derechos fundamentales, metodología jurídica, COVID-19, situaciones de emergencia.
Keywords: *emergency law, constitutional rights, COVID-19, constitutional interpretation, legal methodology*.

-

DOI: 10.31009/InDret.2021.i4.10

InDret
4.2021

Recepción
03/09/2021
-
Aceptación
29/09/2021
-

Índice

-

1. Introducción
2. Dos maneras de ver y abordar los problemas jurídicos
2.1. Una visión dogmática
2.2. Una visión pragmática
3. Primer ejemplo: estado de alarma o legislación sanitaria
3.1. El problema
3.2. La práctica administrativa y jurisprudencial
a. Periodo anterior al primer estado de alarma
b. Primer estado de alarma
c. Periodo comprendido entre el primer y el tercer estado de alarma
d. Tercer estado de alarma
e. Periodo posterior al tercer estado de alarma
3.3. La interpretación literal y sistemática del art. 3 LOMESP
3.4. El sentido del art. 3 LOMESP. Redundancias y cláusulas generales
3.5. La competencia del Gobierno para combatir una epidemia grave: ¿exclusiva o concurrente?
3.6. ¿Interpretación restrictiva de las normas que restringen (y protegen) derechos fundamentales?
3.7. La reserva de ley para restringir derechos fundamentales
a. ¿Satisface el art. 3 LOMESP las exigencias de la reserva de ley?
b. ¿Qué habría que hacer si el art. 3 LOMESP no respetara las exigencias de la reserva de ley?
3.8. La alternativa de la reforma de la legislación sanitaria
3.9. La alternativa del estado de alarma (o, en su caso, de excepción)
4. Segundo ejemplo: estado de alarma o estado de excepción
4.1. El problema
4.2. Posibles interpretaciones del término suspensión
4.3. La interpretación gradualista del Tribunal Constitucional
4.4. Inconsistencia de la interpretación del Tribunal Constitucional
4.5. Interpretaciones literal, originalista y evolutiva del término suspensión
4.6. La interpretación del concepto de suspensión de acuerdo con los tratados internacionales de derechos humanos
4.7. Consecuencias prácticas de las interpretaciones en liza
a. Incertidumbres y errores en la elección del instrumento jurídico pertinente
b. El prejuicio dogmático de que el estado de excepción es un instrumento jurídico más tuitivo que el de alarma
c. El valor de la autorización parlamentaria del estado de excepción
d. El valor de la autorización parlamentaria de la prórroga del estado de alarma. La conversión de la prórroga en un estado de excepción
e. El estado de excepción encierra un serio riesgo de restricciones excesivas
f. Riesgo de desprotección de la vida y la salud
g. ¿Necesidad constitucional de gestionar de manera centralizada crisis sanitarias graves?
h. La desactivación del concepto de suspensión
5. Conclusiones
6. Bibliografía

-

Este trabajo se publica con una licencia Creative Commons Reconocimiento-No Comercial 4.0 Internacional

1. Introducción*

De entre todos los problemas que en el ámbito del Derecho público nos ha dejado la COVID-19, los más relevantes y controvertidos han sido, sin duda alguna, los relativos a la conformidad con la Constitución de las medidas restrictivas de derechos adoptadas para afrontar esta pandemia. La polémica se ha centrado especialmente sobre su licitud formal. No se ha discutido tanto su adecuación, necesidad y proporcionalidad cuanto la competencia y el procedimiento observado para acordarlas. Numerosos autores y resoluciones judiciales han cuestionado los dos grandes instrumentos jurídicos empleados a estos efectos: el estado de alarma decretado por el Gobierno central y las restricciones impuestas por las Comunidades autónomas al amparo de la legislación sanitaria.

Cabe pensar que las posiciones a favor o en contra de la utilización de ambos instrumentos se han visto influidas por factores de muy diversa índole, como la ideología política. *Grosso modo*, los juristas «conservadores» han tendido a mostrarse críticos con los tres estados de alarma declarados por el Gobierno, a diferencia de los «progresistas». Los «centralistas», por su parte, no han visto con buenos ojos las restricciones impuestas por las Comunidades autónomas, al contrario que la gran mayoría de «autonomistas», «federalistas» e «independentistas».

En este trabajo pretendemos analizar esos dos problemas y el papel que en la justificación de las respuestas que se les han dado han jugado dos maneras de concebir, interpretar y aplicar el Derecho, es decir, de resolver problemas jurídicos: una visión dogmática, de un lado, y otra pragmática, de otro. En la primera de estas concepciones se han apoyado quienes han considerado constitucionalmente ilícita la utilización de los dos instrumentos jurídicos antes referidos. En la segunda, por lo general, los que han sostenido la postura contraria.

Conviene subrayar que no sostenemos ni sugerimos que, en general, exista una correlación entre ser un jurista «conservador» («progresista») y «centralista» («autonomista»), por un lado, y tener una visión dogmática (pragmática) del Derecho, por otro. Tan sólo señalamos que en este caso concreto dichas posturas han ido de la mano. Pero no es ni mucho menos descartable que, a la hora de tratar otros problemas jurídicos, se inviertan las tornas, de manera que sean principalmente juristas progresistas y autonomistas los que esgriman argumentos propios de una visión dogmática del Derecho, y viceversa.

2. Dos maneras de ver y abordar los problemas jurídicos

2.1. Una visión dogmática

La principal característica de esta concepción es su dogmatismo[299]. Se trata de una posición basada en gran medida en dogmas, en ideas abstractas, apriorísticas, preconcebidas y de origen

* El autor agradece los comentarios de Francisco Velasco, César Cierco y dos revisores anónimos, así como las discusiones mantenidas con muchos colegas, especialmente con Lorenzo Cotino, Alba Nogueira, Paz Lloria, Carlos Amoedo, Andrés Boix, Julio Tejedor y Víctor Bethencourt.

[299] En el presente trabajo damos a los términos «dogmático/a» y «dogmatismo» un significado cercano al que éstos tienen en el lenguaje común, y distinto del que normalmente se da a la expresión «dogmática jurídica» en el mundo

fundamentalmente doctrinal que tienden a afirmarse de manera inconcusa, universal e inflexible, y de las cuales se deducen múltiples reglas y consecuencias jurídicas. La afirmación apodíctica de esas ideas, las apelaciones a la intuición y las descalificaciones no argumentadas de las opiniones contrarias son relativamente frecuentes. Tampoco escasean los razonamientos circulares, que dan por supuesto precisamente lo que está por demostrar.

La segunda característica de esta visión, derivada de la anterior, es su escasa atención a la «realidad social del tiempo en el que las normas jurídicas han de ser aplicadas» (en palabras del art. 3 Código civil). De un lado, tiende a soslayar las circunstancias reales en las que han de desplegar efectos las disposiciones consideradas, circunstancias que en no pocas ocasiones son extraordinarias, anómalas, distintas de las que los autores de esas disposiciones tuvieron en cuenta al dictarlas. De otro lado, apenas presta atención a las consecuencias prácticas que de las interpretaciones en liza pueden seguirse para todos los derechos e intereses en juego en el futuro, especialmente, respecto de la gestión de crisis venideras similares a la de la COVID-19.

La tercera característica, estrechamente relacionada con las anteriores, es el formalismo. Esta concepción tiende a dar un valor intrínseco al cumplimiento de las normas y las formas. Suele perder de vista que las normas jurídicas, en general, y las que regulan el procedimiento de actuación de los poderes públicos, en particular, tienen un valor instrumental. Pasa por alto que incurrir en los costes que implica observar ciertas formas y procedimientos sólo está justificado en la medida en que permite satisfacer efectivamente determinados fines (v. gr., reducir suficientemente el riesgo de que los derechos fundamentales afectados sufran restricciones excesivas), lo que en algunas circunstancias no ocurre, en cuyo caso carece de sentido exigir inflexiblemente dicha observancia. De acuerdo con esta concepción, además, la infracción de esas normas formales determina inexorablemente la invalidez de las decisiones afectadas por el correspondiente vicio, aun cuando éste no haya impedido efectivamente alcanzar los objetivos pretendidos por tales normas.

2.2. Una visión pragmática

Ésta es una concepción pragmática e instrumental del Derecho, con arreglo a la cual las normas jurídicas, así como sus interpretaciones y aplicaciones, han de evaluarse en función de sus efectos prácticos, de la medida en que éstas satisfacen realmente ciertos intereses merecedores de protección[300]. El cumplimiento de las formas, por consiguiente, no tiene un valor intrínseco, sino instrumental, en tanto en cuanto sirve efectivamente para lograr dicho objetivo.

De ahí que ésta sea una concepción realista, que a la hora de interpretar una norma jurídica otorga una fundamental importancia a las consecuencias que las interpretaciones consideradas pueden tener sobre la realidad social y, muy especialmente, sobre la satisfacción de esos intereses implicados (v. gr., la vida, la salud y la libertad de las personas). De ahí también que tenga muy en consideración cuáles son los concretos bienes que el legislador trataba de proteger cuando

del Derecho. Sobre esta última expresión, vid. NÚÑEZ VAQUERO (2014), «Dogmática jurídica», *Eunomía*, 6, pp. 245-260.

[300] Sobre el pragmatismo jurídico, vid., entre otros, POSNER (2003), *Law, Pragmatism, and Democracy*, Harvard University Press, Cambridge; HAACK (2005), «On Legal Pragmatism: Where Does the Path of the Law Lead Us?», *American Journal of Jurisprudence*, 50, pp. 71-105.

estableció la norma en cuestión, cuáles son las circunstancias que entonces tuvo en cuenta y cuáles son actualmente las particulares circunstancias del caso analizado.

Esta visión confiere una especial prominencia a los criterios mencionados en el art. 3 del Código civil según los cuales las normas jurídicas deben interpretarse (i) atendiendo a su espíritu y finalidad y (ii) en relación con la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas. Es decir, en el momento de precisar el significado de esas normas y darles cumplimiento, hay que ponderar especialmente en qué medida sus posibles interpretaciones pueden lograr efectivamente los resultados prácticos pretendidos por ellas, a la vista de las circunstancias sociales realmente existentes en el momento de su aplicación.

Esta visión pragmática no desconoce la gran importancia que en la interpretación de las normas jurídicas tienen su tenor literal, su contexto y el significado que sus artífices les atribuyeron al dictarlas, en la medida en que aplicarlas en contra de cualquiera de estos elementos puede tener un coste muy elevado para la seguridad jurídica, la coherencia del sistema normativo y la confianza de los ciudadanos en el Derecho. Es más, comprobaremos que la visión pragmática es, al menos en los dos problemas abordados en este estudio, más respetuosa con la interpretación literal, sistemática y «originalista» de la Constitución y las leyes que la dogmática.

3. Primer ejemplo: estado de alarma o legislación sanitaria

3.1. El problema

Desde que en marzo de 2020 estallara la crisis de la COVID-19, las Comunidades autónomas han adoptado, en diferentes momentos, diversas medidas restrictivas de la libertad de circulación y otros derechos constitucionales: confinamiento de personas en sus domicilios; prohibición de determinadas reuniones; prohibición de entrar y salir de ciertos territorios; prohibición de apertura de establecimientos comerciales, etc.

Para motivar estas restricciones, las autoridades autonómicas han esgrimido, principalmente, el art. 3 de la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de medidas especiales en materia de salud pública (en adelante, LOMESP), que dispone que *«con el fin de controlar las enfermedades transmisibles, la autoridad sanitaria, además de realizar las acciones preventivas generales, podrá adoptar las* **medidas oportunas para el control de los enfermos, de las personas que estén o hayan estado en contacto con los mismos y del medio ambiente inmediato, así como las que se consideren necesarias en caso de riesgo de carácter transmisible***». En alguna ocasión han invocado adicionalmente la legislación autonómica de protección civil, donde se prevé que las autoridades competentes en esta materia, ante cualquier situación de grave riesgo o emergencia, podrán, por ejemplo, «disponer el confinamiento de personas en sus domicilios o en lugares seguros»*[301]. Un número considerable de autores, en su mayoría administrativistas, ha considerado lícitas estas medidas[302].

---

[301] Vid., por ejemplo, el art. 5.1.b) de la Ley 3/2019, de 8 de abril, del Sistema de Protección Civil y Gestión de Emergencias de Cantabria; art. 11.b) de la Ley 30/2002, de 17 de diciembre, de Protección Civil y Atención de Emergencias de Aragón; art. 8.a) del texto refundido de la Ley vasca de Gestión de Emergencias (Decreto Legislativo 1/2017, de 27 de abril).

[302] DOMÉNECH PASCUAL (2020a), «Derecho público del coronavirus (I). Competencia autonómica para adoptar medidas de contención», *Almacén de Derecho*, 14 de marzo de 2020; DOMÉNECH PASCUAL (2020c), «Comunidades

Esta posibilidad, sin embargo, ha sido cuestionada por otros muchos autores –en su mayoría, constitucionalistas–[303], a la vista, sobre todo, de lo dispuesto en la Ley Orgánica, 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio (en adelante, LOEAES). Esta disposición atribuye al Gobierno de España la competencia para decretar el estado de alarma en situaciones de «crisis sanitarias, tales como epidemias y situaciones de contaminación graves» [art. 4.b)] y, en su virtud, para: limitar la circulación o permanencia de personas o vehículos en horas y lugares determinados, o condicionarlas al cumplimiento de ciertos requisitos; practicar requisas temporales de todo tipo de bienes e imponer prestaciones personales obligatorias; intervenir y ocupar transitoriamente industrias, fábricas, talleres, explotaciones o locales de cualquier naturaleza, con excepción de domicilios privados; limitar o racionar el uso de servicios o el consumo de artículos de primera necesidad; impartir las órdenes necesarias para asegurar el abastecimiento de mercados y el funcionamiento de los servicios de centros de producción afectados (art. 11), y «adoptar las medidas establecidas en las normas para la lucha contra las enfermedades infecciosas» (art. 12.1).

3.2. La práctica administrativa y jurisprudencial

a) *Periodo anterior al primer estado de alarma*

---

autónomas, derechos fundamentales y covid-19», *Almacén de Derecho*, 21 de julio de 2020; NOGUEIRA LÓPEZ (2020a), «Confinar el coronavirus. Entre el viejo Derecho sectorial y el Derecho de excepción», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 86-87, pp. 22-31; NOGUEIRA LÓPEZ (2020b), «El confinamiento no necesita el estado de alarma», *El País*, 13 de julio de 2020; VELASCO CABALLERO (2020d), «Confinamientos autonómicos, el caso de Lleida», *Blog de Francisco Velasco*, 13 de julio de 2020; DE LA SIERRA (2020), «Actualicemos el marco jurídico de las crisis sanitarias», *Agenda Pública*, 16 de julio de 2020; BOIX PALOP (2020), «El baile "agarrao" entre Estado, Comunidades Autónomas y jueces para una mejor gestión de la pandemia de Covid-19», *No se trata de hacer leer*, 8 de agosto de 2020; GAMERO CASADO (2020), «Legalidad y control de las nuevas limitaciones de derechos ante rebrotes del Covid-19», *Almacén de Derecho*, 27 de agosto de 2020; BAÑO LEÓN (2020), «Confusión regulatoria en la crisis sanitaria», *Almacén de Derecho*, 29 de octubre de 2020; SARRIÓN ESTEVE (2020), «La competencia de las autoridades sanitarias para restringir derechos en situación de crisis sanitaria», *Gaceta Sanitaria*, publicado *on line* el 15 de septiembre de 2020; RIDAO (2021a), «La pugna sobre la prevalencia del estado de alarma o de los poderes de necesidad de la legislación sanitaria como expresión de las diferencias sobre el estado autonómico», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 95; ÁLVAREZ GARCÍA (2021a), *2020, el año de la pandemia (estudios jurídicos)*, Iustel, Madrid, p. 29; ÁLVAREZ BUJÁN (2021), «A propósito del estado de alarma decretado en España por causa del Covid-19: el olvido del principio de proporcionalidad», *Revista Vasca de Administración Pública,* 119, pp. 229-237; DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN (2021), *Mentiras, pandemia y Estado de derechos*, Universidad Pontificia Comillas, Madrid, pp. 52-97.

[303] SÁENZ ROYO (2020), «Limitar derechos fundamentales durante la pandemia», *Agenda Pública*, 14 de julio de 2020; CARMONA CONTRERAS (2020), «El fin no justifica los medios», *El País*, 16 de julio de 2020; TERUEL LOZANO (2020), «Desconcierto jurídico ante el rebrote de la pandemia: pinceladas aclaratorias», *Hay Derecho*, 26 de agosto de 2020; BARNES VÁZQUEZ (2020), «Falsos dilemas en la lucha contra la pandemia», *Almacén de Derecho*, 27 de agosto de 2020; DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI (2020), «Estado autonómico y lucha contra la pandemia», en BIGLINO y DURÁN (eds.), *Los efectos horizontales de la COVID sobre el sistema constitucional*, Fundación Giménez Abad, Zaragoza, pp. 7-19; ARAGÓN REYES (2020a), «Epílogo», en *Los efectos horizontales de la COVID sobre el sistema constitucional*, Fundación Giménez Abad, Zaragoza, pp. 10-14; DE LA QUADRA-SALCEDO (2020), «Rompiendo el espejo», *El País*, 14 de septiembre de 2020; FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE MAYORDOMO (2020a), «Desafíos constitucionales ante el coronavirus», en COBO DEL ROSAL (dir.), *Derechos fundamentales en estado de alarma: una aproximación multidisciplinar*, Dykinson, Madrid, pp. 152-156; TAJADURA TEJADA (2021), «El estado de Derecho frente al COVID: reserva de ley y derechos fundamentales», *Revista Vasca de Administración Pública*, 120, pp. 137-175; CUENCA MIRANDA (2021), «Análisis crítico de un estado de alarma excepcional: la covid-19 y el derecho de excepción», en GARRIDO LÓPEZ (coord.), *Excepcionalidad y Derecho: el estado de alarma en España*, Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza, p. 23; TERUEL LOZANO (2021b), *Estado de alarma y derechos fundamentales ante la pandemia de la COVID-19* (disponible en academia.edu), pp. 26-47.

Antes de que el Gobierno de España declarara el estado de alarma el 14 de marzo de 2020, varias Comunidades autónomas habían adoptado ya medidas de contención de la COVID-19 restrictivas de derechos fundamentales, tras recabar la autorización judicial prevista en el art. 8.6.II de la Ley 29/1998, de 12 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (en adelante, LJCA). Ningún órgano jurisdiccional las consideró inconstitucionales[304].

b) *Primer estado de alarma*

Del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declaró el estado de alarma, interesa ahora destacar dos puntos. El primero es que dispuso que «todas las disposiciones y medidas adoptadas previamente por las autoridades competentes de las comunidades autónomas y de las entidades locales con ocasión del coronavirus COVID-19» quedaban «ratificadas» y «[continuarían] vigentes y [producirían] los efectos previstos en ellas, siempre que [resultasen] compatibles con este real decreto» (disp. adicional 1ª.1). Con ello, el Gobierno daba a entender que las consideraba constitucionalmente lícitas. En segundo lugar, en su preámbulo se afirmaba que tanto la declaración del estado de alarma como las medidas en él previstas eran «imprescindibles para hacer frente a la situación».

c) *Periodo comprendido entre el primer y el tercer estado de alarma*

Finalizado el primer estado de alarma, y ante el preocupante incremento de los contagios en algunas zonas del país, varias autoridades autonómicas volvieron a imponer restricciones similares: prohibiciones de entrar y salir de ciertos territorios («cierres perimetrales»); limitación del número de personas que podían reunirse en espacios públicos; prohibición de circular por las vías públicas durante la noche («toques de queda»), etc. Salvo error nuestro, todos los Juzgados las ratificaron, salvo uno madrileño y otro leridano, que las rechazaron por considerar que las Comunidades autónomas no podían adoptar medidas generales restrictivas de derechos fundamentales al amparo de la legislación sanitaria[305].

Ello motivó que el legislador reformara la LJCA con el objeto de atribuir a las Salas de lo Contencioso-administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia la competencia para conocer de «la autorización o ratificación judicial de las medidas adoptadas con arreglo a la legislación sanitaria que las autoridades sanitarias de ámbito distinto al estatal [considerasen] urgentes y necesarias para la salud pública e [implicasen] la limitación o restricción de derechos fundamentales cuando sus destinatarios no [estuviesen] identificados individualmente»[306].

Con independencia de la valoración que dicha autorización judicial merezca[307], lo cierto es que esta reforma legislativa constituía un inequívoco espaldarazo para la referida competencia autonómica, al prever explícitamente que las autoridades sanitarias de ámbito distinto del

---

[304] Para más detalles, SALAMERO TEIXIDÓ (2020), «Algunas reflexiones sobre la autorización o ratificación judicial de medidas sanitarias al hilo de la aprobación de actos plúrimos para hacer frente a la Covid-19», *Diario La Ley*, 9638, 22 de mayo de 2020.

[305] Vid. el Auto del Juzgado de Instrucción núm. 1 de Lleida (en funciones de guardia) de 12 de julio de 2020, y el Auto del Juzgado Contencioso-administrativo núm. 2 de Madrid 121/20, de 20 de agosto de 2020.

[306] Vid. el art. 10.8 LJCA, redactado de acuerdo con la Ley 3/2020, de 18 de septiembre, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia.

[307] En sentido crítico, entre otros, BAÑO LEÓN (2020); MUÑOZ MACHADO (2020, p. 128); ÁLVAREZ GARCÍA (2021a, pp. 116-120).

estatal podían tomar dichas medidas[308]. Es probable que el legislador considerara que esta reforma sería suficiente para aclarar la cuestión y eliminar definitivamente las reticencias judiciales.

Sin embargo, no fue esto lo que ocurrió en la práctica. Si bien la mayoría de los Tribunales siguió reconociendo dicha competencia[309], los de Madrid[310], Aragón[311], País Vasco[312] y Castilla-León la negaron[313]. Ello forzó al Gobierno de España a declarar, primero, un breve estado de alarma para la Comunidad de Madrid[314] y, posteriormente, otro para todo el Estado.

d) *Tercer estado de alarma*

Este estado de alarma (declarado por el RD 926/2020, de 25 de octubre) presentaba tres grandes diferencias respecto del primero. Si éste fue objeto de seis prórrogas quincenales, el tercero fue prorrogado una sola vez (en virtud del RD 956/2020, de 3 de noviembre, previa autorización parlamentaria) por seis meses. Ello debilitaba notablemente el control que el Congreso podía ejercer sobre el Gobierno. El único mecanismo previsto específicamente con este fin consistía en que el Presidente del Gobierno y el Ministro de Sanidad debían comparecer periódicamente en el Congreso (cada dos meses ante el Pleno y cada mes ante la Comisión de Sanidad y Consumo, respectivamente) para rendir cuentas.

En segundo lugar, las restricciones previstas en este tercer estado de alarma eran menos intensas que las impuestas en el primero, y sólo afectaban a algunos de los derechos fundamentales

---

[308] Así lo estiman, por ejemplo, CIDONCHA MARTÍN (2020), «Coronavirus y libertad de empresa», en BIGLINO y DURÁN (eds.), *Los efectos horizontales de la COVID sobre el sistema constitucional*, Fundación Giménez Abad, Zaragoza, 2020, pp. 23 y 24; HUERGO LORA (2021), «Fuentes del Derecho», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid. Número Extraordinario. Derecho y Política ante la Pandemia: Reacciones y Transformaciones*, VELASCO y GREGORACI (coords.), t. I, p. 182.

[309] En relación con cierres perimetrales de uno o varios municipios, vid. los Autos de los TSJ de Navarra de 25 de septiembre 2020 (**ECLI:ES:TSJNA:2020:63A**); Murcia de 25 de septiembre de 2020 (ECLI:ES:TSJMU:2020:26A); Andalucía de 2 de octubre de 2020 (ECLI:ES:TSJAND:2020:93A); La Rioja de 2 de octubre de 2020 (ECLI:ES:TSJLR:2020:39A); Galicia de 9 de octubre de 2020 (ECLI:ES:TSJGAL:2020:104A). En relación con el cierre perimetral del entero territorio autonómico, vid. los Autos de los TSJ de Navarra de 22 de octubre de 2020 (ECLI:ES:TSJNA:2020:37A); La Rioja de 24 de octubre de 2020 (ECLI:ES:TSJLR:2020:40A) En relación con restricciones del derecho de reunión, vid. los Autos de los TSJ de Extremadura de 21 y 24 de septiembre y 19 de octubre de 2020 (ECLI:ES:TSJEXT:2020:8A, ECLI:ES:TSJEXT:2020:9A y ECLI:ES:TSJEXT:2020:27A); Galicia de 23 de septiembre de 2020 (ECLI:ES:TSJGAL:2020:93A); Murcia de 9 de octubre de 2020 (ECLI:ES:TSJMU:2020:31A). En relación con los toques de queda, ATSJ de la Comunidad Valenciana de 27 de octubre de 2020 (ECLI:ES:TSJCV:2020:94A). Tomamos las referencias de RODRÍGUEZ FIDALGO (2021), donde pueden encontrarse más detalles.

[310] ATSJ de Madrid de 8 de octubre de 2020 (ECLI:ES:TSJM:2020:308A). El caso de Madrid presenta algunas particularidades en las que no hace falta entrar aquí. Vid. al respecto V. ÁLVAREZ GARCÍA (2020, pp. 120-127).

[311] ATSJ de Aragón de 10 de octubre de 2020 (ECLI:ES:TSJAR:2020:96A).

[312] ATSJ del País Vasco de 22 de octubre de 2020 (ECLI:ES:TSJPV:2020:52A).

[313] AATSJ de Castilla y León de 25 y 28 de octubre y 6 de noviembre de 2020. ECLI:ES:TSJCL:2020:89A, ECLI:ES:TSJCL:2020:94A y ECLI:ES:TSJCL:2020:104A). El TSJ reconoce que en anteriores ocasiones había estimado que el art. 3 LOMESP permite imponer «confinamientos perimetrales de algunas poblaciones de la Comunidad» y «la limitación del derecho de reunión a seis personas en los casos de reuniones de carácter social o familiar, salvo convivientes». Pero ahora declara que este precepto no autoriza restricciones más intensas («toque de queda nocturno» y suspensión de visitas y prohibición de salidas en residencias de mayores) que se extienden al territorio de toda la Comunidad en una situación extraordinaria de crisis sanitaria persistente.

[314] Real Decreto 900/2020, de 9 de octubre, por el que se declara el estado de alarma para responder ante situaciones de especial riesgo por transmisión no controlada de infecciones causadas por el SARS-CoV-2.

reconocidos en los arts. 15 a 29 CE. En particular, se limitaba: la libertad de circulación de las personas en horario nocturno (art. 5); la entrada y salida de las Comunidades y Ciudades autónomas (art. 6); el número de personas que podían reunirse en espacios públicos y privados (art. 7), y los aforos en espacios de culto (art. 8).

En tercer lugar, el RD 926/2020 condicionaba la eficacia de tales limitaciones en el territorio de cada Comunidad autónoma a que así lo dispusiera la autoridad autonómica correspondiente (art. 9), que también podía «modular, flexibilizar y suspender» su aplicación, «con el alcance y ámbito territorial» que determinara (art. 10). Es decir, el Gobierno otorgaba a las autoridades autonómicas una amplísima habilitación para imponer dichas restricciones y precisar su alcance. Además, señalaba que dichas autoridades «[conservarían] las competencias que [les otorgaba] la legislación vigente, así como la gestión de sus servicios y de su personal, para adoptar las medidas que [estimasen] necesarias, sin perjuicio de lo establecido en este real decreto» (art. 12)[315].

Finalmente, disponía que, para acordar estas medidas, las autoridades autonómicas delegadas no precisarían «la tramitación de procedimiento administrativo alguno», ni tampoco la ratificación o autorización judicial prevista en la LJCA (art. 2.3).

No resulta difícil imaginar las razones a las que obedecía esta regulación. El primer estado de alarma conllevó una fuerte centralización de las competencias sanitarias, cuyos resultados no fueron muy satisfactorios. Piénsese en: los fiascos sufridos por la Administración General del Estado al comprar material sanitario; las dificultades para tratar los datos epidemiológicos proporcionados por las Comunidades autónomas; los incumplimientos de la legislación sobre transparencia y buen gobierno[316]; las decisiones relativas al «desconfinamiento» de ciertos territorios, aparentemente arbitrarias y carentes de motivación, etc.

La explicación es bien sencilla. La Administración central carece hoy de las estructuras organizativas, los medios personales, la experiencia y los conocimientos necesarios para gestionar de manera tan centralizada una crisis sanitaria de la envergadura de la de la COVID-19[317]. Desde hace décadas, esos recursos están en manos de las Comunidades autónomas, que ostentan las competencias ordinarias de gestión de la sanidad y que, por ello, tienen mejores medios, información y experiencia que el Estado para gestionar esta crisis con acierto. La Administración central sólo cuenta con una ventaja comparativa respecto de las autoridades autonómicas cuando se trata de ejercer las funciones de coordinación y de gestión de la sanidad exterior que ya le corresponde desempeñar en situaciones normales (art. 149.1.16ª CE).

Ésta es la principal razón por la cual, antes incluso de que finalizara el primer estado de alarma, se inició un proceso de «devolución» de competencias sanitarias a las Comunidades

---

[315] Con arreglo a este precepto, algunas Comunidades autónomas adoptaron medidas sanitarias restrictivas de derechos no previstas en el RD 956/2020. Vid. el ATSJ de Castilla-La Mancha de 19 de abril de 2021 (**ECLI:ES:TSJCLM:2021:27A**).

[316] BLANES CLIMENT (2020), «La incidencia del COVID-19 sobre la transparencia de las instituciones públicas», *Revista Española de la Transparencia*, 11, pp. 13-20.

[317] Según ÁLVAREZ GARCÍA, ARIAS APARICIO y HERNÁNDEZ DÍEZ (2020, p. 102), en virtud del primer estado de alarma «se concentraron jurídicamente inmensos poderes en una Administración que no tenía la capacidad de gestionarlos».

autónomas[318]. Y que, después de la conclusión de ese proceso, el Gobierno se haya limitado a ejercer en esta materia funciones de coordinación, y se haya mostrado sumamente reticente a asumir otra vez competencias de gestión directa.

En este contexto, el Gobierno declaró un nuevo estado de alarma no porque considerara que era la mejor manera de hacer frente a la pandemia, sino porque no le quedó más remedio, porque se vio forzado a ello por la jurisprudencia sostenida por unos pocos Tribunales Superiores de Justicia, que estimaban que la legislación vigente no permitía a las autoridades autonómicas adoptar las necesarias medidas de contención de la COVID-19. A la vista de esta jurisprudencia, el estado de alarma constituía la única vía de proteger adecuadamente la vida y la salud de los ciudadanos de las correspondientes Comunidades autónomas.

Pero el Gobierno no cometió esta vez el error de gestionar centralizadamente la crisis, de precisar qué medidas de protección sanitaria había que tomar y con qué alcance. Habida cuenta de la insatisfactoria experiencia anterior y de que seguramente ya no contaba con los apoyos políticos necesarios para imponer un estado de alarma fuertemente centralizado, el Gobierno dejó esas decisiones en manos de los poderes públicos que presumiblemente estaban mejor situados, pertrechados y preparados para adoptarlas.

e) *Periodo posterior al tercer estado de alarma*

Finalizado este estado de alarma, ha vuelto a plantearse el problema. Ante el incremento de los contagios, prácticamente todas las Comunidades autónomas han estimado necesario acordar medidas de protección de la salud restrictivas de derechos (principalmente, «toques de queda» y «cierres perimetrales») y, subsiguientemente, han recabado la autorización previa de los Tribunales, que se han pronunciado sobre el particular de manera divergente.

En un primer momento, esta competencia autonómica fue afirmada por la mayoría de los Tribunales Superiores de Justicia[319], y negada por los del País Vasco[320], Andalucía (Granada y Málaga)[321] y Castilla-La Mancha[322]. Esta vez, sin embargo, el Tribunal Supremo ha acabado pronunciándose sobre el particular en virtud del nuevo recurso de casación introducido en la LJCA por el Real Decreto-ley 8/2021, de 4 de mayo. El Supremo ha dejado sentado que el art. 3

---

[318] Vid. ÁLVAREZ GARCÍA (2020), «La devolución competencial a las comunidades autónomas tras la recentralización operada para hacer frente a la pandemia de Covid-19», *Revista General de Derecho Administrativo*, 55.

[319] Vid., entre otros, los Autos de los TSJ de Cataluña de 7 de mayo de 2021 (rec. Ordinario 195/2021); Canarias de 9 de mayo de 2021 (proc. núm. 138/2021); Comunidad Valenciana de 7 de mayo de 2021 (**ECLI:ES:TSJCV:2021:14A**); Extremadura de 10 de mayo de 2021 (**ECLI:ES:TSJEXT:2021:8A**); Andalucía (Sevilla) de 11 y 14 de mayo de 2021 (proc. ordinarios núm. 331 y 345/20021); Galicia de 12 de mayo de 2021 (proc. derechos fundamentales núm. 7224/2021); Madrid de 13 y 14 de mayo de 2021 (**ECLI:ES:TSJM:2021:147A** y **ECLI:ES:TSJM:2021:148A**); Murcia de 12 de mayo de 2021; Navarra de 11 y 19 de mayo de 2021 (**ECLI:ES:TSJNA:2021:40A** y ECLI:ES:TSJNA:2021:44A); e Islas Baleares de 7 y 20 de mayo de 2021 (**ECLI:ES:TSJBAL:2021:4A** y **ECLI:ES:TSJBAL:2021:5A**).

[320] ATSJ del País Vasco de 7 de mayo de 2021 (**ECLI:ES:TSJPV:2021:37A**).

[321] AATSJ de Andalucía (Granada) de 10 y 14 de mayo de 2021 (proced. núm. 908 y 941/2021), y (Málaga) de 14 de mayo de 2021 (Auto núm. 186/21).

[322] AATSJ de Castilla-La Mancha de 11 y 14 de mayo de 2021 (proc. 377/2021 y **ECLI:ES:TSJCLM:2021:10A**).

LOMESP da una cobertura legal suficiente para que las Comunidades autónomas impongan restricciones generales de derechos fundamentales[323].

3.3. La interpretación literal y sistemática del art. 3 LOMESP

Algunos autores entienden que este precepto no permite imponer restricciones de alcance general, sino sólo individualizadas, pues únicamente contempla la posibilidad de tomar medidas que afecten a los enfermos, las personas que estén o hayan estado en contacto con los mismos y a las situadas en el medio ambiente inmediato[324]. TAJADURA TEJADA considera, sin embargo, que este artículo también habilita a las autoridades sanitarias para adoptar «medidas generales, pero sólo en el caso de que su afectación del derecho sea superficial, por ejemplo: fijación de aforos, horarios de apertura o distancias de seguridad»[325].

El tenor literal del precepto desmiente ambas interpretaciones. Nótese que éste contiene dos incisos, que prevén respectivamente la posibilidad de tomar: (i) «las medidas oportunas para el control de los enfermos, de las personas que estén o hayan estado en contacto con los mismos y del medio ambiente inmediato»; y, además, (ii) «las medidas que se consideren necesarias en caso de riesgo de carácter transmisible».

Así las cosas, resulta irrazonable sostener que este artículo sólo habilita a las autoridades sanitarias para imponer restricciones a una o varias personas determinadas («los enfermos y las personas que estén o hayan estado en contacto con los mismos»), pues esta interpretación vaciaría de sentido el referido inciso segundo. No debe interpretarse una cláusula legal en un sentido que le priva de efecto[326]. Hemos de presumir que, si el legislador quiso añadir este segundo inciso, es porque así pretendía conseguir un efecto práctico adicional: posibilitar la adopción de medidas que afectaran a personas distintas de las mencionadas en el primer inciso.

El segundo inciso permite literalmente a las autoridades sanitarias acordar cualesquiera medidas que consideren necesarias para controlar el riesgo de una enfermedad transmisible, en la medida en que no restringe en modo alguno el tipo ni el alcance de las medidas que cabe tomar con ese fin. Lo que no quita, obviamente, que esas medidas deban respetar los límites impuestos en otras normas jurídicas, tanto sustantivas (v. gr., el principio de proporcionalidad) como procedimentales (v. gr., la necesidad de autorización judicial prevista en la LJCA).

Por la misma razón ha de rechazarse la tesis de TAJADURA de que ese precepto habilita la adopción de medidas generales, pero sólo si afectan de manera superficial a los derechos fundamentales. No se adivina cómo puede derivarse esa interpretación del citado artículo 3 LOMESP. De hecho, el citado autor no lo explica.

---

[323] Vid. las SSTS de 24 de mayo de 2021 (**ECLI:ES:TS:2021:2178**), 3 de junio de 2021 (**ECLI:ES:TS:2021:2176** y **ECLI:ES:TS:2021:2244**), 17 de junio de 2021 (**ECLI:ES:TS:2021:2861**) y 21 de julio de 2021 (**ECLI:ES:TS:2021:3103**).

[324] Sáenz Royo (2020); Barnes Vázquez (2020); Teruel Lozano (2020).

[325] TAJADURA TEJADA (2021, p. 152).

[326] Véase, *mutatis mutandis*, el art. 1284 del Código civil.

TAJADURA esgrime para criticar «la supuesta interpretación literal [que sostenemos que ésta] prescinde de que en ningún apartado o inciso de este precepto y de los demás contenidos en esta ley se dice que se puedan limitar derechos fundamentales»[327].

Este argumento resulta inaceptable. En primer lugar, ignora, incomprensiblemente, que dichos preceptos fueron aprobados mediante ley orgánica «precisamente para despejar cualquier duda que pudiera existir sobre la posibilidad de que la autoridad sanitaria adoptara las medidas necesarias restrictivas de derechos cuando así lo requiriera la protección de la salud pública»[328]. Como bien advierte MUÑOZ MACHADO, esta disposición legal «carece de un preámbulo que explique la decisión de regular las emergencias fuera del texto de la Ley [14/ 1986, de 25 de abril, General de Sanidad, en adelante LGS], pero la tramitación parlamentaria descubre que se invocaron motivos técnicos de carácter constitucional según los cuales sería imprescindible que esas medidas estuvieran contempladas en una ley orgánica, considerando que afectaban a derechos fundamentales y libertades públicas y el artículo 81 de la Constitución impone que el desarrollo de los derechos y libertades se regule por ley orgánica»[329].

En segundo lugar, también contraviene, una vez más, lo dispuesto en el art. 3 del Código civil, al ignorar el contexto en el que se inserta el art. 3 LOMESP. Este precepto debe interpretarse sistemáticamente en relación con la citada LGS –de la que la LOMESP se «extrajo» durante su tramitación parlamentaria– y, muy especialmente, en relación con el precepto que en el proyecto de ley presentado por el Gobierno le precedía: el art. 28.d) LGS. Éste menciona entre los principios que deben atender «todas las medidas contenidas en el presente capítulo» el consistente en que «se *deberán utilizar [aquellas] que menos perjudiquen al principio de libre circulación de las personas y de los bienes, la libertad de empresa y cualesquiera otros derechos afectados». El precepto indica claramente, pues, que la nueva regulación legal –que finalmente se desdobló en la LGS y la LOMESP– permitía «perjudicar» esos derechos fundamentales, si bien sólo en la medida necesaria para proteger la salud pública*[330].

En tercer lugar, TAJADURA tampoco explica algo que resulta sumamente difícil de comprender y justificar: por qué esa falta de mención explícita a la posibilidad de restringir derechos fundamentales implica que las autoridades autonómicas no pueden restringirlos a través de medidas generales, pero sí a través de medidas individualizadas.

3.4. El sentido del art. 3 LOMESP. Redundancias y cláusulas generales

Algunos Tribunales han estimado que «no sería lógico» interpretar que el art. 3 *in fine* LOMESP autoriza la adopción de cualesquiera medidas que afecten a los derechos fundamentales, pues en tal caso tanto los restantes preceptos de la LOMESP como los de la LOEAES que detallan las medidas que cabe acordar en un estado de alarma para combatir una epidemia grave resultarían redundantes, superfluos[331].

---

[327] TAJADURA TEJADA (2021, p. 153).

[328] BAÑO LEÓN (2020).

[329] MUÑOZ MACHADO (2020), «El poder y la peste de 2020», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 90-91, p. 116.

[330] En sentido similar, BAÑO LEÓN (2020).

[331] ATSJ de Castilla-La Mancha de 11 de mayo de 2021 (proc. 377/2021). En sentido similar, vid. los AATSJ de Andalucía (Granada) de 10 y 14 de mayo de 2021 (procedimientos 908/2021 y 941/2021).

Este razonamiento merece cuando menos dos críticas. En primer lugar, debe resaltarse que el art. 3 *in fine* LOMESP no autoriza la adopción de cualesquiera medidas que afecten a los derechos fundamentales, sino sólo la de aquellas que resulten proporcionadas para proteger la salud pública en casos de enfermedad transmisible.

En segundo lugar, ese razonamiento ignora el valor que en Derecho tienen las redundancias y, en particular, las cláusulas generales parcialmente redundantes. El Tribunal parte aquí de otro dogma, de otra idea doctrinal preconcebida, intuitiva y tópica: la de que las redundancias legales son «ilógicas», perjudiciales e indeseables, por lo que hay que evitar las interpretaciones que den lugar a ellas. Pero ésta es una idea profundamente equivocada. Tales repeticiones tienen muchas veces una importante utilidad práctica. Permiten proteger eficazmente ciertos intereses, prevenir o corregir errores y propiciar experiencias diversas que generan información valiosa[332].

La LOMESP incurre en esta redundancia con el objeto de que, en determinadas situaciones críticas, las autoridades sanitarias puedan afrontar adecuadamente lo previsible y lo imprevisible. Por un lado, regula específicamente y con cierto detalle un catálogo de medidas que las autoridades sanitarias pueden acordar. Las regula así porque, a la luz de la experiencia, es previsible que resulten pertinentes para afrontar una crisis sanitaria. Esta regulación aclara las dudas sobre la posibilidad de tomarlas y, por lo tanto, proporciona seguridad jurídica. Por otro lado, la LOMESP contiene una cláusula general que permite adoptar, además de las referidas medidas, otras que no concreta y que resulten útiles, necesarias y proporcionadas para combatir una enfermedad transmisible. La razón de ser de esta cláusula general salta a la vista. El legislador era consciente de que en la lucha contra una enfermedad tal pueden aparecer problemas que no es posible prever y regular con detalle, pero a los que hay que dar una respuesta pública inmediata que tampoco es posible anticipar y regular pormenorizadamente. Con esta cláusula general se da cobertura legal explícita a la posibilidad de que las autoridades sanitarias actúen proporcionadamente frente a lo imprevisible.

Eliminar esa redundancia tendría consecuencias prácticas muy negativas. Prescindir del catálogo de medidas reguladas específica y detalladamente engendraría dudas acerca de la posibilidad de acordarlas, lo que probablemente provocaría inseguridad jurídica, litigiosidad, contradicciones, desigualdades, desprotección de algunos intereses, etc. Prescindir de la cláusula general impediría que, en circunstancias imprevisibles o imprevistas por el legislador, las autoridades sanitarias pudieran tomar medidas proporcionadas para proteger la vida y la integridad física.

Una solución equivalente encontramos en otros ordenamientos jurídicos. El parágrafo 28 de la Ley alemana para la Prevención y Control de Epidemias[333], por ejemplo, regula las medidas restrictivas de derechos que pueden adoptarse en estas situaciones. En primer término, este precepto establece una cláusula general que permite a las autoridades competentes «tomar las medidas de protección necesarias en la medida y durante el tiempo que sea necesario para prevenir la propagación de enfermedades transmisibles», medidas que pueden ser generales. A

---

[332] Vid. ACCIARRI y TOHME (2010), *Redundancy of legal rules*; GOLDEN (2016), «Redundancy: When the Law Repeats Itself», *Texas Law Review*, 94, pp. 629-711.

[333] *Gesetz zur Verhütung und Bekämpfung von Infektionskrankheiten beim Menschen (Infektionsschutzgesetz - IfSG)*, de 20 de julio de 2020, modificada por última vez por la Ley de 27 de julio de 2021.

continuación, el precepto regula, a título ilustrativo («*insbesondere*»), algunas de las medidas que las autoridades pueden acordar, y ciertos límites que éstas deben respetar.

La misma estructura tiene la Proposición de Ley Orgánica presentada por el Grupo Parlamentario Popular con el fin de acabar con las controversias y la inseguridad jurídica generadas por la aplicación de la LOMESP[334]. La propuesta contempla una lista de medidas concretas que las autoridades sanitarias pueden adoptar para controlar las enfermedades transmisibles, que se cierra con una cláusula general idéntica a la del vigente art. 3 *in fine* LOMESP: «Las [medidas] que se consideren necesarias en caso de riesgo de carácter transmisible».

3.5. La competencia del Gobierno para combatir una epidemia grave: ¿exclusiva o concurrente?

Se ha estimado que las Comunidades autónomas no pueden tomar las mismas medidas restrictivas de derechos que el Gobierno central puede adoptar en un estado de alarma, «porque, en otro caso, el estado de alarma resultaría redundante»[335]. «Si con el derecho de la normalidad la administración ya puede limitar con esa amplitud los derechos fundamentales, ¿para qué sirven los estados de alarma y de excepción?»[336]. «Nuestro ordenamiento jurídico no admite tal solapamiento [entre las competencias de las administraciones central y autonómicas]. Por un lado, porque el estatuto jurídico de los derechos fundamentales no es una cuestión competencial, sino que afecta al núcleo sustantivo del vínculo de ciudadanía. Por otro, porque el principio de seguridad jurídica quebraría si ante situaciones sanitarias y epidemiológicas similares cada uno de los diferentes legisladores (central y autonómicos) diera respuestas diferentes. La multiplicación de medidas restrictivas de derechos fundamentales por parte de las diferentes administraciones fragmentaría el estatuto jurídico de los derechos fundamentales y quebrantaría la seguridad jurídica»[337].

Esta interpretación es errada[338]. Por de pronto, debe subrayarse que la referida competencia autonómica de tomar medidas restrictivas de derechos con arreglo a la legislación sanitaria no hace totalmente redundante o prescindible la competencia que se otorga al Gobierno central para declarar el estado de alarma y adoptar medidas similares. La principal función –utilidad– del estado de alarma es hacer posible una centralización extraordinaria del poder público. Como bien observa VELASCO CABALLERO (2020d), «lo característico del estado de alarma no [es] el apoderamiento al Gobierno para imponer límites a la libre circulación que no estuvieran ya previstos en legislación sanitaria, sino la subordinación de todas las autoridades de España a las decisiones del Gobierno». No cambia el qué, sino el quién y el cómo. La declaración del estado de alarma no altera el tipo de medidas que cabe acordar para afrontar una epidemia, sino el órgano competente para tomarlas y el régimen jurídico de éstas (v. gr., el procedimiento que debe

---

[334] Proposición de Ley Orgánica de medidas especiales en materia de salud pública con el fin de controlar enfermedades transmisibles (BOCG, Congreso, XIV Legislatura, Serie B, 23 de abril de 2021, núm. 161-1)

[335] TAJADURA TEJADA (2021, p. 152).

[336] TAJADURA TEJADA (2021, p. 154). En el mismo sentido, DE LA QUADRA-SALCEDO (2020).

[337] TAJADURA TEJADA (2021, pp. 154 y 155). La STC 148/2021, de 14 de julio (FJ 3), declara incidentalmente que «el decreto declarativo de un estado de alarma podrá llegar a establecer restricciones o "limitaciones" de los derechos fundamentales que excedan las ordinariamente previstas en su régimen jurídico, pues de lo contrario carecería de sentido la previsión constitucional de este específico estado de crisis».

[338] También la critican DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI (2020, p. 22); VELASCO CABALLERO (2020d); NOGUEIRA LÓPEZ (2020b).

observarse para aprobarlas y los cauces a través de los cuales son revisables por los Tribunales), lo cual puede tener una enorme utilidad práctica. No es ni mucho menos descartable que, en determinadas circunstancias: (i) el Gobierno central se encuentre mejor situado para tomar esas medidas que las autoridades autonómicas; (ii) el expeditivo procedimiento observado en el estado de alarma sea más adecuado que el previsto con carácter ordinario en la legislación sanitaria; y (iii) resulte aconsejable someter dichas medidas a un control judicial «especial», distinto del establecido para situaciones normales. Por ello discrepamos, asimismo, de la tesis según la cual las medidas tomadas por el Gobierno en virtud del estado de alarma, en tanto en cuanto podían haber sido establecidas también por las Comunidades autónomas al amparo de la legislación sanitaria, eran innecesarias y, por ende, desproporcionadas[339].

La interpretación que criticamos también ignora que la Constitución española sí admite supuestos de redundancia o solapamiento competencial, espacios en los que tanto el Estado central como las Comunidades autónomas pueden ejercer concurrentemente las mismas competencias. El ejemplo del fomento de la cultura es el más evidente[340], pero hay otros. La cláusula de prevalencia prevista en el art. 149.3 CE opera precisamente en casos en los que el Estado y una Comunidad autónoma han dictado válidamente sendas normas contradictorias entre sí en el ejercicio de sus respectivas competencias[341].

Hay razones muy sólidas para concluir que éste es precisamente uno de esos casos en los que hay un solapamiento tal[342]. Los argumentos esgrimidos para negarlo son muy débiles. El primero es una de esas típicas afirmaciones oscuras, apodícticas y que apelan a la intuición del lector características de una visión dogmática del Derecho: «el estatuto jurídico de los derechos fundamentales no es una cuestión competencial, sino que afecta al núcleo sustantivo del vínculo de ciudadanía». No alcanzamos a comprender por qué de ello se deriva que la competencia del Gobierno central para combatir una epidemia grave con medidas generales restrictivas de derechos es exclusiva y no concurrente.

El segundo argumento señala las indeseables consecuencias prácticas que supuestamente se derivarían de semejante solapamiento: «el principio de seguridad jurídica quebraría si ante situaciones sanitarias y epidemiológicas similares cada uno de los diferentes legisladores (central y autonómicos) diera respuestas diferentes». Este argumento pasa por alto que la Constitución española ha dispuesto un mecanismo que permite resolver –y, a la postre, prevenir– las contradicciones que eventualmente puedan surgir en el ejercicio de estas y otras competencias concurrentes: la cláusula de prevalencia del art. 149.3 CE. Si se produce un conflicto entre las medidas previstas en el decreto del estado de alarma y las adoptadas por las Comunidades autónomas, las primeras prevalecen[343].

---

[339] Tesis sostenida por ÁLVAREZ BUJÁN (2021, pp. 229-237).

[340] Vid., por todos, ALEGRE ÁVILA (2018), «Las competencias concurrentes sobre cultura», en RODRÍGUEZ-PIÑERO y CASAS BAAMONDE (dirs.), *Comentarios a la Constitución Española*, BOE, Madrid, t. II, pp. 1499-1507.

[341] Vid. RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, «Sistema de fuentes del Derecho administrativo», en RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, DOMÉNECH PASCUAL y ARROYO JIMÉNEZ (coords.), *Tratado de Derecho administrativo*, Marcial Pons, Madrid, t. I, cap. 11, §§ 55-66.

[342] VELASCO CABALLERO (2020e), «Estado de alarma y distribución territorial del poder», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 86-87, p. 83.

[343] VELASCO CABALLERO (2020e, p. 83).

En el epígrafe anterior hemos visto que las redundancias jurídicas satisfacen a veces una importante necesidad práctica. Aquí tenemos otro ejemplo. Un examen atento de las consecuencias reales que pueden desprenderse de las dos interpretaciones posibles apoya claramente la tesis de las competencias concurrentes, que en este punto tiene tres grandes ventajas. La primera es que asegura una protección más eficaz de los bienes jurídicos en juego. En situaciones de extraordinaria y urgente necesidad es relativamente probable que la autoridad que, desde una perspectiva *ex ante*, podría pensarse se encuentra en una mejor posición para actuar no lo esté efectivamente desde una perspectiva *ex post*, precisamente como consecuencia de acontecimientos extraordinarios, difícilmente previsibles *a priori*. De ahí que, para los escenarios catastróficos, el legislador suela conferir poderes de actuación a varias autoridades [no sólo a las estatales y a las autonómicas, sino incluso también a las municipales[344]], a fin de mitigar el riesgo de que algunas de ellas se vean en la imposibilidad de ejercer sus competencias o, por las razones que sean, no las ejerzan efectivamente como sería deseable.

Algo de esto ocurrió precisamente en la crisis del coronavirus. Recordemos que el Gobierno de España tardó muchos más días que varias Comunidades autónomas en tomar medidas de contención de la COVID-19. Da la impresión de que en ello influyeron, hasta cierto punto, las dificultades que para reunirse, deliberar y tomar decisiones válidas de acuerdo con el ordenamiento jurídico vigente ocasionó el hecho de que varios de sus miembros habían contraído la enfermedad o se encontraban en cuarentena como medida de precaución, así como el temor a que el resto la contrajera. Prueba de estas dificultades es que el Gobierno tuvo que reformar su ley reguladora mediante un Real Decreto-ley, publicado un día antes de declarar el estado de alarma, para poder reunirse, deliberar y decidir a distancia por medios electrónicos[345].

Y algo parecido le sucedió al órgano encargado de decidir sobre la prórroga del estado de alarma y controlar al Gobierno[346]. El Congreso entró en un estado de «hibernación». «Durante un mes, las Cortes Generales estuvieron prácticamente paralizadas»[347]. Se produjo un «eclipse parlamentario»[348]. Como denuncian incluso los defensores de la tesis que aquí criticamos, «las Cámaras dejaron de reunirse»[349], hubo una «situación de parálisis casi total producida en el Congreso de los Diputados durante las tres primeras semanas del estado de alarma, a pesar de lo dispuesto en el art. 116.5 CE»[350], donde puede leerse que su funcionamiento no puede interrumpirse durante la vigencia de ese estado.

---

[344] Art. 21.1.m) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases de Régimen Local (en adelante, LBRL).

[345] Disposición adicional primera del Real Decreto-ley 7/2020, de 12 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes para responder al impacto económico del COVID-19.

[346] Vid., entre otros, GARCÍA-ESCUDERO MÁRQUEZ (2020), «Actividad y funcionamiento de las Cortes Generales durante el estado de alarma por COVID-19», en TUDELA ARANDA (ed.), *El Parlamento ante la COVID-19*, Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza, pp. 18-27; TUDELA ARANDA (2021), «Parlamento y estado de alarma», en GARRIDO LÓPEZ (coord.), *Excepcionalidad y Derecho: el estado de alarma en España*, Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza; AGUADO RENEDO (2021), «Gobierno y Parlamento en la emergencia sanitaria», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid. Número Extraordinario. Derecho y Política ante la Pandemia: Reacciones y Transformaciones*, VELASCO y GREGORACI (coords.), t. I, pp. 49-56.

[347] TUDELA ARANDA (2021, p. 12).

[348] HUERGO LORA (2021, p. 185).

[349] TAJADURA TEJADA (2021, p. 159).

[350] FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE (2021a), «Los derechos fundamentales en estado de alarma: una suspensión inconstitucional», *Revista Vasca de Administración Pública*, 119, p. 63.

La segunda gran ventaja de la tesis de las competencias concurrentes es que evita la inseguridad jurídica que genera la tesis contraria. De acuerdo con esta última, las Comunidades autónomas no pueden adoptar medidas «generales» restrictivas de derechos, sino sólo medidas «individualizadas». El problema es que, muchas veces, en la práctica no resulta fácil distinguir entre ambos tipos de medidas, lo que puede generar dudas, incertidumbre, la inacción de las autoridades autonómicas y estatales, contradicciones y litigiosidad. Por ejemplo, ¿tiene carácter singular o general la prohibición impuesta a *todas* las personas ingresadas en *todas* las residencias y viviendas sociosanitarias de una Comunidad autónoma de salir de ellas, salvo en situaciones de fuerza mayor? ¿Y la obligación impuesta a *todas* esas personas de guardar una cuarentena en caso de reingreso? En nuestra opinión, se trata de medidas claramente generales, dirigidas a una pluralidad indeterminada de destinatarios. Sin embargo, el TSJ de Castilla-La Mancha, que sostenía la tesis de la competencia exclusiva del Gobierno de España, entendió que eran medidas individuales amparadas por el art. 3 LOMESP y, por ello, las ratificó[351].

La tercera ventaja es que el ejercicio de la misma competencia por varias autoridades permite comparar las medidas adoptadas y determinar cuáles han dado mejores resultados. Se puede obtener así información valiosa.

Adicionalmente, debe notarse que ningún precepto de la Constitución, la LOEAES o la LOMESP sugiere siquiera que la referida competencia del Gobierno sea exclusiva. Al contrario, el art. 12.1 LOEAES contempla aquí un cierto solapamiento competencial, cuando dispone que «la Autoridad competente [en el estado de alarma] podrá adoptar por sí, según los casos, además de las medidas previstas en los artículos anteriores [¡que no distinguen entre medidas generales e individualizadas!], las establecidas en las normas para la lucha contra las enfermedades infecciosas, la protección del medio ambiente, en materia de aguas y sobre incendios forestales» [donde tampoco se distingue entre esas dos clases de medidas].

También los tres decretos por los que se declararon los correspondientes estados de alarma con ocasión de la COVID-19 contemplaban un solapamiento semejante. En el primero se establecía que «cada Administración [conservaría] las competencias que le [otorgaba] la legislación vigente en la gestión ordinaria de sus servicios para adoptar las medidas que [estimase] necesarias en el marco de las órdenes directas de la autoridad competente a los efectos del estado de alarma» (art. 6 RD 463/2020)[352]. Los dos siguientes contenían un precepto con arreglo al cual «cada Administración [conservaría] las competencias que le [otorgaba] la legislación vigente, así como la gestión de sus servicios y de su personal, para adoptar las medidas que [estimase] necesarias, sin perjuicio de lo establecido en este real decreto» (art. 6 RD 900/2020 y art. 12 RD 926/2020). Adviértase que este último precepto reconocía a las autoridades autonómicas un margen de actuación mayor que el primero, al disponer que éstas podían acordar las medidas que estimasen necesarias bajo su propia responsabilidad y fuera del marco de las órdenes dictadas por el Gobierno. Ello se explica, seguramente, por la negativa experiencia que supuso la excesiva recentralización del primer estado de alarma[353].

---

[351] Autos de 20 de enero y 19 de abril de 2021 (ECLI:ES:TSJCLM:2021:1A y **ECLI:ES:TSJCLM:2021:27A**).

[352] Vid., asimismo, el art. 6 RD 900/2020.

[353] Véase una crítica a esta excesiva centralización en LASAGABASTER HERRARTE (2020), «La respuesta a la pandemia del Covid19 y el estado de las autonomías», *Eunomía*, 19, pp. 127-153.

De hecho, en la práctica hubo algunos casos de acumulación de medidas estatales y autonómicas, que los Tribunales dieron por válida. El TSJ de Castilla-La Mancha, por ejemplo, autorizó varias restricciones de derechos fundamentales impuestas por la administración autonómica y no previstas en el Real Decreto 926/2020, en virtud del cual se había declarado el tercer estado de alarma: prohibición de salidas de residencias y viviendas de mayores, salvo casos de fuerza mayor; obligación de guardar cuarentenas al reingreso; obligación de pasar un test diagnóstico impuesta a los trabajadores de residencias sociosanitarias que se reincorporen a ellas tras un periodo de ausencia, etc. [354]

3.6. ¿Interpretación restrictiva de las normas que restringen (y protegen) derechos fundamentales?

Al objeto de negar que el art. 3 LOMESP habilite a las autoridades autonómicas para adoptar las referidas medidas, se ha esgrimido que, en tanto en cuanto se trata de una disposición legal que permite limitar derechos fundamentales, debe ser interpretada restrictivamente[355] o en el sentido más favorable para éstos[356]. En virtud de una interpretación tal, se ha llegado a sostener que el art. 3 LOMESP no sería aplicable para afrontar una situación como la creada por la COVID-19, porque este precepto «habla del control de enfermedades transmisibles, no habla de acometer situaciones de crisis sanitaria, de epidemia, o de pandemia»[357]. Y ello a pesar de que, en el lenguaje común, el concepto de epidemia encaja perfectamente en el de enfermedad transmisible[358].

El gran problema de ese tópico y manido argumento, en un caso como el que nos ocupa, es que el art. 3 LOMESP y las medidas en él previstas tienen un doble efecto sobre los derechos fundamentales: los restringen, pero también los protegen. Resuelven un conflicto entre (i) los derechos restringidos (v. gr., libertad de circulación y reunión), de los que derivan para las autoridades competentes la obligación negativa de respetarlos, y (ii) los derechos a la vida y a la integridad física (art. 15 CE), que imponen a esas mismas autoridades la obligación positiva de protegerlos[359].

El TSJ de Aragón llega a decir que aquí sólo están en juego el derecho fundamental a la libertad de circulación (art. 19 CE) y el principio de protección de la salud pública (art. 43 CE), que no es un genuino derecho fundamental y que, por ello, al parecer, debe ceder ante aquél: «debe descartarse… que nos encontremos ante una ponderación de derechos fundamentales igualmente equivalentes en los que deba optarse por uno u otro»[360].

---

[354] AATSJ de Castilla-La Mancha de 20 de enero y 19 de abril de 2021 (ECLI:ES:TSJCLM:2021:1A y **ECLI:ES:TSJCLM:2021:27A**).

[355] Vid., por ejemplo, los Autos de los TSJ de Aragón de 10 de octubre de 2020 (ECLI:ES:TSJAR:2020:96A); Castilla y León de 25 de octubre y 6 de noviembre de 2020 (ECLI:ES:TSJCL:2020:89A y ECLI:ES:TSJCL:2020:104A); y País Vasco de 22 de octubre de 2020 (ECLI:ES:TSJPV:2020:52A).

[356] AATSJ de Andalucía (Granada) de 10 y 14 de mayo de 2021 (procedimientos 908/2021 y 941/2021).

[357] ATSJ de Aragón de 10 de octubre de 2020 (ECLI:ES:TSJAR:2020:96A).

[358] Según el *Diccionario de la Lengua Española* de la Real Academia española, epidemia significa «enfermedad que se propaga algún tiempo por un país, acometiendo simultáneamente a gran número de personas».

[359] Vid. lo que al respecto señalaremos *infra*, 3.6.b).

[360] ATSJ de Aragón de 10 de octubre de 2020 (ECLI:ES:TSJAR:2020:96A).

Incomprensiblemente, este Tribunal desconoce que la aplicación del art. 3 LOMESP afecta también a los derechos fundamentales a la vida y a la integridad física[361]. Ignora la abundante jurisprudencia del Tribunal Constitucional y, sobre todo, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH) según la cual estos derechos imponen a las autoridades públicas obligaciones positivas de protegerlos[362]. Y resulta obvio que una enfermedad transmisible que sólo en España deja decenas de miles de muertos en unos meses y que amenaza con seguir matando otros tantos constituye uno de esos riesgos frente a los cuales los poderes públicos deben adoptar medidas de protección como las previstas en el art. 3 LOMESP. En una reciente Sentencia, el TEDH ha declarado precisamente que, en cumplimiento de su obligación de proteger la vida frente al riesgo que suponen determinadas enfermedades transmisibles, los Estados pueden imponer a ciertas personas el deber de vacunarse. El TEDH considera «pertinente reiterar que los Estados Contratantes tienen la obligación positiva, en virtud de las disposiciones pertinentes del Convenio, en particular los artículos 2 y 8, de tomar las medidas adecuadas para proteger la vida y la salud de quienes se encuentren dentro de su jurisdicción»[363]. Como advierte JANER TORRENS, «la adopción de medidas restrictivas para hacer frente a la crisis sanitaria [de la COVID-19] forma parte de las obligaciones positivas de los Estados dirigidas a garantizar el respeto de derechos inderogables como el derecho a la vida y a la integridad física»[364].

Así las cosas, uno no se explica por qué razón el referido conflicto entre derechos fundamentales ha de resolverse escogiendo la interpretación más favorable para la libertad de circulación y más perjudicial para la vida y la integridad física. No se entiende por qué hay que interpretar restrictivamente una disposición legal que protege la vida y la integridad física de millones de personas, máxime cuando esa interpretación no es en realidad restrictiva, sino manifiestamente contraria a su tenor literal y a la intención del legislador, y tampoco viene respaldada suficientemente por otras normas o principios de nuestro ordenamiento jurídico.

En estos casos, lo que hay que hacer es escoger la interpretación que logre un justo equilibrio entre todos los derechos e intereses legítimos afectados, es decir, una solución que no limite ni desproteja inútil, innecesaria o desproporcionadamente ninguno de ellos[365]. Así lo ha dejado sentado el TEDH en una abundante jurisprudencia[366].

3.7. La reserva de ley para restringir derechos fundamentales

---

[361] Vid., en este sentido, las acertadas consideraciones de DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN (2021, p. 87).

[362] Vid., por ejemplo, AKANDJI-KOMBE (2007), *Positive obligations under the European Convention on Human Rights*, Council of Europe, Strasbourg, pp. 20-35; BARCELONA LLOP (2007), «Obligaciones positivas del Estado inherentes a la garantía europea del derecho a la vida y a la integridad personal», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 30, pp. 11-52. En general, sobre estas obligaciones positivas de protección, entre otros, MOWBRAY (2004), *The Development of Positive Obligations Under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights*, Hart, Oxford; DOMÉNECH PASCUAL (2006), *Derechos fundamentales y riesgos tecnológicos. El derecho del ciudadano a ser protegido por los poderes públicos*, CEPC, Madrid; XENOS (2011), *The Positive Obligations of the State Under the European Convention of Human Rights*, Routledge, London.

[363] STEDH de 8 de abril de 2021 (*Vavricka y otros c. República Checa*, 47621/13, § 282).

[364] JANER TORRENS (2020), «La aplicación de la cláusula derogatoria del Convenio Europeo de Derechos Humanos con motivo de la crisis sanitaria derivada del COVID19», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 40, pp. 6 y 7.

[365] DOMÉNECH PASCUAL (2006, pp. 158-163, 203-205).

[366] MOWBRAY (2010), «A Study of the Principle of Fair Balance in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights», *Human Rights Law Review*, 10-2, pp. 289-317.

a) *¿Satisface el art. 3 LOMESP las exigencias de la reserva de ley?*

Se ha sostenido que el último inciso de este precepto vulnera la reserva de ley establecida por la Constitución para la regulación del ejercicio de los derechos fundamentales (art. 53.1 CE). Se ha dicho que «nuestro ordenamiento constitucional no permite una "especie de ley de plenos poderes" para la adopción de "cualquier medida" que las autoridades públicas consideren necesaria para hacer frente a una crisis sanitaria»[367]. Esta cláusula es «completamente indeterminada»[368], una «habilitación en blanco»[369], pues «ni especifica el derecho fundamental que puede ser restringido... ni, por supuesto, las condiciones y garantías de esa limitación»[370]. Por ello, «en absoluto cumple con los requisitos para permitir una acción gubernamental de limitación de derechos generalizada. En todo caso, permitirá una restricción de derechos a personas individualizadas con la consiguiente autorización judicial». «La única legislación que especifica la limitación de la libertad de circulación con las consiguientes condiciones y garantías» es la LOEAES[371].

Para defender esta posición se aduce lo declarado en algunas sentencias del Tribunal Constitucional. Las leyes que contemplan la restricción de derechos fundamentales han de «expresar todos y cada uno de los presupuestos y condiciones de la intervención»[372]. «Las limitaciones del derecho fundamental establecidas por una ley pueden vulnerar la Constitución si adolecen de falta de certeza y previsibilidad en los propios límites que imponen y su modo de aplicación, pues la falta de precisión de la ley en los presupuestos materiales de la limitación de un derecho fundamental es susceptible de generar una indeterminación sobre los casos a los que se aplica tal restricción; al producirse este resultado, más allá de toda interpretación razonable, la ley ya no cumple su función de garantía del propio derecho fundamental que restringe, pues deja que en su lugar opere simplemente la voluntad de quien ha de aplicarla»[373].

Esta posición nos parece criticable. Debe notarse, en primer lugar, que resulta incoherente afirmar que el art. 3 LOMESP constituye una habilitación constitucionalmente válida para restringir derechos fundamentales a través de medidas singulares, pero no cuando se trata de medidas generales. Esta posición no se sostiene, pues el grado de indeterminación de la regulación legal es prácticamente idéntico en los dos casos. El primer inciso de ese precepto legal no determina el tipo de medidas que cabe tomar «para el control de los enfermos, de las personas que estén o hayan estado en contacto con los mismos y del medio ambiente inmediato». El legislador habla simplemente de las «medidas oportunas», sin más. Y tampoco especifica los presupuestos, las condiciones y las garantías que éstas deben respetar.

La tesis dogmática, en segundo lugar, incurre en una cierta confusión de las dos garantías que, según el Tribunal Constitucional, derivan del principio de legalidad consagrado en el art. 53.1

---

[367] ARAGÓN REYES (2020a, p. 13).

[368] TAJADURA TEJADA (2021, p. 155).

[369] ARAGÓN REYES (2020a, p. 13).

[370] SÁENZ ROYO (2020).

[371] SÁENZ ROYO (2020).

[372] STC 49/1999, de 5 de abril.

[373] STC 76/2019, de 22 de mayo, entre otras.

CE: la reserva de ley y el mandato de tipicidad o predeterminación normativa[374]. En virtud de la primera, las restricciones de derechos deben estar previstas mediante normas con rango de ley. En virtud de la segunda, dichas restricciones deben ser reguladas en términos lo suficientemente precisos como para resultar previsibles.

Ciertamente, existe una estrecha relación entre ambas garantías, ya que la reserva de ley no se satisface con una mera *interpositio legislatoris* carente de «contenido material propio», sino que obliga al legislador a regular con cierto grado de detalle y precisión las materias reservadas. La reserva de ley incorpora exigencias de tipicidad. No obstante, la distinción entre ambos mandatos constitucionales existe y tiene relevancia práctica por varias razones[375].

Aquí interesa subrayar una de ellas: no es constitucionalmente obligado que la ley satisfaga por sí misma todas las exigencias del principio de predeterminación normativa. Al legislador le está permitido ordenar sólo algunos aspectos de la materia reservada y remitir a la Administración la regulación de los restantes, a fin de que ésta los concrete en términos lo suficientemente precisos como para que los ciudadanos puedan conocer de antemano el alcance de sus derechos y se reduzca hasta lo razonable el margen de apreciación de la autoridad competente para restringirlos en cada caso. Así, por ejemplo, la STC 132/2001, de 8 de junio (FJ 6), afirma que la reserva de ley del art. 25.1 CE se respeta si el legislador fija «los criterios que orienten y condicionen la valoración de cada Municipio a la hora de establecer los tipos de infracción» y determina «las clases de sanciones que pueden establecer las ordenanzas municipales». Ahora bien, es claro que una regulación de la potestad sancionadora que se limita solamente a establecer «criterios de antijuridicidad» y las clases de sanciones que pueden imponerse no basta para cumplir el mandato de tipicidad. Como apunta dicha Sentencia, la ordenanza municipal deberá luego «establecer los tipos de infracción» y «predeterminar [las correspondientes sanciones] en función de la gravedad de los ilícitos administrativos que ella misma tipifica»[376].

En tercer lugar, la tesis dogmática no tiene en cuenta que las exigencias derivadas de ambas garantías no son rígidas e idénticas en todos los casos, sino flexibles; varían en función de diversas circunstancias. En las materias reservadas, la densidad constitucionalmente exigible de la regulación legal y, correlativamente, la amplitud de las remisiones legales a las disposiciones administrativas de desarrollo dependen de diversos factores: la autonomía constitucionalmente garantizada y la mayor o menor legitimidad democrática de las autoridades administrativas competentes para aprobar esas disposiciones; la complejidad técnica de la materia en cuestión; su carácter cambiante; la dificultad de prever y precisar con detalle qué restricciones serán adecuadas, necesarias y proporcionadas para lograr ciertos fines, etc.[377]

---

[374] Vid., por ejemplo, las SSTC 42/1987, de 7 de abril (FJ 2); 305/1993, de 25 de octubre (FJ 3); 341/1993, de 18 de noviembre (FJ 10); 53/1994, de 24 de febrero (FJ 4); 25/2002, de 11 de febrero (FJ 4), y 113/2002, de 9 de mayo (FJ 3).

[375] Por ejemplo, la reserva de ley no se aplica a las normas preconstitucionales, por lo que hoy se puede imponer una sanción tipificada en un reglamento preconstitucional (STC 11/1981, de 8 de abril, FJ 5). En cambio, el mandato de tipicidad sí rige respecto de aquéllas, por lo que «no resulta admisible imponer sanciones al amparo de normas preconstitucionales que no tipifiquen con el grado de certeza y concreción constitucionalmente exigible las conductas infractoras» (STC 116/1993, de 29 de marzo, FJ 3).

[376] En sentido similar, vid. la STC 53/1994, de 24 de febrero (FJ 4).

[377] Vid., por todos, BAÑO LEÓN (1991), *Los límites constitucionales de la potestad reglamentaria*, 1991, Civitas, Madrid; STC 132/2001, de 8 de junio.

A la hora de precisar esa «densidad constitucionalmente exigible» deben tenerse muy en cuenta cuáles son los beneficios y costes que para los principios jurídicos implicados conlleva incrementarla o reducirla. Los beneficios de la reserva de ley derivan de las especiales características del procedimiento legislativo, que asegura una amplia y plural participación de los representantes directos del pueblo a través de un debate público, a diferencia de los procedimientos administrativo y judicial. La regulación de los derechos fundamentales debe elaborarse mediante un procedimiento que *legitima* la regulación resultante y *protege* los derechos afectados[378]. Cabe pensar que el carácter transparente, plural y democrático de este procedimiento aumentará *normalmente* la aceptación de las decisiones preparadas a su través y tenderá a evitar decisiones que menoscaben tales derechos.

Pero ha de repararse también en sus costes. Una elevada densidad de la regulación legal implica un alto riesgo de que ésta resulte desacertada en el momento de ser aplicada, si el legislador incurrió en errores al dictarla o han cambiado las circunstancias que éste tuvo en cuenta entonces. Imaginemos, por ejemplo, que en la lista detallada y cerrada de las medidas restrictivas de derechos que la ley permite adoptar para proteger la salud pública frente a una epidemia no se contempla la única que, en un caso concreto, resulta adecuada y proporcionada a estos efectos. Ese riesgo es, obviamente, menor si el legislador reduce dicha densidad y, por consiguiente, otorga al órgano encargado de desarrollar o aplicar la ley un mayor margen de maniobra. El problema planteado se evita, por ejemplo, si la ley prevé la posibilidad de adoptar «cualesquiera medidas adecuadas y proporcionadas» con ese fin.

Para precisar esa densidad normativa habrá que tener en cuenta, por lo tanto: (i) la probabilidad de los desaciertos legislativos, es decir, la probabilidad de que, por un error del legislador o por un cambio de las circunstancias, la ley no haya previsto una respuesta adecuada a los problemas que pueden plantearse en el momento de aplicarla; y (ii) la magnitud de los daños resultantes. Cuanto mayores sean ambas variables, mayores deberán ser la indeterminación de la ley y el correspondiente margen de maniobra otorgado a la Administración o a los jueces.

De ahí que la indeterminación legal de la regulación de las medidas que pueden adoptarse para hacer frente a graves catástrofes, calamidades o crisis sanitarias deba ser –y, de hecho, es– normalmente muy elevada[379]. Recordemos que el art. 21.1.m) LBRL da poder al Alcalde para «adoptar personalmente, y bajo su responsabilidad, en caso de catástrofe o de infortunios públicos o grave riesgo de los mismos, las medidas necesarias y adecuadas». Recordemos, asimismo, que la LOMESP, tras precisar algunas de las medidas concretas que los autoridades sanitarias pueden tomar para proteger la salud pública frente a una enfermedad transmisible («medidas de reconocimiento, tratamiento, hospitalización o control… acciones preventivas generales… medidas oportunas para el control de los enfermos, de las personas que estén o hayan estado en contacto con los mismos y del medio ambiente inmediato»), añade una cláusula general de cierre («las que se consideren necesarias»).

Una solución parecida establecen tanto la Proposición de Ley Orgánica presentada por el Grupo Parlamentario Popular con el fin de acabar con las controversias generadas por la aplicación de

---

[378] Vid. BAÑO LEÓN (1991, pp. 96 y ss.); DE OTTO (1995), *Derecho constitucional*, Ariel, Barcelona, pp. 106 y 151 y ss.; RUBIO LLORENTE (1993), *La forma del poder*, CEC, Madrid, pp. 377 y 378.

[379] En este sentido, ÁLVAREZ GARCÍA (2021a, p. 29); DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN (2021, pp. 73-97).

la LOMESP como la Ley para la Prevención y Control de Epidemias[380] de Alemania, cuya Constitución federal reserva igualmente a la ley la restricción de derechos fundamentales.

También en otras parcelas de nuestro ordenamiento jurídico hay habilitaciones genéricas análogas, cuya conformidad con la Constitución nunca nadie ha puesto en duda[381]. El art. 129.1 LJCA, por ejemplo, permite a los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa «la adopción de cuantas medidas [cautelares] aseguren la efectividad de la sentencia», en casos en los que pueden estar en juego los derechos fundamentales de millones de personas[382]. El legislador no concreta qué medidas cabe tomar. El único requisito que establece al respecto es que deben ser necesarias (para evitar que los recurrentes sufran un perjuicio como consecuencia de haberse visto forzados a acudir a los Tribunales para obtener la tutela de sus derechos) y adoptadas tras ponderar adecuadamente todos los intereses legítimos en juego.

Especialmente indeterminadas son las «cláusulas de policía» que otorgan a las Administraciones públicas poderes para proteger bienes jurídicos frente a peligros inminentes. Su grado de abstracción suele ser mucho mayor que el de la regulación de otras potestades restrictivas de derechos, como la sancionadora. La razón es evidente. El coste social de no ejercer tales poderes de policía en caso de imprevisión legislativa es, *ceteris paribus,* mucho mayor. Dejar de sancionar una conducta dañina que no ha sido tipificada legislativamente puede incrementar el riesgo de que en un futuro más o menos lejano se realice dicha conducta, pero el coste marginal que ello supone no es muy elevado. De un lado, porque una futura reforma legislativa puede enervar en gran medida ese riesgo. De otro lado, porque sancionar una conducta que no ha sido debidamente tipificada producirá seguramente efectos disuasorios débiles; la previa tipificación es necesaria para lograr un grado óptimo de disuasión. Por el contrario, dejar que un individuo realice una actividad no prohibida por el legislador que, si no se impide inmediatamente por la Administración, causará seguramente un grave daño a otras personas tiene un coste social mayor. En primer lugar, porque la deseable reforma legislativa llegará probablemente demasiado tarde para impedir que ese riesgo inminente se materialice. En segundo lugar, porque la falta de previsión legal no reduce apenas la eficacia preventiva de la medida de policía, que no opera a través de la disuasión, sino de la coacción. Todo ello explica que, como muy bien ha notado REBOLLO PUIG, las exigencias del principio de legalidad se flexibilicen notablemente en el ámbito de la policía administrativa[383]. Imaginemos, por ejemplo, que una ley prohíbe y conmina con una multa subir a un tren con un perro peligroso. Ninguna duda cabe de que el principio de legalidad impide interpretar analógicamente esta norma y multar a quienes han subido a un tren acompañados de un fiero león. Pero tampoco es dudoso, a nuestro juicio, que dicha norma sí puede ser objeto de una interpretación analógica a los efectos de que las autoridades competentes impidan realizar dicha conducta a quienes pretendan llevarla a cabo. Los agentes de la policía podrían incluso utilizar proporcionadamente la fuerza con el objeto de que no se ponga en semejante peligro la vida de otras personas.

---

[380] *Supra*, 3.4.

[381] Vid. los ejemplos que pone DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN (2021, pp. 79-82).

[382] Vid., por ejemplo, el ATSJ del País Vasco de 9 de febrero de 2021 (**ECLI:ES:TSJPV:2021:2A**), que suspende cautelarmente la orden de cierre de la actividad hostelera del País Vasco.

[383] REBOLLO PUIG (1999), «La peculiaridad de la policía administrativa y su singular adaptación al principio de legalidad», *Revista Vasca de Administración Pública*, 54, pp. 247-282.

A nuestro juicio, la indeterminación del art. 3 *in fine* LOMESP entra dentro de lo constitucionalmente admisible. De un lado, porque es muy probable que, en situaciones de graves crisis sanitarias, para las que está pensado dicho precepto, surjan problemas imprevistos e imprevisibles, que el legislador no pueda anticipar y regular con detalle, pero a los que hay que dar una respuesta pública inmediata y, con frecuencia, drástica. De otro lado, los costes de la inacción de las autoridades administrativas o judiciales, si la ley no les ha permitido actuar en estos casos, pueden ser de una extraordinaria magnitud, en términos cuantitativos y cualitativos. Bienes jurídicos de la mayor relevancia (v.gr., los derechos a la vida e integridad física) de millones de personas pueden verse gravemente dañados. La referida habilitación genérica confiere a las autoridades administrativas la **flexibilidad precisa** para dar una respuesta adecuada a estas situaciones de extraordinaria y urgente necesidad. Es cierto que el legislador podía haber concretado algo más el elenco de medidas que cabe adoptar en estas situaciones, y que sería muy deseable que lo hiciera en un futuro próximo a fin de despejar dudas e incrementar la seguridad jurídica[384]. Pero, por las razones expuestas, no parece conveniente que el correspondiente listado tenga un carácter cerrado y exhaustivo, sino, por el contrario, abierto y ejemplificativo, que incluya una cláusula general como la contenida en el art. 3 *in fine* LOMESP[385].

Como ha declarado el Tribunal Supremo, este precepto, interpretado sistemáticamente en relación con otros, «ofrece suficientes precisiones, objetivas, subjetivas, espaciales, temporales y cualitativas para satisfacer la exigencia de certeza que han de tener los preceptos que fundamentan restricciones o limitaciones puntuales de derechos fundamentales y, en concreto de la libertad de circulación, las cuales, de otro lado, no pueden predeterminarse siempre –ya que no han de excluirse situaciones nunca imaginadas ni, en consecuencia, previstas»[386].

Recordemos, además, que no es constitucionalmente obligado que la ley satisfaga por sí misma todas las exigencias del principio de predeterminación normativa. Esas exigencias pueden ser cumplidas en gran medida por las disposiciones gubernamentales dictadas en desarrollo de la referida cláusula general. Y con mayor razón podrán ser satisfechas por las normas con rango de ley aprobadas por las Comunidades autónomas a fin de regular las condiciones de ejercicio de la potestad prevista en el art. 3 LOMESP[387].

TAJADURA TEJADA estima, sin embargo, que las exigencias de predeterminación normativa de la reserva de ley –que, en su opinión, el art. 3 LOMESP no cumple– sólo pueden ser satisfechas por

---

[384] Entre otros, SALAMERO TEIXIDÓ (2016), «Derechos individuales frente a salud pública en la protección ante enfermedades contagiosas: propuestas de mejora del marco regulatorio vigente», *Gaceta Sanitaria*, 30 (S1), pp. 69-73; SALAMERO TEIXIDÓ (2018), «La salud pública como límite a los derechos y libertades individuales en situaciones de riesgo e incertidumbre, en BLANC y CIERCO (coords.), *El Derecho ante la salud pública: dimensión interna, europea e internacional*, Aranzadi, Cizur Menor; CIERCO SEIRA (2020), «Derecho de la salud pública y COVID-19», en BLANQUER (coord.), *COVID-19 y Derecho público (durante el estado de alarma y más allá)*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 44-59; DE LA SIERRA (2020), «Actualicemos el marco jurídico de las crisis sanitarias», *Agenda Pública*, 16 de julio de 2020; CANTERO MARTÍNEZ (2021), «La intervención administrativa en los derechos fundamentales de las personas por motivos de salud pública», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 210, pp. 79-124; STS de 24 de mayo de 2021 (**ECLI:ES:TS:2021:2178**).

[385] CIERCO SEIRA (2020, p. 46).

[386] La STS de 24 de mayo de 2021 (**ECLI:ES:TS:2021:2178**).

[387] Vid. la Ley 3/2020, de 3 de diciembre, por la que se establece el régimen jurídico de alerta sanitaria para el control de la pandemia COVID-19 en Aragón; Ley 8/2021, de 25 de febrero, de modificación de la Ley 8/2008, de 10 de julio, de salud de Galicia; Ley 2/2021, de 30 de junio, de primera modificación de la Ley del 7/2019, de 29 de marzo, de Salud, para reforzar el Sistema de Salud del Principado de Asturias; Decreto-ley balear 5/2021, de 7 de mayo; Ley vasca 2/2021, de 24 de junio, de medidas para la gestión de la pandemia de COVID-19.

normas estatales con rango de ley, como los decretos de alarma y excepción, pero no por las disposiciones reglamentarias o con rango de ley dictadas por las Comunidades autónomas en desarrollo de lo dispuesto en la LOMESP, pues «lo que tampoco tiene cabida en nuestro ordenamiento jurídico es la habilitación por parte del legislador orgánico a las Comunidades Autónomas para restringir o limitar los derechos fundamentales contenidos en… los arts. 15 a 29 CE. "Esas decisiones normativas –ha recordado Aragón– no pueden trasladarse a las Comunidades autónomas"»[388]. Algún Tribunal Superior de Justicia ha llegado a sostener, en sentido similar, que «solo leyes estatales pueden establecer limitaciones al ejercicio de los derechos fundamentales (art. 53.1 CE)»[389].

Estas apodícticas afirmaciones nos parecen insostenibles. De un lado, no se explica por qué las exigencias de la reserva de ley pueden ser cubiertas por una norma aprobada por el Gobierno central –que el Tribunal Constitucional, en un alarde de creatividad, ha declarado que tiene rango de ley[390]– y, en cambio, no pueden serlo por una norma autonómica con rango de ley, ni siquiera cuando se trata de una ley aprobada a través del procedimiento legislativo ordinario por un Parlamento autonómico en una materia, como la de sanidad, sobre la que las Comunidades autónomas tienen competencias legislativas. De otro lado, tampoco se ofrece ni encuentra la razón que impide al legislador orgánico –por ejemplo, la LOMESP– habilitar a las Comunidades autónomas para regular o limitar los derechos fundamentales contenidos en los arts. 15-29 CE. Por enésima vez, esta tesis queda ampliamente desmentida por la realidad. Como ha declarado en multitud de ocasiones el Tribunal Constitucional, el alcance de la reserva de la ley orgánica que para regular el «desarrollo de los derechos fundamentales» establece el art. 81 CE debe interpretarse restrictivamente. No todo lo que afecta a los derechos fundamentales constituye su «desarrollo» en el sentido de este precepto. No hace falta que todas y cada una de las restricciones de esos derechos estén previstas en una ley tal[391], ni siquiera en una ley ordinaria. Piénsese, a título ilustrativo, en las incontables normas –estatales, autonómicas e incluso locales– que limitan la libertad de circular en las vías públicas. Piénsese, asimismo, en los amplios poderes que las leyes orgánicas que regulan el derecho a la educación confieren a las Comunidades autónomas, en virtud de los cuales éstas pueden, por ejemplo, limitar y condicionar intensamente el derecho fundamental a la autonomía de los centros universitarios públicos y privados, según ha declarado nuestro Tribunal Constitucional[392]. Sólo se requiere ley orgánica para establecer los aspectos esenciales de la regulación de los derechos fundamentales[393]. Es, por lo tanto, perfectamente lícito que la previsión del art. 3 LOMESP sea desarrollada mediante leyes ordinarias, ora estatales ora autonómicas[394]. Así lo ha dejado sentado el Tribunal Supremo en la primera ocasión que ha tenido de pronunciarse al respecto[395].

---

[388] TAJADURA TEJADA (2021, pp. 148 y 149), con cita a ARAGÓN REYES (2020a, p. 10).

[389] AATSJ de Castilla y León de 25 de octubre y 6 de noviembre de 2020 (ECLI:ES:TSJCL:2020:89A y ECLI:ES:TSJCL:2020:104A).

[390] Vid. el ATC 7/2012, de 13 de enero, y la STC 83/2016, de 28 de abril.

[391] Vid. la STC 86/2017, de 4 de julio (FJ 7).

[392] Vid., por todas, la STC 47/2005, de 3 de marzo.

[393] Vid., entre otras muchas, la STC 31/2018, de 10 de abril.

[394] En el mismo sentido, RIDAO (2021, p. 49-51). Es más, MUÑOZ MACHADO (2020, p. 116) estima que, con arreglo a la referida jurisprudencia constitucional, la norma contenida en el art. 3 LOMESP podía haberse establecido en una ley ordinaria.

[395] STS de 24 de mayo de 2021 (**ECLI:ES:TS:2021:2178**).

«Establecer limitaciones puntuales de derechos, incluso fundamentales, no equivale a desarrollarlos siempre que, por las características de las restricciones, no lleguen a desnaturalizarlos. Dentro de la regulación que puede hacer la ley ordinaria cabe, pues, la imposición de limitaciones puntuales a los derechos fundamentales. Y, siendo suficiente para ello la ley ordinaria, esa reserva puede ser satisfecha tanto por la ley del Estado cuanto por las leyes que, dentro de su competencia, dicten las Comunidades Autónomas».

Finalmente, debe notarse que, para evaluar si una concreta medida es previsible a la vista de la norma que la contempla, no sólo hay que atender a la redacción de ésta, sino también a la realidad, a lo que de hecho los ciudadanos pueden esperar en función de sus conocimientos en una situación como la contemplada por dicha norma. Pues bien, resulta perfectamente esperable, habida cuenta de la experiencia acumulada durante siglos, que para afrontar una epidemia sea necesario limitar la libertad de circulación mediante cuarentenas y confinamientos[396].

b) *¿Qué habría que hacer si el art. 3 LOMESP no respetara las exigencias de la reserva de ley?*

Supongamos, a efectos dialécticos, que el último inciso de este precepto no respetara las exigencias constitucionales de la reserva de ley al objeto de dar cobertura a medidas proporcionadas de protección de la salud pública que suponen restricciones generales de derechos fundamentales. Ello, a nuestro juicio, no impediría necesariamente que los poderes públicos pudieran o incluso debieran tomar tales medidas.

El que las potestades restrictivas (y protectoras) de derechos deban ser reguladas legislativamente con un cierto grado de detalle no implica lógicamente la imposibilidad de ejercerlas cuando el legislador no las ha regulado así. Adviértase que la Constitución de 1978 establece expresamente esta consecuencia jurídica sólo en relación con algunas de esas potestades: las de privar a los ciudadanos de su libertad (art. 17.1), imponerles sanciones (art. 25.1) o prestaciones de carácter público (art. 31.3) y expropiarles (art. 33.3).

Pese a ello, el Tribunal Constitucional ha declarado en varias ocasiones que «el principio general de libertad que consagra la Constitución en sus artículos 1.1 y 10.1 autoriza a los ciudadanos a llevar a cabo todas aquellas actividades que la Ley no prohíba, o cuyo ejercicio no subordine a requisitos o condiciones determinadas»[397]. Parece, pues, que ni la Administración ni los Tribunales podrían prohibir o condicionar las libertades de los ciudadanos a menos que una ley contemplase y regulase tal poder con el suficiente grado de precisión. Esta regla está profundamente arraigada en el Derecho público occidental. En el art. 5.º de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 26 de agosto de 1789 ya se leía que «todo lo que no está prohibido por la ley no puede ser impedido, y nadie puede ser obligado a hacer lo que aquélla no ordene».

Sin embargo, a pesar de haber sido afirmada categóricamente sobre el papel, esta regla nunca ha sido aplicada inflexiblemente en la realidad. Como REBOLLO PUIG ha notado, pese a las solemnes y categóricas proclamaciones de semejante principio de legalidad, la policía administrativa siempre se ha caracterizado en la práctica por una «peculiar adaptación» a sus exigencias[398]. En

[396] Como muy bien advierte DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN (2021, p. 74).

[397] SSTC 83/1984, de 24 de julio (FJ 3); 93/1992, de 11 de junio (FJ 8), y 197/1996, de 28 de noviembre (FJ 25).

[398] Rebollo Puig (1999).

la práctica, la Administración ha ejercido los poderes imprescindibles para el mantenimiento del orden público, aunque la ley no se los haya reconocido explícitamente.

A fin de justificar esta peculiaridad se han esgrimido diversos argumentos[399]. Uno de los más socorridos es que el constituyente, el legislador o incluso la costumbre habían apoderado implícitamente a la Administración para tomar tales medidas. También se ha invocado la doctrina del estado de necesidad, que funciona a modo de «válvula de escape ante supuestos de imprevisión normativa»[400]. Los poderes públicos no sólo pueden, sino que deben actuar, adoptando medidas limitativas de la libertad *praeter* o incluso *contra legem*, cuando ello sea indispensable para salvaguardar un fin esencial de la comunidad amenazado por la concurrencia de circunstancias extraordinarias[401]. Existe una situación de necesidad que justifica la imposición de una restricción no prevista por la ley siempre que un peligro se cierne sobre un interés digno de protección y la medida adoptada es *útil* para salvaguardar el interés amenazado, *necesaria*, por ser la menos restrictiva de la libertad de todas las útiles, y *proporcionada* en sentido estricto, por superar sus beneficios a sus costes[402].

A nuestro juicio, en nuestro Derecho, el fundamento jurídico de las medidas administrativas o judiciales limitativas de la libertad adoptadas en situaciones de vacío legal no se encuentra en un ficticio apoderamiento implícito, ni en un supuesto principio de necesidad, sino en los derechos y otras normas constitucionales que protegen los intereses, valores y bienes lesionados o amenazados por el ejercicio de esa libertad. Son estas normas las que pueden justificar e incluso exigir la actuación de los poderes públicos.

En situaciones como las de la COVID-19, existe un conflicto entre las exigencias que se desprenden de varios derechos fundamentales. Por un lado, ciertas libertades (como las de circulación y empresa) se oponen a que la Administración y los Tribunales las limiten sin una base legal suficiente. Pero otros derechos (v. gr., los derechos a la vida y la integridad física) imponen a esas mismas autoridades la obligación de protegerlos suficientemente, aun cuando la ley no la haya previsto en modo alguno[403]. Recordemos que de los derechos fundamentales se derivan obligaciones positivas de salvaguardarlos[404], y que lo propio de estos derechos es que vinculan a todos los poderes públicos directamente (art. 53.1 CE), sin necesidad de que la ley así lo disponga.

Pues bien, no se adivina la razón por la cual, si el legislador no regula con detalle las debidas medidas de protección, la obligación estatal negativa de no interferir en una libertad constitucional debe prevalecer inexorablemente siempre sobre la obligación estatal positiva de proteger otros derechos constitucionales. Ese vacío legal no impide con carácter absoluto que se

---

[399] Según REBOLLO PUIG (1999, pp. 263 y ss.), esta peculiaridad se justifica por la existencia de un deber general de los ciudadanos de no perturbar el orden público. La Administración puede tomar sin previa habilitación legal medidas contra las actividades perturbadoras del orden público aun cuando éstas respeten escrupulosamente todas las normas legales y reglamentarias establecidas. La razón es que tales medidas, en realidad, no limitan la libertad de los perturbadores, no les imponen un deber *ex novo*, sino que simplemente declaran y corroboran la preexistencia de aquel deber

[400] ÁLVAREZ GARCÍA (1996), *El concepto de necesidad en Derecho público*, Civitas, Madrid, p. 41.

[401] Álvarez García (1996, pp. 308 y ss.).

[402] ÁLVAREZ GARCÍA (1996, pp. 448 y ss.).

[403] Vid. lo que al respecto hemos señalado *supra*, 3.4.

[404] DOMÉNECH PASCUAL (2006, pp. 69-248).

tomen esas medidas. Los «derechos fundamentales a protección» tienen idéntico rango constitucional y vinculan directamente a todos los poderes públicos igual que los «derechos defensivos». Por ello, las colisiones entre ambos deben resolverse del mismo modo en que se resuelven todos los conflictos entre derechos fundamentales: aplicando el principio de proporcionalidad. Tanto la Administración como los Tribunales podrán y, en su caso, deberán acordar medidas restrictivas de los derechos fundamentales que no satisfagan suficientemente el principio de legalidad cuando ello constituya un mal útil, necesario y proporcionado para realizar otro mandato constitucional, como el de cumplir la obligación positiva de salvaguardar un derecho fundamental[405].

Esta posibilidad de restringir excepcionalmente derechos fundamentales para proteger derechos de la misma índole, cuando las restricciones no cuentan con la debida cobertura legal, ha sido admitida en no pocas ocasiones en la práctica administrativa y jurisprudencial, tanto de España como de otros países occidentales[406].

La suspensión de las elecciones autonómicas vascas y gallegas que tenían que haberse celebrado en abril de 2020, en el momento más crítico de la pandemia, cuando toda la población estaba confinada domiciliariamente, proporciona un claro ejemplo. Resulta significativo el hecho de que nadie llevara a los Tribunales estas suspensiones, que contaron con el consenso de prácticamente todos los partidos políticos implicados y que fueron avaladas por las respectivas Juntas Electorales[407]. Repárese, asimismo, en que estas medidas, adoptadas en pleno estado de alarma por autoridades gubernamentales autonómicas, suspendieron de manera plena y generalizada el derecho fundamental de sufragio de millones de personas. La posterior suspensión de las elecciones autonómicas catalanas sí fue impugnada y anulada, pero debe subrayarse el hecho de que la Sentencia anulatoria del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña dio por sentado que la suspensión de las elecciones gallegas y vascas había estado justificada por una causa de «fuerza mayor», a diferencia de lo que ocurría en el asunto de las catalanas, que difería de ambos precedentes en varios aspectos relevantes[408].

Los traslados forzosos y confinamientos de varias poblaciones impuestos hace apenas unos días por las autoridades canarias con ocasión de la erupción del volcán de Cumbre Vieja (La Palma) proporcionan otro ejemplo. Ninguna ley –orgánica u ordinaria– autoriza la grave restricción de derechos fundamentales que tales medidas comportan[409]. Éstas sólo han sido previstas en una modesta disposición reglamentaria[410]. Y, sin embargo, resulta difícil poner en cuestión que

---

[405] DOMÉNECH PASCUAL (2006, pp. 205-241).

[406] DOMÉNECH PASCUAL (2006, pp. 217-223).

[407] Vid., entre otros, SÁNCHEZ MUÑOZ (2020), «El Derecho de sufragio en tiempos de pandemia», en BIGLINO y DURÁN (eds.), *Los efectos horizontales COVID sobre el sistema constitucional: estudios sobre la primera oleada*, Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza; CEBRIÁN ZAZURCA (2021), «Pandemia y elecciones. El derecho de sufragio en España bajo las circunstancias excepcionales ocasionadas por la COVID-19», en GARRIDO LÓPEZ (coord.), *Excepcionalidad y Derecho: el estado de alarma en España*, Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza; RIQUELME VÁZQUEZ (2021), «Elecciones en tiempos de pandemia: la experiencia de las Comunidades Autónomas de Galicia y el País Vasco», en DUEÑAS ET AL. (coords.), *La Constitución en tiempos de pandemia*, Dykinson, Madrid, pp. 135-156.

[408] Vid. la STSJ de Cataluña de 1 de febrero de 2021 (**ECLI:ES:TSJCAT:2021:3324**).

[409] El precepto que más cerca está de contener una autorización tal es el art. 2.b) de la Ley 9/2007, de 13 de abril, del Sistema Canario de Seguridad y Emergencias.

[410] Decreto 112/2018, de 30 de julio, por el que se aprueba el Plan Especial de Protección Civil y Atención de Emergencias por riesgo volcánico en la Comunidad Autónoma de Canarias (PEVOLCA).

dichas autoridades podían y debían adoptarlas, con el fin de salvaguardar la vida y la salud de los afectados[411].

c) *La alternativa de la reforma de la legislación sanitaria*

Desde una perspectiva dogmática y rígida de la reserva de ley, se ha sostenido que el art. 3 *in fine* LOMESP, mientras mantenga su indeterminación actual, no permite a las autoridades sanitarias adoptar medidas generales restrictivas de derechos fundamentales. Si se pretende que puedan adoptarlas, resulta imprescindible modificar este precepto con el objeto de incrementar su «densidad».

Desde un punto de vista pragmático, ya hemos expuesto las razones por las cuales hay que entender que esta posición debe rechazarse. Estimamos, ciertamente, que el legislador debería reformar cuanto antes la LOMESP para dejar claro que las autoridades sanitarias pueden adoptar esas medidas bajo ciertas condiciones. Pero no nos parece que, hasta que se produzca dicha reforma, la inacción de las autoridades sanitarias constituya una solución razonable, a la vista de los enormes costes que para la vida y la salud pública puede tener la espera, costes que serán tanto mayores cuanto más se tarde en cambiar la ley.

Desde una visión dogmática se peca, una vez más, de falta de realismo al subestimar las dificultades de todo tipo con las que puede toparse el legislador para acometer una reforma tal, en esta y otras situaciones semejantes. En el presente caso, seguramente han influido en este sentido cuando menos las siguientes circunstancias: en primer lugar, el hecho de que la propia pandemia entorpeció considerablemente el funcionamiento de las cámaras legislativas, que de hecho dejaron de reunirse durante semanas, a pesar de lo dispuesto en el art. 116.5 CE[412]; en segundo lugar, el hecho de que el Gobierno se encuentre en una posición minoritaria en el seno de un Congreso muy fragmentado, lo que mina considerablemente su capacidad de impulsar con éxito reformas legislativas que, además, requieren mayoría absoluta; en tercer lugar, cabe pensar que las razones de estrategia política han jugado un importante papel; es posible que el Gobierno haya considerado que reformar la LOMESP o la LOEAES en medio de la pandemia podría ocasionarle un excesivo coste político.

Sea como fuere, no resulta realista ni sensato fiar la protección de la vida y la salud pública en una situación tan crítica como ésta a un poder público que probablemente no sea capaz y que, *de facto*, no se ha mostrado capaz de acometer cabal y puntualmente dicha tarea. Pero así se ven las cosas desde una perspectiva dogmática. Uno puede denunciar enfáticamente «la incapacidad del Congreso en la pandemia» al tiempo que postula como únicas soluciones para gestionar esta crisis que las Cortes reformen la LOMESP o que el Congreso siga jugando un papel protagonista en esta gestión a través de su poder de autorizar breves prórrogas del estado de alarma[413]. Uno puede denunciar que la realidad no es como debiera ser –o como a uno le gustaría que fuera–, y luego defender soluciones que son difícilmente viables porque no tienen en cuenta que las cosas son como son. Uno puede llamar la atención sobre una realidad cuestionable y luego ignorar las consecuencias prácticas que de ésta se desprenden a la hora de interpretar y aplicar la ley.

---

[411] Vid. TEJEDOR BIELSA (2021), «De volcanes y virus», *El Blog de esPublico*, 8 de octubre de 2021.

[412] Nos remitimos a lo dicho *supra*, 3.5.

[413] SÁENZ ROYO (2021), «La incapacidad del Congreso en la pandemia», *Agenda Pública*, 1 de febrero de 2021.

d) *La alternativa del estado de alarma (o, en su caso, de excepción)*

Se ha negado la necesidad de que las autoridades sanitarias adopten medidas generales restrictivas de derechos al amparo del art. 3 *in fine* LOMESP, pues esas medidas –que vulnerarían el principio de legalidad– podrían acordarse válidamente al amparo de los estados de alarma o excepción, que además constituyen instrumentos jurídicos que garantizan mejor los derechos afectados[414], principalmente porque (i) ambos estados deben contar con el aval previo del Congreso de los Diputados (aunque dicho aval sólo se requiere respecto del estado de alarma si éste se prolonga más de quince días), y porque (ii) los decretos por los que se declaran ambos estados tienen rango de ley y (iii) están sujetos al control del Tribunal Constitucional.

Esta tesis resulta cuestionable, por varias razones. La primera es que los preceptos de la LOEAES que autorizan la restricción de derechos fundamentales tienen un grado de indeterminación muy similar al del art. 3 LOMESP[415]. Por ejemplo, la LOEAES dispone que en el estado de alarma el Gobierno podrá «limitar la circulación o permanencia de personas o vehículos en horas y lugares determinados, o condicionarlas al cumplimiento de ciertos requisitos» [art. 11.a)], así como adoptar, además, las medidas «establecidas en las normas para la lucha contra las enfermedades infecciosas» (art. 12.1) [es decir, ¡la LOMESP!]. La Ley contempla la posibilidad de limitar esta libertad, pero no concreta en qué supuestos ni bajo qué condiciones ni con qué alcance.

TAJADURA TEJADA estima, no obstante, que las exigencias de predeterminación normativa de la reserva de ley –que, en su opinión, ni la LOMESP ni la LOEAES cumplen– pueden ser satisfechas por los propios decretos de declaración y prórroga de los estados de alarma y excepción, pues ambos tienen rango de ley y «son los que pueden establecer las limitaciones de derechos fundamentales con carácter general y habilitar a todas las administraciones, tanto central como autonómicas, a ejecutar o aplicar medidas restrictivas de derechos fundamentales»[416]. Por el contrario, a juicio de TAJADURA, esas exigencias de predeterminación normativa no pueden ser satisfechas por las disposiciones dictadas por las Comunidades autónomas en desarrollo de la LOMESP. Ya hemos expuesto las razones por las que hay que rechazar esta interpretación[417], que de hecho ha sido descartada rotundamente por el Tribunal Supremo[418].

En segundo lugar, el tópico de que los estados de alarma y excepción constituyen instrumentos jurídicos «más garantistas» que la legislación sanitaria es también muy discutible, por las siguientes razones:

1ª. Dichos estados otorgan el poder de acordar medidas de protección sanitaria a unas autoridades que no ostentan las competencias ordinarias en esta materia y que, por ello, presumiblemente no cuentan con los medios materiales, los recursos personales, la información y la experiencia necesarios para adoptar aquí decisiones acertadas, lo que constituye un serio

---

[414] Por ejemplo, CUENCA MIRANDA (2021, p. 24).

[415] Así lo advierte ARROYO GIL (2021), «El derecho a circular libremente en tiempos de pandemia», Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid. Número Extraordinario. Derecho y Política ante la Pandemia: Reacciones y Transformaciones, VELASCO y GREGORACI (coords.), t. I, pp. 99-102, quien cuestiona en este punto tanto la LOMESP como la LOEAES.

[416] TAJADURA TEJADA (2021, p. 158).

[417] Vid. *supra*, 3.6.a.

[418] STS de 24 de mayo de 2021 (**ECLI:ES:TS:2021:2178**).

peligro para todos los derechos e intereses concernidos. Recordemos que la gestión centralizada del primer estado de alarma quedó lejos de ser satisfactoria[419].

2ª. Los partidarios de la tesis criticada sobrevaloran el control ejercido por el Congreso de los Diputados y el Tribunal Constitucional sobre la declaración y la prórroga de esos estados. En primer lugar, porque subestiman las dificultades prácticas que ambos pueden encontrarse a la hora de ejercer esa función. Insistimos en lo señalado más arriba. La pandemia puede entorpecer seriamente el funcionamiento de los dos órganos. De hecho, las Cortes Generales dejaron de reunirse durante las primeras semanas del estado de alarma, y el Tribunal Constitucional estuvo semiparalizado durante varios meses. Resulta muy significativo que el Tribunal se haya pronunciado sobre el primer estado de alarma trece meses después de que este finalizara y quince meses después de que se presentara el correspondiente recurso de inconstitucionalidad. Ni que decir tiene que, en este tipo de asuntos, un control judicial tan tardío resulta en gran medida ineficaz. En segundo lugar, el estado de alarma no está sujeto al control del Congreso si su vigencia es inferior a quince días. En tercer lugar, cabe poner en duda que los diputados dispongan de los conocimientos, la información y el tiempo necesarios para evaluar cabalmente tanto los riesgos epidemiológicos, sociales y económicos a los que hay que hacer frente como las medidas propuestas por el Gobierno. Es probable por ello que no sean capaces de ejercer un control muy estricto y efectivo. En cuarto lugar, ese control se debilitará hasta desvanecerse prácticamente si el partido del Gobierno cuenta con mayoría de escaños en el Congreso.

3ª. Al tener rango de ley, la declaración y la prórroga de ambos estados no son controlables por los Tribunales ordinarios, sino sólo por el Tribunal Constitucional. Ello limita enormemente las posibilidades de tutela judicial de los derechos afectados[420], pues los particulares no están legitimados para impugnar directamente los correspondientes decretos, sino sólo los actos dictados a su amparo. Es más, deja prácticamente indefensos a los ciudadanos cuando esos decretos restringen sus derechos inmediatamente, sin necesidad de actos de aplicación, como la cruda realidad ha puesto de manifiesto[421].

4ª. Las medidas administrativas adoptadas en virtud de la legislación sanitaria, por el contrario, son plenamente fiscalizables por los Tribunales ordinarios. Y las que restringen derechos fundamentales requieren, adicionalmente, una autorización judicial previa. En la práctica, los Tribunales, en líneas generales, han ejercido un control muy puntual, estricto e incisivo de las medidas acordadas por las autoridades autonómicas[422]. Encontramos numerosas resoluciones

---

[419] Vid. *supra*, 3.2.d.

[420] Véase TENORIO SÁNCHEZ (2021), «Cuarenta años de jurisprudencia constitucional en España: derecho a un recurso efectivo en relación con la declaración del estado de alarma como limitadora de derechos fundamentales», *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 25(1), pp. 195-223.

[421] Véase el Auto del TS, Sala 3ª, de 8 de marzo de 2021 (**ECLI:ES:TS:2021:2488A**), por el que se inadmite el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la desestimación presunta del requerimiento formulado por el recurrente en relación con las medidas de limitación de movimientos establecidas en el RD 463/2020 que impedían al actor mantener una relación presencial con su madre.

[422] Aunque la STS de 24 de mayo de 2021 (**ECLI:ES:TS:2021:2178**) declara que la intervención judicial prevista en el art. 10.8 LJCA ha de ser «sumamente limitada» y circunscribirse, todo lo más, a una «verificación *prima facie* de la adecuación, necesidad y proporcionalidad de las medidas dispuestas», en la práctica, los Tribunales han sido muy poco deferentes con las autoridades autonómicas en esta materia.

judiciales que, en apenas unos días, han suspendido cautelarmente[423] o no autorizado[424] tales medidas, por considerarlas desproporcionadas o insuficientemente justificadas. Los órganos jurisdiccionales de lo contencioso-administrativo han logrado impedir en no pocas ocasiones que los ciudadanos sufrieran restricciones inconstitucionales de sus derechos. El Tribunal Constitucional, por el contrario, se ha quedado a gran distancia de este objetivo cuando ha tenido que controlar las medidas adoptadas al amparo del estado de alarma. *Res ipsa loquitur*.

5ª. Al amparo de los estados de alarma y excepción, el Gobierno puede adoptar o permitir que se adopten medidas restrictivas sin necesidad de aplicar normas legales (v. gr., de procedimiento) que garantizan el acierto de éstas, y que protegen los derechos afectados frente a posibles restricciones arbitrarias o desproporcionadas. Recordemos que el art. 2.3 RD 926/2020 habilitaba a las autoridades autonómicas para tomar tales medidas sin que a estos efectos fuera «precisa la tramitación de procedimiento administrativo alguno» ni tampoco la autorización judicial prevista en los arts. 8.6 y 10.8 LJCA.

4. Segundo ejemplo: estado de alarma o estado de excepción

4.1. El problema

El otro gran problema que la pandemia de la COVID-19 ha planteado en nuestro Derecho público es el de si las medidas restrictivas de derechos impuestas por el RD 463/2020 podían adoptarse válidamente en un estado de alarma[425] o, por el contrario, requerían la declaración del estado de

---

[423] Vid., entre otros, los Autos del TSJ del País Vasco de 9 de febrero de 2021 (**ECLI:ES:TSJPV:2021:2A**); TSJ de Cataluña de 20 de mayo de 2021 (procedimiento 204/2021); TSJ de La Rioja de 28 de mayo de 2021 (núm. 89/2021); TSJ de Canarias de 28 de junio (procedimiento 193/2021) y 29 de julio de 2021; y TSJ de la Comunidad Valenciana de 13 de septiembre de 2021 (núm. 339/2021).

[424] Vid., a título ilustrativo, la STS de 3 de junio de 2021 (procedimiento 3704/2021); y los Autos de los TSJ de Castilla y León de 27 de mayo de 2021 (núm. 193/2021); Asturias de 10 de junio de 2021 (procedimiento ordinario 384/2021); Canarias de 14 de julio de 2021 (procedimiento 209/2021); Navarra de 20 de julio de 2021 (procedimiento 319/2021); Aragón de 14 de septiembre de 2020 (procedimiento ordinario 286/2020) y 26 de julio de 2021 (núm. 296/2021); Galicia de 20 de agosto de 2021 (núm. 97/2021), y Extremadura de 20 de agosto de 2021 (núm. 117/2021).

[425] VELASCO CABALLERO (2020b), «¿Estamos ante una "suspensión" de derechos fundamentales? Más bien no», *Blog de Francisco Velasco*, 5 de abril de 2020; VELASCO CABALLERO (2020c), «Que no, que ni hay suspensión de derechos, ni hace falta un estado de excepción», *Blog de Francisco Velasco*, 11 de abril de 2020; BASTIDA FREIJEDO (2020), «La cuarentena de los derechos», *La Nueva España*, 5 de abril de 2020; LÓPEZ GARRIDO (2020), «Un estado de excepción sería inconstitucional», *Eldiario.es*, 11 de abril de 2020; URÍAS (2020), «Estado de alarma y limitación de derechos: ni excepción, ni suspensión», *Al Revés y al Derecho*, 14 de abril de 2020; BACIGALUPO (2020), «A vueltas con la licitud del confinamiento», *Infolibre*, 15 de abril de 2020; VILLAVERDE (2020), «COVID-19: la gran prueba de estrés para los sistemas constitucionales (y para los constitucionalistas)», *The Conversation*, 14 de mayo de 2020; CARRILLO (2020), «Los derechos en tiempo de pandemia», *Al Revés y al Derecho*, 17 de mayo de 2020; LEIVA ESCUDERO (2020), «Constitucionalidad de las restricciones a la libertad de circulación en el estado de alarma por el coronavirus Covid-19», *Diario La Ley*, 9642, 28 de mayo de 2020; GARRIDO LÓPEZ (2020), «La naturaleza bifronte del estado de alarma y el dilema limitación-suspensión de derechos», *Teoría y Realidad Constitucional*, 46 (2020), pp. 371-402; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (2020), *Cuestiones constitucionales sobre el estado de alarma en España y la pandemia del COVID-19*, Documento de Opinión IEEE 43/2020; SARRIÓN ESTEVE (2020), «Limitaciones a los derechos fundamentales en la declaración del estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19», en ATIENZA y RODRÍGUEZ (dirs.), *La respuesta del Derecho a las crisis de salud pública,* Dykinson, Madrid, p. 43; CARMONA CUENCA (2020), «Los derechos fundamentales en el Estado de alarma. La crisis sanitaria de la COVID19 en España», en BARCELÓ et al. (coords.), *COVID19 y parlamentarismo*, UNAM, México, p. 236; FERNÁNDEZ SILVA (2021), «La restricción de los derechos fundamentales durante la crisis sanitaria en España», en DUEÑAS CASTRILLO et al. (coords.), *La Constitución en tiempos de pandemia*, Dykinson, Madrid, pp. 119-134; SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA (2021), «El estado de alarma y el Derecho de crisis en nuestro sistema constitucional»,

excepción por constituir una suspensión de tales derechos y, en consecuencia, han de reputarse inconstitucionales[426].

El art. 116 CE contempla la posibilidad de declarar los estados de alarma, excepción y sitio, pero no precisa en qué circunstancias puede acordarse cada uno de ellos, sino que se remite en este punto a la ley orgánica que los regule. La Constitución también prevé en su art. 55 la posibilidad de suspender ciertos derechos, mediante la declaración del estado de excepción o de sitio (ap. 1) o en relación con las investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas (ap. 2). *A contrario sensu*, hay que entender que la suspensión está constitucionalmente proscrita fuera de estos dos supuestos. En consecuencia, el RD 463/2020, que obviamente no encaja en ninguno de ellos, debería considerarse inconstitucional si hubiera impuesto una suspensión tal. La clave para resolver el problema planteado consiste, pues, en precisar si dichas medidas constituían una restricción o una suspensión de los derechos afectados. Así lo ha entendido la gran mayoría de los autores que han manifestado su parecer sobre el tema.

La STC 148/2021, de 14 de julio, declara por una mayoría de seis votos contra cinco la inconstitucionalidad de los preceptos del RD 463/2020 que integraban el popularmente denominado «confinamiento domiciliario», por considerar que suponían en realidad una suspensión de las libertades de circulación y fijación de la residencia. El Tribunal no cuestiona la concurrencia del supuesto de hecho que justificaba la declaración del estado de alarma ni la utilidad, necesidad y proporcionalidad de las restricciones impuestas, sino únicamente el instrumento jurídico utilizado para establecerlas. La incorrecta utilización del estado de alarma

---

Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid. Número Extraordinario. Derecho y Política ante la Pandemia: Reacciones y Transformaciones, VELASCO y GREGORACI (coords.), t. I, pp. 25-27; GÓMEZ FERNÁNDEZ (2021), «¿Limitación o suspensión? Una teoría de los límites a los derechos fundamentales para evaluar la adopción de estados excepcionales», en GARRIDO LÓPEZ (coord.), *Excepcionalidad y Derecho: el estado de alarma en España*, Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza; CUENCA MIRANDA (2021).

[426] ALEGRE ÁVILA y SÁNCHEZ LAMELAS (2020), «Nota en relación a la crisis sanitaria generada por la actual emergencia vírica», 13 de marzo de 2020; VERA SANTOS (2020), «Estado de alarma: tarde y mal», *El Independiente*, 19 de marzo de 2020; ARAGÓN REYES (2020b), «Hay que tomarse la Constitución en serio», *El País*, 9 de abril de 2020; ARAGÓN REYES (2020c), «COVID-19: Aproximación constitucional a una crisis», *Revista General de Derecho Constitucional*, 32; DÍAZ REVORIO (2020), «A vueltas con la suspensión de los derechos fundamentales», *Almacén de Derecho*, 9 de abril de 2020; DÍAZ REVORIO (2021), «Desactivando conceptos constitucionales: la suspensión de derechos y los estados excepcionales», en GARRIDO LÓPEZ (coord.), *Excepcionalidad y Derecho: el estado de alarma en España*, Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza; FUERTES LÓPEZ (2020), «Estado de excepción, no de alarma», *El Mundo*, 20 de abril de 2020; NOGUEIRA LÓPEZ (2020, p. 29); AMOEDO SOUTO (2020), «Vigilar y castigar el confinamiento forzoso», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 86-87, p. 67; MARTÍNEZ NIETO (2020), «Coronavirus, tráfico y movilidad. Suspensión del derecho a la libre circulación por la alarma del Covid-19 y posibles lecciones del post-coronavirus para el futuro de movilidad», *Diario La Ley,* 9613, 8 de abril de 2020; ENRÍQUEZ MALAVÉ (2020), «Inconstitucionalidad de las limitaciones a la libertad de circulación establecidas en el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19», *Diario La Ley*, 9620, 24 de abril de 2020; RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ (2020), ¿Estado de alarma o estado de excepción?», *Diario La Ley*, 9621, 27 de abril de 2020; FERNÁNDEZ DE GATTA (2020), «Los problemas de las medidas jurídicas contra el coronavirus: las dudas constitucionales sobre el Estado de Alarma y los excesos normativos», *Diario La Ley*, 9641, 27 de mayo de 2020; RUIZ MIGUEL (2020), «Crisis del Coronavirus y crisis del Estado constitucional español», *Diario La Ley*, 9656, 18 de junio de 2020; ÁLVAREZ GARCÍA (2020), «Estado de alarma o de excepción», *Estudios Penales y Criminológicos*, 40, pp. 1-20; SIEIRA MUCIENTES (2020), «Estado de alarma», *Eunomía*, 19, pp. 292-297; FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE (2021a); COTINO HUESO (2021), «La (in)constitucionalidad de las restricciones y suspensión de la libertad de circulación por el confinamiento frente a la covid», en GARRIDO LÓPEZ (coord.), *Excepcionalidad y Derecho: el estado de alarma en España*, Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza; CUENCA MIRANDA (2021); CALDERÓN CEREZO (2021), «Derecho constitucional de excepción y estado de alarma», *Diario La Ley*, 9789, 20 de enero de 2021; TERUEL LOZANO (2021b, pp. 54-61).

supuso la omisión de las garantías constitucionalmente previstas para suspender derechos (muy especialmente, la previa autorización parlamentaria).

Adicionalmente, la Sentencia declara inconstitucional el precepto que habilitaba al Ministro de Sanidad para «modificar» y «ampliar» las restricciones de la libertad de empresa previstas en el art. 10 RD 463/2020. Según el Tribunal, esta habilitación permitía que se agravaran dichas restricciones esquivando la obligación, que el art. 116.2 CE impone al Gobierno, de dar cuenta inmediata al Congreso de la declaración del estado de alarma.

4.2. Posibles interpretaciones del término suspensión

Algunos autores han sostenido una *teoría formal* del concepto de «suspensión» empleado en el art. 55 CE. Por ejemplo, ALÁEZ CORRAL estima que este término debe ser entendido «en un sentido estricto, y además formal». La suspensión consiste en «la temporal supresión de la vigencia de las normas constitucionales sobre determinados derechos fundamentales»[427], por lo que «parece lógico que ésta tenga que producirse de una manera formalizada y expresa... en aras de [la] seguridad jurídica»[428].

Esta tesis presenta serias debilidades. En primer lugar, no cuenta con un soporte constitucional explícito. La Constitución no dispone que la suspensión requiere una declaración por la que expresamente se disponga que ciertos derechos quedan suspendidos. En segundo lugar, confunde el concepto de suspensión con sus (supuestos) requisitos. El que las medidas que suspenden derechos (supuestamente) deban adoptarse en virtud de una declaración explícita no quita que tales medidas puedan considerarse suspensivas (e inconstitucionales) cuando ésta ha sido omitida. En tercer lugar, la teoría formal deja a merced del Gobierno la aplicación de las garantías previstas por la Constitución –como la autorización previa del Congreso– a fin de proteger ciertos derechos frente a determinadas restricciones gubernamentales especialmente intensas. Con arreglo a esta teoría, el Gobierno podría desactivar fácilmente estas garantías. Para ello tan sólo necesitaría omitir dicha declaración expresa[429].

Seguramente por todas estas razones, la gran mayoría de la doctrina española sostiene *teorías puramente sustantivas* (ora cualitativas ora cuantitativas o gradualistas), con arreglo a las cuales el que una medida constituya o no una suspensión depende exclusivamente de cuáles son sus efectos sobre los derechos concernidos.

Según la teoría *cualitativa*, la suspensión no constituiría una restricción especialmente intensa de un derecho, que seguiría teniendo vigencia, siquiera limitada o parcial, sino una derogación temporal del mismo, que es algo cualitativamente distinto, de diferente naturaleza. La suspensión es la «temporal supresión de la vigencia de las normas constitucionales sobre derechos fundamentales»[430]. Durante un tiempo, los derechos suspendidos dejan de tener

---

[427] ALÁEZ CORRAL (2004), «El concepto de suspensión general de los derechos fundamentales», en LÓPEZ GUERRA y ESPÍN TEMPLADO (coords.), *La defensa del Estado*, Tirant lo Blanch, Valencia, p. 243.

[428] ALÁEZ CORRAL (2004, p. 235). En sentido similar, véanse los votos particulares de GONZÁLEZ RIVAS (§ 2), XIOL RÍOS (§§ 14 y 16) y CONDE-PUMPIDO (§ 2) a la STC 148/2021.

[429] En sentido similar, ÁLVAREZ GARCÍA (2021b), «Los errores de diseño del Derecho de necesidad para la lucha contra las pandemias y algunas claves para su reordenación futura», *Diario del Derecho*, 4 de octubre de 2021.

[430] En palabras de ALÁEZ CORRAL (2004, p. 243).

vigencia, quedan «temporalmente esterilizados», «por completo» y «sin límite de contenido esencial o proporcionalidad»[431]. Ello no quita que luego la LOEAES haya encauzado y limitado el poder suspensivo que el art. 55 CE contempla[432].

En cambio, los partidarios de la teoría *cuantitativa o gradualista* equiparan suspensión a una limitación de una especial intensidad, que no hace falta que elimine (durante un tiempo) por completo las facultades que comprende normalmente el derecho afectado. El primer problema con el que se topa esta tesis es el de precisar el umbral de intensidad de la restricción a partir del cual ésta ha de considerarse una suspensión. Aquí encontramos varias propuestas:

La primera consiste en no molestarse en definir en abstracto el referido umbral, siquiera mediante conceptos jurídicos muy indeterminados. Algunos autores se limitan a afirmar de manera apodíctica o con argumentos circulares o que apelan a la pura intuición que las restricciones impuestas en el primer estado de alarma supusieron en realidad una suspensión[433]. ARAGÓN REYES (2020b), por ejemplo, estima que «ordenar una especie de arresto domiciliario de la inmensa mayoría de los españoles, que es lo que realmente se [hizo], no es limitar el derecho, sino suspenderlo, y esa conclusión resulta difícilmente rebatible desde un entendimiento jurídico correcto»[434]. ALEGRE ÁVILA y SÁNCHEZ LAMELAS (2020), por su parte, afirman que el «"acordonamiento" de enteras poblaciones... por supuesto, va más allá, mucho más allá, de las *meras* restricciones o limitaciones del tránsito de personas y vehículos, en la medida en que comporta una verdadera y propia suspensión del ejercicio de derechos fundamentales como la libertad personal o la libertad de desplazamiento». Adviértase el carácter apodíctico («por supuesto») y circular (el confinamiento implica una suspensión y no una mera restricción, pues «comporta una verdadera y propia suspensión») del argumento.

Otros autores han señalado que existe una suspensión tal cuando la medida cuestionada afecta al contenido esencial del derecho[435]. El problema que a continuación se plantea radica en precisar qué es ese contenido esencial y cuándo resulta afectado. Aquí suele citarse la vieja STC 11/1981, de 8 de abril, que apunta dos maneras complementarias de identificarlo:

En primer lugar, «constituyen el contenido esencial de un derecho subjetivo aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea recognoscible como pertinente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo y tiene que pasar a quedar comprendido en otro desnaturalizándose, por decirlo así».

En segundo lugar, se trataría de «aquella parte del contenido del derecho que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos. De este modo, se rebasa o se desconoce el contenido

---

[431] VELASCO CABALLERO (2020, pp. 84-92; 2020b y 2020c). En sentido similar, GARRIDO LÓPEZ (2020, p. 398).

[432] Lo que, en opinión de VELASCO CABALLERO (2020a, p. 90), ha propiciado que se «difuminen los linderos constitucionales» entre la suspensión de derechos y la regulación de su ejercicio. Vid. *infra*, 4.7.h.

[433] Por ejemplo, FERNÁNDEZ DE GATTA (2020).

[434] En ARAGÓN REYES (2020c) se da un argumento similar.

[435] VERA SANTOS (2020); DÍAZ REVORIO (2020 y 2021, pp. 11-17); F. J. ÁLVAREZ GARCÍA (2020, pp. 7 y 8); COTINO HUESO (2020), «Confinamientos, libertad de circulación y personal, prohibición de reuniones y actividades y otras restricciones de derechos por la pandemia del Coronavirus», *Diario la Ley*, 9608, 30 de marzo de 2020; COTINO HUESO (2021, pp. 3, 4, 20, 21, 25 y 34); CIDONCHA MARTÍN (2020, p. 15, nota 39); FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE (2021a, pp. 66-71); CUENCA MIRANDA (2021, p. 7).

esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección».

En otro trabajo hemos criticado estos criterios y expuesto las razones por las que hay que entender que la garantía del contenido esencial a que se refiere el art. 53.1 CE equivale a la del principio de proporcionalidad. Que las leyes deben respetar el contenido esencial de los derechos fundamentales significa que no pueden restringirlos desproporcionadamente. Nos remitimos a lo allí expuesto[436]. Ahora simplemente señalaremos que dichos criterios son enormemente vagos, oscuros y, por lo tanto, aptos para dar cobertura a prácticamente cualquier interpretación, aunque en algún caso también pueden conducir a resultados contradictorios y difícilmente aceptables, como luego veremos[437].

La dificultad de precisar el referido umbral propicia que ni siquiera entre los partidarios de las tesis gradualistas exista acuerdo acerca de si el primer estado de alarma conllevó una suspensión de derechos. Por ejemplo, RUIZ ROBLEDO y SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA consideran que las restricciones no alcanzaron la intensidad requerida para merecer la calificación de suspensivas[438]. En cambio, FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE estima que sí se suspendió al menos la libertad de circulación, porque «en lugar de establecer una relación de límites concretos aplicables a la libertad de circulación, [el RD 463/2020] hace exactamente lo contrario… determina cuáles son las excepciones a la prohibición general de circular por las vías de uso público durante la vigencia del estado de alarma. Con esa prohibición global se ataca, por definición, el contenido esencial del derecho a la libre circulación… La libre circulación… devino irreconocible si tenemos en cuenta lo que la generalidad de los juristas entienden [*sic*] por un derecho de tal tipo. Se le [*sic*] sometió a semejantes restricciones que la convirtieron en impracticable o, como poco, dificultaron su ejercicio real más allá de lo que es razonable para considerar intacto el núcleo y médula de tal derecho»[439]. Estas palabras no dejan claro si, en opinión de su autor, el contenido esencial quedó afectado «por definición» porque el derecho fue sometido a una prohibición global que sólo se podía excepcionar en los supuestos previstos por la ley –aun cuando la lista de excepciones era relativamente amplia y no exhaustiva– o porque éstas no eran lo bastante amplias.

4.3. La interpretación gradualista del Tribunal Constitucional

Al objeto de precisar el concepto de suspensión, la STC 148/2021 ha preferido no apoyarse en el de contenido esencial, ni en otros semejantes, como «contenido absoluto», «núcleo irrenunciable que puede alcanzar proyección universal», «contenido constitucional indisponible», «contenido central» y «contenido esencial mínimo». La razón esgrimida es que «ninguna de estas fórmulas o técnicas, precisamente porque son propias del régimen ordinario de restricción de los derechos fundamentales, son aptas para actuar como parámetro constitucional de control [en una situación de emergencia… Este problema] solo se puede abordar a partir de categorías propias

[436] DOMÉNECH PASCUAL (2006, pp. 176-181). Vid., también, las certeras reflexiones de VELASCO CABALLERO (2020a, pp. 105-108). Nos parece entender que XIOL RÍOS, en su voto particular (§§ 17 y 18) a la STC 148/2021, se muestra partidario de la «teoría relativa» del contenido esencial.

[437] Vid. *infra*, 4.4.

[438] RUIZ ROBLEDO (2021), «Problemas constitucionales del estado de alarma por la COVID-19 en España», *Revista de Estudos Jurídicos UNESP*, 23:38, 2019, pp. 83-104; SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA (2020), «Algunas consideraciones constitucionales sobre el estado de alarma», en BIGLINO y DURÁN (eds.), *Los efectos horizontales de la COVID sobre el sistema constitucional*, Fundación Giménez Abad, Zaragoza, pp. 12 y 13.

[439] FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE (2021a, pp. 85 y 86). En sentido similar, DÍAZ REVORIO (2021, pp. 11, 12 y 16).

del régimen extraordinario de limitación de derechos fundamentales». Nuestra hipótesis es que esta Sentencia no se sirve del concepto de contenido esencial para determinar cuándo existe una suspensión porque ello hubiera conducido a entender que el RD 463/2020 suspendió la libertad de empresa[440], lo que era un resultado muy difícil de aceptar. En el siguiente epígrafe lo veremos.

La STC 148/2021 adopta una tesis puramente sustantiva y gradualista según la cual una restricción de derechos constituye una suspensión a los efectos del art. 55.1 CE cuando reúne cumulativamente dos características: ser «general en cuanto a sus destinatarios y de altísima intensidad en cuanto a su contenido». El Tribunal considera que ambas concurrían en el confinamiento domiciliario:

«Es inherente a esta libertad constitucional de circulación su irrestricto despliegue y práctica en las "vías o espacios de uso público"... con independencia de unos fines que solo el titular del derecho puede determinar, y sin necesidad de dar razón a la autoridad del porqué de su presencia en tales vías y espacios. Y esto es, precisamente, lo que queda en general cancelado mediante la medida que se controvierte... [El art. 7 RD 463/2020 establece la prohibición de circular por las vías de uso público como regla general, con la única salvedad de que tal circulación] «responda a alguna de las finalidades (concretas, sin perjuicio de las dos cláusulas más o menos abiertas de las letras g] y h]) indicadas por la autoridad... lo cual, sin duda, excede lo que la LOAES permite "limitar" para el estado de alarma ["la circulación o permanencia [...] en horas y lugares determinados": art. 11, letra a)]. Tal restricción aparece, pues, más como una "privación" o "cesación" del derecho, por más que sea temporal y admita excepciones, que como una "reducción" de un derecho o facultad a menores límites. Dicho en otros términos, la disposición no delimita un derecho a circular libremente en un ámbito (personal, espacial, temporalmente) menor, sino que lo suspende *a radice*, de forma generalizada, para todas "las personas", y por cualquier medio. La facultad individual de circular "libremente" deja pues de existir, y solo puede justificarse cuando concurren las circunstancias expresamente previstas en el real decreto».

4.4. Inconsistencia de la interpretación del Tribunal Constitucional

La STC 148/2021 incurre en varias incoherencias de gran calibre. La más gruesa es, sin duda, la cometida al enjuiciar si el art. 10 RD 463/2020 suspendió la libertad de empresa[441]. Este precepto dispuso como regla general la «suspensión de ciertas actividades empresariales», así como la «suspensión de la apertura al público» de incontables establecimientos donde se desarrollaban tales actividades. A continuación, contempló varias excepciones. Irónicamente, el término utilizado, hasta cinco veces, por el Gobierno para hacer referencia a estas restricciones fue el de «suspensión». Recordemos que hubo decenas de miles de establecimientos que tuvieron que permanecer completamente cerrados durante meses de resultas de esta «suspensión». Su actividad empresarial quedó completamente cancelada, eliminada, suprimida, durante ese tiempo. Los recurrentes alegaban, por ello, que este precepto había operado «una verdadera suspensión de una dimensión que forma parte del contenido esencial del derecho a elegir una profesión u oficio y de la libertad de empresa»: la del derecho a sostener y desarrollar la

[440] Así lo entiende CIDONCHA MARTÍN (2020, p. 26).

[441] En el voto particular (§ 5) de CONDE-PUMPIDO a la STC 148/2021 también se advierte esta inconsistencia.

correspondiente actividad empresarial. También varios autores han estimado que esta libertad fue suspendida[442].

Pero el Tribunal Constitucional no lo entiende así. Para llegar a esta conclusión, la STC 148/2021, en primer lugar, deja fuera de su análisis algunas de las restricciones impuestas por el referido art. 10, por considerar que no afectaban a la libertad de empresa:

«Las normas generales, ordinarias o de carácter excepcional, que imponen exigencias de seguridad, higiene o salubridad en los locales comerciales, o en el acceso a los mismos, no inciden en la libertad [de empresa] que la Constitución garantiza, aun cuando condicionen la apertura al público de dichos recintos».

«Tampoco afecta a la libertad de empresa la última de las reglas que se contienen en el artículo 10.1, relativa a los establecimientos que pueden abrir al público: "en cualquier caso, se suspenderá la actividad de cualquier establecimiento que, a juicio de la autoridad competente, pueda suponer un riesgo de contagio por las condiciones en que se esté desarrollando". Esta regla no limita o restringe, en general, la libertad de comercio, sino que determina el cierre o clausura temporal de unos establecimientos que quedarán individualizados por las condiciones y el riesgo de contagio a los que el precepto se refiere; sin que pueda calificarse de ejercicio de libertad constitucional de empresa aquella conducta que depare, por su anómalo desenvolvimiento, daños o riesgos para terceros».

Estas apodícticas afirmaciones no pueden ser más desafortunadas. Es evidente que esas normas sí limitan el derecho de «sostener en libertad la actividad empresarial» que el art. 28 CE ampara[443]. Resulta palmario que una norma jurídica que impone exigencias de seguridad, higiene o salubridad en los establecimientos donde se desarrollan actividades empresariales y que, por consiguiente, limita la facultad que sus titulares tienen para determinar autónomamente cómo realizarlas, hasta el punto de condicionarlas o incluso impedirlas, restringe la libertad de empresa. Es claro que una disposición que permite a una autoridad administrativa suspender las actividades empresariales desarrolladas en ciertos establecimientos implica una restricción del derecho a sostenerlas libremente. El que esas medidas vengan motivadas por el riesgo de que la actividad afectada cause un daño a terceros no quita que constituyan genuinas restricciones de la libertad de realizarla. De hecho, la gran mayoría de las restricciones de la libertad persiguen prevenir el riesgo de que las personas que soportan la restricción dañen a otras personas.

Las consecuencias prácticas de esta doctrina no pueden ser más perniciosas. Si dichas medidas no afectan a la libertad consagrada en el art. 38 CE, no necesitan ser proporcionadas, ni motivadas, ni establecidas por el legislador, etc. No hace falta respetar ninguna de las garantías establecidas por nuestro ordenamiento jurídico para el ejercicio de potestades públicas que afectan a la libertad de los ciudadanos.

---

[442] CIDONCHA MARTÍN (2020, p. 26); RUIZ MIGUEL (2020); ARAGÓN REYES (2021). Según FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE (2021b), «La crisis de los controladores aéreos y la COVID-19 como emergencias constitucionales insuficientemente regladas. Propuestas de *lege ferenda* para el estado de alarma», en GARRIDO LÓPEZ (coord.), *Excepcionalidad y Derecho: el estado de alarma en España*, Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza, p. 28, también los cierres de establecimientos impuestos por las Comunidades autónomas durante el tercer estado de alarma suspendieron la libertad de empresa.

[443] En palabras de la STC 83/1984, de 24 de julio (FJ 3).

En segundo lugar, la STC 148/2021 viene a estimar que en las [restantes] restricciones previstas por el art. 10 RD 463/2020 concurre la característica de la *altísima intensidad*, pero no la de la *generalidad*:

«La "suspensión de actividades" que [dicho precepto] ordena no es general, sino que está expresamente limitada a ciertos ámbitos de la actividad que constituye su objeto... Se imponen, así, unas reglas que, por su propia estructura y pese a su amplísimo alcance, se ajustan más a la naturaleza de una limitación muy intensa que a la de una suspensión general».

Este razonamiento causa perplejidad. Debe notarse, en primer lugar, que la estructura de los arts. 7 y 10 RD 463/2020 era prácticamente idéntica: en los dos casos se establecía una prohibición general y un catálogo de excepciones, que en el caso de la libertad de circulación se cerraba con dos cláusulas abiertas y no tenía carácter de *numerus clausus*, como la propia STC 148/2021 reconoce.

En segundo lugar, resulta difícil de entender que esta Sentencia niegue –apodícticamente, una vez más– el carácter general a unas restricciones que afectaron a decenas de miles de establecimientos de toda España y que, en sus propias palabras, tuvieron un «amplísimo alcance»[444].

En tercer lugar, la Sentencia no aclara cuál es el concepto de «generalidad» que aquí maneja, ni cuáles son los criterios con arreglo a los cuales se determina si una medida es o no general a los efectos del art. 55.1 CE. Da la impresión de que considera que una «intensísima» restricción de la libertad no es general ni, por ende, constituye una suspensión si afecta sólo a un subconjunto de los ciudadanos españoles que la ejercen, aunque sean cientos de miles o incluso millones. Ello plantea el arduo problema de precisar cuál es el umbral a partir del cual ha de considerarse que la medida en cuestión es general. Se suscita la duda, por ejemplo, de si hay que reputar generales las «restricciones de altísima intensidad» que afectan sólo a las personas que viven en una parte del territorio español: una Comunidad autónoma, una provincia, una comarca, un área metropolitana, una ciudad, etc.

Resulta significativo el hecho de que algunos autores que han alabado la STC 148/2021 por haber declarado que en el primer estado de alarma se suspendió la libertad de circulación también la critiquen por no haber hecho lo propio respecto de la libertad de empresa[445].

Cabe pensar que el Tribunal Constitucional incurrió en esta inconsistencia para evitar el resultado, difícilmente digerible, al que su interpretación del concepto de suspensión, pergeñada para declarar inconstitucional el confinamiento domiciliario, conducía ineludiblemente respecto de la libertad de empresa. Como se desprende del art. 55 CE y dispone explícitamente el art. 13.2.a) LOEAES, en el estado de excepción no se pueden suspender otros derechos que los enumerados en aquel precepto constitucional, entre los cuales no está la libertad empresarial. Es decir, si la prohibición temporal absoluta de abrir esos establecimientos y desarrollar en ellos las correspondientes actividades económicas fuera una suspensión, habría que concluir que ni el Gobierno ni las Cortes Generales podrían acordarla en modo alguno, ni siquiera mediante la

[444] En opinión de CIDONCHA MARTÍN (2020, p. 26), «durante la vigencia del estado de alarma se ha suspendido con carácter general el ejercicio de la libertad de empresa en una buena parte de la economía».

[445] Vid., por ejemplo, ARAGÓN REYES (2021).

declaración del estado de excepción o de sitio. Ni siquiera en el caso de que se tratara de una medida necesaria y proporcionada para proteger la vida de millones de personas. Nos parece que interpretar así la Constitución es contrario al más elemental sentido común. Probablemente, el Tribunal Constitucional prefirió pagar el precio de esta incoherencia antes que sostener semejante interpretación. Pero repárese en que podía haber evitado ambos males si hubiera dado al término suspensión otro significado.

4.5. Interpretaciones literal, originalista y evolutiva del término suspensión

Las normas jurídicas –también las constitucionales– deben interpretarse según el sentido propio de sus palabras (art. 3.1 Código civil). El tenor literal del art. 55 CE apoya claramente la tesis cualitativa. El término «suspensión» tiene un sentido propio bien definido en el lenguaje jurídico español. «En Derecho el concepto de "suspensión" se entiende como la cesación temporal de la eficacia de un acto o norma jurídica»[446] y no como «restricción muy intensa». Cuando se afirma, sin más precisiones, que un acto jurídico –v. gr., una ley, un reglamento, un acto administrativo, un contrato, etc.– o un derecho ha sido suspendido, se entiende que éste ha dejado de tener vigencia, de producir sus efectos jurídicos, durante un tiempo[447]. Sin embargo, la STC 148/2021 interpreta este término en un sentido más amplio, que excede de lo que en el lenguaje jurídico se entiende comúnmente por suspensión.

Las normas jurídicas también deben interpretarse según sus antecedentes legislativos y su finalidad (art. 3.1 Código civil). Y, como han señalado diversos autores y el Magistrado XIOL RÍOS, «los debates constituyentes ponen de manifiesto que los estados de alarma, excepción y sitio fueron concebidos para resolver crisis de diferente naturaleza, no para aplicar un estado u otro dependiendo de la gravedad de la situación de emergencia»[448]. Con el estado de excepción se pretendía dar poderes al Gobierno para resolver crisis extraordinarias de índole política. Con el de alarma, «capacitar al Gobierno, a todo Gobierno, para una rápida reacción ante catástrofes naturales o tecnológicas»[449]. Los constituyentes estimaron que el estado de alarma era el instrumento adecuado para combatir una epidemia grave.

La propia STC 148/2021 (FJ 11) reconoce que la regulación contenida en la LOEAES y los debates parlamentarios que la precedieron refuerzan esta idea. El **legislador pensaba que el estado pertinente y apropiado para luchar contra una epidemia grave era el de alarma, no el de excepción[450]. Así se deduce claramente de la regulación de los supuestos de hecho en los que cabe decretarlos.** El art. 4.b) LOEAES menciona entre las «alteraciones graves de la normalidad» que habilitan para declarar el primero las «crisis sanitarias, tales como epidemias y situaciones de contaminación graves». El art. 13.1 LOEAES, en cambio, contempla la posibilidad de declarar el estado de excepción sólo «cuando el libre ejercicio de los derechos y libertades de los ciudadanos, el normal funcionamiento de las instituciones democráticas, el de los servicios

---

[446] GONZÁLEZ RIVAS, en su voto particular (§ 14) a la STC 148/2021.

[447] Véanse las entradas «suspensión», «suspensión de derechos», «auto de suspensión», «suspensión del acto reclamado», «suspensión de la pena», «suspensión de potestad» y otras análogas, contenidas en el *Diccionario panhispánico del español jurídico* (2020), elaborado por la Real Academia Española.

[448] Voto particular (§ 8) de XIOL RÍOS a la STC 148/2021.

[449] Diario de sesiones del Congreso de los Diputados, número 109, sesión plenaria núm. 38, de 13 de julio de 1978, p. 4238.

[450] En el mismo sentido, ÁLVAREZ GARCÍA, ARIAS APARICIO y HERNÁNDEZ DÍEZ (2020, p. 56).

públicos esenciales para la comunidad, o cualquier otro aspecto del orden público, resulten tan gravemente alterados que el ejercicio de las potestades ordinarias fuera insuficiente para restablecerlo y mantenerlo». Es dudoso que una epidemia como la de la COVID-19 encaje en este supuesto de hecho[451], aunque podría hacerlo si se interpretara muy ampliamente la expresión «grave alteración del orden público». Lo que no admite discusión es que encaja mucho mejor en el supuesto de hecho del estado de alarma.

A la misma conclusión se llega cuando uno repara en las medidas que según la LOEAES cabe adoptar en tales estados. Las previstas en su art. 11 para el de alarma resultan mucho más adecuadas para luchar contra una epidemia que las contempladas en los arts. 16 a 26, respecto del de excepción[452]. Especialmente significativo es el hecho de que el art. 12.1 LOEAES, aplicable a los estados de alarma decretados para combatir «crisis sanitarias, tales como epidemias y situaciones de contaminación graves», autorice al Gobierno a tomar también las medidas «establecidas en las normas para la lucha contra las enfermedades infecciosas».

Sin embargo, la STC 148/2021 descarta esta interpretación «originalista» del art. 55 CE y acoge lo que denomina una interpretación «evolutiva» e «integradora», según la cual puede y debe acudirse al estado de excepción en una crisis sanitaria cuando para afrontarla es imprescindible suspender derechos fundamentales.

Esta última interpretación nos parece razonable, pues la solución contraria podría engendrar un grave dilema práctico: no habría manera constitucionalmente lícita de gestionar adecuadamente semejantes crisis; el estado de alarma no permitiría adoptar las únicas medidas útiles para hacerles frente; y el de excepción, que sí autorizaría su adopción, no sería procedente.

Lo que nos parece criticable es que la STC 148/2021 se coloque a sí misma en este dilema al interpretar el art. 55 CE en un sentido manifiestamente contrario a su tenor literal. Resulta muy desacertado dar al término suspensión un significado que excede del que se le atribuye normalmente en el lenguaje jurídico. De un lado, porque este exceso interpretativo mina la seguridad jurídica y la credibilidad de los Tribunales, especialmente del Constitucional. De otro lado, y sobre todo, porque esta interpretación propicia que el estado de excepción sea decretado en situaciones para las que no fue previsto ni diseñado, ni por el constituyente ni por el legislador, lo que encierra serios riesgos y problemas prácticos, como luego veremos.

4.6. La interpretación del concepto de suspensión de acuerdo con los tratados internacionales de derechos humanos

Cabría pensar que, en virtud de lo dispuesto en el art. 10.2 CE, el concepto de suspensión del art. 55.1 CE debe interpretarse de manera acorde con un concepto análogo empleado en algunos

---

[451] Lo niegan, entre otros, LÓPEZ GARRIDO (2020) y CARRILLO (2020), así como XIOL RÍOS, CONDE-PUMPIDO y BALAGUER CALLEJÓN, en sus respectivos votos particulares a la STC 148/2021.

[452] No examinaremos si las medidas establecidas por el RD 463/2020 excedieron de las previstas en el art. 11 LOEAES. Así lo estiman, por ejemplo, SANTAMARÍA PASTOR (2020), «Notas sobre el ejercicio de las potestades normativas en tiempo de crisis», en BLANQUER (coord.), *COVID-19 y Derecho público (durante el estado de alarma y más allá)*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 227-231; PRESNO LINERA (2020), «Teoría y práctica de los derechos fundamentales en tiempos de COVID-19», *Revista Administración & Cidadanía*, 15:2, pp. 337 y 338.

tratados internacionales[453]. La STC 148/2021 advierte al respecto que el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos (en adelante, CEDH) distingue entre las «restricciones» y la «derogación» de éstos prevista en su art. 15, donde puede leerse que:

«1. En caso de guerra o de otro peligro público que amenace la vida de la nación, cualquier Alta Parte Contratante podrá tomar medidas que deroguen las obligaciones previstas en el presente Convenio en la medida estricta en que lo exija la situación, y supuesto que tales medidas no estén en contradicción con las otras obligaciones que dimanan del derecho internacional.

2. La disposición precedente no autoriza ninguna derogación al artículo 2, salvo para el caso de muertes resultantes de actos lícitos de guerra, y a los artículos 3, 4 (párrafo 1) y 7.

3. Toda Alta Parte Contratante que ejerza este derecho de derogación tendrá plenamente informado al Secretario general del Consejo de Europa de las medidas tomadas y de los motivos que las han inspirado. Deberá igualmente informar al Secretario General del Consejo de Europa de la fecha en que esas medidas hayan dejado de estar en vigor y las disposiciones del Convenio vuelvan a tener plena aplicación».

La STC 148/2021, sin embargo, no extrae consecuencia alguna de este precepto o de la jurisprudencia del TEDH con el objeto de definir el concepto de suspensión del art. 55.1 CE. En este punto se limita a señalar que algunos Estados europeos, como Rumanía, cumplieron el deber de información a que se refiere el art. 15.3 CEDH tras adoptar medidas restrictivas de derechos, como la libertad de circulación, para contener la COVID-19. Aunque la Sentencia no lo afirma explícitamente, parece sugerir sutilmente que esta práctica apoyaría la tesis de que tales restricciones constituían una «suspensión».

DÍAZ REVORIO (2021, p. 25), por su parte, considera que la jurisprudencia del TEDH producida en relación con el art. 15 CEDH refuerza la tesis gradualista, al «apuntar claramente a la idea de que la suspensión de derechos o la invocación de legislación excepcional no permiten la desaparición de las garantías en las que el derecho consiste». La suspensión, pues, no equivaldría a una derogación total del derecho durante un tiempo.

A nuestro juicio, del art. 15.1 CEDH y la jurisprudencia del TEDH puede extraerse, en efecto, información relevante para la interpretación del concepto de suspensión del art. 55.1 CE. En primer lugar, debe notarse que el concepto de «derogación» del art. 15.1 CEDH no es funcionalmente equivalente al concepto de suspensión del art. 55.1 CE, por lo que no resulta necesariamente obligado dar a éste, sin más, el mismo significado que aquél tiene. Entre los dos hay importantes diferencias, cuando menos las siguientes:

1ª. El art. 15 CEDH contempla la posibilidad de que, en circunstancias extraordinarias, se impongan restricciones que no serían conformes con el CEDH en situaciones ordinarias. Aquí, el concepto de suspensión marca la frontera entre las restricciones ordinarias y las extraordinarias. En cambio, el concepto de suspensión del art. 55.1 CE no determina la frontera entre las

[453] REQUEJO RODRÍGUEZ (2018), «Artículo 55», en RODRÍGUEZ-PIÑERO y CASAS BAAMONDE (dirs.), *Comentarios a la Constitución Española*, BOE, Madrid, t. I, p. 1539, y, sobre todo, ESCOBAR ROCA (2021), «Los derechos humanos en estados excepcionales y el concepto de suspensión de derechos fundamentales», *Revista de Derecho Político*, 110, pp. 113-152.

restricciones ordinarias y las extraordinarias, sino los supuestos en los que cabe utilizar distintos instrumentos jurídicos extraordinarios: el estado de alarma, por un lado, y los estados de excepción y sitio, por otro.

2ª. Los requisitos formales de la suspensión son también diferentes. El art. 15 CEDH la acompaña de un simple deber de comunicar al Consejo de Europa las restricciones impuestas. El art. 116 CE, en cambio, la supedita a la aprobación previa del Congreso de los Diputados, que es un requisito más estricto y difícil de cumplir que un mero deber de informar *a posteriori*. Nótese, además, que la declaración del estado de alarma está sujeta a un deber de información equivalente al previsto en el art. 15.3 CEDH: el Gobierno debe dar cuenta inmediata al Congreso.

3ª. El art. 15 CEDH contempla, en principio, la posibilidad de suspender derechos que el art. 55 CE no permite suspender (v. gr., la libertad religiosa).

4ª. Al establecer que sólo se podrán adoptar medidas suspensivas «en la medida estricta en que lo exija la situación», el art. 15 CEDH indica claramente que esas medidas, al igual que las establecidas en situaciones ordinarias, deben respetar el principio de proporcionalidad.

5ª. El art. 116 CE ha sido desarrollado por una ley (la LOEAES) que regula con cierto detalle en qué supuestos, con qué alcance y bajo qué condiciones puede el Gobierno acordar medidas restrictivas de derechos en situaciones de emergencia. El art. 15 CEDH, en cambio, carece de un desarrollo legislativo análogo.

En segundo lugar, puede apreciarse que sólo diez Estados han notificado al Consejo de Europa, conforme a lo previsto en el art. 15.3 CEDH, la adopción de medidas «suspensivas» de derechos con ocasión de la COVID[454]. Curiosamente, ningún Estado de Europa Occidental (salvo San Marino) lo ha hecho. Ni siquiera aquellos, como Italia, que impusieron un confinamiento domiciliario muy similar al establecido en España durante el primer estado de alarma.

En tercer lugar, debe resaltarse el hecho de que la praxis de los Estados y la jurisprudencia del TEDH han convertido en irrelevante el concepto de suspensión. Lo han «desactivado», al equipararlo a efectos prácticos con el de restricción. Como bien pone de manifiesto ESCOBAR ROCA, el canon utilizado por el TEDH para enjuiciar la compatibilidad de una suspensión con el CEDH ha ido acercándose al empleado respecto de las restricciones, hasta convertirse en «un control estricto, deferente pero no sustancialmente distinto al propio de las situaciones de normalidad», basado en el respecto de los principios de legalidad y proporcionalidad[455]. Lo mismo ha ocurrido con los preceptos equivalentes contenidos en otros tratados internacionales, como el art. 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966: «aunque se afirma que la suspensión "es claramente distinta de las restricciones o limitaciones" de los derechos humanos, no se señalan las diferencias entre ambos conceptos». Y, en la práctica, «suspensión no sólo no implica "supresión", sino que viene a ser equivalente a "restricción", pues se [aplica] el mismo modelo de control de ésta»[456].

---

[454] A 3 de octubre de 2021, Albania, Armenia, Estonia, Georgia, Letonia, Macedonia del Norte, Moldavia, Rumanía, San Marino y Serbia (https://www.coe.int/en/web/conventions/derogations-covid-19).

[455] ESCOBAR ROCA (2021, p. 133).

[456] ESCOBAR ROCA (2021, p. 137).

«En definitiva –concluye ESCOBAR ROCA– no existe diferencia sustancial entre restricción y suspensión de derechos». Por ello, «incluso podría prescindirse del concepto sin demasiado problema, y resulta significativo que no aparezca en el último gran documento internacional de derechos humanos, la Carta de los Derechos fundamentales de la Unión Europea»[457].

Este resultado que se ha consolidado en la práctica del Derecho internacional merece una valoración positiva, en la medida en que ha propiciado una mejor protección de los derechos fundamentales en situaciones de graves crisis, al dejar claro que también aquí las restricciones impuestas por las autoridades estatales deben respetar los principios de legalidad y, sobre todo, proporcionalidad. Luego veremos que este resultado práctico es el mismo al que conduce la interpretación cualitativa del concepto de suspensión a que se refiere el art. 55.1 CE[458], interpretación que defendemos.

4.7. Consecuencias prácticas de las interpretaciones en liza

a) *Incertidumbres y errores en la elección del instrumento jurídico pertinente*

A pesar de emplear la «diligencia exigible», los poderes públicos implicados –el Gobierno de España, el Congreso de los Diputados, las autoridades autonómicas, los Tribunales ordinarios, etc.– pueden equivocarse al aplicar las normas que, bajo ciertas condiciones, permiten utilizar determinados instrumentos jurídicos con el objeto de afrontar una crisis: estado de excepción, estado de alarma, medidas previstas en la legislación sanitaria, etc. Cuanto más vagas e indeterminadas sean esas normas, mayores serán la incertidumbre que conlleva su interpretación y el riesgo de cometer equivocaciones al aplicarlas.

Es posible que, de resultas de una equivocación tal, se utilice un instrumento que en el caso considerado resulta inadecuado o jurídicamente improcedente. Estos errores pueden tener consecuencias nefastas. Pueden, por ejemplo, propiciar que muchas personas sufran restricciones en su libertad arbitrarias o desproporcionadas, así como entorpecer inútilmente la adopción de medidas de protección de la vida de otras personas. En cualquier caso, cabe razonablemente estimar que la mera perspectiva de cometerlos puede producir un pernicioso efecto retardatorio o incluso paralizante sobre la decisión de la autoridad competente. Ese efecto será tanto más intenso cuanto mayor sea la incertidumbre interpretativa y más graves los perjuicios ocasionados por los posibles errores.

A fin de minimizar el riesgo de que se cometan tales equivocaciones, el contenido del concepto de «suspensión de derechos» del art. 55 CE (la realidad a la que se refiere esta expresión) debería tener un elevado grado de previsibilidad. Y no cabe duda de que este concepto resulta mucho más predecible con arreglo a la referida tesis cualitativa que de acuerdo con una tesis gradualista como la sostenida por la STC 148/2021[459]. Esta última obliga a fijar el umbral a partir del cual las restricciones de un derecho son «generalizadas» y alcanzan una «altísima intensidad» tal que deben considerarse suspensiones. Lo cual está muy lejos de ser una tarea sencilla y de resultados fácilmente predecibles. Como advierte el Magistrado CONDE-PUMPIDO en su voto particular a la STC 148/2021: «el canon establecido [por ésta] solo puede generar una intensa inseguridad

[457] ESCOBAR ROCA (2021, p. 146).

[458] Vid. *infra*, 4.7.h.

[459] Como advierte RIDAO (2021b), «El Tribunal Constitucional siembra incertidumbre», *El País*, 9 de agosto de 2021.

jurídica, al dejar indeterminada la frontera entre las categorías de restricción y suspensión» (§ 1); «tal concepción, aboca a cierta arbitrariedad en su aplicación»; «no da certeza alguna… y se convierte en instrumental para permitir que este tribunal tenga una mayor discrecionalidad para considerar que algunas de las medidas en su día adoptadas… fueron inconstitucionales» (§ 5).

Adviértase, finalmente, que si el riesgo de cometer esos errores interpretativos es muy elevado, el Gobierno tenderá a decretar el estado de excepción ante la duda[460], incluso en casos donde, en realidad, sería constitucionalmente lícito y más adecuado utilizar otras herramientas jurídicas, como el estado de alarma o las medidas previstas en la legislación sanitaria. Las tesis gradualistas, como la sostenida por la STC 148/2021, aumentan así el riesgo que se declare indebidamente el estado de excepción, con todos los inconvenientes, problemas y peligros que ello conlleva, a los que nos referimos seguidamente.

b) *El prejuicio dogmático de que el estado de excepción es un instrumento jurídico más tuitivo que el de alarma*

Los defensores de las tesis gradualistas estiman que el estado de excepción es el «instrumento más tuitivo» de los derechos implicados, toda vez que su declaración requiere una previa autorización parlamentaria, a diferencia del estado de alarma, que puede ser decretado inmediatamente por el Gobierno[461].

Esta es la idea central que late en la STC 148/2021. El Tribunal interpreta extensivamente el concepto de suspensión –es decir, el supuesto de hecho en el que sólo procede declarar el estado de excepción o sitio– porque implícitamente entiende –o pretexta– que este instrumento jurídico protege y garantiza mejor los derechos afectados que el de alarma, en la medida en que el primero debe contar con la previa autorización del Congreso, a diferencia del segundo, que sólo la necesita si el Gobierno pretende prolongarlo más de quince días. El Tribunal advierte que interpretar literalmente el concepto de suspensión:

«Implicaría dejar exclusivamente en manos de la autoridad competente (que, no debe olvidarse, en el estado de alarma es inicialmente el Gobierno, sin la previa autorización del Congreso de los Diputados)… la posibilidad de limitar otros derechos fundamentales garantizados por nuestra Norma fundamental, de forma generalizada y con una altísima intensidad… (unilateralmente, sin posibilidad de debate y autorización parlamentaria previos, ni de control jurisdiccional ordinario)».

Esta idea resulta muy cuestionable por varias razones. Veámoslas.

c) *El valor de la autorización parlamentaria del estado de excepción*

Los partidarios de las tesis gradualistas otorgan a esta autorización parlamentaria un valor superior al que seguramente ésta tiene en una situación de epidemia grave. De un lado, sobrevaloran sus beneficios tuitivos. De otro, soslayan o subestiman los costes que esa autorización conlleva para los derechos afectados.

---

[460] En sentido similar, CONDE-PUMPIDO, en su voto particular (§ 5) a la STC 148/2021.

[461] FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE (2021a, p. 90). En sentido similar, DÍAZ REVORIO (2020 y 2021, p. 39); COTINO HUESO (2021, p. 30); CUENCA MIRANDA (2021, p. 15).

Cabe pensar que esta intervención parlamentaria tiene, por lo general, un benéfico efecto tuitivo, al proteger los derechos afectados frente a posibles excesos y arbitrariedades gubernamentales. El hecho de que las restricciones impuestas por el Gobierno tengan que ser aprobadas previamente por la mayoría de los representantes directos del pueblo, a través de un procedimiento público, plural y deliberativo, seguramente reduce el riesgo de que dichas medidas resulten injustificadas. Ahora bien, la magnitud de la reducción de ese riesgo puede variar considerablemente en función de las circunstancias. Los beneficios de la intervención parlamentaria dependerán sobre todo de la capacidad que efectivamente tenga el Congreso para evaluar objetivamente las restricciones y tomar una decisión acertada. Cuanto mayor (menor) sea esa capacidad, más elevados (reducidos) serán tales beneficios.

Es muy razonable estimar que, en una epidemia grave, dicha capacidad tenderá a ser muy baja, en primer término, porque, como ya sabemos, una crisis tal puede obstaculizar seriamente el funcionamiento del Congreso y, en consecuencia, su capacidad para examinar rigurosamente las medidas solicitadas. En segundo lugar, es probable que, en este tipo de situaciones, los diputados apenas dispongan de los conocimientos, la información y el tiempo necesarios para evaluar cabalmente tanto los riesgos epidemiológicos, sociales y económicos a los que hay que hacer frente como las medidas propuestas por el Gobierno. En tales circunstancias, probablemente tenderán a mostrarse deferentes y autorizar dichas medidas, en atención a que el Gobierno está presumiblemente mejor situado que ellos para tomar una decisión acertada. Ello explicaría en gran medida por qué el estado de alarma declarado el 14 de marzo de 2020 fue prorrogado once días después por la abrumadora mayoría del Congreso, con 321 votos a favor, 0 en contra y 28 abstenciones; y por qué todos los diputados que luego, el 28 de abril de 2020, lo recurrirían ante el Tribunal Constitucional votaron entonces a favor, suponemos que porque a la sazón consideraban que dicho Real Decreto se ajustaba a la Constitución; parece, pues, que incluso a ellos les costó varias semanas «valorarlo correctamente». También es muy significativo el hecho de que, en la autorización de las siguientes prórrogas, los debates parlamentarios apenas duraran un día o a veces medio y el número de enmiendas presentadas fuera sumamente escaso[462]. Todo lo cual indica que el control ejercido por el Congreso fue muy liviano y superficial. En tercer lugar, el control resultará prácticamente ineficaz, por razones obvias, si el partido o la coalición política gubernamental cuenta con la mayoría parlamentaria.

La intervención previa del Congreso, por otro lado, puede ser enormemente costosa. Para que ésta cumpla efectivamente su función de control y protección, hace falta tiempo, el indispensable para que los diputados adquieran la información y los conocimientos que les permitan evaluar adecuadamente tanto la crítica situación como las propuestas formuladas por el Gobierno para afrontarla. Y el coste de oportunidad de ese tiempo, que se añade al que el Gobierno empleó antes para analizar la situación y preparar esas propuestas, puede ser extraordinariamente elevado, pues en el ínterin puede contagiarse mucha gente. En una grave pandemia, en la que es necesario tomar urgentemente medidas de protección de la salud pública, el coste en vidas humanas y daños para la integridad física de las personas que conlleva esperar un tiempo considerable a que los diputados puedan efectuar dicha evaluación será normalmente excesivo. Seguramente por esta razón, ARAGÓN REYES afirma –de manera no muy coherente con su posición sobre la licitud del RD 463/2020– que «cabe formular un principio general: las medidas excepcionales deben

[462] CUENCA MIRANDA (2021, p. 22).

adoptarse lo más inmediatamente posible al surgimiento de la situación de riesgo que las habilita»[463]. No podemos estar más de acuerdo.

Precisamente por esa y otras razones, y como la propia STC 148/2021 reconoce, tanto los constituyentes como los artífices de la LOEAES estimaron que el estado de emergencia más adecuado para luchar contra una grave epidemia era el de alarma, no el de excepción.

d) *El valor de la autorización parlamentaria de la prórroga del estado de alarma. La conversión de la prórroga en un estado de excepción*

Para evaluar en su justa medida la autorización parlamentaria requerida para declarar el estado de excepción y suspender derechos ha de repararse asimismo en otra circunstancia, sobre la que la STC 148/2021 guarda silencio: la prórroga del estado de alarma está sujeta también a esa misma garantía[464]. De hecho, el Congreso autorizó por amplias mayorías cada una de las seis prórrogas quincenales de que fue objeto el estado de alarma declarado por el RD 463/2020.

PASQUAU LIAÑO estima que «un estado de alarma prorrogado por el Congreso tiene un "efecto equivalente" a un estado de excepción, pues *ya no es una decisión unilateral del Gobierno, que es justamente lo que distingue una cosa y otra»;* «una vez obtenida la autorización del Congreso para su prórroga, [queda] cubierta la garantía de control parlamentario». De esta «equivalencia» se derivaría una importante consecuencia práctica: *«la tacha de inconstitucionalidad que ha apreciado el Tribunal Constitucional debería ir referida a los primeros quince [en realidad, fueron once] días del estado de alarma [anteriores a su primera prórroga]; «sería defendible afirmar… que la medida quedó regularizada constitucionalmente a partir de su primera prórroga, que sí contó con dicha aprobación del Congreso»*[465].

En sentido similar, XIOL RÍOS señala en su voto particular (§§ 42-47) a la STC 148/2021 que, desde el momento en el que el Congreso autorizó la primera prórroga del estado de alarma, las medidas restrictivas impuestas cumplían las exigencias que la Constitución impone para suspender derechos fundamentales, aunque fueran previstas por una norma que declaró el estado de alarma y no el de excepción. Y aquí la denominación resulta irrelevante. «Los actos jurídicos han de calificarse de acuerdo con su naturaleza, no con el nombre que se les otorgue». Es más, en su opinión cabría sostener incluso que esta intervención parlamentaria «subsanó en origen el vicio en el que, según sostiene la mayoría, incurrió el Gobierno al dictar esta norma sin la previa autorización del Congreso de los Diputados». Al prorrogar las medidas suspensivas de derechos, el Congreso «las hizo suyas en su integridad», «corrigió el defecto inicial» en el que había incurrido el Gobierno al dictarlas y las «convalidó».

La STC 148/2021, sin embargo, no se pronuncia sobre esta cuestión, ni tampoco razona por qué la invalidez de los preceptos del RD 463/2020 que establecían medidas suspensivas de derechos determina necesariamente también la de sus prórrogas. Simplemente lo afirma apodícticamente, como si fuera obvio. XIOL indica, a modo de explicación, que «instituciones clásicas en el Derecho

---

[463] ARAGÓN REYES (2020a, p. 2).

[464] En palabras de ÁLVAREZ GARCÍA, ARIAS APARICIO y HERNÁNDEZ DÍEZ (2020, p. 102), «a partir de la prórroga del estado de alarma, sus garantías procedimentales se igualan con las del estado de excepción».

[465] PASQUAU LIAÑO, «La "alarma", la "excepción" y la "autoridad"», *CTXT. Contexto y Acción*, 20 de julio de 2021.

público, como la convalidación de los actos, maridan mal con las concepciones del Derecho de carácter esencialista y formalista, proclives a dar un valor absoluto a cualquier atisbo de nulidad».

Nuestra opinión en este punto es parecida a las de PASQUAU y XIOL. Hay que tener en cuenta cuáles son los vicios de inconstitucionalidad que la STC 148/2021 aprecia en algunas disposiciones del RD 463/2020 y, por lo tanto, cuál es el interés constitucionalmente protegido que éstas lesionaron. Sólo estaría justificado considerar inconstitucionales las prórrogas del RD 463/2020 si los vicios de que éste padecía hubieran afectado también a aquéllas o, dicho de otra manera, si las prórrogas hubieran menoscabado igualmente las garantías constitucionales que dicho decreto eludía. Sin embargo, en nuestra opinión, no cabe entender que esto haya ocurrido, en principio.

La STC 148/2021 declaró inconstitucional el precepto que habilitaba al Ministro de Sanidad para «modificar» y «ampliar» las restricciones de la libertad de empresa previstas en el art. 10 RD 463/2020, por cuanto esta habilitación permitía agravar dichas restricciones esquivando la obligación, que el art. 116.2 CE impone al Gobierno, de comunicar inmediatamente la declaración del estado de alarma al Congreso con el fin de que éste pueda ejercer su función de control político. Creemos que aquí podía haberse hecho una interpretación conforme con la Constitución del art. 10.6 RD 463/2020. Hubiera sido razonable declarar que la habilitación se entendía sin perjuicio del deber del Gobierno de dar cuenta inmediata al Congreso de las modificaciones correspondientes, a fin de que éste pudiera controlarlas.

El confinamiento domiciliario se consideró inconstitucional por constituir una suspensión de la libertad de circulación, que no podía ser impuesta en un estado de alarma. Al utilizar un instrumento equivocado, el Gobierno omitió las dos grandes garantías **constitucionalmente previstas para suspender derechos a través del estado de excepción**: la previa autorización del Congreso y los sesenta días de duración máxima.

Sin embargo, todos los decretos que prorrogaron el estado de alarma cumplieron ambas garantías. A diferencia del RD 463/2020, cada uno de ellos se dictó en virtud de una previa resolución del Congreso de los Diputados por la cual se autorizaba la imposición de ciertas restricciones durante un periodo de tiempo inferior a treinta días[466]. Se respeto así la garantía de la «previa autorización de la representación popular» requerida para declarar el estado de excepción y suspender derechos.

Debe resaltarse que la intervención del Congreso por la que se autoriza la prórroga del estado de alarma no es menos «garantista» que su intervención requerida para declarar el estado de excepción. Los requisitos, el procedimiento, el alcance del control y los efectos jurídicos de los dos tipos de resoluciones parlamentarias son equivalentes, sin perjuicio de las puntualizaciones que luego haremos. El procedimiento parlamentario que ha de seguirse para prorrogar el estado de alarma es exactamente el mismo que el contemplado para declarar y prorrogar el estado de excepción (art. 163.1 del Reglamento del Congreso). Y, en ambos casos, el Congreso tiene idéntico margen de maniobra para determinar el alcance y los efectos de las restricciones impuestas.

[466] Vid., por ejemplo, la Resolución de 25 de marzo de 2020, del Congreso de los Diputados, por la que se ordena la publicación del Acuerdo de autorización de la prórroga del estado de alarma declarado por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo).

Conviene, no obstante, hacer dos puntualizaciones. En primer lugar, el art. 116.3 CE establece que la autorización parlamentaria para declarar el estado de excepción «debe determinar expresamente los efectos del mismo, el ámbito territorial a que se extiende y su duración». En cambio, esa determinación expresa no se requiere para prorrogar el estado de alarma. El art. 6.2 LOEAES simplemente dispone que en este último supuesto el Congreso «podrá establecer el alcance y las condiciones vigentes durante la prórroga». Con todo, hay que poner de relieve que las seis resoluciones parlamentarias por las que se autorizaron las prórrogas determinaron expresamente sus efectos, alcance territorial y duración, si bien algunas de esas determinaciones expresas se hicieron por remisión: el Congreso precisó esos extremos asumiendo de manera explícita las disposiciones del estado de alarma objeto de prórroga y, en su caso, especificando las modificaciones introducidas[467]. Cabe entender, obviamente, que semejante determinación expresa por remisión constituye una determinación expresa a los efectos del art. 116 CE, principalmente porque garantiza en la misma medida los derechos constitucionales afectados.

En segundo lugar, según hemos visto, de los arts. 116.3 CE y 15.3 LOEAES se desprende claramente que sólo cabe prorrogar por una vez el estado de excepción, cuya duración total, sumadas la de su vigencia inicial y la de su prórroga, no puede superar sesenta días. Ni la CE ni la LOEAES, por el contrario, limitan explícitamente el número de prórrogas de las que es susceptible el estado de alarma, ni tampoco su duración total. De hecho, el declarado en marzo de 2020, tras ser prorrogado en seis ocasiones, tuvo una vigencia de noventa y nueve días.

Cabe sostener, por consiguiente, que el Tribunal Constitucional debía haber «convertido» al menos la primera y la segunda prórrogas del primer estado de alarma en la declaración y la prórroga de un estado de excepción, habida cuenta de que aquellas disposiciones gubernamentales cumplían todos los requisitos de validez establecidos por el ordenamiento jurídico para los actos por los que se declara y prorroga el estado de excepción.

No hubiera sido, ni mucho menos, la primera vez que el Tribunal lleva a cabo una conversión semejante, consistente en dar al acto jurídico enjuiciado una calificación, con arreglo a la cual éste es válido, distinta de la que le dio su propio autor, de acuerdo con la cual el acto es inválido. Cabe mencionar, a título de ejemplo, algunos casos en los que el Estado estableció un precepto con carácter de legislación básica, aplicable tanto al Estado como a las Comunidades autónomas, pero se excedió de lo que en la materia correspondiente constituyen las bases con arreglo a la Constitución. En tales casos, el Tribunal no suele declarar la nulidad del precepto en cuestión, sino que se limita a declarar que éste vulnera el orden constitucional de competencias. Es decir, el Tribunal «convierte» una norma jurídica básica, vinculante para el Estado y las Comunidades autónomas, en una norma no básica, que vincula al primero y que sólo se aplica a las segundas con carácter supletorio[468].

También en otros ámbitos del Derecho público encontramos casos de conversión parecidos. El art. 50 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común, rotulado

[467] Véase, por ejemplo, la citada Resolución del Congreso de 25 de marzo de 2020.

[468] Vid., por ejemplo, las SSTC 50/1999, de 6 de abril, y 55/2018, de 24 de mayo.

«conversión de actos viciados», dispone que «los actos nulos o anulables que, sin embargo, contengan los elementos constitutivos de otro distinto producirán los efectos de éste»[469].

La conversión puede considerarse un caso particular de aplicación del llamado principio de interpretación de las normas conforme con el ordenamiento jurídico[470]. Si una disposición es susceptible de dos o más interpretaciones (y calificar una norma es una de las operaciones que ha de llevarse a cabo para interpretarla), hay que descartar aquellas con arreglo a las cuales la disposición es inválida y escoger alguna conforme a las cuales es válida. La justificación de este canon interpretativo reside en que permite conservar, hasta cierto punto, el efecto práctico perseguido por el autor de la norma al dictarla y, por ende, satisfacer los intereses legítimos en juego mejor de lo que los satisfaría una anulación total.

En el caso aquí considerado, invalidar íntegramente las restricciones y sanciones impuestas durante las sucesivas prórrogas del estado de alarma podría, cuando menos, minar los incentivos que en el futuro los ciudadanos tendrán para respetar restricciones análogas, lo cual entraña un riesgo para la salud pública que conviene enervar.

Por lo demás, conviene señalar dos diferencias existentes entre nuestra posición y la sostenida por XIOL RÍOS en su voto particular a la STC 148/2021. La primera es una *technicality*. A nuestro juicio, no nos encontramos aquí ante una convalidación, sino ante una «conversión», fenómeno que, como el propio XIOL apunta, consiste en dar a un acto una calificación jurídica conforme a la cual ese acto es válido y distinta de la que le dio su autor, con arreglo a la cual era inválido. No creemos que pueda afirmarse que la intervención del Congreso «convalidó» los preceptos del primer estado de alarma que suspendían derechos. Lo que podemos sostener es que, prorrogados estos preceptos previa autorización del Congreso, la prórroga cumplía todos los requisitos constitucionalmente previstos para declarar el estado de excepción y, por lo tanto, podía ser considerada como –o «convertida» en– una declaración tal.

En segundo lugar, y en estrecha relación con lo que acabamos de señalar, estimamos que esta «conversión» no tuvo efectos retroactivos y, por lo tanto, no dio cobertura a las situaciones jurídicas surgidas al amparo de los preceptos en cuestión durante sus primeros once días de vigencia. Las normas jurídicas no tienen efecto retroactivo a menos que dispongan lo contrario (art. 2.3 Código civil). Y ni los decretos por los que se acordaron las prórrogas ni las previas resoluciones del Congreso dispusieron su retroactividad. En cualquier caso, no cabe sostener que las sanciones impuestas durante esos once días al amparo de los preceptos luego declarados inconstitucionales fueron objeto de una convalidación retroactiva, pues ésta vulneraría el principio de irretroactividad de las normas sancionadoras desfavorables (art. 25.1 CE)[471].

e) *El estado de excepción encierra un serio riesgo de restricciones excesivas*

---

[469] Sobre esta figura, vid. DOMÉNECH PASCUAL (2002), *La invalidez de los reglamentos*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 497-511; ESCUIN PALOP (2012), *La conversión de los actos administrativos: dogmática y realidad*, Civitas, Madrid, 2012.

[470] Reflejado, por ejemplo, en los arts. 5.1 y 5.3 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio del Poder Judicial.

[471] Vid., *mutatis mutandis*, las SSTC 29/1989, de 6 de febrero, y 45/1994, de 15 de febrero; DOMÉNECH PASCUAL (2002, pp. 417, 455-465).

La interpretación gradualista amplía el conjunto de situaciones en las que es necesario declarar el estado de excepción. Ello tiene, ciertamente, un efecto tuitivo que, en principio, ha de considerarse positivo: el Gobierno sólo podrá adoptar las medidas que la mayoría del Congreso considere apropiadas, tras el correspondiente debate parlamentario. Pero también conlleva un grave riesgo. En un estado de excepción cabe imponer las mismas restricciones admisibles en un estado de alarma (art. 28 LOEAES) y, además, otras mucho más intensas, tales como: la detención de personas (art. 16); la realización de inspecciones y registros domiciliarios (art. 17); la intervención de las comunicaciones (art. 18); la intervención y el control de transportes (art. 19); la suspensión de publicaciones (art. 21); la prohibición de algunas reuniones y manifestaciones (art. 22); la prohibición de huelgas y medidas de conflicto colectivo (art. 23), etc. Ello puede propiciar que el Gobierno «aproveche la ocasión» para solicitar y obtener del Congreso el aval que le permita tomar medidas restrictivas de la libertad que en realidad son excesivas y que no hubiera podido acordar en un estado de alarma. Este riesgo resultará especialmente elevado si concurren circunstancias que dificultan, debilitan o minan la calidad del control previo ejercido por el Congreso, lo cual es relativamente probable que ocurra en una grave pandemia. Nos remitimos a lo señalado anteriormente[472].

f) *Riesgo de desprotección de la vida y la salud*

Una de las grandes diferencias existentes entre los estados de alarma y excepción tiene que ver con su duración. Ni la Constitución ni la LOEAES han querido limitar con exactitud el número de veces que se puede prorrogar el estado de alarma, ni tampoco la duración máxima de sus prórrogas[473]. Aquí el único límite es el establecido con carácter indeterminado para todos los estados de emergencia: su duración será la estrictamente indispensable para asegurar el restablecimiento de la normalidad (art. 1.2 LOEAES). En cambio, la Constitución ha establecido un límite temporal bien preciso para el estado de excepción: éste sólo puede durar un máximo de treinta días y ser prorrogado una única vez por otro plazo igual (arts. 116.3 CE y 15.3 LOEAES).

Con este umbral infranqueable, la Constitución ha querido limitar el riesgo de que el Gobierno incurra en excesos o arbitrariedades al imponer restricciones de derechos de una extraordinaria intensidad, sin sujeción al control de los Tribunales ordinarios y sin necesidad de respetar garantías básicas de los derechos de los ciudadanos (v. gr., ciertas reglas de procedimiento). Cabe razonablemente estimar que: (i) sesenta días son suficientes para resolver la gran mayoría de las graves crisis de orden público para las que el estado de excepción estaba pensado y configurado por los constituyentes y los artífices de la LOEAES; y (ii) que suspender derechos fundamentales por más de sesenta días para resolver este tipo de crisis resulta inaceptable.

La Constitución tenía al menos dos buenas razones para hacer aquí una diferencia y permitir que el estado de alarma pudiera alargarse más allá de esos sesenta días. La primera es que el riesgo de abusos y arbitrariedades gubernamentales seguramente resulta, *ceteris paribus*, más elevado en el estado de excepción que en el de alarma. De un lado, porque las potestades que el Gobierno puede ejercer son mucho más amplias, incisivas y peligrosas en el primero que en el segundo. De otro lado, porque, transcurrido aquel plazo, las garantías dirigidas a prevenir dicho riesgo son

[472] *Supra*, 4.7.c).

[473] En el mismo sentido, vid. ÁLVAREZ GARCÍA, ARIAS APARICIO y HERNÁNDEZ DÍEZ (2020, p. 78); y, más extensamente, DOMÉNECH PASCUAL (2020b), «La discutible prórroga del estado de alarma», *Almacén de Derecho*, 17 de mayo de 2020. En contra, ARAGÓN REYES (2020a, pp. 3 y 4); CUENCA MIRANDA (2021, p. 18).

idénticas en ambos casos: si el Gobierno pretende prolongar el estado de alarma más allá de quince (y, por tanto, también más allá de sesenta) días, deberá contar igualmente con la autorización previa del Congreso. La segunda razón es que, a la vista de la experiencia, resulta altamente probable que las crisis para cuya resolución está pensado el estado de alarma («catástrofes naturales o tecnológicas») y, por ende, la necesidad de los poderes gubernamentales extraordinarios asociados a éste duren más de dos meses. Las epidemias (piénsese en la gripe española y la COVID-19) y los accidentes nucleares graves constituyen claros ejemplos[474].

Pues bien, al interpretar extensivamente el concepto de suspensión y, con ello, forzar la aplicación del estado de excepción en casos para los que éste no está constitucional ni legislativamente diseñado, la STC 148/2021 sienta una doctrina que puede tener consecuencias nefastas en futuras «catástrofes naturales o tecnológicas». A menos que se reforme la Constitución en este punto (suceso altamente improbable), dicha doctrina impedirá que, en estas situaciones críticas, el Gobierno adopte excepcionalmente medidas que supongan una restricción de derechos generalizada, de altísima intensidad y de duración superior a sesenta días, aun cuando éstas sean adecuadas, necesarias y proporcionadas para proteger derechos o intereses de capital importancia, como la vida de las personas. Según advierte el Magistrado XIOL RÍOS en su voto particular (§ 47), «esta concepción supone dejar al Gobierno inerme ante situaciones de emergencia que [tengan] una duración superior a sesenta días y [exijan] adoptar medidas que [conlleven] intensas limitaciones de derechos fundamentales».

Este serio problema práctico no ha sido abordado por la STC 148/2021, que aquí guarda un llamativo silencio, pero sí por algunos de los autores que han salido en su defensa. ARAGÓN REYES, por ejemplo, estima que «el hecho de que el estado de excepción sólo pueda declararse por un máximo de 30 días y prorrogarse una sola vez por otros 30, no impide que, si pasado ese plazo máximo la situación continúa, pueda declararse un nuevo estado de excepción. Lo contrario supondría una interpretación absurda que dejaría al Estado inerme para seguir actuando si el supuesto de hecho persiste»[475].

Esta «tortuosa interpretación» con la que se intenta «esquivar» el art. 116.3 CE[476] es inaceptable. En primer lugar, porque contraviene claramente el tenor literal y el espíritu de los arts. 116.3 CE y 15.3 LOEAES. Este último precepto dispone que «si persistieran las circunstancias que dieron lugar a la declaración del estado de excepción, el Gobierno podrá solicitar del Congreso de los Diputados la prórroga de aquél, que no podrá exceder de treinta días». Es decir, «si la situación continua», lo que la LOEAES permite hacer al Gobierno no es declarar un «nuevo» estado de excepción, sino solicitar del Congreso su prórroga. Además, la interpretación propuesta por ARAGÓN REYES contraviene palmariamente el sentido del art. 116.3 CE, en tanto en cuanto la vacía de cualquier efecto práctico. Es evidente que la finalidad de este precepto es limitar de manera precisa, mediante un umbral exacto e infranqueable, el periodo de tiempo durante el cual el Gobierno, con la autorización del Congreso, puede, excepcionalmente, restringir de manera extraordinariamente intensa e incluso suspender derechos fundamentales. Si aceptáramos la

---

[474] En sentido similar, vid. el voto particular (§ 11) de XIOL RÍOS a la STC 148/2021.

[475] ARAGÓN REYES (2021), «El Tribunal Constitucional cumplió con la sentencia sobre el estado de alarma», *El País*, 4 de agosto de 2021. Esta solución ya había sido defendida en general (no en consideración específica a una situación de epidemia grave) por CRUZ VILLALÓN (1984), *Estados excepcionales y suspensión de garantías*, Tecnos, Madrid, p. 91.

[476] En palabras de OLLERO TASSARA, en su voto particular (§ 3) a la STC 148/2021.

interpretación de ARAGÓN REYES, ese límite temporal desaparecería *de facto*. El Gobierno y el Congreso podrían extender dicho periodo más allá de sesenta días. Obsérvese, además, que la declaración de un estado de alarma y su prórroga (i) producen los mismos efectos jurídicos, con la única salvedad de que la prórroga no puede ser prorrogada, y (ii) están sujetas a «los mismos requisitos» (art. 116.3 CE). *Ergo* son lo mismo, *de iure* y *de facto*, al margen de que su nombre difiera. El Gobierno incurriría en un evidente fraude si, con la autorización del Congreso, estableciera lo que, a todos los efectos, no es otra cosa que una nueva prórroga de un estado de excepción utilizando simplemente la triquiñuela de llamarla «nuevo estado de excepción». Como en otros tantos casos, la naturaleza jurídica de los actos jurídicos, especialmente en el ámbito público, no depende de cómo los denominen sus autores, sino de su contenido y efectos.

En segundo lugar, ARAGÓN REYES nos presenta el problema como si fuera un dilema interpretativo en el que sólo hay dos alternativas posibles: o bien el Gobierno y el Congreso contravienen el art. 116.3 CE para seguir protegiéndonos con medidas proporcionadas en una situación crítica, o bien respetan el art. 116.3 CE a costa de dejarnos desprotegidos. Planteado así el problema, cualquier persona sensata escogería la primera opción, que es el mal menor. Mejor ignorar la Constitución que dejar que la gente muera.

La pega de ese razonamiento es que hay una tercera alternativa. Sólidos argumentos apoyan la tesis de que las medidas enjuiciadas no constituyen una suspensión a los efectos del art. 55.1 CE y, por lo tanto, sí pueden ser válidamente adoptadas en un estado de alarma, que puede prolongarse más de dos meses. Esta interpretación literal, originalista, sistemática, realista y pragmática del término suspensión permite eludir los dos males a los que nos enfrenta, ineluctablemente, la doctrina sentada por la STC 148/2021. Esta tercera alternativa, al igual que la postulada por ARAGÓN REYES, permite que el Gobierno, previa autorización del Congreso, imponga medidas que restringen derechos de manera muy intensa, generalizada y proporcionada durante más de sesenta días, con el objeto de proteger a los ciudadanos en ciertas situaciones críticas. Y esta interpretación, a diferencia de la de ARAGÓN REYES, nos ahorra el espectáculo de que el Gobierno, el Congreso y, en su caso, los Tribunales se vean forzados a contravenir un tajante mandato constitucional, con el notable perjuicio que una contravención tal implica para la seguridad jurídica y la credibilidad de los poderes públicos.

g) *¿Necesidad constitucional de gestionar de manera centralizada crisis sanitarias graves?*

La doctrina sentada por la STC 148/2021 implica que, mientras el Tribunal Constitucional no la rectifique o no se reforme la Constitución, las crisis sanitarias para cuya resolución haga falta tomar medidas que restringen derechos «de manera generalizada y con una altísima intensidad» deberán ser gestionadas centralizadamente, de modo conjunto por el Gobierno de España y el Congreso de los Diputados, a través de un estado de excepción o, en su caso, de sitio.

Este problema será tanto más grave cuanto más extensivamente se interprete la expresión «restricción generalizada y de altísima intensidad», que define el concepto de suspensión de derechos. Y la enorme indeterminación de esta expresión propiciará que, en caso de duda, el Gobierno recurra al estado de excepción[477], aun en los casos en los que lo más apropiado y eficiente sería afrontar la crisis de manera descentralizada, con los instrumentos previstos en la legislación sanitaria –esperemos que adecuadamente remozada–.

[477] *Supra*, 4.7.a.

Más arriba hemos expuesto las razones por las que cabe sostener que este modelo centralizado no es o no tiene por qué ser necesariamente siempre el más adecuado para gestionar una crisis sanitaria grave en un estado descentralizado como el español, en el que las competencias sanitarias ordinarias, así como los conocimientos, experiencia y recursos asociados a ellas, están en manos de las Comunidades autónomas desde hace décadas[478]. Añadamos ahora algunas observaciones.

TAJADURA TEJADA (2021, p. 150) denuncia que la gestión descentralizada de la pandemia ha generado «un escenario de arbitrariedad –incompatible con el Estado de Derecho– en el que, en muchas ocasiones, Comunidades Autónomas con situación sanitaria y epidemiológica mejor que otras han establecido limitaciones de derechos más estrictas que las vigentes en otras con peor situación»[479].

En nuestra opinión, la diversidad de estas medidas, fruto inevitable de la descentralización del poder de acordarlas, no es intrínsecamente negativa ni positiva. Depende. Es posible que algunas divergencias estén justificadas en atención a que las circunstancias son diferentes en distintas Comunidades. Y, en este punto, hay que resaltar que los «sanitarios y epidemiológicos» no son los únicos datos relevantes para determinar qué medidas conviene adoptar. También hay que ponderar otros factores, tales como, por ejemplo, el coste de las medidas en cuestión o las preferencias de los ciudadanos, que pueden variar mucho en función del tejido económico y social de cada territorio. No es lo mismo cerrar establecimientos hoteleros en Soria que hacerlo en Mallorca. Otras divergencias, en cambio, deben valorarse negativamente, por cuanto son fruto de la descoordinación, los errores cometidos por algunas autoridades al examinar los hechos, sus sesgos, etc. Para evaluar la diversidad resultante de la descentralización habrá que ver, pues, si las divergencias positivas compensan o no las negativas.

Por otra parte, también la centralización genera un riesgo análogo: el de la «uniformidad arbitraria». La autoridad central tenderá seguramente a establecer las mismas medidas para todo el territorio nacional, aun cuando las circunstancias sanitarias, epidemiológicas, económicas y sociales sean muy distintas en sus distintas partes. No olvidemos que las disposiciones que más gravemente han limitado nuestra libertad durante la pandemia se establecieron y aplicaron, durante el primer estado de alarma, de manera estrictamente uniforme en todo el Estado, sin tener en cuenta que había enormes diferencias territoriales en cuanto a la incidencia del virus y otros factores relevantes. No es ni mucho menos descartable que millones de españoles, que vivían en zonas donde el riesgo de contagio era muy bajo, sufrieran como consecuencia de esa uniformidad restricciones injustificadas por excesivas.

La uniformidad tiene un lado positivo, por cuanto evita las divergencias indeseables que generaría la descentralización, pero también un lado negativo. La uniformidad puede obedecer a que la autoridad central no ha sido capaz de ver o, por cualquier motivo, no ha ponderado debidamente que las situaciones diferían en distintas partes del territorio y requerían un tratamiento diferente. La uniformidad impide comparar los resultados de distintas regulaciones y obtener información valiosa acerca de cuáles son preferibles. Además, la autoridad central también puede cometer errores o incurrir en sesgos al decidir, etc.

---

[478] *Supra*, 3.2.d, 3.5 y 3.9.

[479] TAJADURA TEJADA (2021, p. 150).

No podemos analizar aquí todas las ventajas y desventajas prácticas de la descentralización (y su corolario, la diversidad regulatoria) frente a la centralización (y la uniformidad) en la gestión de epidemias, así como las variables de las que dependen unas y otras. Parece claro, en cualquier caso, que el grado óptimo de descentralización estará en función de si y en qué medida las autoridades territoriales estén mejor o peor situadas que la central para establecer las regulaciones consideradas en cada caso.

h) *La desactivación del concepto de suspensión*

DÍAZ REVORIO achaca a la interpretación cualitativa del concepto de suspensión que la misma conduciría «ineludiblemente a la "desactivación"» de esta categoría constitucional[480]. Si aceptáramos tal tesis, la suspensión «sería prácticamente un imposible [y] la previsión constitucional del artículo 55.1 carecería de sentido»; «esta tesis desdibuja tanto la categoría de la suspensión de derechos que la hace prácticamente inútil, innecesaria, o vacía de contenido»[481]. La consecuencia de esta «desactivación» sería que «medidas que pueden afectar al contenido esencial de un derecho, o que lo desfiguran hasta el punto de no hacerlo reconocible» podrían adoptarse sin cumplir los «procedimientos y garantías necesarios para la suspensión»[482].

Coincidimos con este autor en que la tesis cualitativa del concepto de suspensión conduce a una cierta irrelevancia práctica o «desactivación» de esta categoría. En primer lugar, porque es difícil imaginar que bajo cualquiera de los estados de emergencia previstos en el art. 116 CE el Gobierno adopte medidas que supriman total y absolutamente derechos constitucionales. En segundo lugar, resulta complicado que una supresión tal pueda superar el test de proporcionalidad que, según ha declarado TEDH, también hay que aplicar en situaciones de emergencia[483]. En tercer lugar, una supresión total vulneraría seguramente los artículos de la LOEAES que regulan las medidas que cabe acordar en los estados de excepción y sitio, pues estos preceptos no permiten al Gobierno eliminar enteramente todas las garantías y facultades que forman parte del contenido del derecho en cuestión.

Sin embargo, no nos parece que esta «desactivación» resulte constitucionalmente problemática. Al contrario, estimamos que merece un juicio positivo, en atención a las consecuencias que de ella se derivan para la satisfacción real y efectiva de los principios constitucionales en juego.

El art. 55.1 CE contempla la posibilidad de que ciertos derechos sean suspendidos –en el sentido de la referida tesis cualitativa– en los estados de excepción y sitio, pero no garantiza esa posibilidad. No obliga al legislador orgánico a otorgar al Gobierno el poder de derogar totalmente esos derechos en tales estados. La LOEAES puede encauzar, atenuar, limitar, graduar e incluso eliminar ese poder suspensivo, en atención al principio de proporcionalidad. Y eso es lo que ha hecho la LOEAES, que seguramente estimó que no estaba justificado otorgar dicho poder al Gobierno para afrontar las situaciones extraordinarias correspondientes. Si bien la Constitución permite llegar hasta la eliminación transitoria total de ciertos derechos, la LOEAES ha preferido

[480] DÍAZ REVORIO (2021, p. 11).

[481] DÍAZ REVORIO (2021, pp. 24 y 25).

[482] DÍAZ REVORIO (2021, pp. 41 y 25).

[483] Vid. *supra*, 4.6.

que sólo se les pueda inferir un sacrificio menor[484]. Ha sido la LOEAES la que ha «desactivado» el concepto constitucional de suspensión, así entendido.

No es la primera vez que pasa algo similar. Por ejemplo, el art. 15 CE contempla la posibilidad de que las leyes militares prevean la pena de muerte para tiempos de guerra, pero no obliga a ello. El legislador puede, por lo tanto, desactivar esa posibilidad. Y eso es lo que hizo la Ley Orgánica 11/1995, de 27 de noviembre, de abolición de la pena de muerte en tiempo de guerra.

En los epígrafes anteriores hemos analizado las consecuencias que, para la satisfacción de los principios constitucionales implicados, se desprenden de la tesis cualitativa (y también de la gradualista) y, por lo tanto, también de la desactivación (o no desactivación) del concepto de suspensión de derechos. Creemos haber puesto de manifiesto que aquí las ventajas de la tesis cualitativa –y de su corolario, la referida desactivación– superan ampliamente a sus desventajas. Esta tesis nos ahorra enormes incertidumbres interpretativas y el grave riesgo de que se cometan errores en la elección del instrumento jurídico pertinente. Y, sobre todo, permite proteger de una manera más apropiada todos los derechos e intereses constitucionalmente legítimos afectados.

A las razones ya expuestas añadimos ahora otra. La referida desactivación del poder suspensivo efectuada por la LOEAES refuerza una idea que no está muy clara ni en la doctrina española ni en la STC 148/2021[485]: la de que las medidas restrictivas de derechos que el Gobierno puede adoptar en los estados de emergencia, también en los de excepción y sitio, deben respetar sustancialmente los mismos dos grandes límites aplicables a todas las medidas restrictivas de derechos, hayan sido tomadas en esos estados o fuera de ellos: los principios de legalidad y proporcionalidad.

Recordemos que éste es también el resultado que se ha impuesto en la práctica del Derecho internacional y, en particular, en la jurisprudencia del TEDH. También aquí el concepto de suspensión ha sido desactivado; se ha vuelto irrelevante y prescindible. A efectos prácticos, no hay diferencia sustancial entre suspender un derecho y restringirlo. En ambos casos, el Estado debe respetar los principios de legalidad y proporcionalidad[486]. Tomemos nota.

5. Conclusiones

En este trabajo analizamos las dos cuestiones jurídico-constitucionales más relevantes y controvertidas que en España ha suscitado la gestión de la crisis sanitaria provocada por la COVID-19: las de si las Comunidades autónomas pueden adoptar disposiciones generales restrictivas de derechos al amparo de la legislación sanitaria, y si las medidas restrictivas de derechos impuestas por el Gobierno en marzo de 2020 podían acordarse válidamente en un estado de alarma o, por el contrario, requerían la declaración del estado de excepción.

En el trabajo exponemos las razones por las cuales hay que responder afirmativamente a ambas cuestiones, desde una visión pragmática del Derecho, atenta sobre todo a las consecuencias

---

[484] Así lo han advertido REQUEJO RODRÍGUEZ (2018, pp. 1523 y 1528) y VELASCO CABALLERO (2020a, p. 90).

[485] Como advierte TERUEL LOZANO (2021a), «Derecho de excepción: el incompleto y confuso manual de instrucciones ofrecido por el Constitucional», *Hay Derecho*, 20 de julio de 2021.

[486] *Supra*, 4.6.

prácticas que para todos los derechos e intereses constitucionalmente legítimos se derivan de las distintas interpretaciones en liza. Una visión que confiere también una gran importancia al tenor literal de los preceptos aplicables, a sus antecedentes parlamentarios, contexto, espíritu y finalidad y a la realidad social del tiempo en el que dichos preceptos han de ser aplicados, en la medida en que ignorar estos criterios interpretativos puede tener consecuencias prácticas indeseables.

En el trabajo también analizamos críticamente los argumentos que se han dado en sentido contrario desde una perspectiva dogmática, basada en ideas preconcebidas o tópicos afirmados de manera inflexible, apodíctica o incluso circular. Una perspectiva formalista y poco atenta a la realidad, que tiende a desconocer no sólo las consecuencias prácticas que pueden desprenderse de las posibles interpretaciones, sino a veces también el tenor literal de los preceptos jurídicos aplicables, sus antecedentes, contexto, espíritu y finalidad.

La referida manera pragmática de ver y resolver problemas jurídicos como el analizado en este trabajo tiene al menos tres grandes ventajas sobre un enfoque dogmático. La primera es que es más respetuosa con los criterios establecidos en nuestro Derecho positivo (art. 3 del Código civil), con arreglo a los cuales hay que interpretar las normas jurídicas.

La segunda es que el método pragmático tiende a engendrar interpretaciones y soluciones jurídicas que producen mejores resultados prácticos, que satisfacen en mayor medida el conjunto de los derechos e intereses legítimos afectados. Es razonable pensar que cuanto más rigurosamente analice un intérprete –supongamos que benevolente– los resultados prácticos esperables de cada una de las posibles interpretaciones de un precepto legal y más los tenga en cuenta a la hora de escoger una de ellas, más probable será que la seleccionada maximice efectivamente la satisfacción de aquellos derechos e intereses. Cuanto más se ignoren los posibles efectos reales de interpretar de una manera u otra la ley y menos se tengan en consideración éstos, mayor será el riesgo de hacer interpretaciones y, a la postre, tomar decisiones de consecuencias prácticas perjudiciales para el conjunto de las personas concernidas.

En tercer lugar, el método pragmático es menos manipulable. Ningún criterio interpretativo permite evidenciar siempre, con absoluta certeza y pleno poder de convicción para todas las personas, cuál es la solución correcta de un problema jurídico. Tampoco ninguno es inmune a las influencias indeseables que sobre los intérpretes y sus interpretaciones pueden ejercer diversos factores: su ideología política, sus intereses crematísticos, las presiones sociales, diversos sesgos psicológicos, etc. Sin embargo, ello no significa que todos los métodos sean equivalentes a este respecto. Cabe pensar que los resultados del método pragmático son tendencialmente menos influenciables por esos factores que los del método dogmático. La explicación es sencilla. En el primer caso, la realidad y el conocimiento empírico juegan un papel decisivo en la actividad interpretativa. Las normas se interpretan teniendo en cuenta, sobre todo, qué efectos reales observables pueden tener en la práctica las alternativas interpretativas consideradas. Y la realidad es, ciertamente, manipulable, pero seguramente menos que las ideas preconcebidas, las afirmaciones apodícticas, las apelaciones a la intuición, los razonamientos circulares y los apriorismos característicos del método dogmático. Para éste no hay prácticamente nada imposible.

6. Bibliografía

Hugo A. ACCIARRI y Fernando TOHMÉ (2010), *Redundancy of legal rules*, disponible en https://lawcat.berkeley.edu/record/512727.

César AGUADO RENEDO (2021), «Gobierno y Parlamento en la emergencia sanitaria», Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid. Número Extraordinario. Derecho y Política ante la Pandemia: Reacciones y Transformaciones, Francisco VELASCO y Beatriz GREGORACI (coords.), t. I, pp. 47-60.

Jean-François AKANDJI-KOMBE (2007), *Positive obligations under the European Convention on Human Rights*, Council of Europe, Strasbourg.

Benito ALÁEZ CORRAL (2004), «El concepto de suspensión general de los derechos fundamentales», en Luis LÓPEZ GUERRA y Eduardo ESPÍN TEMPLADO (coords.), *La defensa del Estado*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 233-246.

Juan Manuel ALEGRE ÁVILA (2018), «Las competencias concurrentes sobre cultura», en Miguel RODRÍGUEZ-PIÑERO y María Emilia CASAS BAAMONDE (dirs.), *Comentarios a la Constitución Española*, BOE, Madrid, t. II, pp. 1499-1507.

Juan Manuel ALEGRE ÁVILA y Ana SÁNCHEZ LAMELAS (2020), «Nota en relación a la crisis sanitaria generada por la actual emergencia vírica», 13 de marzo de 2020, disponible en http://www.aepda.es/AEPDAEntrada-2741-Nota-en-relacion-a-la-crisis-sanitaria-generada-por-la-actual-emergencia-virica.aspx.

María Victoria ÁLVAREZ BUJÁN (2021), «A propósito del estado de alarma decretado en España por causa del Covid-19: el olvido del principio de proporcionalidad», *Revista Vasca de Administración Pública,* 119, pp. 209-248.

Francisco Javier ÁLVAREZ GARCÍA (2020), «Estado de alarma o de excepción», *Estudios Penales y Criminológicos*, 40, pp. 1-20.

Vicente ÁLVAREZ GARCÍA (2020), «La devolución competencial a las comunidades autónomas tras la recentralización operada para hacer frente a la pandemia de Covid-19», *Revista General de Derecho Administrativo*, 55.

Vicente ÁLVAREZ GARCÍA (2021a), 2020, el año de la pandemia de la COVID-19 (estudios jurídicos), Iustel, Madrid.

Vicente ÁLVAREZ GARCÍA (2021b), «Los errores de diseño del Derecho de necesidad para la lucha contra las pandemias y algunas claves para su reordenación futura», *Diario del Derecho*, 4 de octubre de 2021.

Vicente ÁLVAREZ GARCÍA, Flor ARIAS APARICIO y Enrique HERNÁNDEZ DÍEZ (2020), *Lecciones jurídicas para la lucha contra una epidemia*, Iustel, Madrid.

Carlos Alberto AMOEDO SOUTO (2020), «Vigilar y castigar el confinamiento forzoso», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 86-87, pp. 66-77.

Manuel ARAGÓN REYES (2020a), «Epílogo», en P. BIGLINO CAMPOS y F. DURÁN ALBA (eds.), *Los efectos horizontales de la COVID sobre el sistema constitucional*, Fundación Giménez Abad, Zaragoza.

Manuel ARAGÓN REYES (2020b), «Hay que tomarse la Constitución en serio», *El País*, 9 de abril de 2020.

Manuel ARAGÓN REYES (2020c), «COVID-19: Aproximación constitucional a una crisis», *Revista General de Derecho Constitucional*, 32.

Manuel ARAGÓN REYES (2021), «El Tribunal Constitucional cumplió con la sentencia sobre el estado de alarma», *El País*, 4 de agosto de 2021.

Antonio ARROYO GIL (2021), «El derecho a circular libremente en tiempos de pandemia», Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid. Número Extraordinario. Derecho y Política ante la Pandemia: Reacciones y Transformaciones, Francisco VELASCO y Beatriz GREGORACI (coords.), t. I, pp. 87-106.

Mariano BACIGALUPO (2020), «A vueltas con la licitud del confinamiento», *Infolibre*, 15 de abril de 2020.

José María BAÑO LEÓN (1991), Los límites constitucionales de la potestad reglamentaria, 1991, Civitas, Madrid.

José María BAÑO LEÓN (2020), «Confusión regulatoria en la crisis sanitaria», *Almacén de Derecho*, 29 de octubre de 2020, luego publicado en *Revista Española de Derecho Administrativo*, 209, 2020, pp. 11-22.

Javier BARCELONA LLOP (2007), «Obligaciones positivas del Estado inherentes a la garantía europea del derecho a la vida y a la integridad personal», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 30, pp. 11-52.

Francisco J. BASTIDA FREIJEDO (2020), «La cuarentena de los derechos», *La Nueva España*, 5 de abril de 2020.

Miguel Ángel BLANES CLIMENT (2020), «La incidencia del COVID-19 sobre la transparencia de las instituciones públicas», *Revista Española de la Transparencia*, 11, pp. 13-20.

Ángel CALDERÓN CEREZO (2021), «Derecho constitucional de excepción y estado de alarma», *Diario La Ley*, 9789, 20 de enero de 2021.

Josefa CANTERO MARTÍNEZ (2021), «La intervención administrativa en los derechos fundamentales de las personas por motivos de salud pública», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 210, pp. 79-124.

Marc CARRILLO (2020), «Los derechos en tiempo de pandemia», *Al Revés y al Derecho*, 17 de mayo de 2020.

Encarnación CARMONA CUENCA (2020), «Los derechos fundamentales en el Estado de alarma. La crisis sanitaria de la COVID19 en España», en BARCELÓ et al. (coords.), *COVID19 y parlamentarismo*, UNAM, México, pp. 221-237.

Enrique CEBRIÁN ZAZURCA (2021), «Pandemia y elecciones. El derecho de sufragio en España bajo las circunstancias excepcionales ocasionadas por la COVID-19», en Carlos GARRIDO LÓPEZ (coord.), *Excepcionalidad y Derecho: el estado de alarma en España*, Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza.

Antonio CIDONCHA MARTÍN (2020), «Coronavirus y libertad de empresa», en P. BIGLINO CAMPOS y F. DURÁN ALBA (eds.), *Los efectos horizontales de la COVID sobre el sistema constitucional*, Fundación Giménez Abad, Zaragoza.

César CIERCO SEIRA (2020), «Derecho de la salud pública y COVID-19», en David BLANQUER (coord.), *COVID-19 y Derecho público (durante el estado de alarma y más allá)*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 25-78.

Lorenzo COTINO HUESO (2020), «Confinamientos, libertad de circulación y personal, prohibición de reuniones y actividades y otras restricciones de derechos por la pandemia del Coronavirus», *Diario la Ley*, 9608, 30 de marzo de 2020.

Lorenzo COTINO HUESO (2021), «La (in)constitucionalidad de las restricciones y suspensión de la libertad de circulación por el confinamiento frente a la covid», en C. GARRIDO LÓPEZ (coord.), *Excepcionalidad y Derecho: el estado de alarma en España*, Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza.

Pedro CRUZ VILLALÓN (1984), Estados excepcionales y suspensión de garantías, Tecnos, Madrid.

Alfonso CUENCA MIRANDA (2021), «Análisis crítico de un estado de alarma excepcional: la covid-19 y el derecho de excepción», en Carlos GARRIDO LÓPEZ (coord.), *Excepcionalidad y Derecho: el estado de alarma en España*, Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza.

Susana DE LA SIERRA (2020), «Actualicemos el marco jurídico de las crisis sanitarias», *Agenda Pública*, 16 de julio de 2020.

Federico DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN (2021), *Mentiras, pandemia y Estado de derechos*, Universidad Pontificia Comillas, Madrid.

Ignacio DE OTTO (1995), *Derecho constitucional*, Ariel, Barcelona.

Francisco Javier DÍAZ REVORIO (2020), «A vueltas con la suspensión de los derechos fundamentales», *Almacén de Derecho*, 9 de abril de 2020.

Francisco Javier DÍAZ REVORIO (2021), «Desactivando conceptos constitucionales: la suspensión de derechos y los estados excepcionales», en Carlos GARRIDO LÓPEZ (coord.), *Excepcionalidad y Derecho: el estado de alarma en España*, Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza.

Gabriel DOMÉNECH PASCUAL (2002), *La invalidez de los reglamentos*, Tirant lo Blanch, Valencia.

Gabriel DOMÉNECH PASCUAL (2006), Derechos fundamentales y riesgos tecnológicos. El derecho del ciudadano a ser protegido por los poderes públicos, CEPC, Madrid.

Gabriel DOMÉNECH PASCUAL (2020a), «Derecho público del coronavirus (I). Competencia autonómica para adoptar medidas de contención», *Almacén de Derecho*, 14 de marzo de 2020.

Gabriel DOMÉNECH PASCUAL (2020b), «La discutible prórroga del estado de alarma», *Almacén de Derecho*, 17 de mayo de 2020.

Gabriel DOMÉNECH PASCUAL (2020c), «Comunidades autónomas, derechos fundamentales y covid-19», *Almacén de Derecho*, 21 de julio de 2020.

Gabriel DOMÉNECH PASCUAL (2021a), «Estado de alarma o de excepción: ¿Qué nos estamos jugando?», *Almacén de Derecho*, 12 de julio de 2021.

Gabriel DOMÉNECH PASCUAL (2021b), «La conversión del estado de alarma en un estado de excepción», *Almacén de Derecho*, 22 de julio de 2021.

Guillermo ENRÍQUEZ MALAVÉ (2020), «Inconstitucionalidad de las limitaciones a la libertad de circulación establecidas en el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19», *Diario La Ley*, 9620, 24 de abril de 2020.

Guillermo ESCOBAR ROCA (2021), «Los derechos humanos en estados excepcionales y el concepto de suspensión de derechos fundamentales», *Revista de Derecho Político*, 110, pp. 113-152.

Vicente ESCUIN PALOP (2012), La conversión de los actos administrativos: dogmática y realidad, Civitas, Madrid.

Joaquín SARRIÓN ESTEVE (2020), «Limitaciones a los derechos fundamentales en la declaración del estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19», en Elena ATIENZA y Juan Francisco RODRÍGUEZ (dirs.), *La respuesta del Derecho a las crisis de salud pública,* Dykinson, Madrid, pp. 29-46.

Pablo FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE MAYORDOMO (2020), «Desafíos constitucionales ante el coronavirus», en Gabriela COBO DEL ROSAL (dir.), *Derechos fundamentales en estado de alarma: una aproximación multidisciplinar*, Dykinson, Madrid, pp. 143-169.

Pablo FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE MAYORDOMO (2021a), «Los derechos fundamentales en estado de alarma: una suspensión inconstitucional», *Revista Vasca de Administración Pública*, 119, pp. 59-99.

Pablo FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE MAYORDOMO (2021b), «La crisis de los controladores aéreos y la COVID-19 como emergencias constitucionales insuficientemente regladas. Propuestas de *lege ferenda* para el estado de alarma», en Carlos GARRIDO LÓPEZ (coord.), *Excepcionalidad y Derecho: el estado de alarma en España*, Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza.

Dionisio FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ (2020), «Los problemas de las medidas jurídicas contra el coronavirus: las dudas constitucionales sobre el Estado de Alarma y los excesos normativos», *Diario La Ley*, 9641, 27 de mayo de 2020.

José Julio FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (2020), Cuestiones constitucionales sobre el estado de alarma en España y la pandemia del COVID-19, Documento de Opinión IEEE 43/2020.

Ángel FERNÁNDEZ SILVA (2021), «La restricción de los derechos fundamentales durante la crisis sanitaria en España», en Andrés Iván DUEÑAS CASTRILLO et al. (coords.), *La Constitución en tiempos de pandemia*, Dykinson, Madrid, pp. 119-134.

Mercedes FUERTES LÓPEZ (2020), «Estado de excepción, no de alarma», *El Mundo*, 20 de abril de 2020.

GARCÍA-ESCUDERO MÁRQUEZ (2020), «Actividad y funcionamiento de las Cortes Generales durante el estado de alarma por COVID-19», en TUDELA ARANDA (ed.), *El Parlamento ante la COVID-19*, Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza, pp. 18-27.

Carlos GARRIDO LÓPEZ (2020), «La naturaleza bifronte del estado de alarma y el dilema limitación-suspensión de derechos», *Teoría y Realidad Constitucional*, 46, pp. 371-402.

John M. GOLDEN (2016), «Redundancy: When the Law Repeats Itself», *Texas Law Review*, 94, pp. 629-711.

Itziar GÓMEZ FERNÁNDEZ (2021), «¿Limitación o suspensión? Una teoría de los límites a los derechos fundamentales para evaluar la adopción de estados excepcionales», en Carlos GARRIDO LÓPEZ (coord.), *Excepcionalidad y Derecho: el estado de alarma en España*, Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza.

Susan HAACK (2005), «On Legal Pragmatism: Where Does the Path of the Law Lead Us?», *American Journal of Jurisprudence*, 50, pp. 71-105.

Alejandro HUERGO LORA (2021), «Fuentes del Derecho», Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid. Número Extraordinario. Derecho y Política ante la Pandemia: Reacciones y Transformaciones, Francisco VELASCO y Beatriz GREGORACI (coords.), t. I, pp. 173-187.

Joan David JANER TORRENS (2020), «La aplicación de la cláusula derogatoria del Convenio Europeo de Derechos Humanos con motivo de la crisis sanitaria derivada del COVID19», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 40.

Iñaki LASAGABASTER HERRARTE (2020), «La respuesta a la pandemia del Covid19 y el estado de las autonomías», *Eunomía*, 19, pp. 127-153.

Guillermo LEIVA ESCUDERO (2020), «Constitucionalidad de las restricciones a la libertad de circulación en el estado de alarma por el coronavirus Covid-19», *Diario La Ley*, 9642, 28 de mayo de 2020.

Diego LÓPEZ GARRIDO (2020), «Un estado de excepción sería inconstitucional», *Eldiario.es*, 11 de abril de 2020.

Antonio MARTÍNEZ NIETO (2020), «Coronavirus, tráfico y movilidad. Suspensión del derecho a la libre circulación por la alarma del Covid-19 y posibles lecciones del post-coronavirus para el futuro de movilidad», *Diario La Ley,* 9610, 8 de abril de 2020.

Alastair MOWBRAY (2010), «A Study of the Principle of Fair Balance in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights», *Human Rights Law Review*, 10-2, pp. 289-317.

Alastair MOWBRAY (2004), The Development of Positive Obligations Under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights, Hart, Oxford.

Santiago MUÑOZ MACHADO (2020), «El poder y la peste de 2020», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 90-91, pp. 114-131.

Alba NOGUEIRA LÓPEZ (2020a), «Confinar el coronavirus. Entre el viejo Derecho sectorial y el Derecho de excepción», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 86-87, pp. 22-31.

Alba NOGUEIRA LÓPEZ (2020b), «El confinamiento no necesita el estado de alarma», *El País*, 13 de julio de 2020.

Álvaro NÚÑEZ VAQUERO (2014), «Dogmática jurídica», *Eunomía*, 6, pp. 245-260.

Miguel PASQUAU LIAÑO (2021), «La "alarma", la "excepción" y la "autoridad"», *CTXT. Contexto y Acción*, 20 de julio de 2021.

Richard A. POSNER (2003), *Law, Pragmatism, and Democracy*, Harvard University Press, Cambridge.

Miguel PRESNO LINERA (2020), «Teoría y práctica de los derechos fundamentales en tiempos de COVID-19», *Revista Administración & Cidadanía*, 15:2, pp. 331-358.

Manuel REBOLLO PUIG (1999), «La peculiaridad de la policía administrativa y su singular adaptación al principio de legalidad», *Revista Vasca de Administración Pública*, 54, pp. 247-282.

Paloma REQUEJO RODRÍGUEZ (2018), «Artículo 55», en Miguel RODRÍGUEZ-PIÑERO y María Emilia CASAS BAAMONDE (dirs.), *Comentarios a la Constitución Española*, BOE, Madrid, t. I, pp. 1521-1543.

Joan RIDAO (2021a), «La pugna sobre la prevalencia del estado de alarma o de los poderes de necesidad de la legislación sanitaria como expresión de las diferencias sobre el estado autonómico», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 95.

Joan RIDAO (2021b), «El Tribunal Constitucional siembra incertidumbre», *El País*, 9 de agosto de 2021.

Pablo RIQUELME VÁZQUEZ (2021), «Elecciones en tiempos de pandemia: la experiencia de las Comunidades Autónomas de Galicia y el País Vasco», en DUEÑAS ET AL. (coords.), *La Constitución en tiempos de pandemia*, Dykinson, Madrid, pp. 135-156.

José María RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, «Sistema de fuentes del Derecho administrativo», en José María RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, Gabriel DOMÉNECH PASCUAL y Luis ARROYO JIMÉNEZ (coords.), *Tratado de Derecho administrativo*, Marcial Pons, Madrid, t. I.

Ricardo RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ (2020), ¿Estado de alarma o estado de excepción?», *Diario La Ley*, 9621, 27 de abril de 2020.

David RODRÍGUEZ FIDALGO (2021), «Del estado de alarma al control judicial del Derecho de necesidad frente a la pandemia», *Almacén de Derecho*, 2021.

Francisco RUBIO LLORENTE (1993), *La forma del poder*, CEC, Madrid.

Carlos RUIZ MIGUEL (2020), «Crisis del Coronavirus y crisis del Estado constitucional español», *Diario La Ley*, 9656, 18 de junio de 2020.

Agustín RUIZ ROBLEDO (2021), «Problemas constitucionales del estado de alarma por la COVID-19 en España», *Revista de Estudos Jurídicos UNESP*, 23:38 (2019), pp. 83-104.

Eva SÁENZ ROYO (2020), «Limitar derechos fundamentales durante la pandemia», *Agenda Pública*, 14 de julio de 2020

Eva SÁENZ ROYO (2021), «La incapacidad del Congreso en la pandemia», *Agenda Pública*, 1 de febrero de 2021.

Laura SALAMERO TEIXIDÓ (2016), «Derechos individuales frente a salud pública en la protección ante enfermedades contagiosas: propuestas de mejora del marco regulatorio vigente», *Gaceta Sanitaria*, 30 (S1), pp. 69-73.

Laura SALAMERO TEIXIDÓ (2018), «La salud pública como límite a los derechos y libertades individuales en situaciones de riesgo e incertidumbre, en BLANC y CIERCO (coords.), *El Derecho ante la salud pública: dimensión interna, europea e internacional*, Aranzadi, Cizur Menor.

Laura SALAMERO TEIXIDÓ (2020), «Algunas reflexiones sobre la autorización o ratificación judicial de medidas sanitarias al hilo de la aprobación de actos plúrimos para hacer frente a la Covid-19», *Diario La Ley*, 9638, 22 de mayo de 2020.

Óscar SÁNCHEZ MUÑOZ (2020), «El Derecho de sufragio en tiempos de pandemia», en P. BIGLINO CAMPOS y F. DURÁN ALBA (eds.), *Los efectos horizontales COVID sobre el sistema constitucional: estudios sobre la primera oleada*, Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza.

SANTAMARÍA PASTOR (2020), «Notas sobre el ejercicio de las potestades normativas en tiempo de crisis», en David BLANQUER (coord.), *COVID-19 y Derecho público (durante el estado de alarma y más allá)*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 207-239.

Joaquín SARRIÓN ESTEVE (2020), «La competencia de las autoridades sanitarias para restringir derechos en situación de crisis sanitaria», *Gaceta Sanitaria*, publicado *on line* el 15 de septiembre de 2020.

Sara SIEIRA MUCIENTES (2020), «Estado de alarma», *Eunomía*, 19, pp. 275-305.

Juan José SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA (2020), «Algunas consideraciones constitucionales sobre el estado de alarma», en P. BIGLINO CAMPOS y F. DURÁN ALBA (eds.), *Los efectos horizontales de la COVID sobre el sistema constitucional*, Fundación Giménez Abad, Zaragoza.

Juan José SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA (2021), «El estado de alarma y del Derecho de crisis en nuestro sistema constitucional», Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid. Número Extraordinario. Derecho y Política ante la Pandemia: Reacciones y Transformaciones, Francisco VELASCO y Beatriz GREGORACI (coords.), t. I, pp. 17-29.

Javier TAJADURA TEJADA (2021), «El estado de Derecho frente al COVID: reserva de ley y derechos fundamentales», *Revista Vasca de Administración Pública*, 120, pp. 137-175.

Julio TEJEDOR BIELSA (2021), «De volcanes y virus», *El Blog de esPublico*, 8 de octubre de 2021.

Pedro TENORIO SÁNCHEZ (2021), «Cuarenta años de jurisprudencia constitucional en España: derecho a un recurso efectivo en relación con la declaración del estado de alarma como limitadora de derechos fundamentales», *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 25(1), pp. 195-223.

Germán TERUEL LOZANO (2020), «Desconcierto jurídico ante el rebrote de la pandemia: pinceladas aclaratorias», *Hay Derecho*, 26 de agosto de 2020.

Germán TERUEL LOZANO (2021a), «Derecho de excepción: el incompleto y confuso manual de instrucciones ofrecido por el Constitucional», *Hay Derecho*, 20 de julio de 2021.

Germán TERUEL LOZANO (2021b), *Estado de alarma y derechos fundamentales ante la pandemia de la COVID-19* (disponible en academia.edu).

José TUDELA ARANDA (2021), «Parlamento y estado de alarma», en Carlos GARRIDO LÓPEZ (coord.), *Excepcionalidad y Derecho: el estado de alarma en España*, Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza.

Joaquín URÍAS (2020), «Estado de alarma y limitación de derechos: ni excepción, ni suspensión», *Al Revés y al Derecho*, 14 de abril de 2020.

Francisco VELASCO CABALLERO (2020a), «Libertades públicas durante el estado de alarma por la COVID-19», en David BLANQUER (dir.), *COVID-19 y Derecho público (durante el estado de alarma y más allá)*, Tirant Lo Blanch, Valencia, pp. 81-133.

Francisco VELASCO CABALLERO (2020b), «¿Estamos ante una "suspensión" de derechos fundamentales? Más bien no», *Blog de Francisco Velasco*, 5 de abril de 2020.

Francisco VELASCO CABALLERO (2020c), «Que no, que ni hay suspensión de derechos, ni hace falta un estado de excepción», *Blog de Francisco Velasco*, 11 de abril de 2020.

Francisco VELASCO CABALLERO (2020d), «Confinamientos autonómicos, el caso de Lleida», *Blog de Francisco Velasco*, 13 de julio de 2020.

Francisco VELASCO CABALLERO (2020e), «Estado de alarma y distribución territorial del poder», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 86-87, pp. 78-87.

José Manuel VERA SANTOS (2020), «Estado de alarma: tarde y mal», *El Independiente*, 19 de marzo de 2020.

Ignacio VILLAVERDE (2020), «COVID-19: la gran prueba de estrés para los sistemas constitucionales (y para los constitucionalistas)», *The Conversation*, 14 de mayo de 2020.

Dimitris XENOS (2011), The Positive Obligations of the State Under the European Convention of Human Rights, Routledge, London.

InDret
4.2022

Antoni Rubí Puig
Universitat Pompeu Fabra
-

Laura Herrerías Castro
Universitat Pompeu Fabra
-

«Radar COVID» y protección de datos personales

Un análisis de los procedimientos sancionadores de la Agencia Española de Protección de Datos

Sumario

-

El trabajo analiza las resoluciones de la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) publicadas el 9 de junio de 2022 por medio de las cuales se sanciona a la Secretaría de Estado de Digitalización e Inteligencia Artificial (SEDIA) y a la Dirección General de Sanidad Pública (DGSP) por diversas infracciones del Reglamento General de Protección de Datos cometidas en el desarrollo, implementación y funcionamiento de la aplicación para el rastreo de posibles contactos positivos de COVID-19 denominada «Radar COVID». Después de describir el proceso de desarrollo de la aplicación y su funcionamiento, el trabajo se centra en los aspectos del régimen jurídico sobre protección de datos personales que, según la AEPD, sus promotores habrían incumplido. En este sentido, se analiza el concepto de dato personal manejado por las resoluciones, la calificación de las posiciones de responsable y encargado de los tratamientos de datos entre los sujetos investigados, y los diferentes deberes vinculados al principio de responsabilidad activa. Por último, el trabajo presenta una serie de valoraciones críticas sobre el desarrollo de herramientas informáticas para afrontar situaciones de emergencia sanitaria.

Abstract

-

This article analyzes the resolutions published on June 9, 2022 by which the Spanish Data Protection Agency (AEPD) imposes an administrative penalty to the Secretary of State for Digitization and Artificial Intelligence (SEDIA) and the General Directorate of Public Health (DGSP) for various infringements of the General Data Protection Regulation that were committed during the development, implementation and operation of «Radar COVID», a COVID-19 contact tracing application. After describing how the app was developed and how it works, the article focuses on the various aspects from the legal regime on the protection of personal data that, according to the AEPD, the app promoters would have violated. In this regard, the concept of personal data used in the resolutions, the allocation of the roles of data controller and data processor between the various investigated subjects, and the different duties linked to the principle of accountability are analyzed. Finally, the article includes a series of criticisms against the development of digital tools to deal with health emergency situations.

Title: *«Radar COVID» and personal data protection. An analysis of the Spanish Data Protection Agency's sanction procedures*

-

Palabras clave: aplicaciones de rastreo, Radar COVID, datos personales, RGPD, AEPD

Keywords: *tracing apps, Radar COVID, personal data, GDPR, Spanish Data Protection Agency*

-

Índice

-

1. *Introducción*
2. *Desarrollo e implementación de la aplicación de rastreo «Radar COVID»*
3. *Funcionamiento y uso de la aplicación «Radar COVID»*
4. *Las resoluciones sancionadoras de la AEPD en los procesos PS/00222/2021 y PS/00233/2021*
4.1. Procedimiento
4.2. Principales cuestiones tratadas en las resoluciones de los procedimientos sancionadores
a) Identificación de los datos personales tratados por «Radar COVID» durante la fase de desarrollo de la aplicación
b) Determinación de los sujetos implicados en el tratamiento de datos personales: responsables del tratamiento, encargados del tratamiento y corresponsables
c) Deberes de información y transparencia
d) Obligación de elaborar las correspondientes evaluaciones de impacto
e) Vulnerabilidades en la aplicación
4.3. Sanción impuesta por la AEPD
5. *Valoraciones y lecciones para futuras pandemias*
5.1. Emergencia y ponderación de derechos
5.2. Rapidez e incertidumbre en la adopción de decisiones
5.3. Complejidad del entorno institucional y de decisión
a) Dimensión interna
b) Dimensión externa
5.4. Una tecnología que no ha funcionado bien
a) Utilización escasa de aplicaciones de rastreo
b) Desconfianza hacia las aplicaciones de rastreo
c) Inefectividad de las aplicaciones de rastreo
6. *Bibliografía*

-

Este trabajo se publica con una licencia Creative Commons Reconocimiento-No Comercial 4.0 Internacional

1. Introducción*

El pasado 9 de junio de 2022, la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) publicó dos resoluciones mediante las cuales sanciona a la Secretaría de Estado de Digitalización e Inteligencia Artificial (SEDIA) y a la Dirección General de Sanidad Pública (DGSP) por diversas infracciones de la normativa sobre protección de datos personales cometidas en el desarrollo, implementación y funcionamiento de la aplicación para el rastreo de posibles contactos positivos de COVID-19 denominada «Radar COVID»[487].

Las casi 400 páginas que suman ambas resoluciones sirven para ilustrar diversos problemas que puede comportar el desarrollo de herramientas tecnológicas para reaccionar rápidamente frente a eventos disruptivos como una pandemia global. La mayoría de los problemas detectados en la implementación de esta tecnología no son exclusivos del ejemplo español y pueden encontrarse también en las experiencias de desarrollo de aplicaciones de rastreo de positivos de COVID-19 en otros países[488].

Las resoluciones de la AEPD revelan, al menos, tres factores que condicionan el desarrollo de este tipo de herramientas tecnológicas y que ponen en cuestión la conveniencia de impulsarlas. En primer lugar, las aplicaciones de rastreo y otras herramientas similares se han de adoptar en una situación de emergencia permeada de un alto nivel de incertidumbre: los decisores carecen, de entrada, de conocimientos suficientes acerca de la eficacia de la tecnología, de algunas de sus implicaciones éticas y jurídicas[489], así como de la disponibilidad de alternativas mejores. En segundo lugar, se han de adoptar de forma inmediata o, al menos con rapidez y, con frecuencia, con mucha improvisación: los decisores han de valorar si la emergencia y la urgencia permiten una mayor injerencia en los derechos a la intimidad y a la protección de datos personales o si el marco normativo actual -sobre todo, el Reglamento General de Protección de Datos[490]- ya ofrece una ponderación cerrada que les impide ejercer algún margen de discreción. En tercer lugar, se han de adoptar en un entorno institucional y de decisión complejo: los decisores habrán de distribuir entre ellos los roles y las diferentes obligaciones de garantía de los derechos sobre los datos personales.

---

*Este trabajo se ha realizado en el marco del proyecto «Coronavirus i dret privat» (2020PANDE00092), financiado por la Agència de Gestió d'Ajuts Universitaris i de Recerca (AGAUR) de la Generalitat de Catalunya.

[487]Se trata de la Resolución de la Agencia Española de Protección de Datos en el expediente N.º PS/00222/2021 (en adelante, «Resolución AEPD SEDIA») [disponible en: https://www.aepd.es/es/documento/ps-00222-2021.pdf (fecha de consulta: 15.10.2022)], y de la Resolución de la Agencia Española de Protección de Datos en el expediente N.º PS/00233/2021 (en adelante, «Resolución AEPD DGSP») [disponible en: https://www.aepd.es/es/documento/ps-00233-2021.pdf (fecha de consulta: 15.10.2022)].

[488] Para un examen general de la litigación en materia de protección de datos personales y COVID-19, véase ANGIOLINI, Chiara, «Case Law Survey On Data Protection – COVID-19 Litigation Project», *Legal Policy & Pandemics. The Journal of the Global Pandemic Network – LPPJ*, vol. 1, núm. 1-2-3, 2021, pp. 197-224. Véase también, YOO, Christopher S./VIDYARTHI, Apratim, «Privacy in the Age of Contact Tracing: An Analysis of Contact Tracing Apps in Different Statutory and Disease Frameworks», *University of Pennsylvania Journal of Law and Innovation*, vol. 5, 2021, pp. 103-158; GREENLEAF, Graham/KEMP, Katharine, «Australia's "COVIDSafe App": An Experiment in Surveillance, Trust and Law», *University of New South Wales Law Research Series*, vol. 7, 2021, pp. 1-17.

[489] Véase Organización Mundial de la Salud, «Ethical considerations to guide the use of digital proximity tracking technologies for COVID-19 contact tracing» (WHO/2019-nCoV/Ethics_Contact_tracing_apps/2020.1).

[490] Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (OJ L 119/1, 4.5.2016, p. 1-88) (en adelante, «RGPD»).

El presente trabajo describe el desarrollo y funcionamiento de la aplicación «Radar COVID», explica las diferentes infracciones detectadas y las sanciones impuestas a la SEDIA y a la DGSP en sendas resoluciones dictadas por la AEPD, y ofrece, finalmente, algunas valoraciones críticas.

2. Desarrollo e implementación de la aplicación de rastreo «Radar COVID»

Poco después de la declaración del estado de alarma[491], el gobierno de España dio los primeros pasos para poner en marcha diversas herramientas tecnológicas con el fin de intentar actuar contra la propagación del coronavirus SARS-CoV-2. La iniciativa -también seguida en muchos otros países- se emprende en un momento en el cual la información sobre las características del coronavirus, sus formas de contagio y las estrategias de prevención eran más bien limitadas. Así, el 27 de marzo de 2020 el entonces Ministro de Sanidad, Salvador Illa, dictó una Orden por la cual encargaba a la Secretaría de Estado de Digitalización e Inteligencia Artificial (SEDIA), dependiente del Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital, el desarrollo de diversas actuaciones para la gestión de la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19[492]. Mediante el resuelvo primero de esta Orden se encomendaba a la SEDIA: (i) el desarrollo urgente y la operación de una aplicación informática para el apoyo en la gestión de la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19; (ii) el desarrollo de un asistente de conversación o *chatbot* para ser utilizado vía WhatsApp y otras aplicaciones de mensajería instantánea; y (iii) el desarrollo de una web informativa.

A lo que aquí interesa, la Orden describía la referida aplicación informática como una herramienta para permitir a sus usuarios realizar una autoevaluación acerca de la probabilidad de estar infectados con el coronavirus a partir de la información sobre síntomas médicos que le suministraran; y para recibir información, consejos y recomendaciones[493]. En ningún caso, establecía la Orden, la aplicación debería configurarse como un servicio de diagnóstico médico, de atención de urgencias o de prescripción de fármacos. Por otra parte, la aplicación debería permitir la geolocalización del usuario a los solos efectos de verificar que se encontraba en la comunidad autónoma en la que declarara estar. La Orden señalaba, finalmente, que el responsable del tratamiento de los datos personales sería el Ministerio de Sanidad y que el encargado y titular de la aplicación sería la SEDIA.

La descripción del encargo incluida en la Orden no se refiere expresamente a ninguna aplicación informática para el rastreo o trazabilidad de contactos[494]. En otras palabras, el encargo inicial

[491] 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 (BOE núm. 67, de 14.3.2020).

[492] Orden SND/297/2020, de 27 de marzo, por la que se encomienda a la Secretaría de Estado de Digitalización e Inteligencia Artificial, del Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital, el desarrollo de diversas actuaciones para la gestión de la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 (BOE núm. 86, de 28.3.2020).

[493] La SEDIA puso en marcha una aplicación de autodiagnóstico e información conocida como «Asistencia COVID-19». Paralelamente, algunas CCAA desarrollaron sus propias aplicaciones de autoevaluación del COVID-19, por ejemplo, Cataluña («StopCovid19 CAT»), la Comunidad de Madrid («CoronaMadrid»), y el País Vasco («COVID-19.eus»). Para una descripción detallada de estas 4 aplicaciones véase el informe *COVID-19 Android Apps: Spain App Analysis Report* elaborado por AppCensus [disponible en: https://blog.appcensus.io/wp-content/uploads/2020/04/report.pdf (fecha de consulta: 15.10.2022)]

[494] Véanse Resolución AEPD SEDIA, p. 76 y Resolución AEPD DGSP, p. 71 y p. 138. La Resolución AEPD SEDIA, p. 80, señala que tampoco había una habilitación para el desarrollo de la aplicación «Radar COVID» en el Real Decreto-Ley 21/2020, de 9 de junio, de medidas urgentes de prevención, contención y coordinación para hacer

descrito en la Orden no abarcaba el desarrollo de una «aplicación móvil nacional de rastreo de contactos y advertencia», definida por la Comisión Europea como «una aplicación informática aprobada a nivel nacional que funciona en dispositivos inteligentes, en particular teléfonos inteligentes, [que] está normalmente diseñada para una interacción específica y de amplio alcance con recursos web y trata datos de proximidad y otra información contextual recogida por muchos de los sensores que se encuentran en los dispositivos inteligentes, con el fin de rastrear los contactos con personas infectadas por el SARS-CoV-2 y de advertir a las personas que pueden haber estado expuestas al SARS-CoV-2; estas aplicaciones móviles pueden detectar la presencia de otros dispositivos que utilizan Bluetooth e intercambiar información con servidores finales (*back-end*) a través de internet»[495].

A pesar de no contar con un encargo específico, la SEDIA emprendió durante el mes de abril de 2020 las primeras actuaciones para poder desarrollar una aplicación de rastreo de casos positivos de infección por el coronavirus SARS-CoV-2. Después de una primera reunión interministerial, el 9 de junio de 2020 la entonces Directora General de Salud Pública, Calidad e Innovación (DGSPCI)[496], órgano directivo dependiente del Ministerio de Sanidad, envió una carta al Secretario General de Administración Digital (SGAD), órgano directivo dependiente de la SEDIA, para comunicarle el visto bueno a las pruebas previas necesarias para implementar la aplicación «Radar COVID».

La SGAD acordó el 15 de junio de 2020 la contratación de los servicios para el desarrollo de la aplicación «Radar COVID» con la sociedad mercantil INDRA SOLUCIONES TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN, S.L.U. (en adelante, «INDRA») por un importe de 330.537,52 euros[497]. En este contrato con INDRA, se establecieron tres fases de implantación de la app: fase pre-piloto, fase piloto y fase post-piloto. A los efectos de las resoluciones de la AEPD analizadas en este trabajo, resultan especialmente relevantes la fase piloto y, en menor medida, la fase post-piloto.

La fase piloto se llevó a cabo en la localidad de San Sebastián de La Gomera en las Islas Canarias, con una población censada de unos 7.900 habitantes. Durante esta fase inicial, se perseguía contar con un grupo de población muy limitado para así contrastar la fiabilidad de la aplicación mediante simulaciones y recurriendo a falsos negativos y falsos positivos. El proyecto piloto se llevó a cabo entre el 29 de junio y el 31 de julio de 2020. Durante esta fase, como se verá, la app «Radar COVID» estuvo accesible para cualquier ciudadano que quisiera descargarla, y no únicamente para los habitantes de San Sebastián de La Gomera o de otras poblaciones de la isla. Tras considerar que la aplicación había superado esta fase de pruebas y que había permitido resultados notables para la trazabilidad de contactos positivos, el día 19 de agosto sus responsables procedieron a su puesta en funcionamiento en varias CC.AA.

---

frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 (BOE núm. 163, de 10.6.2020), cuyos artículos 5, 26 y 27 se referían expresamente a la trazabilidad de contactos.

[495] Art. 1.i de la Decisión de Ejecución (UE) 2020/1023 de la Comisión de 15 de julio de 2020 que modifica la Decisión de Ejecución (UE) 2019/1765 en lo concerniente al intercambio transfronterizo de datos entre las aplicaciones móviles nacionales de rastreo de contactos y advertencia para combatir la pandemia de COVID-19 (C/2020/4934) (OJ L 227I, 16.7.2020, p. 1-9).

[496] A partir del 4 de agosto de 2020, el órgano pasa a denominarse Dirección General de Salud Pública (DGSP). Además, parte de sus competencias pasan a otro organismo de nueva creación: la Secretaría General de Salud Digital, Información e Innovación del Sistema Nacional de Salud (SGSDII). Véase *infra* apartado 4.2.b).

[497] Contrato tramitado de emergencia con arreglo al artículo 120 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (BOE núm. 272, de 9.11.2017).

El 15 octubre de 2020 se publica en el BOE el Acuerdo de 9 de octubre entre el Ministerio de Sanidad y el Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital acerca de la aplicación «Radar COVID»[498]. Este acuerdo identifica el rol de los diferentes intervinientes en la gestión de la aplicación, así como su papel en la celebración de convenios de colaboración con las autoridades sanitarias de las diferentes CCAA. En particular, el acuerdo especifica que, en estos convenios, el Ministerio de Sanidad y la Consejería competente en materia de sanidad de la Comunidad de que se trate figurarán como responsables de los tratamientos de datos de carácter personal efectuados por la aplicación «Radar COVID» mientras que la SGAD -dependiente de la SEDIA- asumirá la posición de encargado de tratamiento. Se trata del primer documento oficial que procede a una distribución formal de roles relativos a los tratamientos de datos personales entre los principales intervinientes en la gestión de la aplicación, y que no es elaborado hasta varios meses después de la puesta en funcionamiento de la aplicación «Radar COVID».

Antes de describir el funcionamiento de la aplicación «Radar COVID» y la decisión adoptada por la AEPD en sus resoluciones, es oportuno destacar varias vicisitudes ocurridas durante su proceso de desarrollo. En primer lugar, las tareas para la implementación de la aplicación fueron parejas al proceso de investigación de la AEPD. De hecho, el primer requerimiento de información efectuado por la AEPD a la SEDIA se notificó a principios de junio de 2020[499], esto es, antes de iniciar la fase piloto. En efecto, los problemas de la aplicación desde la perspectiva del derecho de la protección de datos personales eran conocidos o podían ser conocidos por los promotores de «Radar COVID» desde los primeros momentos de su desarrollo.

En segundo lugar, diferentes documentos elaborados por los responsables de la aplicación «Radar COVID» -entre ellos, los términos y condiciones de uso y la política de privacidad asociada a la app- se han modificado en diferentes ocasiones. Las diferencias entre las primeras y las últimas versiones son significativas y ponen de relieve no solo la necesidad de una adaptación gradual sino la escasa diligencia desplegada en la redacción de las primeras versiones.

Finalmente, el 9 de septiembre de 2020 se publicó en abierto el código fuente de la aplicación. Pese a la insistencia de varios expertos y activistas para facilitar esta información y poder contrastar el funcionamiento de la app y sus implicaciones técnicas, jurídicas y éticas, no fue hasta esa fecha en la que el código fuente se puso a disposición del público.

3. Funcionamiento y uso de la aplicación «Radar COVID»

«Radar COVID» se describe, en la página web sobre la misma elaborada por el Gobierno de España, como «una aplicación móvil desarrollada para ayudar a controlar la propagación de la COVID-19 a través de la identificación de los posibles contactos estrechos de casos confirmados a través de la tecnología Bluetooth»[500].

---

[498] Resolución de 13 de octubre de 2020, de la Subsecretaría, por la que se publica el Acuerdo entre el Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital y el Ministerio de Sanidad, acerca de la aplicación «Radar COVID» (BOE núm. 273, de 15.10.2020).

[499] Los otros cuatro requerimientos enviados a la SEDIA se formularon en los cinco meses siguientes. El requerimiento a la otra investigada, la SGSDII, se dirigió el 4 de diciembre de 2020.

[500] Véase https://radarcovid.gob.es/faq-informacion-general [texto recogido en Resolución AEPD DGSP, p. 68; y Resolución AEPD SEDIA, p. 76 (fecha de consulta: 15.10.2022)].

El funcionamiento de la aplicación es relativamente sencillo pues basta con descargarla desde cualquier dispositivo móvil con sistema operativo Android o iOS, seleccionar el idioma deseado (entre castellano, catalán o valenciano, euskera, gallego, inglés, francés, o rumano), aceptar las condiciones de uso[501] y política de privacidad[502], y, finalmente, activar tanto las notificaciones como el sistema Bluetooth.

A nivel técnico, «Radar COVID» emplea el Sistema de Notificación de Exposiciones (SNE) proporcionado por Apple y Google que, a su vez, fue desarrollado a partir del Protocolo de rastreo de proximidad descentralizado para preservar la privacidad (DP-3T)[503]. Este sistema utiliza la tecnología Bluetooth de baja energía (BLE) para llevar a cabo el rastreo de contactos[504]. En particular, cada teléfono móvil genera una clave aleatoria diaria llamada «clave de exposición temporal»[505] y, a partir de esta clave, se generan unos identificadores anónimos conocidos como «identificadores efímeros Bluetooth». Estos identificadores se intercambian automáticamente entre los teléfonos móviles cercanos que tienen la aplicación y el Bluetooth activado, y quedan almacenados en el registro de contactos del teléfono durante un plazo de 14 días.

Cuando un usuario es diagnosticado de COVID-19 puede solicitar al Servicio Público de Salud de su comunidad autónoma un código de confirmación de un solo uso para introducirlo en la aplicación. Siempre que el usuario lo consienta expresamente, la información del contagio se envía al servidor de la SGAD que se encarga de componer un listado de claves de exposición temporal de personas contagiadas por COVID-19. La aplicación descarga diariamente las claves de exposición temporal del servidor de la SGAD y las compara con los identificadores registrados en los últimos 14 días. Si encuentra una coincidencia, evalúa el riesgo de exposición al virus SARS-CoV-2 en función de la duración (más de 15 minutos) y la distancia (menos de 2 metros) estimada del contacto y envía al usuario una notificación advirtiéndole del día en el que se ha producido el contacto de riesgo. Por el contrario, «Radar COVID» no desvela ni la identidad de la persona contagiada, ni la ubicación donde se ha producido el contacto.

Asimismo, «Radar COVID» es interoperable con aplicaciones similares de rastreo de contactos de modo que los usuarios pueden recibir alertas de contactos de riesgo que se hayan producido fuera de España. En concreto, «Radar COVID» es interoperable con Corona Warn App (Alemania), Coronalert (Bélgica), StopCOVID19 (Croacia), Smittestop (Dinamarca), #OstaniZdrav

[501] Disponible en: https://radarcovid.gob.es/condiciones-de-uso (fecha de consulta: 15.10.2022).

[502] Disponible en: https://radarcovid.gob.es/politica-de-privacidad (fecha de consulta: 15.10.2022).

[503] Véanse RAPOSO, Vera Lúcia «"I'm right behind you": Digital contact tracing under European law», *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, Agosto 2022; WENDEHORST, Christiane, «COVID-19 Apps and Data Protection», en HONDIUS, Ewoud et al., *Coronavirus and the Law in Europe*, Intersentia, Cambridge, 2021, pp. 163-174.

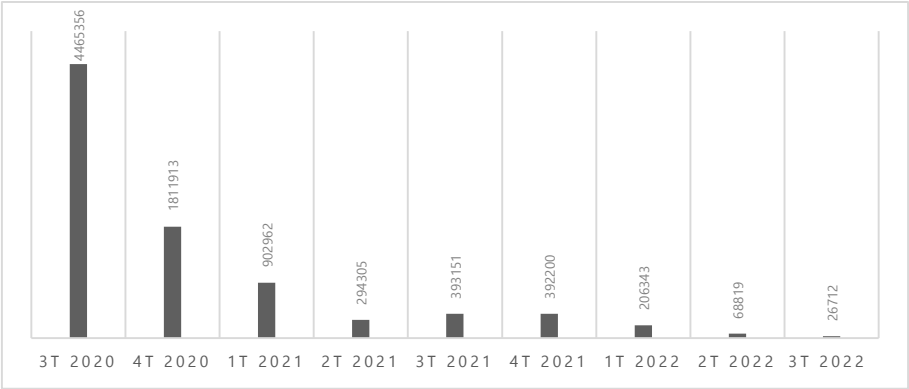
[504] La Recomendación (UE) 2020/518 de la Comisión Europea de 8 de abril de 2020 relativa a un conjunto de instrumentos comunes de la Unión para la utilización de la tecnología y los datos a fin de combatir y superar la crisis de la COVID-19, en particular por lo que respecta a las aplicaciones móviles y a la utilización de datos de movilidad anonimizados (OJ L 114, 14.4.2020, p. 7-15) sugería el uso de la tecnología Bluetooth de baja energía para evitar el tratamiento de datos personales relativos a la localización o los movimientos de personas.

[505] Véase art. 1.k de la Decisión de Ejecución (UE) 2020/1023 de la Comisión de 15 de julio de 2020, según la cual «clave» equivale a: «identificador efímero único relacionado con un usuario de la aplicación que informa de que está infectado por el SARS-CoV-2, o de que puede haber estado expuesto al SARS-CoV-2».

(Eslovenia) COVID Tracker (Irlanda), Immuni (Italia), Apturi COVID (Letonia), Korona STOP (Lituania), CoronaMelder (Países Bajos) y ProteGo Safe (Polonia)[506].

Como advierte la actual política de privacidad de «Radar COVID»: «el éxito de la aplicación como herramienta que contribuya a la contención de la propagación está directamente vinculado a que los usuarios sean conscientes, y actúen en consecuencia, de que, a pesar de que comunicar a la aplicación que se ha obtenido un resultado positivo en la prueba de COVID 19 (previa acreditación de las autoridades sanitarias) es voluntario, el no comunicarlo y ser un mero receptor de información de terceros usuarios hace que la aplicación pierda su utilidad preventiva no solo para los demás usuarios sino para el resto de la población en general».

En cuanto al uso de la aplicación, los datos estadísticos hablan por sí solos: a fecha de 11 de septiembre de 2022, el número de descargas acumuladas era de 8.596.624, lo que representa poco más del 18% de la población española[507]. El mayor número de descargas se concentró durante los meses de agosto (3.368.843 descargas) y septiembre (1.053.819 descargas) de 2020. Desde entonces, el volumen de descargas ha ido disminuyendo de forma significativa[508]. La tabla 1 refleja el total de descargas de la aplicación «Radar COVID» desde el tercer trimestre de 2020 al tercer trimestre de 2022:



Los datos son aún más llamativos con respecto a los códigos de confirmación introducidos por los usuarios en la aplicación. Desde junio de 2020 únicamente se han comunicado 124.473 contagios, lo que representa menos del 1% de los casos positivos de COVID-19 confirmados en España según los datos del Ministerio de Sanidad[509]. De hecho, la última vez que un usuario introdujo un código de confirmación en la aplicación fue el 3 de abril de 2022.

---

[506] La mayoría de países de la UE han desarrollado aplicaciones de rastreo de contactos a excepción de Bulgaria, Grecia, Luxemburgo, Rumania, Eslovaquia y Suecia. Para una descripción detallada sobre el funcionamiento de las aplicaciones CoronAlert (Bélgica), TousAntiCovid (Francia), Corona Warn App (Alemania), Immuni (Italia), NHS COVID-19 (Reino Unido) y COVIDSafe (Australia), véase POILLOT, Elise et al. «Data protection in the context of COVID-19: A short (hi)story of tracing applications», *Roma TrE-Press*, 2021, pp. 14-93.

[507] El éxito de las apps de seguimiento de contactos se basa en la implicación de un elevado número de usuarios. De acuerdo con la AEPD, el total de usuarios debería representar, como mínimo, el 60% de la población de un determinado territorio, véase AEPD, «El uso de las tecnologías en la lucha contra el COVID19. Un análisis de costes y beneficios», mayo de 2020, pp. 8-9 [disponible en: https://www.aepd.es/sites/default/files/2020-05/analisis-tecnologias-COVID19.pdf) (fecha de consulta: 11.10.2022].

[508] Información disponible en: https://radarcovid.gob.es/estadisticas/descargas-radar (fecha de actualización: 25 de septiembre de 2022 - Semana 38).

[509] Véase: https://www.sanidad.gob.es/profesionales/saludPublica/ccayes/alertasActual/nCov/situacionActual.htm (fecha de consulta: 15.09.2022).

Finalmente, el pasado 9 de octubre de 2022 «Radar COVID» se unió al extenso catálogo de aplicaciones de rastreo de contactos que han dejado de estar operativas[510].

4. Las resoluciones sancionadoras de la AEPD en los procesos PS/00222/2021 y PS/00233/2021

4.1. Procedimiento

La AEPD instruyó el procedimiento sancionador de oficio, a partir del conocimiento de diferentes incidencias relacionadas con la aplicación «Radar COVID» descritas en noticias de prensa, y también en respuesta a diferentes reclamaciones interpuestas por varios particulares, un grupo de profesores e investigadores y por «Rights International Spain», una asociación en defensa de los derechos digitales.

Las actuaciones previas de investigación iniciadas por la AEPD, al menos desde mayo de 2020, se centraron en dos órganos administrativos de la Administración General del Estado: la Secretaría de Estado de Digitalización e Inteligencia Artificial (SEDIA), dependiente del Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital; y la Secretaría General de Salud Digital, Información e Innovación del Sistema Nacional de Salud (SGSDII), dependiente del Ministerio de Sanidad[511]. La primera de ellas fue requerida hasta en cinco ocasiones durante la fase previa de investigación para proporcionar información relativa a la aplicación «Radar COVID» y para acreditar su cumplimiento de la normativa sobre protección de datos. La SGSDII recibió un único requerimiento de información en diciembre de 2020.

El 26 de febrero de 2021 la Subdirección General de Inspección de Datos (SGID) de la AEPD emitió sendos informes de actuaciones previas de investigación contra la SEDIA y la SGSDII en los cuales se describían las incidencias detectadas y se daba respuesta a las alegaciones iniciales formuladas por estas. A partir de dichos informes, la Directora de la AEPD acordó el 21 de mayo de 2021 el inicio de los expedientes sancionadores contra la SEDIA y contra la DGSP. El 11 de junio de 2021 la DGSP presentó un escrito de alegaciones. El 15 de junio hizo lo propio la SEDIA.

Durante los dos procedimientos administrativos se acordó la apertura de sendos plazos de práctica de prueba y se enviaron nuevos requerimientos de información a la SEDIA, la DGSP y la SGSDII.

El 26 de enero de 2022 la instructora del procedimiento formuló dos propuestas de resolución en las que proponía a la Directora de la AEPD que sancionara a la SEDIA y a la DGSP con un apercibimiento por la infracción, respectivamente, de los artículos 5.1.a), 5.2, 12, 13, 25, 28.3, 28.10 y 35 RGPD; y de los artículos 5.1.a), 5.2, 12, 13, 25, 28.1, 28.3 y 35 RGPD. La SGAD, por indicación de la SEDIA, formuló nuevas alegaciones.

---

[510]Información disponible en: https://ec.europa.eu/info/live-work-travel-eu/coronavirus-response/travel-during-coronavirus-pandemic/mobile-contact-tracing-apps-eu-member-states_es (fecha de consulta: 11.10.2022).

[511] La Secretaría General de Salud Digital, Información e Innovación del Sistema Nacional de Salud (SGSDII) se creó en agosto de 2020 para reforzar la estructura del Ministerio de Sanidad a raíz de la pandemia ocasionada por el COVID-19. Véase Real Decreto 735/2020, de 4 de agosto, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Sanidad, y se modifica el Real Decreto 139/2020, de 28 de enero, por el que se establece la estructura orgánica básica de los departamentos ministeriales (BOE núm. 211, de 5.8.2020). Véase *infra* apartado 4.2.b).

Finalmente, la Directora de la AEPD dictó dos resoluciones el 18 de febrero de 2022[512] en las que se sanciona a la SEDIA y a la DGSP con un apercibimiento por la comisión de diversas infracciones graves y muy graves de la normativa sobre protección de datos. La SGSDII no es sancionada ya que, al haber sido creada después de los hechos infractores, no pudo participar en ellos. La siguiente tabla describe brevemente las infracciones cometidas:

Norma infringida	Sujeto sancionado	Descripción	Tipificación
5.1.a) RGPD	SEDIA/DGSP	Vulneración del principio de licitud, lealtad y transparencia en el tratamiento de los datos personales.	Muy grave (art. 83.5.a RGPD)
5.2 RGPD	SEDIA/DGSP	Vulneración del deber de responsabilidad proactiva.	Muy grave (art. 83.5.a RGPD)
12 RGPD	SEDIA/DGSP	Falta de suministro de la información en forma concisa, transparente, inteligible y de fácil acceso, con un lenguaje claro y sencillo.	Muy grave (art. 83.5.b RGPD)
13 RGPD	SEDIA/DGSP	Falta de suministro de información obligatoria sobre el tratamiento de los datos personales.	Muy grave (art. 83.5.b RGPD)
25 RGPD	SEDIA/DGSP	Infracción de las obligaciones derivadas de la protección de datos desde el diseño, por haber omitido la adopción de medidas técnicas y organizativas, no haber realizado las pertinentes evaluaciones de impacto y no haber adoptado garantías necesarias en el tratamiento.	Grave (art. 83.4.a RGPD)
28.1 RGPD	DGSP	Falta de elección de un encargado del tratamiento que ofrezca garantías suficientes para aplicar medidas técnicas y organizativas apropiadas, de manera que el tratamiento sea conforme con los requisitos del RGPD y garantice la protección de los derechos de los interesados.	Grave (art. 83.4.a RGPD)
28.3 RGPD	SEDIA/DGSP	Omisión del deber de contar con un contrato o un acto jurídico que regule la relación entre el responsable y el encargado del tratamiento de los datos (entre DGSP y SEDIA y entre DGSP/SEDIA e INDRA).	Grave (art. 83.4.a RGPD)
28.10 RGPD	SEDIA	Extralimitación en el desempeño de las funciones como encargado del tratamiento, que supone la asunción del rol de responsable del tratamiento.	Grave (art. 83.4.a RGPD)
35 RGPD	SEDIA/DGSP	Incumplimiento del deber de elaboración de una evaluación de impacto antes del desarrollo de las operaciones de tratamiento de datos personales.	Grave (art. 83.4.a RGPD)

[512] Ninguna de las dos resoluciones incluye la fecha en la cual fue dictada. La Resolución AEPD SEDIA fue objeto de un recurso de reposición, cuya resolución indica el 18 de febrero como fecha. Véase Resolución del Recurso de reposición Nº RR/00189/2022 en el Procedimiento nº PS/00222/2021, publicada el 10 de junio de 2022 [disponible en https://www.aepd.es/es/documento/reposicion-ps-00222-2021.pdf) (fecha de consulta: 15.10.2022)].

Las dos resoluciones fueron publicadas finalmente en el sitio web de la AEPD el 9 de junio de 2022.

4.2. Principales cuestiones tratadas en las resoluciones de los procedimientos sancionadores

a) *Identificación de los datos personales tratados por «Radar COVID» durante la fase de desarrollo de la aplicación*

Con carácter preliminar, la AEPD ha de valorar si efectivamente la aplicación «Radar COVID» trata datos personales, con qué alcance y desde qué momento. La cuestión es relevante, pues los investigados en el procedimiento sancionador alegaron que durante las primeras fases de desarrollo no se producía ningún tratamiento de datos personales al ser estos ficticios[513], y que, en su caso, los datos personales habían sido anonimizados de modo que habían hecho imposible la identificación de los sujetos usuarios de la aplicación.

La AEPD no comparte las alegaciones formuladas por la SEDIA y la DGSP, ni la información suministrada por la SGSDII, y concluye que la aplicación «Radar COVID» ha tratado diferentes datos personales de usuarios durante diferentes fases de su implementación y, en particular, durante la realización de las pruebas piloto.

Como se ha señalado, se proyectó la realización de las pruebas piloto en la isla de La Gomera para contar con un grupo de población bien delimitado. En particular, las simulaciones y pruebas iniciales se llevaron a cabo en el municipio de San Sebastián de La Gomera, con una población de 7.779 habitantes según los datos del INE, entre los días 29 de junio y 31 de julio de 2020. No obstante, los desarrolladores de la herramienta informática resolvieron no requerir códigos de acceso para su descarga, dada la complejidad de implementar esta solución y el riesgo de menoscabo a la usabilidad de la aplicación[514]. Así las cosas, a la finalización de la prueba piloto, se habían producido 58.652 descargas de la aplicación. Las descargas procedían de otras partes del resto del territorio español, producidas cuando la aplicación no estaba todavía operativa. Para la AEPD, el funcionamiento de la aplicación –ya durante su fase de pruebas- implicaba operaciones de almacenaje y comunicación de diversos datos que han de calificarse como datos personales. En este sentido, la aplicación recopilaba información agregada tanto de los usuarios que la habían descargado como de las personas que asumían el papel ficticio de casos positivos y de los otros usuarios que recibían las alertas de riesgo de contagio.

Para realizar tal valoración, la AEPD parte de un concepto amplio de dato personal, que ha construido la jurisprudencia a partir de la definición que ofrece el artículo 4.1 RGPD[515]: «toda información sobre una persona física identificada o identificable («el interesado»); se considerará persona física identificable toda persona cuya identidad pueda determinarse, directa o indirectamente, en particular mediante un identificador, como por ejemplo un nombre, un

[513] Resolución AEPD SEDIA, p. 65.

[514] Resolución AEPD SEDIA, p. 161; Resolución AEPD DGSP, p. 129.

[515] Véanse STJUE 20.12.2017, asunto C-434/16, *Peter Nowak c. Data Protection Commissioner*; y STJUE 19.10.2016, asunto C-582/14, *Patrick Breyer v. Bundesrepublik Deutschland*. En la jurisprudencia española, la AEPD cita la SAN, Sala Contencioso-Administrativo, 8.3.2002 (ECLI:ES:AN:2002:1485). Véase también STS, Sala Tercera, núm. 1062/2019, de 17.7.2019 (ECLI:ES:TS:2019:2484), relativa a los datos sobre curvas de carga horaria.

número de identificación, datos de localización, un identificador en línea o uno o varios elementos propios de la identidad física, fisiológica, genética, psíquica, económica, cultural o social de dicha persona».

En particular, la AEPD concluye que la aplicación trataba ya desde su funcionamiento en la fase de pruebas los siguientes datos personales[516]:

(i) Datos de proximidad o localización de los usuarios de la aplicación. Los datos de geolocalización constituyen datos personales en tanto pueden relacionarse directamente o indirectamente con un individuo identificado o identificable[517].

(ii) Dirección IP del terminal del usuario. Para la AEPD, siguiendo la jurisprudencia del TJUE y la AN, así como su propia práctica[518], no hay dudas acerca del carácter de dato personal de las direcciones IP. Es irrelevante que estos datos se sometieran a procedimientos de encriptación y medidas de salvaguardia y que no permitieran una identificación directa del usuario o del dispositivo, ya que sí permitirían una identificación indirecta[519].

(iii) Datos relativos a la salud, esto es «datos personales relativos a la salud física o mental de una persona física, incluida la prestación de servicios de atención sanitaria, que revelen información sobre su estado de salud» (artículo 4.15 RGPD). Podemos identificar, según la AEPD, tres elementos diferentes que son objeto de tratamiento por parte de la aplicación «Radar COVID»:

- Código de confirmación de un solo uso de 12 dígitos facilitado por las autoridades sanitarias a los usuarios que habían dado positivo en una prueba diagnóstica de COVID-19.
- Dato mediante el cual el usuario es advertido previamente de un contacto de riesgo.
- Día en que el usuario desarrolló síntomas compatibles con COVID-19.

Estos datos personales se consideran especiales (art. 9.1 RGPD), por lo que pesa sobre ellos un principio de prohibición de tratamiento, salvo que concurra alguna de las circunstancias previstas en el artículo 9.2 RGPD. Así las cosas, son objeto de una mayor

[516] En sentido similar véase BRADFORD, Laura/ABOY, Mateo/LIDDELL, Kathleen, «COVID-19 contact tracing apps: a stress test for privacy, the GDPR, and data protection regimes», *Journal of Law and the Biosciences*, Mayo 2020, pp. 4-8.

[517] Véanse las Directrices 04/2020 sobre el uso de datos de localización y herramientas de rastreo de contactos en el contexto de la pandemia de COVID-19, adoptadas el 21 de abril de 2020 por el Comité Europeo de Protección de Datos (CEPD).

[518] STJUE 19.10.2016, asunto C-582/14, *Patrick Breyer v. Bundesrepublik Deutschland*; SAN, Sala Contencioso-Administrativo, 1.9.2011 (ECLI:ES:AN:2011:3907); Véase también el Dictamen 4/2007 sobre el concepto de datos personales elaborado por el Grupo de Trabajo del Artículo 29 (01248/07/ES WP 136); e informes del Gabinete Jurídico de la AEPD 327/2003 o 213/2014.

[519] En este sentido, véase considerando 26 RGPD: «[…] Para determinar si una persona física es identificable, deben tenerse en cuenta todos los medios, como la singularización, que razonablemente pueda utilizar el responsable del tratamiento o cualquier otra persona para identificar directa o indirectamente a la persona física. Para determinar si existe una probabilidad razonable de que se utilicen medios para identificar a una persona física, deben tenerse en cuenta todos los factores objetivos, como los costes y el tiempo necesarios para la identificación, teniendo en cuenta tanto la tecnología disponible en el momento del tratamiento como los avances tecnológicos. […]».

protección por el ordenamiento jurídico. De nuevo, para la AEPD resulta irrelevante que estos datos no permitieran una identificación directa de un individuo usuario de la aplicación y, en particular, de un usuario contagiado. La propia SEDIA admitió en las evaluaciones de impacto sobre los datos personales que realizó con posterioridad (agosto de 2020 y septiembre de 2020) la posibilidad de una identificación indirecta de los usuarios por medio de la relación con otros conjuntos de datos. En consecuencia, se trataría no de datos anonimizados, sino simplemente seudonimizados[520].

En suma, desde el momento en el cual un usuario se descargaba la aplicación «Radar COVID» de las fuentes disponibles, existía tratamiento de datos personales. El tratamiento de datos personales se iniciaba ya en la fase piloto, cuando cualquier sujeto podía descargarse la aplicación, y con independencia de que, en esta fase, se trabajara con datos manipulados para así testar el correcto funcionamiento de la herramienta informática.

b) *Determinación de los sujetos implicados en el tratamiento de datos personales: responsables del tratamiento, encargados del tratamiento y corresponsables*

Una de las dificultades inherentes al desarrollo de una herramienta de rastreo de contactos deriva de la participación de diferentes agentes en las diversas fases de implementación. En el caso español, es necesaria la coordinación de varios órganos de la Administración General del Estado integrados en ministerios diferentes. Además, teniendo en cuenta la descentralización del sistema sanitario español, deben tenerse en cuenta las distintas administraciones autonómicas. Finalmente, el rol de los proveedores privados no puede ignorarse.

Atendiendo a la complejidad del proceso de toma de decisiones administrativas para el desarrollo de la herramienta informática, resulta necesario identificar quién –desde la perspectiva del derecho de protección de datos– asume la condición de responsable del tratamiento, esto es, quién determina en la práctica los fines y los medios del tratamiento de datos personales (art 4.7 RGPD). Es al responsable a quien incumben las principales obligaciones articuladas en el RGPD y, en particular, es quien ha de asumir un rol proactivo (principio de *accountability* o de responsabilidad activa) para cumplir con la normativa y poder acreditar su cumplimiento (arts. 5.2, 24 y 25 RGPD).

La implicación de diferentes sujetos puede comportar dificultades para identificar quién de ellos asume el rol de responsable del tratamiento. A pesar de tener que arrostrar muchas obligaciones y responsabilidades, la posición de encargado del tratamiento (art. 4.8 RGPD) es menos intensiva –y, en general, menos costosa en las inversiones necesarias para desempeñarla– que la de responsable, por lo que puede haber un interés en evitar este último rol. Por ello, en ocasiones, un sujeto con mayor poder de negociación puede imponer contractualmente o formalmente la condición de responsable del tratamiento de datos a otro. Los encargados del tratamiento también pueden tomar decisiones importantes en el desarrollo de una herramienta tecnológica y, por ejemplo, pueden definir aquellos medios no esenciales o aspectos más prácticos de la implementación[521]. En algunos procesos de tomas de decisiones, podrán darse también supuestos

[520] Véase art. 4.1.5 RGPD.

[521] Para la AEPD, la condición de encargado del tratamiento viene determinada por la concurrencia de dos características: «de una parte, la imposibilidad de decisión sobre la finalidad, contenido y uso del tratamiento, y, de otra parte, la inexistencia de una relación directa entre los usuarios y el encargado, que deberá en todo caso

de corresponsabilidad en el tratamiento si dos o más sujetos determinan conjuntamente los fines y medios del tratamiento (art. 26 RGPD)[522]. Con todo, la delimitación entre las diferentes figuras previstas en el RGPD, como indica la jurisprudencia y la práctica de la AEPD, es funcional y no se rige por criterios meramente formalistas: debe atenderse caso por caso a las actividades reales desplegadas por cada sujeto y no a la mera designación formal de uno de ellos como responsable del tratamiento[523].

La AEPD destaca «la peculiar situación de las Administraciones Públicas, dónde el responsable del tratamiento es aquel órgano administrativo que tenga atribuidas competencias por una norma jurídica, para cuyo ejercicio sea preciso realizar tratamientos de datos personales. [...] La competencia determinará, por tanto, la legitimación para realizar el tratamiento»[524]. En consecuencia, resulta imprescindible identificar las competencias atribuidas a cada órgano administrativo y examinar si se produce o no una actuación extralimitada. En el caso del desarrollo de la aplicación «Radar COVID» debe tenerse en cuenta, además, las modificaciones normativas que alteraron la estructura orgánica de uno de los ministerios afectados y la distribución interna de competencias que complican sobremanera la lectura de las Resoluciones de la AEPD.

> Así, en el caso del Ministerio de Sanidad podemos identificar dos períodos temporales diferentes. El primero de ellos se extiende desde la declaración del estado de alarma hasta la fecha de entrada en vigor de la modificación de la estructura orgánica del Ministerio, esto es, desde el 12 de marzo hasta el 6 de agosto de 2020. Durante este período, el Ministerio de Sanidad, con arreglo a los Reales Decretos 139/2020, de 28 de enero, y 454/2020, de 10 de marzo[525], desarrolló sus funciones a través de diversos órganos directivos, entre ellos la Dirección General de Salud Pública, Calidad e Innovación (DGSPCI). Este órgano tenía atribuidas funciones de vigilancia en salud pública de carácter estatal, y de elaboración de sistemas de información, gestión de la información, identificación de la población protegida y acceso a la información clínica y terapéutica, entre otros[526].
>
> El segundo período se inicia el 6 de agosto, con la entrada en vigor del Real Decreto 735/2020, de 4 de agosto, y sigue en adelante durante el funcionamiento de la aplicación[527]. Este Real Decreto procedió a una modificación de la estructura orgánica del Ministerio de Sanidad y, en particular,

---

obrar en nombre y por cuenta del responsable como si la relación fuese entre éste y aquéllos» (Resolución AEDE SEDIA, p. 189).

[522] La noción de corresponsabilidad en el tratamiento que ha elaborado el TJUE complica la distribución de roles entre diferentes sujetos implicados en operaciones de tratamiento de datos personales. Véanse STJUE 5.6.2018, asunto C-210/16, *Wirtschaftsakademie Schleswig-Holstein*; STJUE 10.7.2018, asunto C-25/17, *Tietosuojavaltuutettu*; y STJUE de 29.7.2019, asunto C-40/17, *Fashion ID*.

[523] Véanse Directrices 07/2020 sobre los conceptos de «responsable del tratamiento» y «encargado del tratamiento» en el RGPD, adoptadas el 7 de julio de 2021 por el CEPD; e Informes 287/2006 y 64/2020 del Gabinete Jurídico de la AEPD.

[524] Resolución AEPD SEDIA, pp. 171-172; y Resolución AEPD DGSP, p. 135.

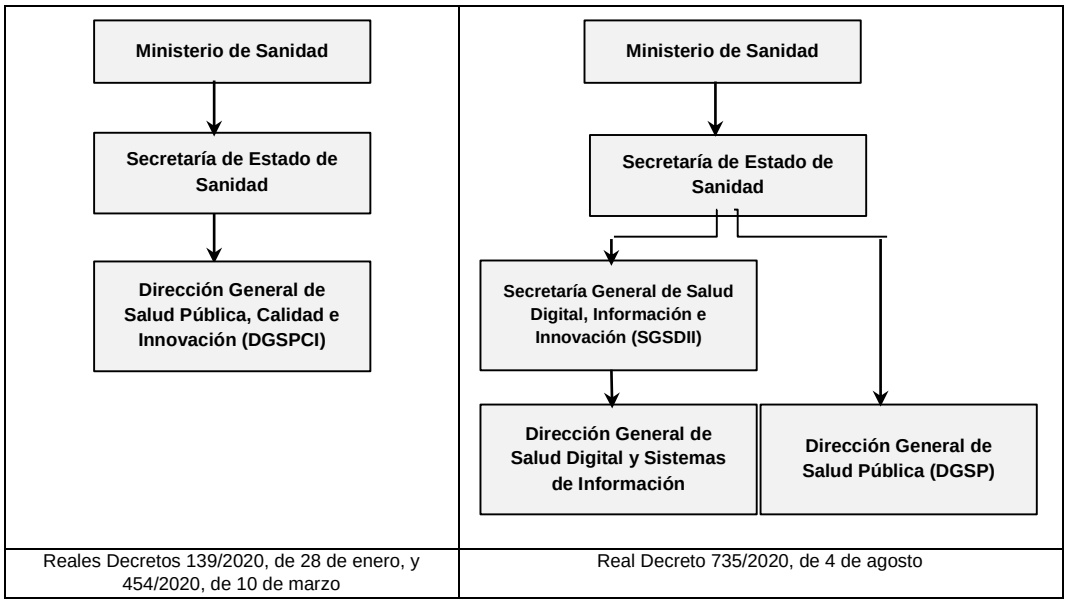
[525] Real Decreto 139/2020, de 28 de enero, por el que se establece la estructura orgánica básica de los departamentos ministeriales (BOE núm. 25, de 29.1.2020); Real Decreto 454/2020, de 10 de marzo, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Sanidad, y se modifica el Real Decreto 139/2020, de 28 de enero, por el que se establece la estructura orgánica básica de los departamentos ministeriales (BOE núm. 63, de 12.3.2020).

[526] Artículo 3 RD 454/2020.

[527] Real Decreto 735/2020, de 4 de agosto, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Sanidad, y se modifica el Real Decreto 139/2020, de 28 de enero, por el que se establece la estructura orgánica básica de los departamentos ministeriales (BOE núm. 211, de 5.8.2020).

estableció dos cambios relevantes. En primer lugar, la Dirección General de Salud Pública, Calidad e Innovación (DGSPCI) pasó a denominarse Dirección General de Salud Pública (DGSP), y asumió las funciones de vigilancia en salud pública de carácter estatal[528]. Por otra parte, para reforzar la estructura del Ministerio, se creó la Secretaría General de Salud Digital, Información e Innovación del Sistema Nacional de Salud (SGSDII), a la cual se atribuyeron algunas competencias de la antigua DGSPCI, en particular, las relativas a la elaboración de sistemas de información, la gestión de la información, la identificación de la población protegida y el acceso a la información clínica y terapéutica[529].

La tabla 1 refleja la estructura orgánica del Ministerio de Sanidad en estos dos períodos en relación con la aplicación «Radar COVID»:



Por otra parte, el Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital, con arreglo al art. 1 del Real Decreto 403/2020, de 25 de febrero[530], se encarga de «la política de telecomunicaciones y para la transformación digital, en particular impulsando la digitalización de las Administraciones Públicas». La SEDIA forma parte del Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital. Las funciones que reglamentariamente tiene atribuidas consisten en «el impulso de la digitalización del sector público y la coordinación y cooperación interministerial y con otras Administraciones públicas respecto a dichas materias, sin perjuicio de las competencias atribuidas a otros departamentos ministeriales»[531].

La Secretaría General de Administración Digital (SGAD) es el órgano directivo al que corresponde, bajo la autoridad de la SEDIA, la dirección, coordinación y ejecución de las competencias en materia de transformación digital de la administración, incluyendo su desarrollo técnico[532].

[528] Artículo 4 RD 735/2020, de 4 de agosto.

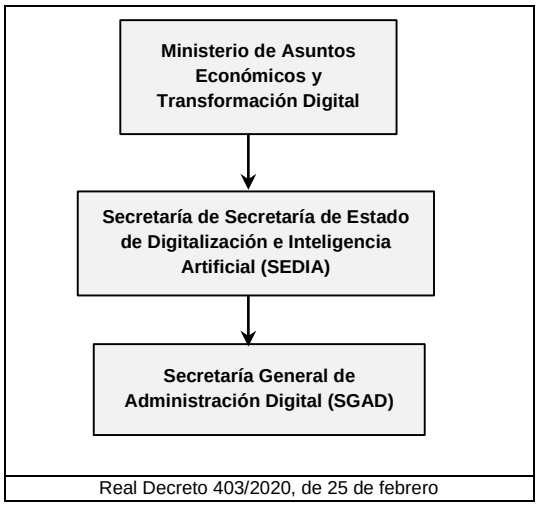
[529] Artículo 3 RD 735/2020, de 4 de agosto.

[530] Real Decreto 403/2020, de 25 de febrero, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital (BOE núm. 50, de 27.2. 2020).

[531] Artículo 8 del RD 403/2020, de 25 de febrero.

[532] Artículo 9 del RD 403/2020, de 25 de febrero.

La tabla 2 refleja la estructura orgánica del Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital en relación con la aplicación «Radar COVID»:



A los efectos de identificar los diferentes responsables y encargados del tratamiento de datos personales en el funcionamiento de la aplicación «Radar COVID», la AEPD distingue dos fases diferentes:

(i) Fase inicial en el despliegue de la aplicación: comprende el período en el cual se concibe el desarrollo de una aplicación para la trazabilidad de contactos, se determinan sus características y se lleva a cabo el proyecto piloto «Radar COVID» para asegurar su correcto funcionamiento. Es en esta fase en la que se cometen las infracciones detectadas por la AEPD.

Durante esta primera fase, la AEPD concluye que la DGSPCI ostentaba la condición de responsable del tratamiento y que, además, la SEDIA actuaba *de facto* como responsable del tratamiento sin tener atribuida una competencia para ello.

Para la AEPD la condición de responsable del tratamiento para el desarrollo y funcionamiento de una aplicación de rastreo de contactos como «Radar COVID» debería recaer en una autoridad sanitaria. Cita en este sentido el apartado 3.1 de la Comunicación de la Comisión Europea 2020/C 124 I/01[533], que persigue atribuir a las autoridades sanitarias la función de determinar los fines y medios de los tratamientos de datos personales con el objetivo de reforzar la confianza ciudadana ante estas aplicaciones.

El ordenamiento jurídico español atribuye de entrada a las autoridades sanitarias las competencias para adoptar diferentes medidas para el control de enfermedades y riesgos sanitarios (artículo 3 Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas

[533] De acuerdo con el art. 3.1 de la Comunicación de la Comisión: orientaciones sobre las aplicaciones móviles de apoyo a la lucha contra la pandemia de covid-19 en lo referente a la protección de datos 2020/C 124 I/01 (C/2020/2523; OJ C 124I , 17.4.2020, p. 1-9), «la Comisión considera que las aplicaciones deberían estar diseñadas de tal manera que las autoridades sanitarias nacionales (o las entidades que realicen una misión que se lleva a cabo en favor del interés público en el ámbito de la salud) sean las responsables del tratamiento».

Especiales en Materia de Salud Pública[534]; artículos 5 y 84 de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública)[535]. En definitiva, para la AEPD, «desde un punto de vista de tratamiento de datos personales, la salvaguardia de intereses esenciales en el ámbito de la salud pública corresponde a las distintas autoridades sanitarias de las diferentes administraciones públicas, quienes podrán adoptar las medidas necesarias para salvaguardar dichos intereses esenciales públicos en situaciones de emergencia sanitaria de salud pública»[536].

Como se ha señalado, durante esta fase inicial, el Ministerio de Sanidad, con arreglo a su estructura orgánica, llevaba a cabo sus funciones en relación con los desarrollos tecnológicos para frenar la pandemia, por medio de la Dirección General de Salud Pública, Calidad e Innovación (DGSPCI) –posteriormente, denominada Dirección General de Salud Pública (DGSP)–, la cual *prima facie* debía asumir el rol de responsable del tratamiento de datos personales asociado a la aplicación «Radar COVID». De hecho, la DGSPCI llevó a cabo varias actuaciones que acreditan la adopción de decisiones acerca de las finalidades y los medios del tratamiento de datos personales de la aplicación: participó en varias reuniones para planificar su desarrollo, comunicó el visto bueno a la SGAD para poner en marcha el proyecto piloto, y también validó el informe final del análisis de conclusiones del proyecto[537].

Como pone de relieve la AEPD, la DGSPCI fue «la que decidió el uso de nuevas tecnologías, en forma de aplicación móvil, como medio de apoyo de la estrategia de identificación y seguimiento de contactos, condicionado el tratamiento y los "medios esenciales"»[538]. Hay que recordar que en esta fase todavía no se había creado la SGSDII, por lo que no pudo intervenir en ningún momento en la toma de decisiones acerca de la aplicación.

Por otra parte, la AEPD valora las actuaciones de la SEDIA. Como se ha señalado, conforme al ordenamiento, sus competencias incluyen «el impulso de la digitalización del sector público y la coordinación y cooperación interministerial y con otras Administraciones públicas respecto a dichas materias, sin perjuicio de las competencias atribuidas otros departamentos ministeriales»[539]. De entrada, para la AEPD, su rol por defecto conforme a esta atribución competencial sería el de encargado del tratamiento. Ahora bien, las actuaciones que llevó a cabo durante la fase inicial del proyecto denotan que su implicación correspondió a la propia de un responsable del tratamiento. En este sentido, la AEPD distingue entre un conjunto

[534] Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública (BOE núm. 102, de 29.4.1986). El art. 3 establece que: «Con el fin de controlar las enfermedades transmisibles, la autoridad sanitaria, además de realizar las acciones preventivas generales, podrá adoptar las medidas oportunas para el control de los enfermos, de las personas que estén o hayan estado en contacto con los mismos y del medio ambiente inmediato, así como las que se consideren necesarias en caso de riesgo de carácter transmisible».

[535] Téngase en cuenta también que el artículo 4.2.d) del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, designaba al Ministro de Sanidad como autoridad competente delegada en su área de responsabilidad.

[536] Resolución AEPD SEDIA, p. 175.

[537] Resolución AEPD DGSP, pp. 138-139.

[538] Resolución AEPD DGSP, p. 139.

[539] Artículo 8 del Real Decreto 403/2020, de 25 de febrero.

de actuaciones *ad intra* y otras *ad extra*. Entre las primeras, se ha acreditado que, aunque la DGSPCI dio el visto bueno a la elaboración del proyecto en una carta a la SEDIA de 9 de junio de 2020, fue la SEDIA la que efectivamente determinó los fines del tratamiento y decidió en la práctica sobre los medios esenciales para llevarlo a cabo. Otro indicio, aunque no determinante, es que durante esta fase no se procedió en ningún momento a una designación formal expresa de la SEDIA como encargada del tratamiento: por ejemplo, no se suscribió un contrato o se dictó un acto jurídico en el sentido del artículo 28.3 RGPD para la designación formal de la SEDIA como encargada del tratamiento. También, en ese momento, la DGSPCI consideraba que, dada la estructura descentralizada del sistema sanitario español, la condición de responsable de los tratamientos realizados por la aplicación «Radar COVID» no debería recaer en el Ministerio de Sanidad o uno de sus órganos directivos, sino que deberían ser las autoridades sanitarias de cada comunidad autónoma las que ostentaran la condición de responsable del tratamiento. En consecuencia, si la DGSPCI consideraba que no era responsable, no podía designar a la SEDIA como encargada del tratamiento[540].

Además, en el momento en el cual se contrata por vía de emergencia los servicios de la empresa INDRA, el responsable del tratamiento debería haber concluido con esta un acuerdo en el sentido del artículo 28.3 RGPD para designarla encargada del tratamiento en relación al desarrollo de la aplicación «Radar COVID» y haber reflejado el contenido mínimo que señala el precepto. Sin embargo, ni la DGSPCI ni la SEDIA procedieron a suscribir este contrato. De hecho, si la SEDIA hubiera ostentado la condición de encargada del tratamiento, no habría podido suscribir el acuerdo ya que debería haber requerido a la DGSPCI, como responsable del tratamiento, para que procediera a autorizarla previamente y, por escrito, como exige el artículo 28.2 RGPD para recurrir a otro encargado (p. 191). En cualquier caso, ni el acuerdo de contratación, ni el pliego de condiciones designan formalmente a INDRA como encargada o subencargada del tratamiento, ni tampoco reflejan el contenido mínimo que exige el artículo 28.3 RGPD.

A resultas de estas actuaciones, la AEPD concluye que «la SEDIA detentó la condición de responsable del tratamiento, sin disponer de cobertura legal para ejercer esta condición. En consecuencia, no era el órgano competente para tratar los datos de carácter personal»[541], pero también fue ella quien determinó «los fines y medios de los tratamientos realizados (amén de la apariencia ante los ciudadanos como responsable del tratamiento)»[542]. La AEPD recuerda que, aún en el caso en el cual la SEDIA hubiera sido formalmente designada como encargada del tratamiento, su actuación en la práctica se habría extralimitado, por lo que podría resultar de aplicación lo previsto en el artículo 28.10 RGPD: «[...] si un encargado del tratamiento infringe el presente Reglamento al determinar los fines y medios del

[540] Resolución AEPD SEDIA, p. 177.

[541] Resolución AEPD SEDIA, p. 185.

[542] Resolución AEPD SEDIA, p. 185.

tratamiento, será considerado responsable del tratamiento con respecto a dicho tratamiento».

(ii) Fase de implementación de la aplicación Radar COVID, especialmente a partir de la celebración del Acuerdo de uso de la aplicación de 13 de octubre de 2020 entre el Ministerio de Sanidad y el Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital.

En este momento ya se ha creado la SGSDII, concebida para reforzar el Ministerio de Sanidad en sus estrategias digitales y, en particular, a partir del sobreesfuerzo ocasionado por la pandemia. Es la SGSDII la que da continuidad al proyecto sobre la aplicación que había emprendido la DGSPCI, y la que, a su desaparición, la sucede en su condición de responsable del tratamiento. A partir de la creación de la DGSPCI, se dan toda una serie de elementos que contribuyen a una mejor identificación de los roles de los diferentes sujetos implicados en la operativa de la aplicación «Radar COVID». En primer lugar, y sobre todo, el «Acuerdo entre el Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital y el Ministerio de Sanidad acerca de la aplicación "Radar COVID"» de 13 de octubre de 2020 establece que la SGSDII asume la condición de responsable del tratamiento de los datos personales y que la SGAD actuará como encargada del tratamiento. En segundo lugar, la política de privacidad de la aplicación en la redacción dada después del acuerdo también identifica a la SGSDII como responsable y a la SGAD como encargada del tratamiento. Finalmente, el Registro de Actividades del Tratamiento (RAT) del Ministerio de Sanidad designa a la SGSDII como responsable de los tratamientos relacionados con la aplicación «Radar COVID». En definitiva, en esta segunda fase, la calificación de las posiciones de los diferentes sujetos implicados en la operativa de la aplicación es más sencilla, pues coinciden las atribuciones competenciales con las funciones efectivamente desempeñadas por cada uno de ellos.

c) *Deberes de información y transparencia*

Al producirse un tratamiento de datos de los usuarios ya durante la fase piloto del proyecto, la AEPD concluye que el responsable del tratamiento debería haber notificado e informado a los interesados sobre los diferentes aspectos previstos en el RGPD para dar cumplimiento así a su obligación de transparencia. En particular, el artículo 12 RGPD establece que el responsable del tratamiento deberá adoptar las medidas oportunas para facilitar a los interesados la información completa relativa a los tratamientos de sus datos personales en forma concisa, transparente, inteligible y de fácil acceso, con un lenguaje claro y sencillo. El artículo 13 RGPD obliga a informar sobre aspectos, tales como la identidad y los datos de contacto del responsable; los datos de contacto del delegado de protección de datos, en su caso; los fines del tratamiento a que se destinan los datos personales y la base jurídica del tratamiento; los destinatarios o las categorías de destinatarios de los datos personales; las condiciones, en su caso, de las transferencias internacionales de datos; los plazos de conservación de los datos; y los derechos de los interesados y su modo de ejercicio.

Según las resoluciones de la AEPD, en la primera versión del programa piloto de julio de 2020 que se puso a disposición de los usuarios para su descarga, las condiciones de uso y la política de privacidad que la acompañaban no cumplían con las exigencias de información impuestas por

los artículos 12 y 13 RGPD. En este sentido, no identificaban quiénes eran los responsables y encargados del tratamiento y la información contenida en ellos no se facilitó de forma «concisa, transparente, inteligible y de fácil acceso, con un lenguaje claro y sencillo»[543]. Además, en ellos se negaban los derechos de los interesados previstos en los artículos 15-22 RGPD, al considerar que no se produce un tratamiento de datos personales[544].

En definitiva, puesto que los promotores de la aplicación no consideraban que hubiese un tratamiento de datos personales no tuvieron en cuenta las obligaciones establecidas en el RGPD y demás normativa de aplicación, lo que comporta una infracción muy grave con arreglo al art. 83.5.b) RGPD. Además, también comporta un incumplimiento del principio de licitud, lealtad y transparencia en el tratamiento de los datos personales (art. 5.1.a) RGPD) y del deber de responsabilidad proactiva (art. 5.2 RGPD).

La AEPD destaca otros problemas sobre falta de transparencia detectados en momentos posteriores. Por ejemplo, señala que la información no fue accesible para personas con problemas visuales[545]. También explica que, en modificaciones posteriores de la documentación facilitada a los usuarios, tampoco se identificaban correctamente quiénes asumían los roles de responsable y de encargado del tratamiento. Tampoco se facilitaban en dichos documentos datos sobre la identidad del Delegado de Protección de Datos y formas de contacto.

Para la AEPD, la información suministrada tampoco es clara sobre las categorías de datos tratados[546], ni sobre las bases de licitud[547]. La información sobre las finalidades y destinatarios de los datos también resulta genérica y ambigua[548].

Finalmente, las resoluciones destacan que la información no siempre es coherente. De hecho, en enero de 2022, en el apartado de preguntas frecuentes en la página web sobre la aplicación «Radar COVID», se seguía insistiendo que esta no trataba ningún tipo de dato personal[549].

En conclusión, para la AEPD, la SEDIA, actuando *de facto* como responsable, no adoptó las medidas necesarias para facilitar a los interesados toda la información prevista en los artículos 12 y 13 RGPD[550]. Tampoco la DGSP cumplió con su deber que le correspondía como responsable del tratamiento de acuerdo con la atribución competencial[551]. Para la AEPD, cumplir con el deber de transparencia –y su correlato: el derecho de información de los interesados- «es especialmente pertinente en situaciones como la que acontece, en la que la proliferación de agentes y la complejidad tecnológica de la aplicación hacen que sea difícil para la ciudadanía

[543] Resolución AEPD SEDIA, p. 193.

[544] Resolución AEPD SEDIA, p 198.

[545] Resolución AEPD SEDIA, p 194.

[546] Resolución AEPD SEDIA, p 195.

[547] Resolución AEPD SEDIA, p 195-196.

[548] Resolución AEPD SEDIA, p 197.

[549] Resolución AEPD SEDIA, p 142.

[550] Véanse también Directrices sobre la transparencia en virtud del Reglamento (UE) 2016/679, adoptadas el 29 de noviembre de 2017 por el Grupo de Trabajo del artículo 29 (WP260 rev.01).

[551] Resolución AEPD DGSP, p. 145.

saber y comprender si se están recogiendo, por quién y con qué finalidad, datos personales que le conciernen»[552].

d) *Obligación de elaborar las correspondientes evaluaciones de impacto*

Las Resoluciones de la AEPD concluyen que ni la SEDIA ni la DGSPCI elaboraron las pertinentes evaluaciones de impacto relativas a la protección de datos personales (EIPD) antes de iniciar las primeras operaciones de tratamiento, en incumplimiento de lo previsto en el artículo 35 RGPD.

Durante el procedimiento de investigación la SEDIA aportó dos versiones diferentes de una evaluación de impacto, una fechada en 12 de agosto de 2020 –realizada, en principio, antes del lanzamiento de la app «Radar COVID» al público en general– y otra de octubre de 2020. Por ello, al menos durante la fase piloto del proyecto, se habrían tratado datos personales de los usuarios de la app sin haber elaborado antes una evaluación de impacto.

Por otra parte, en la elaboración de las evaluaciones de impacto aportadas por la SEDIA, no se habría contado con la participación del Delegado de protección de datos, lo que comporta una infracción de lo establecido en los artículos 35.2 y 39.1.c) RGPD.

En consecuencia, para la AEPD, «[l]a falta de EIPD, así como su realización defectuosa, incompleta, tardía o sin la participación del DPD supone una conculcación del principio de responsabilidad proactiva y de la privacidad desde el diseño, así como de las previsiones del RGPD sobre la EIPD»[553].

En este sentido, la actuación de la SEDIA supuso una vulneración del artículo 35 RGPD[554]. En las Directrices 04/2020 sobre el uso de datos de localización y herramientas de rastreo de contactos en el contexto de la pandemia de COVID-19, el CEPD señalaba claramente que habría «de llevarse a cabo una evaluación de impacto relativa a la protección de datos (EIPD) antes de empezar a utilizar una aplicación de este tipo por cuanto se considera que el tratamiento puede entrañar un alto riesgo (datos sanitarios, adopción previa a gran escala, seguimiento sistemático, utilización de una nueva solución tecnológica)». Además, el CEPD también «recomienda encarecidamente la publicación de las EIPD» (apartado 39).

Además, para la AEPD, las EIPD están vinculadas con el principio de responsabilidad proactiva (artículo 5.2 RGPD) y con el principio de protección de datos desde el diseño y protección de datos por defecto (artículo 25 RGPD). En este sentido, la elaboración de una EIPD permite anticipar los diferentes riesgos asociados a las operaciones de tratamiento que se pretenden poner en marcha e identificar diferentes medidas para evitar o minimizar sus consecuencias. Para la AEPD, los hechos ponen de manifiesto «una falta flagrante de privacidad desde el diseño» ya que se produjo «un tratamiento de datos personales sin un mínimo y somero análisis que indicara

[552] Resolución AEPD SEDIA, p 198.

[553] Resolución AEPD SEDIA, p. 205.

[554] Véanse asimismo considerandos 89, 90 y 91 RGPD y Directrices sobre la evaluación de impacto relativa a la protección de datos (EIPD) y para determinar si el tratamiento «entraña probablemente un alto riesgo» a efectos del Reglamento (UE) 2016/679, adoptadas el 4 de abril de 2017 por el GT Artículo 29 (WP 248 rev.01).

si se estaban tratando datos personales y cuáles eran, en su caso, los eventuales riesgos que afectaban a los derechos y libertades de los ciudadanos» (p. 206).

La AEPD rechaza la argumentación de la SEDIA según la cual al considerar que no se trataba ningún dato personal durante la fase piloto del proyecto no era necesario realizar una EIPD. Para la AEPD, para discernir efectivamente si la aplicación trataba o no datos personales ya durante la fase piloto, el responsable debería haber elaborado de hecho una EIPD.

e) *Vulnerabilidades en la aplicación*

Desde abril de 2020, se conocía públicamente una vulnerabilidad en el diseño técnico del software que utilizaban las aplicaciones de rastreo basadas en el protocolo abierto «Decentralized Privacy-Preserving Proximity Tracing» (DP3T), que acabó adoptando la aplicación «Radar COVID».

El equipo DP3T había publicado aquel mes su informe técnico «Privacy and Security Risk Evaluation of Digital Proximity Tracing Systems», que relataba que únicamente los usuarios que hubieran recibido un test positivo de COVID-19 subían las claves TEK a los servidores utilizado por la aplicación de rastreo. En consecuencia, cada vez que se observaba una subida de la clave desde un teléfono al servidor, se podía inferir que el propietario del terminal estaba infectado con el coronavirus. Además, aunque se recurriera a encriptar los datos entre la aplicación y los servidores y, en consecuencia, no se pudiera observar el *endpoint* y el contenido de la subida al servidor, a partir de la longitud de los mensajes se revelaba una subida de la clave TEK con resultado positivo al servidor. Esta comunicación de información entre teléfono móvil y servidor podía ser observada por diversos terceros como, por ejemplo, la compañía proveedora de servicios de telecomunicaciones -si la conexión al servidor se realiza mediante GSM-, la proveedora de servicios de acceso a Internet; o de cualquier persona que tuviera acceso a la misma red (WiFi o Ethernet) que el usuario.

Varias reclamaciones ante la AEPD señalaron esta vulnerabilidad, entre ellas, la formulada por diversos profesores expertos en protección de datos personales. Explicaron, además, que, en el caso español, el funcionamiento de la app permite vincular de modo inequívoco una IP con el hecho de que su titular está subiendo un test positivo de COVID. El sistema asociaba la dirección IP a los datos de clave TEK subidos por usuarios que habían dado positivo. Las direcciones IP de los usuarios de «Radar COVID» asociadas a un test positivo de COVID podían ser observadas por la compañía Amazon, que proporcionaba la tecnología del *endpoint* de CloudFront CDN utilizada para la descarga de las claves TEKs. En definitiva, los datos sobre salud quedaban vinculados a una dirección IP, que además de constituir un dato personal, permite identificar indirectamente a la persona diagnosticada[555].

El equipo de desarrollo de la aplicación, a pesar de conocer esta vulnerabilidad en el protocolo, consideró que los riesgos eran residuales y prefirió no adoptar ninguna medida de corrección, cuando esta era factible. El problema no fue corregido hasta el 8 de octubre de 2020, esto es, casi dos meses después de su puesta en funcionamiento.

[555] Véase *supra* apartado 4.2.

Por ello, concluye la AEPD, «el diseño de la aplicación no ha tenido presente de forma efectiva los principios aplicables a la protección de datos» y «[e]n la aplicación de las medidas de seguridad técnicas y organizativas, el responsable no ha tenido en consideración los riesgos que representaba este tratamiento»[556]. De hecho, para la AEPD, «aun siendo conscientes del riesgo, no integraron las garantías necesarias para garantizar la confidencialidad de los datos y resiliencia de los sistemas»[557].

4.3. Sanción impuesta por la AEPD

A pesar de las múltiples infracciones detectadas durante el procedimiento de investigación y que son prolijamente descritas en las resoluciones, las sanciones impuestas por la AEPD a la SEDIA y a la DGSP se circunscriben a un simple apercibimiento, sin consecuencias económicas.

El artículo 83.7 RGPD establece que «[s]in perjuicio de los poderes correctivos de las autoridades de control en virtud del artículo 58, apartado 2, cada Estado miembro podrá establecer normas sobre si se puede, y en qué medida, imponer multas administrativas a autoridades y organismos públicos establecidos en dicho Estado miembro».

En este sentido, el artículo 77 Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (LOPDGDD)[558] establece que para determinados sujetos –y en particular, en relación con la Administración General del Estado, las Administraciones de las comunidades autónomas y las entidades que integran la Administración local– cuando actuando como responsables o encargados del tratamiento de datos personales, cometan alguna infracción, «la autoridad de protección de datos que resulte competente dictará resolución sancionando a las mismas con apercibimiento. La resolución establecerá asimismo las medidas que proceda adoptar para que cese la conducta o se corrijan los efectos de la infracción que se hubiese cometido».

Puede discutirse si una sanción de apercibimiento tiene poder disuasorio suficiente para prevenir la comisión de infracciones de la normativa de protección de datos. Anticipar que no seguirán a las infracciones unas consecuencias significativas puede no proporcionar incentivos suficientes a los decisores públicos para evitar su comisión. En cualquier caso, hay otros factores en la normativa sobre protección de datos que pueden reducir este riesgo y proporcionar incentivos a la prevención de infracciones: la posibilidad de iniciar procedimientos disciplinarios contra autoridades y directivos (artículo 77.3 LOPDGDD); la responsabilidad civil derivada de infracciones de la normativa sobre protección de datos (artículo 82 RGPD) o la adopción de medidas de corrección o cese que pueden comportar en la práctica un coste muy elevado o la pérdida de las inversiones previamente realizadas. Las consecuencias reputacionales y, en particular el desgaste político, también pueden incentivar la adopción de decisiones más cuidadosas de los derechos de los datos personales de los ciudadanos.

[556] Resolución AEPD SEDIA, p. 210.

[557] Resolución AEPD SEDIA, p. 210.

[558] Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (BOE núm. 294, de 6.12.2018).

5. Valoraciones y lecciones para futuras pandemias

5.1. Emergencia y ponderación de derechos

Las dos resoluciones dictadas por la AEPD en relación con el desarrollo e implementación de la aplicación para rastreo de casos positivos «Radar COVID» dan buena cuenta de las múltiples infracciones de la normativa sobre protección de datos personales que sus promotores habrían cometido. La AEPD relata cómo estos, al menos en los primeros estadios de desarrollo de la aplicación, habrían ignorado los deberes más básicos que prescribe el RGPD y situado sus actuaciones muy por debajo del umbral mínimo de diligencia que impone el principio de responsabilidad activa.

No puede servir de justificación que los responsables en el Ministerio de Sanidad y en el Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital, así como los proveedores externos de la tecnología, consideraran que la aplicación en su fase piloto no trataba datos personales sino únicamente datos manipulados y datos anonimizados[559]. Se trate esta de una creencia errónea o de una justificación construida *ex post*, no ha de valer como argumento para dejar sin aplicación el RGPD y demás normativa sobre protección de datos personales.

La situación de urgencia y emergencia tampoco justifica una ignorancia tal del derecho de protección de datos. Como es incontestable, la declaración del estado de alarma que siguió en España a la propagación del coronavirus SARS-CoV-2 ni suspendió la eficacia del RGPD, ni vació de contenido los derechos fundamentales a la intimidad y a los datos personales. En otros términos, una situación de emergencia sanitaria no genera una suerte de *sandbox* jurídico, que permite a los decisores públicos un amplio margen de maniobra para diseñar nuevas herramientas informáticas sin asumir ningún tipo de responsabilidad jurídica.

Ya desde los inicios de la pandemia en España, la AEPD tomó posición sobre la necesidad de una aplicación estricta del RGPD a las diferentes actuaciones que pudieran implicar tratamientos de datos personales. En este sentido, el Gabinete Jurídico de la Agencia Española de Protección de Datos elaboró los informes N/REF 0017/2020 y N/REF 32/2020, en los cuales se destacó que la normativa de protección de datos personales debía aplicarse íntegramente a la situación de emergencia sanitaria provocada por la extensión del virus COVID-19. En particular, el informe N/REF 0017/2020 advierte que «las consideraciones relacionadas con la protección de datos -dentro de los límites previstos por las leyes- no deberían utilizarse para obstaculizar o limitar la efectividad de las medidas que adopten las autoridades, especialmente las sanitarias, en la lucha contra la epidemia, por cuanto ya la normativa de protección de datos personales contiene una regulación para dichos casos que compatibiliza y pondera los intereses y derechos en liza para el bien común» (p. 1).

Esta misma posición se repite en las resoluciones que analizamos en este trabajo. La AEPD se refiere en ellas a la necesaria ponderación de derechos e intereses que ha de realizarse para implementar una aplicación informática de rastreo de contactos positivos. El punto de partida es obvio: el derecho a la protección de los datos personales no es absoluto, sino que debe

[559] Véase *supra* apartado 4.2.

equilibrarse con otros derechos y modularse con arreglo al principio de proporcionalidad (considerando 4 RGPD). La protección de datos no puede, además, obstaculizar el desarrollo tecnológico[560]. Para la AEPD, las circunstancias extraordinarias y de emergencia generadas por la pandemia obligaban a la adopción de diversas medidas para poner fin a la gravedad de la situación[561]. Hay, pues, una necesidad de actuación para la protección de la salud y la prevención de los contagios, pero para la AEPD, en este escenario, no resulta imposible «armonizar los derechos e intereses de los usuarios, cuya protección exige escasa justificación ante la situación epidemiológica que aconteció»[562].

Esta ponderación de derechos e intereses ya está en buena parte realizada por el legislador e incluida en el RGPD. La normativa sobre protección de datos proporciona algunas reglas especiales relacionadas con el control de epidemias y su propagación, catástrofes naturales y de origen humano (considerando 46, artículos 6.1.e), 6.1.d), 9.2.g) e i) RGPD)[563], que establecen salvaguardas a la protección de los datos personales. Las propias reglas del RGPD ofrecen un cierto margen de discreción a los decisores públicos, pero, en cualquier caso, la flexibilidad no puede llegar hasta actuaciones punto menos que perfunctorias en el respeto de los derechos a la protección de datos personales.

5.2. Rapidez e incertidumbre en la adopción de decisiones

Una situación de emergencia sanitaria exige inmediatez y rapidez en la toma de decisiones. Es por eso por lo que estas se han de adoptar con un alto grado de incertidumbre. Así, por ejemplo, en el ámbito de innovaciones tecnológicas para hacer frente a las consecuencias de una crisis sanitaria, los decisores públicos, si actúan, lo han de hacer sin contar con suficientes conocimientos acerca de la eficacia de la tecnología, de algunas de sus implicaciones éticas y jurídicas y de la disponibilidad de alternativas mejores. Buscar el equilibrio entre la necesidad de actuar de un modo rápido y la minimización de riesgos imprevistos o imprevisibles que la actuación puede comportar constituye uno de los retos más importantes a los que aquellos se enfrentan.

Adoptar decisiones en este marco comporta necesariamente cierta dosis de improvisación y flexibilidad, pero ello no puede convertirse en una patente de corso para poner en marcha tratamientos masivos de datos personales sin una mínima previsión. Hay diferencias de nota entre la improvisación y el apaño.

El Gobierno español actuó rápido, pero no tanto como los de otros estados. La aplicación «Radar COVID» estuvo operativa a partir de la segunda quincena de agosto de 2020, cuando en otros países como Israel o Corea del Sur sus aplicaciones de rastreo de positivos se lanzaron ya en abril de 2020, o como Suiza, que activó su aplicación el 26 de mayo de 2020, poco después de que Google y Apple pusieran en marcha su interfaz para notificaciones de contactos, fruto de su acuerdo de colaboración (*«Google Apple Exposure Notification application programming interface»*). En otros términos, las operaciones de desarrollo e implementación de «Radar COVID» fueron

[560] Resolución AEPD SEDIA, p. 211.

[561] Resolución AEPD SEDIA, p. 210.

[562] Resolución AEPD SEDIA, p. 192.

[563] Resolución AEPD SEDIA, p. 198.

posteriores –o parejas en algunos casos- a las que tuvieron lugar en otros países. Era pues relativamente sencillo poder obtener información acerca de las garantías en materia de protección datos que otros Estados miembros de la UE adoptaban durante el desarrollo de sus aplicaciones de rastreo de positivos.

Las tareas de desarrollo e implementación de «Radar COVID» también tuvieron lugar después de que el Comité Europeo de Protección de Datos (CEPD) y la AEPD se hubieran pronunciado sobre las implicaciones jurídicas que podían comportar los tratamientos de datos realizados por aplicaciones de rastreo y otras herramientas informáticas. En este sentido, en las Directrices 04/2020 sobre el uso de datos de localización y herramientas de rastreo de contactos en el contexto de la pandemia de COVID-19, se insiste en la necesidad de reducir los datos objeto del tratamiento a los mínimos estrictamente necesarios «de acuerdo con el principio de minimización de datos, además de cumplir otras medidas de la protección de datos desde el diseño y por defecto» a efectos de «limitar el riesgo de identificación y de rastreo físico de personas»[564].

En efecto, los promotores de «Radar COVID» conocían o podían conocer cómo la AEPD afrontaba los retos que la pandemia planteaba para la protección de datos personales. Además, como se ha indicado, las actuaciones de vigilancia y supervisión de la AEPD sobre los promotores de la aplicación «Radar COVID» se produjeron ya desde que estos anunciaran el proyecto.

También muchos juristas especialistas en protección de datos advirtieron desde los primeros meses de la pandemia sobre los riesgos que planteaban las aplicaciones de rastreo de contactos positivos y sobre las garantías exigidas por el RGPD para salvaguardar los derechos de los interesados[565]. La literatura científica en este ámbito es abundante y una parte sustancial se publicó o se puso a disposición del público poco después de que la Organización Mundial de la Salud declarara el 11 de marzo de 2020 la situación de pandemia global.

Las resoluciones de la AEPD muestran cómo los responsables en el Ministerio de Sanidad y en el Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital iniciaron y prosiguieron con el desarrollo de la aplicación «Radar COVID» a espaldas del estado de los conocimientos técnicos y jurídicos disponibles en aquellos momentos. Si bien gradualmente fueron corrigiendo las diferentes deficiencias y adaptando sus comportamientos a las exigencias derivadas del RGPD, resulta sorprendente su actuación inicial, especialmente cuando la mayoría de información era fácilmente accesible.

---

[564] Directrices 04/2020, pp. 10-11.

[565] Véanse, entre otros, EDWARDS, Lilian et al., «The Coronavirus (Safeguards) Bill 2020. Proposed protections for digital interventions and in relation to immunity certificates», *LawArXiv*, 2020 [disponible en: https://osf.io/preprints/lawarxiv/yc6xu/ (fecha de consulta: 15.10.2022)]. En España, véanse entre otros, PIÑAR MAÑAS, José Luis, «Transparencia y protección de datos en el estado de alarma y en la sociedad digital post COVID-19», en BLANQUER CRIADO, David, *Covid-19 y Derecho Público (durante el estado de alarma y más allá)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 135-184; MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Ricard, «Los tratamientos de datos personales en la crisis del COVID-19. Un enfoque desde la salud pública», *Diario La Ley*, vol. 38, núm. 1, 2020 [disponible en: https://diariolaley.laleynext.es/dll/2020/03/27/los-tratamientos-de-datos-personales-en-la-crisis-del-covid-19-un-enfoque-desde-la-salud-publica (fecha de consulta: 15.10.2022)]; y MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Ricard, «Covid-19 ¿hacia un rediseño de la privacidad?», *La Ley Privacidad*, núm. 5, 2020.

5.3. Complejidad del entorno institucional y de decisión

Otro de los aspectos que sobresale en las resoluciones de la AEPD es la complejidad del entorno institucional en el cual han de adoptarse las diferentes decisiones necesarias para el desarrollo y funcionamiento de una aplicación para el rastreo de contactos positivos de COVID-19.

La existencia de varios nodos de decisión difumina las responsabilidades y dificulta la identificación de las diferentes esferas de control. Esta difusión afecta tanto a las relaciones internas -las que se dan entre los diferentes intervinientes en el proceso de desarrollo y adopción de la herramienta tecnológica- como a las relaciones externas -las que se dan entre los ciudadanos y los operadores de la aplicación-. En la dimensión interna, la falta de una distribución clara de roles y funciones puede inducir a un decisor a creer que son otros quienes asumen la responsabilidad de comprobar que se está cumpliendo con la normativa de protección de datos. Cuando todos o varios de ellos llegan a la creencia de que los deberes los harán otros, la casa queda sin barrer. En la dimensión externa, la difuminación de responsabilidades dificulta el ejercicio de los derechos de los ciudadanos para proteger sus datos personales frente a los operadores de la aplicación: les priva de saber contra quién actuar, por qué razones y de qué modo.

a) *Dimensión interna*

En la dimensión interna, es cierto que el ordenamiento español prevé mecanismos de delegación de competencias o encomiendas de gestión entre diversos órganos administrativos, pero cuyo resultado es siempre que el delegante conserva la competencia y el delegado se ocupa únicamente de su ejercicio[566]. En el ámbito de la protección de datos, ello conlleva que, a pesar de que haya habido una delegación o encomienda, el órgano administrativo en quien se residencia la titularidad de la competencia no pierde su condición de responsable de los tratamientos de datos personales asociados[567]. En otros términos, el principio de atribución competencial permite una correcta identificación *ex ante* de quién se erige como responsable principal del tratamiento de datos personales asociados con una competencia.

Mas, este enfoque formalista puede enredarse: la complejidad deriva de que delegaciones y encomiendas de gestión pueden comportar que el ejercicio de la competencia por otro órgano administrativo suponga una actuación *de facto* como responsable de los tratamientos de datos personales asociados a esa competencia; o bien suponga una actuación como encargado del tratamiento siguiendo las instrucciones y órdenes del delegante; o finalmente, que se trate de un tercero al que de algún modo se le comuniquen los datos personales tratados. Además, la complejidad se incrementa cuando los órganos delegantes y delegados no están sujetos a una relación de subordinación jerárquica, por ejemplo, porque -como en nuestro caso- forman parte de dos ministerios diferentes. Esta última situación puede invitar a los implicados a descartar que la relación entre ambos sea la que media entre un responsable y un encargado del tratamiento de datos personales.

[566] Véanse artículos 8-11 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (BOE núm. 236, de 2.10.2015).

[567] Resolución AEPD SEDIA, p. 172.

Las resoluciones de la AEPD ponen de manifiesto que cuando se produce una colaboración interministerial para el desarrollo de proyectos que implican tratamientos de datos personales puede fácilmente darse una situación en la cual sujetos sin una atribución competencial explícita acaben comportándose como responsables de los tratamientos y que, en la práctica, acaben determinando por sí mismos o conjuntamente con el titular de la competencia los medios y los fines esenciales. En otros términos, se produce una extralimitación de su propio ámbito de atribución competencial que comporta dejar de actuar en el rol que por defecto asignaría el RGPD -el de encargado del tratamiento- y asumir el rol de responsable. Esta es la conclusión a la que llega la AEPD en relación con el comportamiento de la SEDIA durante el desarrollo de la aplicación «Radar COVID».

Por otra parte, la AEPD, tanto con base en el criterio de atribución competencial como en atención a la actuación de hecho, concluye que la DGSPCI -ahora DGSP- también ostenta la condición de responsable del tratamiento. Según la AEPD fue esta «la que decidió el uso de nuevas tecnologías, en forma de aplicación móvil, como medio de apoyo de la estrategia de identificación y seguimiento de contactos, condicionado el tratamiento y los "medios esenciales"»[568]. En las resoluciones dictadas por la AEPD no se entra a valorar si ambas sancionadas actuaron como responsables independientes del tratamiento o como corresponsables del mismo. No era necesario para la valoración de las infracciones imputadas. Con todo, esta idea según la cual la DGSPCI habría «condicionado» el tratamiento de los datos personales y los medios esenciales para ello recuerda bastante a los criterios desarrollados por el TJUE para identificar supuestos de corresponsabilidad en los cuales un sujeto al utilizar una determina herramienta proporcionada por otro puede influir decisivamente en las operaciones de tratamiento que, de no haber sido por dicha influencia, no habrían ocurrido[569].

b) *Dimensión externa*

La multiplicidad de sujetos implicados en el desarrollo y gestión de la aplicación «Radar COVID» dificulta el ejercicio de los derechos de los interesados reconocidos por el RGPD. Para un sujeto interesado en proteger, por ejemplo, su derecho de acceso a los datos personales tratados por el responsable de la aplicación, la complejidad institucional puede disuadir su ejercicio y menoscabar la tutela otorgada por el RGPD. Si bien el artículo 12.3 LOPDYGDD establece que el encargado podrá tramitar, por cuenta del responsable, las solicitudes de ejercicio formuladas por los afectados de sus derechos, se trata de una solución voluntaria: el encargado dará respuesta a los interesados si así se estableciere en el contrato o acto jurídico que le vincule con el responsable del tratamiento.

Los cambios en la estructura administrativa del Ministerio de Sanidad ocurridos durante la pandemia y, en particular, durante la fase de desarrollo de la aplicación para el rastreo de casos

[568] Resolución AEPD DGSP, p. 139.

[569] STJUE de 29.7.2019, asunto C-40/17, *Fashion ID*, par. 78-79: «78. [...] al insertar tal módulo social en su sitio de Internet, Fashion ID influye de manera decisiva en la recogida y transmisión de datos personales de los visitantes de ese sitio a favor del proveedor de dicho módulo —en el caso de autos, Facebook Ireland— que, de no haberse insertado ese módulo, no habrían tenido lugar. 79. En estas circunstancias, [...], debe considerarse que Facebook Ireland y Fashion ID determinan conjuntamente los medios que originan las operaciones de recogida y de comunicación por transmisión de datos personales de los visitantes del sitio de Internet de Fashion ID».

positivos no contribuyeron a mejorar la posición de los usuarios y otros interesados cuyos datos personales pudieran verse afectados.

Finalmente, los problemas en la dimensión externa se ven incrementados por los problemas de falta de transparencia, los múltiples cambios en los diferentes documentos que acompañaban a la aplicación y la aparición de varias noticias en prensa sobre la brecha de seguridad detectada y los riesgos para la protección de los datos personales.

5.4. Una tecnología que no ha funcionado bien

Las resoluciones de la AEPD llegan tarde a la opinión pública. Han pasado casi dos años desde que se iniciara la fase de pruebas de la aplicación «Radar COVID» para que los ciudadanos de este país hayan podido contrastar si esta era o no compatible con el régimen jurídico aplicable a los tratamientos de sus datos personales. Y, sobre todo, las resoluciones llegan en un momento en el cual la utilidad y efectividad de las aplicaciones de rastreo de casos positivos habían quedado ya en entredicho.

Las aplicaciones de rastreo de positivos de COVID-19 han fallado en todo el mundo[570]. No únicamente en España encontramos problemas relacionados con la escasa utilización de las aplicaciones de rastreo, con la falta de confianza hacia ellas a partir de las percepciones sobre los riesgos para la privacidad que pueden comportar, o con su eficacia más bien escasa o relativa. También es cierto que los sesgos retrospectivos contribuyen a una valoración crítica: a toro pasado es mucho más fácil ver todo lo que ha fallado.

a) *Utilización escasa de aplicaciones de rastreo*

Las aplicaciones de rastreo han sido escasamente utilizadas. Además, el bajo uso de estas aplicaciones se proyecta sobre todas las modalidades de aplicaciones y no habría sido influido por factores tales como el grado de protección de la privacidad adoptado, el propio diseño tecnológico empleado en la aplicación -por ejemplo, basado en tecnología GPS o Bluetooth-, la arquitectura centralizada o descentralizada del sistema, o las características del proceso de implementación[571]. A pesar de estas diferencias, todas las aplicaciones de rastreo han tenido niveles de uso similares, siempre bajos. La mayoría de países no superaron niveles de uso del 10% de la población[572].

A los factores que condicionan la confianza de los ciudadanos, que examinamos en el subapartado siguiente, hay que tener en cuenta las dificultades de acceso a la tecnología por parte de los grupos más vulnerables a la enfermedad. Una parte importante de la población con un mayor riesgo de desarrollar complicaciones derivadas de la COVID-19 -las personas mayores de 80 años- carece de *smartphones* o tiene competencias de uso limitadas.

---

[570] GIL, Elad D., «Digital Contact Tracing Has Failed: Can it be Fixed with Better Legal Design», *Virginia Journal of Law & Technology*, vol 25, núm. 1, 2021, pp. 1-37, p. 7.

[571] GIL, Elad D., *op. cit.*, p. 7.

[572] GIL, Elad D., *op. cit.*, p. 9. Véase también https://www.coe.int/en/web/data-protection/contact-tracing-apps (fecha de consulta: 15.10.2022).

b) *Desconfianza hacia las aplicaciones de rastreo*

El escaso uso de las aplicaciones de rastreo responde, en parte, a problemas de confianza con la tecnología. Los promotores de estas aplicaciones no lograron convencer a sus ciudadanos de la conveniencia de instalar la aplicación en sus teléfonos móviles y de utilizarla y, además, tuvieron que arrostrar obstáculos que fueron surgiendo durante los procesos de desarrollo.

Así, las noticias sobre problemas de seguridad y privacidad que aparecieron en prensa y que se centraron en los riesgos de reidentificación de los sujetos que habían dado positivo en COVID-19 no contribuyeron a una mayor adopción de la tecnología. Si bien los problemas de privacidad son solo uno de los problemas identificados en el desarrollo e implementación de aplicaciones de rastreo[573], la preocupación por una posible vulneración de los derechos a la protección de datos personales es seguramente uno de los principales factores que alimenta la desconfianza hacia estas nuevas tecnologías.

Además de la desconfianza generalizada hacia el tratamiento de datos personales por parte de las administraciones públicas[574], hay que sumar las suspicacias ante la implicación del sector privado en el desarrollo de las aplicaciones de rastreo. En el caso de «Radar COVID», la participación de grandes empresas como Google, Apple o Amazon puede llevar a las personas a ser más reticentes a descargar la aplicación y a instalarla en sus teléfonos móviles. También las experiencias en otras jurisdicciones, donde se han utilizado sistemas de rastreo y trazabilidad muy intensos y en ocasiones forzados u obligatorios, han despertado otros recelos[575].

Las resoluciones dictadas por la AEPD confirman que acaso la desconfianza hacia la aplicación de rastreo «Radar COVID» estaba más que justificada.

c) *Inefectividad de las aplicaciones de rastreo*

Las aplicaciones de rastreo se plantearon como una herramienta que podía contribuir rápidamente a la identificación y aislamiento de casos positivos y evitar medidas más gravosas como confinamientos o restricciones de actividades sociales. En una fase posterior a los primeros confinamientos, las aplicaciones de rastreo debían contribuir a la recuperación económica.

Las aplicaciones de rastreo no han sido una tecnología completamente nueva y, por tanto, una disrupción tecnológica absoluta. Como casi todas las tecnologías, se asienta sobre otras herramientas y factores ya desarrollados en el pasado, que combina para dar lugar a utilidades y funcionalidades novedosas. Así, los sistemas de información geográfica para el tratamiento de

---

[573] O'CONNELL, James *et al.*, «Best Practice Guidance for Digital Contact Tracing Apps: A Cross-disciplinary Review of the Literature», *JMIR Mhealth Uhealth*, vol. 9, núm. 6, 2021, pp. 1-23.

[574] Por ejemplo, en relación con la aplicación de rastreo en Reino Unido, se ha señalado que la confianza en el gobierno constituyó un factor clave para la adopción de la app, mientras que su uso prolongado venía más condicionado por percepciones de transparencia. En este sentido, HORVATH, Lazlo *et al.*, «Adoption and continued use of mobile contact tracing technology: multilevel explanations from a three-wave panel survey and linked data», *BMJ Open*, vol. 12, núm. 1, 2022, pp. 1-8.

[575] COTINO HUESO, Lorenzo, «Inteligencia artificial, big data y aplicaciones contra la COVID-19: privacidad y protección de datos», *IDP. Revista de Internet, Derecho y Política*, núm. 31, 2020, p. 9.

epidemias se han venido utilizando al menos desde los años 60[576]. Por otra parte, las operaciones de rastreo son habituales en salud pública para contener y prevenir enfermedades infecciosas. Por último, las tecnologías de GPS y Bluetooth se han utilizado desde hace décadas para varios propósitos. De hecho, lo que hacen las aplicaciones informáticas es combinar estos factores, mejorar el rastreo manual y permitir escalarlo fácilmente.

Frente a las ventajas que prometían las aplicaciones de rastreo, pueden indicarse varios elementos que les restan efectividad y fiabilidad. En primer lugar, la efectividad está claramente condicionada por efectos de red: cuantos más usuarios, más efectiva será la aplicación para rastrear casos positivos y advertir a sus usuarios de la necesidad de adoptar medidas de prevención o de realizar nuevas pruebas test. Para un uso efectivo, algunos autores plantearon modelos que requerían del rastreo de al menos un 56% de la población[577]. En segundo lugar, la efectividad de las aplicaciones de rastreo como estrategia preventiva depende de que transcurra muy poco tiempo entre un contacto de un usuario con una persona contagiada y la recepción del mensaje acerca de un contacto de riesgo con un positivo. Esto es, el rastreo de contactos para ordenar una cuarentena no es una medida efectiva salvo en los primeros momentos de transmisibilidad, por lo que la aplicación no ha resultado especialmente efectiva para las finalidades pretendidas por sus promotores. Finalmente, la efectividad también depende de los errores cometidos por la tecnología. Si los niveles de falsos positivos y falsos negativos son relevantes, la fiabilidad de las aplicaciones de rastreo se resiente.

6. Bibliografía

BRADFORD, Laura/ABOY, Mateo/LIDDELL, Kathleen, «COVID-19 contact tracing apps: a stress test for privacy, the GDPR, and data protection regimes», *Journal of Law and the Biosciences*, 2020, pp. 1-21.

COTINO HUESO, Lorenzo, «Inteligencia artificial, big data y aplicaciones contra la COVID-19: privacidad y protección de datos», *IDP. Revista de Internet, Derecho y Política*, núm. 31, 2020, pp. 1-17.

EDWARDS, Lilian *et al.*, «The Coronavirus (Safeguards) Bill 2020. Proposed protections for digital interventions and in relation to immunity certificates», *LawArXiv*, 2020.

GIL, Elad D., «Digital Contact Tracing Has Failed: Can it be Fixed with Better Legal Design», *Virginia Journal of Law & Technology*, vol. 25, núm. 1, 2021, pp. 1-37.

GREENLEAF, Graham/KEMP, Katharine, «Australia's "COVIDSafe App": An Experiment in Surveillance, Trust and Law», *University of New South Wales Law Research Series*, vol. 7, 2021, pp. 1-17.

[576] KAMEL BOULOS, Maged N./GERAGHTY, Estella M., «Geographical tracking and mapping of coronavirus disease COVID-19/severe acute respiratory syndrome coronavirus 2 (SARS-CoV-2) epidemic and associated events around the world: how 21st century GIS technologies are supporting the global fight against outbreaks and epidemics», *International Journal of Health Geographics*, vol. 8, núm. 19, 2020, pp. 1-12., *apud* ROIG BATALLA, Antoni, «Garantías frente a las aplicaciones de rastreo de contagios en situaciones de pandemia», *Teoría y Realidad Constitutional*, núm. 48, 2021, pp. 527-542).

[577] HINCH, Robert *et al.*, «Effective configurations of a digital contact tracing app: a report to NHSX», *GitHub,* 2020 [disponible en: https://github.com/BDI-pathogens/covid-19_instant_tracing/blob/master/Report%20-%20Effective%20Configurations%20of%20a%20Digital%20Contact%20Tracing%20App.pdf (fecha de consulta: 15.10.2022)].

HINCH, Robert *et al.*, «Effective configurations of a digital contact tracing app: a report to NHSX», *GitHub,* 2020.

HORVATH, Lazlo *et al.*, «Adoption and continued use of mobile contact tracing technology: multilevel explanations from a three-wave panel survey and linked data», *BMJ Open*, vol. 12, núm. 1, 2022, pp. 1-8.

KAMEL BOULOS, Maged N./GERAGHTY, Estella M., «Geographical tracking and mapping of coronavirus disease COVID-19/severe acute respiratory syndrome coronavirus 2 (SARS-CoV-2) epidemic and associated events around the world: how 21st century GIS technologies are supporting the global fight against outbreaks and epidemics», *International Journal of Health Geographics*, vol. 8, núm. 19, 2020, pp. 1-12.

MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Ricard, «Los tratamientos de datos personales en la crisis del COVID-19. Un enfoque desde la salud pública», *Diario La Ley*, vol. 38, núm. 1, 2020.

MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Ricard, «Covid-19 ¿hacia un rediseño de la privacidad?», *La Ley Privacidad*, núm. 5, 2020.

O'CONNELL, James *et al.*, «Best Practice Guidance for Digital Contact Tracing Apps: A Cross-disciplinary Review of the Literature», *JMIR Mhealth Uhealth*, vol. 9, núm. 6, 2021, pp. 1-23.

PIÑAR MAÑAS, José Luis, «Transparencia y protección de datos en el estado de alarma y en la sociedad digital post COVID-19», en BLANQUER CRIADO, David, *Covid-19 y Derecho Público (durante el estado de alarma y más allá)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 135-184.

POILLOT, Elise *et al*. «Data protection in the context of COVID-19: A short (hi)story of tracing applications», *Roma TrE-Press*, 2021, pp. 1-150.

ROIG BATALLA, Antoni, «Garantías frente a las aplicaciones de rastreo de contagios en situaciones de pandemia», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 48, 2021, pp. 527-542.

WENDEHORST, Christiane, «COVID-19 Apps and Data Protection», en HONDIUS, Ewoud *et al.*, *Coronavirus and the Law in Europe*, Intersentia, Cambridge, 2021, pp. 157-179.

YOO, Christopher S./VIDYARTHI, Apratim, «Privacy in the Age of Contact Tracing: An Analysis of Contact Tracing Apps in Different Statutory and Disease Frameworks», *University of Pennsylvania Journal of Law and Innovation*, vol. 5, 2021, pp. 103-158.