

## Derecho contractual en y para tiempos de crisis

*A ver si enciendes luz,  
procura hacer un plan,  
y si haces otro plan después  
ninguno te saldrá.*

*Bertolt Brecht, La canción de la insuficiencia del esfuerzo humano\*\**

### Índice

-

#### **1. Introducción**

#### **2. Escasa eficacia del contrato en tiempos de crisis**

- 2.1. La asunción contractual del riesgo de crisis sociales generalmente es ficticia
- 2.2. La asunción contractual del riesgo de crisis social no es por lo general factible, o no es efectiva

#### **3. El § 313 BGB como instrumento representativo de un Derecho contractual solido en época de crisis**

- 3.1. Importancia limitada del Derecho contractual para superar las crisis sociales
- 3.2. El Derecho contractual es indispensable para gestionar el incumplimiento o infracción de la prestación relacionada con las crisis
- 3.3. Es razonable contar con un mecanismo general de ajuste de los contratos en caso de crisis
- 3.4. Para estabilizar las transacciones en situaciones de crisis social, se requiere una extensión heterónoma de la distribución del riesgo contractual hasta el límite de lo que sería irrazonable
- 3.5. Caso problemático de riesgo compartido por el uso contractual de la prestación: el arrendamiento de local de negocio
- 3.6. Se requiere una objetivación del umbral para la adaptación del contrato y una carga equitativa para las partes
- 3.7. *De lege ferenda* refuerza la autonomía contractual *ex post*

#### **4. Conclusiones en 12 tesis**

-

---

\*\* Bertolt Brecht, Poesías. Colección de poesías de Bertolt Brecht traducidas del alemán por José María Valverde, autor asimismo de la selección y del índice analítico (1973). Montevideo, Ediciones de la Banda Oriental, 2017.

## 1. Introducción\*

En febrero de 2020, la última vez que se celebró el Foro de Karlsruhe, probablemente nadie hubiera podido imaginar cómo se vería sacudida nuestra vida social y económica en los dos años y medio que seguirían después: oleadas de pandemia con cierres patronales, cadenas de suministro que crujen y revientan, y, desde el 24 de febrero de 2022, la guerra en Ucrania con la crisis energética a la zaga. Está claro que el tema de este artículo, que aborda estos tiempos verdaderamente convulsos, no se puede tratar en 45 minutos. Por lo tanto, me gustaría limitarme a realizar algunas reflexiones generales, por un lado, sobre el cumplimiento del contrato como régimen de la autonomía privada de la voluntad; y, por otro lado, sobre la eficacia del Derecho contractual y, en concreto, el § 313 BGB (Código Civil alemán), como instrumento de adaptación del contrato en caso de alteración de la denominada base “esencial” o “fundamental” del contrato.<sup>1</sup> Sin embargo, limitaré mi exposición a los contratos de los que nacen obligaciones cuyo objeto no es específicamente el de asegurar riesgos, ni juegan con el alea y la especulación.

Mi enfoque es doble: creo que cuando se trata de riesgos que cuestionan la base esencial o fundamental del negocio y que sacuden nuestro entramado social, deberíamos confiar poco en el contrato individual: los contratos resultan ser mucho menos eficaces en la asignación de dichos riesgos de lo que desearíamos en aras de la seguridad de los contratantes (véase II). Sin embargo, en mi opinión, esto no tiene por qué considerarse una falta de razonable prudencia o incluso un fallo del contrato. Si no pueden preverse, estimarse y evaluarse razonablemente los riesgos, me parece mucho más razonable no tratar de distribuirlos mediante acuerdos contractuales. No obstante, si llegan a materializarse, esos riesgos deben gestionarse de la mejor manera posible con arreglo al Derecho contractual. Y creo que los resultados de la ciencia general del riesgo y la resiliencia deberían utilizarse para responder a la pregunta de cómo conseguirlo: en la medida en que la existencia de catástrofes sociales no puede prevenirse de forma fiable, y

---

\* Autora de contacto: Beate Gsell ([beate.gsell@jura.uni-muenchen.de](mailto:beate.gsell@jura.uni-muenchen.de)), Catedrática de Derecho Civil, Derecho Procesal Civil, Derecho Privado Europeo y Derecho Procesal en la Universidad Ludwig Maximilian de Múnich. El artículo, que fue publicado inicialmente en la revista *Versicherungsrecht* (VersR 2022, p. 1541 y ss.), se basa en una conferencia pronunciada en el Foro de Karlsruhe el 8 de julio de 2022, que luego fue reproducido, con adaptaciones, en una conferencia pronunciada en la Facultad de Derecho de la Universidad de Barcelona, el 7 de noviembre de 2023, a la que la autora fue invitada en el marco de un programa de internacionalización de dicha Facultad. Se publica ahora su traducción en castellano con la amable autorización de los editores de la revista *Versicherungsrecht* (VersR). Esther Arroyo Amayuelas (U. Barcelona) ha realizado la traducción, en el marco del programa de la Generalitat para la financiación de los Grupos de Investigación Consolidados (2021 SGR 00347), a quien se lo agradezco. A su vez, tanto la autora como la traductora dejan constancia de su reconocimiento a Carlos Trujillo Cabrera (U. La Laguna), actualmente investigador en la U. Barcelona, por haber llevado a cabo una lectura complementaria crítica de la traducción.

<sup>1</sup> El § 313 BGB dispone lo siguiente: § 313 Alteración de la base del negocio. (1) Si con posterioridad a la celebración del contrato se han modificado de modo substancial las circunstancias que han devenido la base del contrato y, de haber previsto esta modificación, las partes no hubieran celebrado el contrato o lo hubieran celebrado con otro contenido, puede exigirse la adaptación del contrato en la medida en que no pueda exigirse a una parte el mantenimiento del contrato no modificado, teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso concreto, especialmente la distribución legal o contractual del riesgo. (2) Se equipara a una modificación de las circunstancias el hecho de que presupuestos esenciales, que han devenido la base del contrato, resultan ser falsos. (3) Si no es posible o no es exigible a una parte una adaptación del contrato, la parte perjudicada puede resolver el contrato. Para las relaciones obligatorias continuadas, en lugar del derecho de resolución rige el derecho de denuncia” (sigo la traducción de Albert Lamarca Marquès (dir.), Código Civil alemán y Ley de Introducción al Código Civil, Barcelona-Madrid, Marcial Pons, 2008). En cambio, se prescindirá en este ensayo en gran medida de las normas especiales COVID-19 del art. 240 §§ 1 a 7 EGBGB (Ley introductoria del Código Civil alemán), hoy ya derogadas. Véase en detalle Schmidt, COVID-19 - Rechtsfragen zur Corona-Krise, 3ª ed. 2021, y el volumen de actualización de la 3ª ed. 2022, passim.

ni siquiera predecirse, es importante que los regímenes concernidos sean fuertes y robustos, para poder hacer frente a lo que suceda, y demostrar ser lo más resistentes posible.<sup>2</sup> El Derecho contractual no debe quedarse con los brazos cruzados cuando las cosas van incluso peor de lo que se temía. Debe aportar soluciones viables y, a la vez, evitar exponerse a reproches de arbitrariedad; debe satisfacer expectativas justificadas de seguridad y justicia contractual. Me gustaría anticipar que el § 313 BGB cumple en gran medida con esta exigencia de un Derecho contractual sólido. Esto se expone más en detalle a continuación (apartado III).

## 2. Escasa eficacia del contrato en tiempos de crisis

### 2.1. La asunción contractual del riesgo de crisis sociales generalmente es ficticia

La cuestión central para esclarecer la efectividad del derecho de obligaciones en tiempos de crisis radica en saber si el contrato individual o, al menos, el derecho de obligaciones con todos sus tipos contractuales, regula y debe regular todos los riesgos imaginables y si, por tanto, los asigna a (al menos) una de las partes contratantes. Se trata, nada más y nada menos, que de determinar el alcance de la obligatoriedad del contrato: ¿Es el contrato “en sí mismo” obligatorio frente a todas las contingencias? ¿O bien la voluntad de las partes de quedar obligadas está desde el principio supeditada al mantenimiento de la realidad social?<sup>3</sup> Se observan distintos matices en la valoración del alcance de la obligación contractual, en particular en lo que respecta a la clasificación de la doctrina de la frustración del contrato o el § 313 BGB, que la codifica desde la modernización del Derecho de obligaciones<sup>4</sup>: dependiendo de cómo se conciba la obligación contractual, es probable que el § 313 BGB tenga el efecto de quebrarla; o bien de limitarse a tener en cuenta el hecho de que el contrato no se aplica de todos modos en caso de cambios fundamentales en la realidad social que los contratantes tomaron en consideración.<sup>5</sup>

En aras de la seguridad de las relaciones contractuales, sería sin duda deseable una asignación completa de los riesgos contractuales. No cabe duda de que los contratos deben garantizar

---

<sup>2</sup> Para una perspectiva multidisciplinar, véase Wink, *Multidisziplinäre Perspektiven der Resilienzforschung*, 2016, passim, con otras referencias, y en particular Fekete/Grinsa/Norf, *Resilienz in der Risiko- und Katastrophenforschung: Perspektiven für disziplinäre Arbeitsfelder*, p. 215 ff.; cf. Wink, *Multidisziplinäre Perspektiven der Resilienzforschung*, 2016, passim, con otras referencias. En el contexto general de la reducción del riesgo de catástrofes, véase también la German Strategy for Strengthening Resilience to Disasters - Implementation of the Sendai Framework for Disaster Risk Reduction (2015-2030) - Germany's Contribution 2022-2030, publicada por el Ministerio Federal del Interior, disponible en <https://www.bmi.bund.de/SharedDocs/downloads/DE/publikationen/the-men/bevoelkerungsschutz/BMI22017-resilienz-katastrophen.pdf?blob=publicationFile&v=2> (fecha de acceso: 11.11.2022).

<sup>3</sup> Sobre la relación del contrato obligatorio y realidad social, véase Flume, *El negocio Jurídico*, II, 4a ed., Madrid, Fundación Cultural del Notariado, 1998, traducción J. M. Miquel – E. Gómez Calle, § 26, p. 586 ss (en el original alemán, Flume, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Zweiter Teil, Das Rechtsgeschäft*, 4ª ed. 1992, § 26, p. 518 y ss).

<sup>4</sup> Fundamental a este respecto es Oertmann, *Die Geschäftsgrundlage - Ein neuer Rechtsbegriff*, 1921, passim; para el desarrollo histórico, véase Martens en BeckOGK/BGB, 1 de octubre de 2022, sección 313 apartado 12 y ss.; *Finkenauer* en MünchKomm/BGB, 9ª ed. 2022, § 313 Rz 20 y ss.

<sup>5</sup> Cf. Por un lado Fikentscher, *Die Geschäftsgrundlage als Frage des Vertragsrisikos*, 1971, p. 109, donde la doctrina de la base del negocio se categoriza “como parte de una teoría general de la irrazonabilidad de las obligaciones contractuales”; y por otro lado, Flume, *El negocio Jurídico*, II, Madrid, Fundación Cultural del Notariado, 1998, traducción de la 4ª ed alemana (1992) por J. M. Miquel – E. Gómez Calle, § 26, p. 618: “No se trata de una desviación del principio '*pacta sunt servanda*', sino de distribuir los riesgos de la realidad social que no se han regulado en el acuerdo contractual” (en el original alemán, Flume, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Zweiter Teil, Das Rechtsgeschäft*, 4ª ed. 1992, § 26, p. 525).

jurídicamente las expectativas de cumplimiento futuro. Cualquier propietario o inquilino que acuerde un alquiler fijo para un local comercial durante los próximos tres años se está protegiendo contra los cambios en el mercado del alquiler. Sin embargo, probablemente sea más honesto negar que el contrato, como régimen privado de la autonomía de la voluntad, se caracterice generalmente por una asignación íntegra del riesgo. Me parece que es una pura ficción sostener que las partes contratantes querrían obligarse para todas las eventualidades concebibles e inconcebibles y que también lo habrían hecho para el escenario de la pandemia COVID-19, porque se sabe que las pandemias no están fuera de toda consideración.<sup>6</sup> Es así porque, como es bien sabido, la gente tiende a asumir la continuidad del pasado y a subestimar e ignorar lo incierto como improbable. La investigación sociológica y económica del riesgo reconoce desde hace mucho tiempo que las personas, no solo a título individual, sino colectivamente, tienden a subestimar y extrapolar la experiencia previa a la hora de evaluar los riesgos. Los riesgos nuevos o los riesgos que no están presentes (o han dejado de estarlo) según el horizonte propio de conocimientos, se subestiman sistemáticamente o incluso se ignoran por completo como riesgos "invisibles". Ulrich Beck lo describió de forma impresionante en los años ochenta en su bestseller "Risikogesellschaft" ("La sociedad del riesgo"), publicado más o menos al mismo tiempo que el accidente del reactor de Chernóbil.<sup>7</sup>

También puede considerarse un síntoma de continuidad y sobreestimación sistemáticas el hecho de que, remontándonos al economista estadounidense Frank Hyneman Knight, en economía lo único que -supuestamente- se puede calcular tradicionalmente se reconoce terminológicamente como "riesgo" y se separa de la "incertidumbre".<sup>8</sup> El propio hecho de tratar sobre riesgos presupone que estos pueden calcularse en probabilidades matemáticamente fiables.

Años antes de la pandemia, la crisis financiera y de la deuda de 2008 ya demostró de forma impresionante que la economía también es mucho menos fiable de lo esperado cuando se trata de calcular la probabilidad de esos sucesos. En su famosa obra "*The Black Swan - The Impact of the Highly Improbable*" ("El cisne negro: el impacto de lo altamente improbable") de 2007, el economista Nassim Nicholas Taleb describe vívidamente la limitada fiabilidad del aprendizaje a partir de la experiencia y las observaciones, y el fenómeno generalizado de subestimar lo incierto, basándose en la extrapolación de lo que ha ocurrido antes. Según Taleb, este fenómeno afecta

---

<sup>6</sup> Así, aparentemente, Finkenauer/Stahl, JZ 2022, 309 en relación con el "Informe sobre el análisis de riesgos en la protección civil" („Bericht zur Risikoanalyse im Bevölkerungsschutz“) presentado al Bundestag ya en 2012, que había anticipado la pandemia con el escenario concebible de una "pandemia causada por virus modi-SARS"; de forma similar, Finkenauer en MünchKomm/BGB, 9.<sup>a</sup> ed. 2022, § 313 Rz 324, allí con la distinción implícita de que aunque la pandemia era previsible, se dio por sentada la no paralización de sectores económicos en su totalidad; sobre el hecho de que la necesidad de medidas rigurosas de restricción de contactos fuera anticipada por algunos expertos en enero de 2020, véase más adelante.

<sup>7</sup> Beck, Risikogesellschaft - Auf dem Weg in eine andere Moderne, 1<sup>a</sup> ed. 1986, passim; Beck se queja en particular, p. 48 y ss., de una "globalización de los riesgos de civilización" y, p. 78 y ss. del "fracaso de la racionalidad científico-técnica frente a los crecientes riesgos y amenazas para la civilización", así como de la "ceguera económica ante el riesgo" y "autocomplacencia [...] económica", especialmente en relación con los riesgos nucleares; el hecho de que el limitado horizonte de la experiencia individual de cada uno conduce a la subestimación (colectiva) de los riesgos es subrayado por Beck, p. 95 y ss, en la vívida caracterización de la conciencia pública del riesgo como "no-experiencia de segunda mano" y en la acertada afirmación: "en última instancia, nadie puede conocer los riesgos mientras el conocimiento signifique haberlos experimentado conscientemente".

<sup>8</sup> Knight, Risk, Uncertainty and Profit, 1921, p. xi, donde se critica la teoría del riesgo entonces imperante por entrar "en confusión al no distinguir entre el riesgo en el sentido de una probabilidad mensurable y una incertidumbre que no puede medirse"; para más detalles sobre esta distinción, véanse las p. 197 y ss.

especialmente a los acontecimientos que, en primer lugar, se sitúan fuera de la experiencia previa; en segundo lugar, tienen efectos extremos; y, en tercer lugar, se consideran previsibles y explicables desde una perspectiva *ex post* después de que hayan ocurrido, de acuerdo con la expresión de una paradoja, según la cual todo el mundo sabe de antemano las cosas cuando estas ya han sucedido.<sup>9</sup> Taleb utiliza la imagen del “cisne negro” para referirse a este tipo de acontecimientos. Durante mucho tiempo se dio por sentado que solo había cisnes de color blanco hasta que aparecieron los cisnes negros en Australia. La infravaloración habitual de las consecuencias excesivas de lo improbable se debe seguramente a la dificultad generalizada de visualizar grandes cifras y el peligro de que aumenten exponencialmente. Esto se ha observado una y otra vez durante la pandemia COVID-19.<sup>10</sup>

Sin embargo, la pandemia de COVID-19 ni siquiera cumple los requisitos de un cisne negro, aunque solo sea porque fue predicha por algunos científicos, entre ellos Taleb, en un artículo fechado el 26 de enero de 2020, incluidas las rigurosas medidas de restricción de contactos que probablemente habrían sido necesarias para detener la propagación mundial.<sup>11</sup>

Con todo, el hecho de que unas pocas personas predijeran la pandemia no cambia el hecho de que, en general, estemos glosando y calculando el futuro sin contar con lo peor. Tampoco hay remedio alguno contra el riesgo de verdaderos cisnes negros, esto es, contra lo que ignoramos que desconocemos.<sup>12</sup>

En vista de todo ello, la suposición de que las partes de un contrato de compra o alquiler desean igualmente quedar vinculadas en caso de pandemia y conflicto bélico, no es algo que suela encajar con su concepto de “continuidad de la realidad social”.

## 2.2. La asunción contractual del riesgo de crisis social no es por lo general factible, o no es efectiva

---

<sup>9</sup> Taleb, *The Black Swan - The Impact of the Highly Improbable*, 2ª edición, 2010, Prólogo, p. xxii (y con más detalle p. 8 y ss.), donde Taleb habla de un “tripleto de opacidad” caracterizado por “rareza, impacto extremo y previsibilidad retrospectiva (aunque no prospectiva)”.

<sup>10</sup> A una petición de que se pusiera fin a las restricciones de COVID-19, planteada a propósito del hecho de que 360.000 personas mueren cada año ahogadas en piscinas y que, a pesar de todo, las piscinas no están prohibidas, Taleb respondió con el siguiente tuit: „Drowning in swimming pools is extremely contagious and multiplicative.“ (“El ahogamiento en piscinas es extremadamente contagioso y multiplicativo”), véase Avishai, *The Pandemic Isn't a Black Swan but a Portent of a More Fragile Global System*, *New Yorker* v. 21 de abril de 2020, disponible en <https://www.newyorker.com/news/daily-comment/the-pandemic-isnt-a-black-swan-but-a-portent-of-a-more-fragile-global-system> (última consulta: 29.12.2023). Para más detalles sobre los peligros estadísticos de descuidar los riesgos extremos de pandemias, véase Cirillo/Taleb, *Tail risk of contagious diseases*, *Nature Physics* 16 (2020), p. 606 y ss.

<sup>11</sup> S. Norman/Bar-Yam/Taleb, *Systemic Risk of Pandemic via Novel Pathogens - Coronavirus: A Note*, *New England Complex Systems Institute*, 26 de enero de 2020, disponible en: <https://necsi.edu/systemic-risk-of-pandemic-via-novel-pathogens-coronavirus-a-note> (última consulta: 29.12.2023).

<sup>12</sup> En alusión a la declaración del entonces Secretario de Defensa de EEUU, Donald Rumsfeld, en una rueda de prensa, el 12 de febrero de 2002: “as we know there are known knowns; there are things we know we know. We also know there are known unknowns; that is to say we know there are some things we do not know. But there are also unknown unknowns - the ones we don't know we don't know” (“como sabemos, hay cosas conocidas, es decir, cosas que sabemos que sabemos. También sabemos que hay incógnitas conocidas; es decir, sabemos que hay cosas que no sabemos. Pero también hay incógnitas desconocidas; las que no sabemos que no sabemos”), disponible como grabación de vídeo en <https://www.youtube.com/watch?v=REWeBzGuzCc> (último acceso: 10.1.2024).

Sin embargo, en la práctica contractual también existen cláusulas que toman precauciones frente a los cambios de la realidad social: reservas de autoabastecimiento, cláusulas de fuerza mayor o *hardship* o cambios materiales adversos, pero también cláusulas de ajuste de precios y escalonamiento y, por último, cláusulas que prevén que por lo menos las partes deben renegociar en caso de alteraciones.<sup>13</sup> Por tanto, cabe preguntarse, y de ello se hacen eco actualmente algunas contribuciones a la pandemia,<sup>14</sup> si no significa un fracaso en las negociaciones que el contrato no contenga tales cláusulas, o que éstas no cubran adecuadamente catástrofes sociales actuales, como la pandemia. Quisiera discrepar de la opinión que lo cree así. Por muy comprensible que pueda ser que los individuos que son parte en el contrato quieran protegerse, deberíamos tomarnos por lo menos igual de seriamente nuestra limitada capacidad de previsión.<sup>15</sup> De hecho, las actuales cláusulas solo han demostrado una eficacia limitada durante la pandemia. Efectivamente, es considerablemente problemático determinar en qué casos se aplican exactamente y con qué consecuencias jurídicas y cómo se relacionan estas consecuencias con la regulación legal sobre incumplimiento de la prestación.<sup>16</sup> A esto se le suma la dificultad de la justicia material de los contratos. Si actualmente se desconoce qué acontecimientos tendrán qué consecuencias adversas para quién, ¿cómo puede garantizar hoy la cláusula contractual una distribución adecuada de esas consecuencias?<sup>17</sup> Como es natural, se señalan también dificultades prácticas a la hora de formular una cláusula que sea suficientemente precisa y transparente y que, en su condición de condición general de la contratación, no perjudique injustificadamente a la otra parte, en contravención de lo dispuesto en el § 307 del BGB, que prohíbe las cláusulas abusivas.<sup>18</sup>

Por cierto, ha sido nada menos que Niklas Luhmann quien ha demostrado por qué la fiabilidad de los cálculos probabilísticos del riesgo -de la que, de hecho, se suele carecer- no es tan decisiva respecto a su función social como base para la toma de decisiones. Luhmann expone el cálculo matemático del riesgo como una "extensión controlada de la esfera de la acción racional"<sup>19</sup>, en el

<sup>13</sup> Mann/Waschkowski, BB 2022, 1283 y ss.; también Liebscher/Zeyher/Steinbrück, ZIP 2020, 852, 862 y ss.

<sup>14</sup> Por ejemplo, Wagner, ZEuP 2020, 531, 534, califica de "irracional" que muchas personas ignoren por completo riesgos cuya materialización nunca han podido observar y cuya probabilidad de ocurrencia es baja en relación con el futuro previsible.

<sup>15</sup> Liebscher/Zeyher/Steinbrück, ZIP 2020, 852, 865 en respuesta a la pandemia COVID-19 parecen ser mucho más optimistas: "A medio y largo plazo, sin embargo, parece sensato alinear estratégicamente los contratos siempre que sea posible."

<sup>16</sup> Véase, por ejemplo, sobre las dudas en cuanto a si la pandemia es un "acontecimiento externo, imprevisible e inevitable", Wagner, ZEuP 2020, 531, 534 en el contexto del art. 13 párr. 1 de los principios COVID-19 del Instituto de Derecho Europeo; también sobre el hecho de que las cláusulas de fuerza mayor generalmente no permiten ajustes contractuales, Mann/Waschkowski, BB 2022, 1283, 1285; cf. Liebscher/Zeyher/Steinbrück, ZIP 2020, 852, 862 y ss. Liebscher/Zeyher/Steinbrück, ZIP 2020, 852, 862 y ss. sobre la capacidad limitada y las considerables incertidumbres jurídicas relativas al alcance de las cláusulas cautelares comunes.

<sup>17</sup> Por ejemplo, Wagner, ZEuP 2020, 531, 539, señala acertadamente que una asignación del riesgo a las empresas fabricantes de Extremo Oriente en el caso de contratos de suministro en cuyo cumplimiento el comprador no tiene ningún interés porque no puede vender las mercancías, supondría una acumulación irrazonable del riesgo a las empresas productoras; cf. también en general Martens en BeckOGK/BGB, Status 1.10.2022, § 313 Rz 3, quien acertadamente parte de la base de que, si el contrato se interpreta literalmente, a pesar de la crisis social, el contrato "se convierte en un juego de azar y dejaría de ser un medio racional de cooperación organizada".

<sup>18</sup> Véase también Mann/Waschkowski, BB 2022, 1283 ss.

<sup>19</sup> Luhmann, Sociología del Riesgo, Guadalajara, Jalisco, México, 1992, traducción de Silvia Pappé, Brunhilde Erker, Luis Felipe Segura y Javier Torres Nafarrate. Se consulta una edición sin paginar disponible en: <https://analisisinstitucionaluba.files.wordpress.com/2013/08/sociologia-del-riesgo-niklas-luhmann.pdf>, que corresponde a la p. 33 del archivo en pdf (en el original alemán: Soziologie des Risikos, 2003, reimpresión sin cambios de la edición de 1991, p. 22).

sentido de un mecanismo que permite justificar decisiones de las que uno se arrepiente *a posteriori* cuando se produce una pérdida: todo el aparato del cálculo del riesgo es solo para esta hipótesis de una decisión que luego hay que lamentar.

Por lo demás, “esta forma de la racionalidad permite desarrollar una paradoja, a saber: la demostración de que una decisión equivocada puede, no obstante, haber sido la correcta”.<sup>20</sup> En otras palabras: medimos el futuro incluso allí donde no podemos medirlo racionalmente, solo para asegurarnos de que hemos hecho lo correcto si la decisión que tomamos más tarde resulta ser perjudicial.

Sin embargo, el Derecho contractual debería poder combatir mejor tales pretensiones exageradas de previsión y asignación de riesgos: en la medida en que no podamos conocer mejor y no podamos asignar razonablemente los futuros riesgos contractuales, debería permitirse que la realidad social se tome como base a la hora de concluir el contrato. Esto no es irracional, sino racional. Es racional, porque no es posible asignar correctamente las consecuencias desconocidas del cisne negro de mañana en un contrato específico de hoy. Por lo tanto, quebrarse *ex ante* la cabeza para saber cómo contener y absorber los desastres sociales inciertos es un esfuerzo fútil: es ineficaz e ineficiente. Ni pueden garantizarse soluciones eficaces y justas para el concreto contrato, ni parece una buena inversión el considerable esfuerzo que requiere formular las cláusulas correspondientes con garantía de eficacia y precisión. Por último, hay que tener en cuenta que es del interés económico y social que los negocios y las transacciones jurídicas no se vean desincentivados debido a las incertidumbres del futuro. Por lo tanto, el Derecho contractual no debe enviar la señal de que los contratos no pueden concluirse razonablemente sin construcciones o cláusulas complicadas.

### **3. El § 313 BGB como instrumento representativo de un Derecho contractual solido en época de crisis**

#### **3.1. Importancia limitada del Derecho contractual para superar las crisis sociales**

A partir de la limitada capacidad del contrato para predecir lo incierto, no es raro concluir que el Derecho contractual no es de gran ayuda para hacer frente a los cambios en la “base principal del negocio”. La adaptación de los contratos en tiempos de crisis según las reglas de la “alteración de la base del contrato” ha sido y sigue siendo vista con escepticismo por algunos, desechada

---

<sup>20</sup> Luhmann, *Sociología del Riesgo*, traducción de Silvia Pappe, Brunhilde Erker, Luis Felipe Segura y Javier Torres Nafarrate, Guadalajara, Jalisco, México, 1992. Se consulta una edición sin paginar de la versión electrónica disponible en: <https:// analisisinstitucionaluba.files.wordpress.com/2013/08/sociologia-del-riesgo-niklas-luhmann.pdf>, que corresponde a las p. 39 y ss del archivo en pdf (en el original alemán: *Soziologie des Risikos*, 2003, reimpresión sin cambios de la edición de 1991, p. 32 ss).

como un derecho puramente de equidad que resulta ajeno al Derecho contractual,<sup>21</sup> e incluso se diagnostica que el § 313 BGB se ve desbordado en situaciones de crisis social.<sup>22</sup>

No cabe duda de que la corrección, igualación y distribución justa de las cargas que recaen sobre los contratantes, relacionadas con la crisis, representa una tarea de la sociedad en su conjunto,<sup>23</sup> que trasciende al Derecho privado. Se requieren intervenciones masivas del Estado en la gestión de las crisis, en forma de normas contractuales específicas relacionadas con los acontecimientos,<sup>24</sup> y también paquetes de ayuda de carácter sociopolítico,<sup>25</sup> desgravaciones fiscales,<sup>26</sup> etc. Esto es tanto más cierto en la medida en que las consecuencias de una crisis no son causadas directamente por el acontecimiento que la desencadenó, sino solo indirectamente por las medidas de protección y contraataque ordenadas por el Estado. Muchas afectaciones provocadas por la pandemia tuvieron lugar exclusivamente como consecuencia de las restricciones estatales a los contactos, la imposición del cierre de las empresas, etc. Lo mismo cabe decir respecto a las consecuencias actuales de la guerra, algunas de las cuales derivan de las sanciones gubernamentales impuestas a Rusia,<sup>27</sup> pero no directamente de la guerra en sí. El legislador asigna así las desventajas a determinados grupos de personas, pero no a otros. Durante la pandemia, por ejemplo, se permitió que las librerías o los centros de bricolaje y jardinería permanecieran abiertos a veces y en algunos lugares, mientras que otros comercios minoristas tuvieron que cerrar.<sup>28</sup> La evidente distribución desigual de las cargas, que ha surgido porque la selección de los destinatarios de las restricciones estaba orientada a una lucha eficaz contra la pandemia y, además, no siempre fue coherente,<sup>29</sup> no puede ser abordada por el Derecho privado, que no puede hacer frente a este problema.<sup>30</sup>

---

<sup>21</sup> Claramente, Flume, *El negocio Jurídico*, II, Madrid, Fundación Cultural del Notariado, 1998, traducción de la 4ª ed alemana (1992) por J. M. Miquel – E. Gómez Calle, § 26, p. 617: “La compensación de los riesgos de la realidad social entre los contratantes en contratos aún no cumplidos totalmente por ambas partes es, en realidad, una compensación de cargas de carácter privado. Puesto que el contrato no ofrece ningún apoyo para la distribución de riesgos respecto de los sucesos de la realidad social y el reparto de riesgos no puede ser regulado por normas jurídicas generales, no queda otra solución que la decisión basada en la equidad” (en el original alemán, Flume, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Zweiter Teil, Das Rechtsgeschäft*, 4ª ed. 1992, § 26, p. 524).

<sup>22</sup> Cf. Finkenauer/Stahl, *JZ* 2022, 309, 310: “[...]; el § 313 del BGB desbordado por la alteración de la realidad social, sólo puede aplicarse subsidiariamente.”; de forma similar, Finkenauer en *MünchKomm/BGB*, 9ª ed. 2022 § 313 Rz 45.

<sup>23</sup> Esto se subraya a menudo con razón, véase Riehm en Effer-Uhe/Mohnert, *Vertragsrecht in der Coronakrise*, 2020, pp. 11, 15.

<sup>24</sup> Véase más arriba y la nota 1.

<sup>25</sup> Para más información sobre las ayudas federales por coronavirus, véase el resumen en el sitio web del Ministerio Federal de Economía y Protección del Clima, disponible en <https://www.bmwk.de/Redaktion/DE/Coronavirus/informationen-zu-corona-hilfen-des-bundes.html> (último acceso: 11 de noviembre de 2022).

<sup>26</sup> Para las desgravaciones fiscales relacionadas con la pandemia, véase la información del sitio web del Ministerio Federal de Hacienda, disponible en <https://www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Pressemitteilungen/Finanzpolitik/2022/02/2022-02-16-weitere-steuerliche-erleichterungen-corona-pandemie.html> (fecha de última consulta: 11 de noviembre de 2022).

<sup>27</sup> Véase Stein/Haanel, *jurisPR-Compl* 5/2022 nota 5 sobre los efectos prácticos de los ocho paquetes de sanciones adoptados actualmente por la Unión Europea, que incluyen restricciones a la exportación y la importación, en un contexto empresarial.

<sup>28</sup> Véase, por ejemplo, § 2 (4) del de la segunda Ordenanza bávara sobre medidas de protección contra la infección (2nd BayIfSMV) de 16 de abril de 2020, *BayMBl.* 2020 n.º 205.

<sup>29</sup> Véase, por ejemplo, Kämmerer/Jischkowski, *GesR* 2020, 341 y ss. sobre la revisión de las medidas por los tribunales constitucionales y administrativos.

<sup>30</sup> La cuestión de hasta qué punto los derechos fundamentales exigen que los cierres de plantas y medidas similares de protección contra la infección vayan acompañados jurídicamente de una obligación de compensación

Al fin y al cabo, el Derecho contractual también falla cuando se dejan de concluir contratos a causa de la crisis. Quien haya pasado unos días en el mismo hotel cada otoño durante décadas, pero luego simplemente se haya abstenido de hacer la reserva en 2020 y 2021 en vista de los cierres respectivos, no puede ser considerado responsable en virtud del Derecho contractual de participar en la pérdida de ingresos del hotelero como consecuencia de la pandemia.

### **3.2. El Derecho contractual es indispensable para gestionar el incumplimiento o infracción de la prestación relacionada con las crisis**

Sin embargo, la importancia limitada del Derecho contractual para superar las crisis sociales no cambia el hecho de que sea necesario un Derecho contractual fuerte que asigne los restantes fallos en los contratos de forma justa, practicable y jurídicamente segura. El hecho de que la crisis social sea una realidad sorprendente que se sitúe más allá de lo acordado, no la hace menos real, ni hace desaparecer el contrato ya concluido. Por lo tanto, no hay otra opción que relacionar el contrato con la realidad tal y como esta es, aunque aquel no estuviera pensado para la realidad que es ahora. Sencillamente, no existe otra realidad. O en términos concretos: la cuestión de si el arrendatario debe o no pagar el alquiler del local a pesar del cierre del negocio como consecuencia de la pandemia,<sup>31</sup> no es algo que pueda quedar sin respuesta por parte del Derecho contractual.

Pasa así a ocupar un lugar central, la cuestión de cuál es la mejor manera de asignar las consecuencias de las crisis sociales en el marco del Derecho contractual y de la eficacia del § 313 BGB como instrumento de crisis, incluida su interpretación por los tribunales.

### **3.3. Es razonable contar con un mecanismo general de ajuste de los contratos en caso de crisis**

De entrada, es positivo que se haya codificado el § 313 BGB como instrumento general para tratar la alteración de la base del contrato. Su ámbito de aplicación no se limita a tipos contractuales concretos, ni a causas o consecuencias concretas de las crisis.<sup>32</sup> Esto es una ventaja porque los límites de la capacidad de previsión humana descritos anteriormente<sup>33</sup> hacen que quede por completo abierto *ex ante* qué contrato y en qué sentido quedará afectado por una crisis social.

---

económica es una cuestión de orden constitucional y no contractual; cuestión dejada abierta por el BVerfG de 10 de febrero de 2022 - 1 BvR 1073/21, juris para. 11 y ss. por falta de explicación suficiente; de *lege lata* niega una reclamación de indemnización por cierre de negocio, en particular desde el punto de vista del contenido de la disposición que exige la indemnización, por falta de base legal, BGH v. 17 de marzo de 2022 - III ZR 79/21, VersR 2022, 772 = juris párr. 63; véase también Itzel, MDR 2022, 729 y ss.; críticamente Marquard, NVwZ 2022, 821 y ss., y allí otras opiniones; a favor de una obligación de indemnización y de una interpretación extensiva de *lege lata* o de una aplicación análoga, especialmente de las normas de indemnización en virtud de la ley de protección contra infecciones o de la ley de prevención de riesgos, Winterhoff/Eisele, JöR 69 (2021), 637 y ss.; en contra de una “obligación normativa constitucional [...] de crear un régimen especial de compensación de sacrificios o una indemnización proporcional por causa de las medidas restrictivas derivadas del coronavirus que, por otra parte, son lícitas como tales”, por el contrario, Cornils, Die Verwaltung 54 (2021), 477, 485 y ss. con otras referencias.

<sup>31</sup> Véase el punto 6.

<sup>32</sup> Más restrictivamente, por ejemplo, el art. 1195 del Código Civil francés, que solo cubre una imprevisible mayor onerosidad en el cumplimiento (véase 5 infra); más restrictivamente también el art. 1104 ABGB, que exime al arrendatario del pago del alquiler si la propiedad arrendada es inutilizable “debido a circunstancias extraordinarias” (véase 5 infra).

<sup>33</sup> Véase II 1 y 2.

¿Se endurecerán las prestaciones? ¿Se obstaculizará el uso del bien debido o se frustrará la finalidad del contrato? ¿O se devaluará la contraprestación? El § 313 BGB se aplica en todos esos escenarios y, por tanto, ofrece el necesario grado de flexibilidad.

Sin embargo, para que el § 313 BGB funcione plenamente en caso de crisis, no deben tener carácter concluyente otras disposiciones sobre incumplimiento o infracción de la prestación que no tienen por objeto específicamente la alteración de la base del negocio. Esto se aplica directamente a los § 275 BGB y § 326 (1) BGB, así como a las disposiciones relativas a la falta de conformidad.<sup>34</sup> La aplicabilidad del § 313 BGB a pesar de la imposibilidad de la prestación, o a pesar de la existencia de un defecto material resulta simplemente del hecho de que el § 313 BGB se utiliza precisamente cuando la asignación contractual ordinaria del riesgo no puede pretender ser válida porque estaba prevista para una realidad diferente. En otras palabras, como instrumento para hacer frente a una crisis social irregular, el § 313 BGB puede prevalecer sobre el Derecho general del incumplimiento que está previsto para circunstancias normales. En mi opinión, por tanto, no era en absoluto evidente que los organizadores de viajes o culturales, hoteleros y restauradores, etc., que ya no podían prestar los servicios contratados debido a las órdenes de prohibición gubernamentales relacionadas con la pandemia, no recibieran contraprestación alguna con arreglo al § 326 (1) BGB, a pesar de que, por regla general, los gastos de preparación de la prestación luego prohibida por el Estado hubieran sido consideradamente elevados.<sup>35</sup>

---

<sup>34</sup> El § 275 BGB establece lo siguiente: Exclusión del deber de prestación: “(1) La pretensión a la prestación está excluida si es imposible para el deudor o para cualquier persona. (2) El deudor puede denegar la prestación si ésta requiere un esfuerzo que, teniendo en cuenta el contenido de la relación obligatoria y las exigencias de la buena fe, resulta un fuerte desequilibrio con el interés del acreedor a la prestación. En la determinación del esfuerzo exigible al deudor debe también tenerse en cuenta si el deudor debe responder del impedimento de la prestación. (3) El deudor puede además denegar la prestación si debe cumplirla personalmente y, ponderando los impedimentos que dificultan su prestación con el interés del acreedor a la prestación, no le puede ser exigida [...]”. De acuerdo con el § 326 BGB: Liberación de la contraprestación y resolución en caso de exclusión del deber de prestación: (1) Si de acuerdo con § 275 (1) a (3), el deudor no debe cumplir la prestación decae el derecho a la contraprestación; para la prestación parcial se aplicará por analogía el § 441 (3). El inciso 1 no rige si, para el caso de falta de prestación según contrato, el deudor no debe realizar la corrección del cumplimiento de acuerdo con el § 275, apartados (1) a (3) [...]” (traducción Albert Lamarca Marquès (dir.), Código Civil alemán y Ley de Introducción al Código Civil, Barcelona-Madrid, Marcial Pons, 2008). Muy claramente en contra de las soluciones “todo o nada” de las normas sobre incumplimiento para para tratar la crisis de COVID-19, con razón, Riehm en Effer-Uhe/Mohnert, *Vertragsrecht in der Coronakrise*, 2020, pp. 11, 15: “[...] todas las consecuencias del Derecho general sobre incumplimiento del contrato [están] sujetas a la reserva de una corrección debido a la pérdida de la base del negocio de conformidad con el § 313 BGB”, con otras referencias sobre el estado de la cuestión; de forma similar Säcker, BB 2020, 2563, 2568 f.; Finkenauer en MünchKomm/BGB también niega cualquier especialidad del Derecho general sobre incumplimiento en los casos de alteración de la base del negocio, 9ª ed. 2022, § 313 Rz 312 con otras referencias; BGH divergente y poco convincente de 4 de mayo de 2022 - XII ZR 64/21, VersR 2022, 887 = juris Rz 30 para el cierre por pandemia de un gimnasio, según el cual la aplicación del § 313 BGB debe descartarse en la medida en que se cumpla el supuesto de hecho del § 275 (1) BGB; sin embargo, Englich/Weinert, NJW 2022, 1987, 1988, están de acuerdo; la aplicación subsidiaria del § 313 BGB frente a las normas sobre garantía por falta de conformidad es afirmada por la BGH de 13 de julio de 2022 - VIII ZR 329/21, juris Rz 56 y ss. y BGH de 13 de julio de 2022 - VIII ZR 317/21, VersR 2022, 1300 = juris Rz 59 y ss. para casos de eventos cancelados debido a la pandemia tras la compra de entradas en oficinas de reserva anticipada, casos en los que precisamente se deniega la preferencia; en el contexto de la pandemia COVID-19 para la subsidiariedad del § 313 BGB frente al § 275 (1 a 3), Lorenz en Schmidt, COVID-19 - Rechtsfragen zur Corona-Krise, 3ª ed. 2021, Sección 1 Rz 30; igualmente Krepold, WM 2020, 726, 728 y ss. para las normas sobre garantía legal y el art. § 275 (1) BGB.

<sup>35</sup> Véase también Wagner, ZEuP 2020, 531, 539: “[...] que es precisamente la insistencia en el reembolso íntegro del precio del viaje a los consumidores lo que provoca la asignación unilateral del riesgo en detrimento de las compañías aéreas y los operadores turísticos, lo que debería evitarse”.

Aunque existiera una imposibilidad legal en el sentido del § 275 (1) BGB, el § 313 BGB debería aplicarse cuando se hubiera alterado la base del negocio.<sup>56</sup> En consecuencia, las soluciones legales que pretenden garantizar la existencia económica de los proveedores de servicios, permitiéndoles reembolsar la contraprestación por eventos o servicios prohibidos debido a la crisis, en forma de un vale que se canjeará en una fecha posterior, no parecen ser instrumentos meramente de equidad, sino más bien ajustes contractuales legales que también permiten a la parte demandante compartir las cargas derivadas de la evolución imprevista.<sup>57</sup>

#### **3.4. Para estabilizar las transacciones en situaciones de crisis social, se requiere una extensión heterónoma de la distribución del riesgo contractual hasta el límite de lo que sería irrazonable**

Cabe señalar, no obstante, que el § 313 (1) BGB se basa en la distribución del riesgo prevista en el contrato o al menos en la norma aplicable al tipo contractual de que se trate, incluso si la base "fundamental" del contrato ha cambiado. En efecto, el § 313 (1) BGB solo permite una adaptación o desistir del contrato si "no cabe esperar razonablemente que una de las partes se atenga al contrato inalterado, teniendo en cuenta las circunstancias del caso concreto, en particular la distribución contractual o legal del riesgo".

En concreto, esto significa que, por ejemplo, el deudor debe soportar el riesgo de subidas de precios de bienes y servicios, porque el § 275 (2) BGB no le exime, aunque tales subidas se deban a una guerra o una pandemia, ya que el interés del acreedor en el cumplimiento aumenta paralelamente. Solo si estos aumentos de precios relacionados con la crisis superan el umbral de lo razonable, puede el deudor invocar el § 313 BGB. Y el riesgo de una devaluación masiva del dinero debido a la crisis también continúa asignado al acreedor hasta el límite de lo irrazonable, por lo que sigue siendo razonable que el contrato solo le conceda un derecho a la remuneración acordada.

---

<sup>56</sup> A este respecto, es correcta la sentencia BGH de 13.7.2022 - VIII ZR 329/21, juris, Rz 62, según la cual "el riesgo de una prohibición de eventos por pandemia y la consiguiente cancelación del evento" en la relación entre la central de reservas y el comprador de entradas no debe atribuirse únicamente a este último; en el mismo sentido, la sentencia BGH de 13.7.2022 - VIII ZR 317/21, VersR 2022, 1300 = juris, Rz 66.

<sup>57</sup> Véase, por ejemplo, la solución de cupones voluntarios conforme al art. 240 § 6 EGBGB de la ley para mitigar las consecuencias de la pandemia de COVID-19 en el Derecho de los contratos de viajes combinados y para garantizar el funcionamiento de las Cámaras en el ámbito de la Ley Federal de la Abogacía, la Ley Federal del Notariado, la Ley de Auditores y la Ley de Asesoría Fiscal durante la pandemia de COVID-19, de 10 de julio de 2020 (Gesetzes zur Abmilderung der Folgen der COVID-19-Pandemie im Pauschalreisevertragsrecht und zur Sicherstellung der Funktionsfähigkeit der Kammern im Bereich der Bundesrechtsanwaltsordnung, der Bundesnotarordnung, der Wirtschaftsprüferordnung und des Steuerberatungsgesetzes während der COVID-19-Pandemie), Boletín Oficial Federal I 1643; véase con más detalle Staudinger/Achilles-Pujol en Schmidt, COVID-19 - Rechtsfragen zur Corona-Krise, 3ª ed. 2021, § 7 Rz 20a, con otras referencias; véase también BGH de 13 de julio de 2022 - VIII ZR 329/21, juris Rz 65, que denegó una adaptación del contrato entre la agencia de venta anticipada de entradas y la compradora en virtud del § 313 BGB, precisamente con el argumento de que no era irrazonable que esta última se atuviera al contrato de compra inalterado "porque el organizador, como emisor de las entradas, estaba dispuesto a responder de la cancelación del evento y a entregarle vales como compensación por ello"; en este sentido también BGH v. 13.7.2022 - VIII ZR 329/21, VersR 2022, 1300 = juris Rz 67 y ss. con referencia a la solución de vales para eventos de ocio e instalaciones de ocio conforme al art. 240 § 5 (1) EGBGB en la versión de la Ley para mitigar las consecuencias de la pandemia COVID-19 en el Derecho contractual de eventos y en el Derecho de la Sociedad Anónima Europea (SE) y de la Sociedad Cooperativa Europea (SCE) de 15 de mayo de 2020 (Gesetzes zur Abmilderung der Folgen der COVID-19-Pandemie im Veranstaltungsvertragsrecht und im Recht der Europäischen Gesellschaft (SE) und der Europäischen Genossenschaft), Boletín Oficial Federal I 948.

El obstáculo de la irrazonabilidad del § 313 BGB se ajusta a la reiterada jurisprudencia del *Reichgericht* (RG, Tribunal Supremo del Reich).<sup>38</sup> El RG era extremadamente estricto a este respecto y, por ejemplo, no eximía a los comerciantes de su obligación de entrega en caso de subidas extraordinarias de precios provocadas por la Primera Guerra Mundial, siempre y cuando las mercancías siguieran comercializándose en el mercado a un precio de mercado.<sup>39</sup>

El obstáculo de la irracionalidad ha sido reiteradamente criticado como supuesto criterio normativo del régimen de la alteración de la base del contrato y, también, en épocas recientes.<sup>40</sup> De hecho, cabe preguntarse si no debería bastar para una posterior adaptación judicial del contrato que la subsistencia de la base “fundamental” del contrato fuera asumida por las partes y que aún pudiera presumirse que el contrato no se habría celebrado o se habría celebrado con un contenido distinto si se hubiera previsto el devenir posterior. Porque entonces está claro que la intención contractual se basaba en una realidad diferente. En cambio, la ampliación de la distribución contractual del riesgo a la realidad modificada no puede basarse sin más en una correlativa decisión de las partes. Incluso una interpretación integradora del contrato a menudo tampoco dará como resultado que las partes, si hubieran previsto la aparición de la crisis, habrían actuado razonablemente manteniendo a la parte perjudicada en el régimen contractual acordado hasta el límite de lo que ya no resulta razonable.

Al menos se podría rebatir que la parte que ha asumido un determinado riesgo, bajo la premisa evidente de la continuación de la realidad social, sigue estando más cerca de la materialización de este riesgo que la otra parte, aunque tal materialización se produzca en circunstancias distintas. Sin embargo, es dudoso hasta qué punto se sostiene esta idea, es decir, la idea de la cercanía del riesgo irregular al riesgo regular asumido en cada caso. Pues si la crisis social se sitúa, por así decirlo, extramuros de lo pactado, no es en absoluto evidente tratar a las partes como si se movieran intramuros.<sup>41</sup>

Por tanto, debe admitirse que la extensión de la distribución contractual del riesgo a las crisis sociales hasta el límite de lo irrazonable difícilmente puede justificarse por la voluntad autónoma de las partes, sino que viene prescrita heterónomamente por la ley en el § 313 (1) BGB. A este respecto, la ley impone al contrato un efecto vinculante excedente. Sin embargo, sin un efecto jurídico vinculante tan excesivo, difícilmente es posible hacer frente a las crisis sociales en el marco del Derecho contractual, por razones prácticas de interés general del tráfico, la estabilidad económica y el funcionamiento de las transacciones contractuales. Pues, aunque es evidente que las partes no habrían concluido el contrato, o no lo habrían concluido del mismo modo, si hubieran previsto la crisis, no obstante, lo concluyeron y el problema es, simplemente, que no

---

<sup>38</sup> Véase RG de 29 de noviembre de 1921 - II 247/21, RGZ 103, 177, 178, donde se considera decisivo “si todavía podía esperarse que el demandado cumpliera el contrato de buena fe con respecto a la práctica habitual”; por el contrario, Oertmann, *Die Geschäftsgrundlage - Ein neuer Rechtsbegriff*, 1921, pp. 37 y ss, 159 y ss., 174 y ss. considera que falta el criterio de irrazonabilidad como requisito para que la alteración de la base del negocio tenga consecuencias jurídicas; lo destaca Martens, ZIP 2021, 1521, 1522.

<sup>39</sup> Basta citar RG v. 21.3.1916 - II 473/15, RGZ 88, 172; RG v. 12.3.1918 - III 437/17, RGZ 92, 322 y RG de 25 de febrero de 1919 - II 353/18, RGZ 95, 41 sobre el aumento de los precios del estaño relacionado con la guerra. Para más información, véase Gsell, *Beschaffungsnotwendigkeit und Leistungspflicht - Die Haftung des Gattungsverkäufers beim Eintritt nachträglicher Erfüllungshindernisse*, 1998, p. 93 y ss.

<sup>40</sup> Recientemente, en particular, Martens, ZIP 2021, 1521 y ss.; Martens en BeckOGK/BGB, a partir del 1 de octubre de 2022, § 313, Rz 118 y ss.

<sup>41</sup> A este respecto, están justificadas las dudas de Martens, ZIP 2021, 1521, 1523; Martens en BeckOGK/BGB, a partir del 1 de octubre de 2022, § 313, Rz 119.

existe un mecanismo sencillo que posteriormente permita conciliar la realidad y la intención de las partes en el contrato. El encanto de ampliar el reparto de riesgos contractuales en caso de crisis reside en que el Derecho contractual permanece estable y puede seguir aplicándose como en tiempos sin crisis.<sup>42</sup> Si, por el contrario, el vínculo contractual se anulara de forma generalizada debido a la crisis o se pusiera en manos de la justicia la adaptación de todos los contratos, probablemente se alteraría la estabilidad contractual, se generaría una inseguridad inaceptable sobre el destino de innumerables transacciones privadas y, sin duda, también se sobrecargaría al poder judicial.<sup>43</sup> Por lo tanto, es una pura necesidad práctica imponer legalmente una cierta flexibilidad a la vinculación contractual, interviniendo únicamente con medidas correctoras a partir del umbral de una interferencia irrazonablemente grave.<sup>44</sup> No cambia las cosas el hecho de que esta característica de irrazonabilidad carezca de la exactitud de una definición clara.<sup>45</sup>

Sin embargo, la irrazonabilidad no debe tender a establecerse a un nivel demasiado alto. Por tanto, deben superarse los requisitos excesivamente estrictos,<sup>46</sup> como la exigencia practicada por el Tribunal Federal de Justicia (BGH, *Bundesgerichtshof*) de que "el cumplimiento de la disposición acordada conduzca a un resultado insostenible para la parte afectada".<sup>47</sup> Además, es importante advertir contra la subjetivización del umbral de razonabilidad. En el pasado, la jurisprudencia se ha basado repetidamente (también) en el criterio de la ruina financiera inminente o la destrucción de los medios de subsistencia del deudor, aunque el RG no siguió una línea muy clara

---

<sup>42</sup> Asimismo, la jurisprudencia señala acertadamente que la adaptación del contrato conforme a las reglas de la base del contrato "debe quedar limitada a casos excepcionales extremos en aras de la claridad jurídica y la seguridad jurídica", basta la cita de BGH de 10 de julio de 1991 - XII ZR 114/89, BGHZ 115, 132 = juris Rz 13.

<sup>43</sup> Esto probablemente se aplica incluso si, contrariamente a BGH v. 12.1.2022 - XII ZR 8/21, BGHZ 232, 178 = juris Rz 64 (véase más adelante el apartado 6), en principio se considera correcto que cuando hay que realizar un ajuste del contrato las distorsiones relacionadas con la crisis deben soportarse a partes iguales; porque, aunque se reconozca esto, habría que determinar para cada contrato individual qué perturbaciones y consecuencias distorsionadoras se han producido en cada caso y, además, cuál es la causalidad de la concepción errónea de la base del contrato y cuál la causalidad de la crisis social en esas perturbaciones y consecuencias, lo cual llevaría demasiado tiempo.

<sup>44</sup> De otra opinión, Martens en BeckOGK/BGB, estado 1 de octubre de 2022, § 313 Rz 121: "Por lo tanto, también debe rechazarse un umbral de sacrificio en el sentido de que el deudor tendría que soportar las consecuencias de una pérdida de la base del negocio hasta que le resulte irrazonable y, por lo tanto, se le exijan esfuerzos excesivos". Con detalle, pero similar a lo que aquí se defiende, Martens, ZIP 2021, 1521, 1525: "Si existe una laguna en el contrato debido a un incumplimiento esencial, las partes pueden tener que aceptar el cumplimiento de obligaciones contractuales más allá de su ámbito de aplicación originalmente acordado." La tesis de Martens, véase ZIP 2021, 1521, de que el criterio de razonabilidad solo sirve para determinar las consecuencias jurídicas de una perturbación esencial, es discutible en la medida en que el § 313 del BGB no atribuye ninguna consecuencia jurídica a una alteración esencial que no tenga consecuencias inaceptables. A este respecto, la irrazonabilidad es, en efecto, un requisito fundamental para la adaptación o resolución del contrato de conformidad con el § 313 del BGB; no obstante, para una interpretación divergente necesaria en caso de perturbación del disfrute, véase más adelante el apartado 5.

<sup>45</sup> Para el reproche de imposibilidad de subsunción, véase Finkenauer en MünchKomm/BGB, 9ª ed. 2022 § 313 Rz 76, con referencias adicionales.

<sup>46</sup> Crítico también Martens, ZIP 2021, 1521, 1524 y ss.; Finkenauer en MünchKomm/BGB, 9ª ed. 2022, § § 313 Rz 76; en cada caso con referencias adicionales.

<sup>47</sup> Como ha declarado con frecuencia el BGH, véase también la decisión de la KiK BGH de 12.1.2022 - XII ZR 8/21, BGHZ 232, 178 = juris apdo. 53, véase más abajo el apartado 6; BGH de 13.7.2022 - VIII ZR 329/21, juris apdo. 61; BGH de 13.7.2022 - XII ZR 75/21, juris Rz 37; en este sentido también BGH de 12.12.1963 - V BLw 32/63, BGHZ 40, 334 = juris Rz 14; BGH de 29.4.1982 - III ZR 154/80, BGHZ 84, 1 = juris Rz. 27; BGH de 10 de julio de 1991 - XII ZR 114/89, BGHZ 115, 132 = juris Rz. 13; BGH de 25 de febrero de 1993 - VII ZR 24/92, BGHZ 121, 379 = juris Rz 57; BGH de 5 de enero de 1995 - IX ZR 85/94, BGHZ 128, 230 = juris Rz 19; BGH de 4 de julio de 1996 - I ZR 101/94, BGHZ 133, 281 = juris Rz. 59; BGH de 26 de septiembre de 1996 - I ZR 265/95, BGHZ 133, 316 = juris Rz. 27.

a este respecto.<sup>48</sup> La buena o mala situación financiera del deudor debería ser irrelevante aquí - como en otros contextos- para determinar el alcance de sus obligaciones.<sup>49</sup>

### 3.5. Caso problemático de riesgo compartido por el uso contractual de la prestación: el arrendamiento de local de negocio

Si, por tanto, en aras de la estabilidad contractual, es necesario ampliar la distribución contractual del riesgo a la crisis, y hasta el límite de lo que se consideraría irrazonable, los casos de perturbación del uso, en particular, muestran que no siempre es posible determinar claramente cómo puede ampliarse la distribución del riesgo normalmente aplicable a la situación de crisis social. No es, por tanto, ninguna casualidad que, a raíz de la pandemia, se haya recurrido principalmente a los tribunales civiles ante la orden del gobierno de cerrar locales comerciales que estaban alquilados. Al mismo tiempo, ha llegado al Tribunal Supremo Federal de Trabajo (*Bundesarbeitsgericht*, BAG) una constelación de casos sobre continuación del pago de los salarios en los contratos laborales que se han visto afectados por el cierre de empresas como consecuencia del coronavirus. Sin embargo, no es posible entrar aquí en detalles.<sup>50</sup>

En el caso del alquiler, generalmente se reconoce que el riesgo del uso contractual de la propiedad alquilada se divide entre el arrendador y el arrendatario de la siguiente manera: el arrendador soporta el riesgo de que el inmueble arrendado sea apto para el fin acordado en el contrato, en

---

<sup>48</sup> Utilizando el criterio de ruina económica inminente, por ejemplo RG de 8 de julio de 1920 - III 89/20, RGZ 99, 258, 259 s.; RG de 22 de octubre de 1920 - III 138/20, RGZ 100, 134; RG de 4 de diciembre de 1920 - II 285/20, Warn 1921, n° 37; RG de 15 de abril de 1921 - VII 371/20, Warn 1921, n° 116; RG de 7 de junio de 1921 - VII 371/20, Warn 1921, n° 116. III 508/20, RGZ 102, 272; por otra parte, por ejemplo, RG de 8 de diciembre de 1920 - I 162/20, RGZ 101, 74, 77; RG v. 23.5.1922 - VII 466/21, Warn 1922, n° 114; dejado abierto por RG SeuffA 76, No. 154; con más detalle Gsell, *Beschaffungsnotwendigkeit und Leistungspflicht - Die Haftung des Gattungsvorkäufers beim Eintritt nachträglicher Erfüllungshindernisse*, 1998, p. 104 y ss.; en la decisión del KiK BGH v. 12.1.2022 - XII ZR 8/21, BGHZ 232, 178 = juris Rz. 59, véase más abajo 6, se aclara al menos que no es necesaria una amenaza para la existencia económica; también BGH de 13.7.2022 - XII ZR 75/21, juris Rz 37; acogiendo esto, por ejemplo, Schwemmer, ZIP 2022, 193, 198.

<sup>49</sup> La gran mayoría de los autores también está en contra del criterio de la destrucción económica, cf. entre muchos, Martens en BeckOGK/BGB, 1 de octubre de 2022, § 313 Rz 120.1; Finkenauer en MünchKomm/BGB, 9ª ed. 2022, § 313 Rz 315 y Rz 78, con otras referencias; Römermann, NJW 2021, 265, 268; Streyl, NZM 2020, 817, 824.

<sup>50</sup> Véase BAG de 13 de octubre de 2021 - 5 AZR 211/21, juris, encabezamiento, donde el riesgo de remuneración por cierre de planta relacionado con la pandemia se asigna al empleado: "El cierre temporal de planta ordenado por el Estado como parte de un "cierre patronal" general para combatir la pandemia de coronavirus no es un caso de riesgo operativo que deba asumir el empresario de conformidad con el § 615 frase 3 BGB". Sin embargo, no debe ignorarse el contexto de derecho social de esta jurisprudencia y me gustaría dar las gracias a mi colega de facultad Richard Giesen por señalarlo. BAG v. 4.5.2022 - 5 AZR 366/21, juris. La controversia sobre la doctrina del riesgo operacional y el alcance del riesgo operativo en el sentido del § 615 frase 3 BGB ya es antigua, véase Picker, JZ 1979, 285 y ss. y Picker, JZ 1985, 641 y ss. y 693 y ss. Según el § 95 frase 1 n° 2 SGB III, el requisito previo para tener derecho al subsidio por jornada reducida consiste en "una pérdida importante de trabajo con pérdida de salario". Al mismo tiempo, el BAG de 13 de octubre de 2021 - 5 AZR 211/21, juris Rz 33, aclara incidentalmente: "Si una medida oficial tiene por objeto contrarrestar un riesgo particular inherente a la actividad del empleador, por ejemplo, porque los métodos o condiciones de producción elegidos por el empleador o las condiciones de trabajo de las que es responsable (por ejemplo, en partes de la industria cárnica y para los trabajadores estacionales en la agricultura) albergan un riesgo particularmente alto de infección de la mano de obra, el empleador está expuesto al riesgo de pérdida de trabajo y es responsable en virtud del § 615, frase 3, en relación con la frase 1 y el § 611a, párrafo 1 y § 611a, párrafo 2 BGB de seguir pagando la remuneración". Sobre esto véase Greiner, NZA 2022, 665 y ss. El BAG ha confirmado su jurisprudencia en BAG de 4 de mayo de 2022 - 5 AZR 366/21, juris; sin embargo, la controversia sobre la doctrina del riesgo operativo y el alcance del riesgo operativo en el sentido del § 615 frase 3 BGB ya es antigua, véase Picker, JZ 1979, 285 y ss. y Picker, JZ 1985, 641 y ss. y 693 y ss. con otras referencias.

cuanto a sus características físicas, estado y ubicación, incluidas las circunstancias legales pertinentes. El arrendatario, por su parte, soporta el riesgo -incluido el jurídico- de circunstancias relacionadas con la explotación del negocio, y el riesgo de no poder utilizar el objeto de alquiler por causas de índole particular suya.<sup>51</sup> Por lo tanto, es difícil identificar a una parte "nacida" para la asignación del riesgo de un cierre de empresa relacionado con una pandemia. Esto se debe a que no hay una indicación clara de a qué aspecto del riesgo regular de uso contractual se parece más un cierre de negocio irregular relacionado con una pandemia: ¿al riesgo de calidad del inmueble arrendado que debe asumir el arrendador o al riesgo de su explotación que asume el arrendatario?

En mi opinión, esto explica la controversia no solo en Alemania, sino también en otros países, con sentencias de tribunales supremos muy divergentes en cuanto a si existe un cumplimiento defectuoso por parte del arrendador y, específicamente en la legislación alemana, un vicio en el sentido del § 536 (1) frase 1 BGB.<sup>52</sup>

En la fundamental decisión KiK, de 12 de enero de 2022, la Sala XII del Tribunal Federal de Justicia negó la existencia de un vicio en el inmueble arrendado destinado a negocio textil,<sup>53</sup> así como también negó que hubiera una imposibilidad para el uso, pero se acogió a lo dispuesto en el § 313 BGB. Para ello se basó en la apreciación de que la "restricción de uso asociada a la orden de cierre [...] no se basaba en la naturaleza, el estado o la ubicación específicos del inmueble arrendado". El cierre del negocio ordenado por las autoridades se basó únicamente en el tipo de uso y el consiguiente flujo de personas, lo que favorecía el riesgo de una mayor propagación del virus y debió prohibirse por razones de protección frente a la infección. Ni se prohibió real o legalmente al arrendador alquilar el local alquilado, ni se prohibió tampoco a la arrendataria su uso. Más bien, a pesar de la orden de cierre, el inmueble alquilado siguió estando disponible para el fin acordado.<sup>54</sup>

---

<sup>51</sup> A este respecto, en principio correcto, por todas, BGH de 12.1.2022 - XII ZR 8/21, BGHZ 232, 178 = juris Rz 36; también BGH de 2.3.2022 - XII ZR 36/21, juris párr. 26; BGH de 13.7.2022 - XII ZR 75/21, juris Rz 28.

<sup>52</sup> § 536 (1) BGB Reducción de la renta por vicios materiales y jurídicos: (1) Si la cosa arrendada, en el momento de la entrega al arrendatario, tiene un vicio que la hace inidónea para el uso conforme a contrato o si surge un vicio tal durante el plazo de duración del arrendamiento, el arrendatario queda liberado del pago de la renta durante el período en que deviene inidónea. Durante el período en que la idoneidad queda disminuida, éste debe pagar solamente una renta adecuadamente reducida. Una disminución insignificante de la idoneidad no se toma en consideración" (traducción Albert Lamarca Marquès (dir.), Código Civil alemán y Ley de Introducción al Código Civil, Barcelona-Madrid, Marcial Pons, 2008)

<sup>53</sup> BGH de 12 de enero de 2022 - XII ZR 8/21, BGHZ 232, 178 = juris: El arrendamiento era "exclusivamente con fines comerciales para su uso como espacio de venta y almacenamiento para una tienda minorista de textiles de todo tipo y bienes de consumo cotidiano", véase también Finkenauer/Stahl, JZ 2022, 309 y ss.; Bork, BB 2022, 333; Drasdo, NJW-Spezial 2022, 65 y ss.; Kappus, NZM 2022, 106 y ss.; Sittner, NJW 2022, 1349 y ss.; Schwemmer, ZIP 2022, 193 y ss.

<sup>54</sup> Véase BGH de 12 de enero de 2022 - XII ZR 8/21, BGHZ 232, 178 = juris Rz 34; también en relación con un local alquilado para la explotación de un negocio al por menor para la venta de ropa de señora de determinadas marcas y productos con licencia relacionados, así como otras sub gamas, BGH v. 16 de febrero de 2022 - XII ZR 17/21, juris Rz 22 y en relación con un local alquilado para la celebración de una boda que no pudo tener lugar debido a la pandemia de COVID-19, BGH de 2 de marzo de 2022 - XII ZR 36/21, juris Rz 25; también BGH de 13 de julio de 2022 - XII ZR 75/21, juris Rz 22 y ss., 28 para la zona de barra de cafetería de una tienda alquilada explícitamente para su uso como "sucursal de panadería y pastelería con barra de café", cerrada debido a la pandemia, donde además, véase Rz 24 y ss., también se niega un defecto en relación con las distancias mínimas que deben mantenerse y el espacio reducido resultante en la cafetería, así como en relación con los riesgos para la salud derivados del funcionamiento de la cafetería.

Pero, ¿está realmente disponible un local comercial para su uso “como espacio de venta y almacenamiento para una tienda de venta al por menor de productos textiles”<sup>55</sup> si no se permite la apertura de la tienda?<sup>56</sup> El RG se pronunció de forma diferente para la prohibición policial de los bailes públicos relacionada con la guerra, a saber, a favor del arrendatario de “un restaurante utilizado principalmente para bailar”, y ello aunque el negocio del baile ni siquiera se mencionaba en el contrato escrito de arrendamiento.<sup>57</sup> Cabe destacar que, a diferencia del BGH, el RG asumió que la prohibición de explotación afectaba efectivamente al inmueble arrendado y lo había privado de su condición de sala de baile, por lo que constituía un vicio.<sup>58</sup>

El Tribunal Supremo austriaco también ha dictado una sentencia contraria a la del BGH y ha declarado que un salón de bronceado cerrado a causa de la pandemia era “completamente [...] inutilizable”.<sup>59</sup> Aunque en la legislación francesa sobre arrendamientos existe una disposición muy similar a la de la legislación austriaca con base en la cual el Tribunal Supremo benefició al arrendatario, en cambio la *Cour de cassation* francesa denegó el derecho del arrendatario a reducir el alquiler en dos sentencias de 30 de junio de 2022, de manera que, igual que el BGH, rechazó que hubiera falta de cumplimiento por parte del arrendador.<sup>60</sup>

<sup>55</sup> Véase BGH de 12 de enero de 2022 - XII ZR 8/21, BGHZ 232, 178 = juris Rz 2, 36.

<sup>56</sup> En la doctrina, las opiniones difieren en cuanto a si el cierre de un negocio debido a la pandemia constituye o no un vicio del local alquilado; de entre la abundante bibliografía que hace al caso, véase Anzinger/Strahl, ZIP 2020, 1833, 1836 y ss, 726, 729 y ss.; Sentek/Ludley, NZM 2020, 406 y ss.; Weller/Thomale, BB 2020, 962 y ss.; cada una a favor de un vicio en el alquiler; pero rechazando tal defecto, por ejemplo, Häublein/Müller, NZM 2020, 481, 484 y ss.; Sittner, NJW 2020, 1169, 1171; Zehelein, NZM 2020, 390, 392 y ss.; negando el vicio y además rechazando la aplicación del § 313 BGB, Leo/Götz, NZM 2020, 402 y ss.; más detalles sobre el estado de la cuestión, en BGH de 12 de enero de 2022 - XII ZR 8/21, BGHZ 232, 178 = juris Rz 27 y ss.

<sup>57</sup> Véase RG de 9 de noviembre de 1915 - III 145/15, RGZ 87, 277 y ss.

<sup>58</sup> Véase RG de 9 de noviembre de 1915 - III 145/15, RGZ 87, 277, 281: “La prohibición afectaba al propio inmueble arrendado, a las salas amuebladas para el baile y a cuya finalidad habían servido durante muchos años; se le privaba así de la cualidad de sala de baile y se le achacaba un defecto que reducía su idoneidad para el uso contractual”. Véase también RG de 20 de febrero de 1917 - III 384/16, RGZ 89, 203, 206 y ss., donde se asumió que la “imposibilidad temporal causada por la prohibición puede tratarse como una imposibilidad completa”.

<sup>59</sup> Véase Tribunal Supremo de 21 de octubre de 2021 - 3Ob78/21y, Rz 27: “completa [...] inutilidad” y Rz 28: “no utilizable en modo alguno”. El Tribunal Supremo asumió una exención temporal de la obligación de pagar alquiler en virtud del § 1104 ABGB. El § 1104 ABGB con el título “Casos y condiciones de una exoneración de intereses” dice: “Si el bien arrendado no se puede utilizar o utilizar en absoluto debido a acontecimientos extraordinarios como incendios, guerras o epidemias, grandes inundaciones, fenómenos meteorológicos o debido a la falta total de crecimiento, el arrendador no está obligado a la rehabilitación, pero no se pagará ningún alquiler o renta”. Véase también Kappus, NZM 2022, 106 y ss.

<sup>60</sup> Véase *Cour de cassation* 3ème chambre civile, 30.6.2022, n°21-20.127, que, en el párr. 11 sobre la restricción de explotación ordenada por el Estado, afirma: “L’effet de cette mesure générale et temporaire, sans lien direct avec la destination contractuelle du local loué, ne peut être, d’une part, imputable aux bailleurs, de sorte qu’il ne peut leur être reproché un manquement à leur obligation de délivrance, d’autre part, assimilé à la perte de la chose, au sens de l’article 1722 du code civil.” El art. 1722 del Código Civil dice: “Si, pendant la durée du bail, la chose louée est détruite en totalité par cas fortuit, le bail est résilié de plein droit; si elle n’est détruite qu’en partie, le preneur peut, suivant les circonstances, demander ou une diminution du prix, ou la résiliation même du bail. Dans l’un et l’autre cas, il n’y a lieu à aucun dédommagement”; asimismo, la decisión de la *Cour de cassation* 3ème chambre civile, 30 de junio de 2022, n° 21-20.190, párr. 13: “[...] la mesure générale de police administrative portant interdiction de recevoir du public n’était pas constitutive d’une inexécution de l’obligation de délivrance”; además, en esta decisión, la *Cour de cassation* negó al arrendatario como acreedor la invocación de la fuerza mayor: “Il résulte de l’article 1218 du code civil que le créancier qui n’a pu profiter de la contrepartie à laquelle il avait droit ne peut obtenir la résolution du contrat ou la suspension de son obligation en invoquant la force majeure.” El art. 1218 del Código Civil dice: “Il y a force majeure en matière contractuelle lorsqu’un événement échappant au contrôle du débiteur, qui ne pouvait être raisonnablement prévu lors de la conclusion du contrat et dont les effets ne peuvent être évités par des mesures appropriées, empêche l’exécution de son obligation par le débiteur. Si l’empêchement est temporaire, l’exécution de l’obligation est suspendue à moins que le retard qui en résulterait

Las dificultades descritas anteriormente en la asignación del riesgo irregular por el uso tienen una importancia apenas relevante en virtud del § 313 BGB. Esto se debe a que, según § 313 del BGB, la ampliación del régimen de riesgo contractual ordinario al supuesto de crisis -como ya se ha explicado-<sup>61</sup> es limitada y solo se aplica dentro de lo razonable. En la decisión del caso KiK, el BGH fue totalmente coherente al no cargar al arrendatario con el riesgo de pago total a pesar de la negación de un vicio, y, en su lugar, estimar, con el límite de lo irrazonable, la pretensión a la revisión del precio del alquiler de conformidad con el § 313 (1) BGB.<sup>62</sup> Sin embargo, el BGH habría tenido que proceder exactamente de la misma manera si el riesgo de cierre de la empresa relacionado con la pandemia se hubiera asignado de forma opuesta.

Si se afirma la existencia de un vicio en el contrato de alquiler, también se abre correctamente la vía del § 313 BGB si la pérdida total del alquiler no es razonable para el arrendador. Esto se debe a que, igual que no puede suponerse que el arrendatario quiso asumir el riesgo de pagar el alquiler, incluso en caso de cierre por pandemia, tampoco se puede suponer que el arrendador haya aceptado no exigir alquiler alguno en este caso. Como ya se ha explicado,<sup>63</sup> en caso de crisis, el § 313 BGB sustituye a las normas generales sobre incumplimiento. Por tanto, la afirmación de, digámoslo así, un vicio contractual irregular, también lleva correctamente al § 313 BGB, solo que desde el otro lado, si se me permite expresarlo así. No obstante, la carga de la presentación y la prueba de los requisitos de la adaptación del contrato difiere en función de la parte que tenga que invocar el § 313 BGB.<sup>64</sup>

Sin embargo, sigue siendo cierto que, dentro de los límites de los efectos razonables de las crisis sociales relacionadas con las alteraciones de la actividad empresarial, puede ser dudoso que el inquilino deba la totalidad del alquiler o que el propietario no reciba alquiler alguno. La decisión KiK del BGH<sup>65</sup> ha aportado seguridad jurídica a este respecto. La carga fundamental del arrendatario con el riesgo irregular de la crisis social asumida por el BGH no puede, sin embargo, atribuirse a la mayor proximidad del riesgo regular de la explotación del negocio asumido por el arrendatario, frente a la del riesgo regular sobre la calidad de la prestación asumido por el arrendador, como ya se ha explicado. Por tanto, carece de la suficiente equidad contractual material.

---

ne justifie la résolution du contrat. Si l'empêchement est définitif, le contrat est résolu de plein droit et les parties sont libérées de leurs obligations dans les conditions prévues aux articles 1351 et 1351-1.”

<sup>61</sup> Véase el punto 4.

<sup>62</sup> BGH de 12 de enero de 2022 - XII ZR 8/21, BGHZ 232, 178 = juris Rz 41 y ss. Notablemente, Dubarry, *Revue des contrats (RDC) N°4-2022*, apartado 12, sobre las decisiones actuales de la *Cour de cassation*, véase más arriba y la nota 60, señala que esto no responde a la cuestión de un ajuste contractual debido de buena fe.

<sup>63</sup> Véanse las referencias en la nota 34; en la doctrina, por otra parte, se subraya a menudo el carácter supuestamente concluyente de las normas sobre conformidad, especialmente con respecto a la constelación de casos sobre cierre de locales de negocios arrendados en relación con la pandemia, por ejemplo por Weller/Thomale, BB 2020, 962, 963; de forma similar Krepold, WM 2020, 726, 729; Sittner, NJW 2020, 1169, 1172; con restricciones, también Anzinger/Strahl, ZIP 2020, 1833, 1838 y ss.

<sup>64</sup> Para la distribución de la carga de la prueba en el contexto del § 313 BGB, que básicamente sigue las normas generales, véase Martens en BeckOGK/BGB, a partir del 1 de octubre de 2022, § 313, Rz 163; en este sentido, también la decisión de la KiK BGH de 12 de enero de 2022 - XII ZR 8/21, BGHZ 232, 178 = juris Rz 61 y BGH de 13 de julio de 2022 - XII ZR 75/21, juris Rz 42, según las cuales, sin embargo, el arrendador que objeta que las pérdidas reclamadas por el arrendatario derivan de circunstancias independientes de la pandemia soporta la carga de la prueba de que ello es así.

<sup>65</sup> BGH de 12 de enero de 2022 - XII ZR 8/21, BGHZ 232, 178 = juris.

Si uno no quiere exponerse a la acusación de arbitrariedad, en esas constelaciones dudosas en las que el contrato no proporciona información suficiente para aproximar el riesgo irregular de perturbación al riesgo regular asumido por una de las partes, probablemente no haya más remedio que reconocer este riesgo irregular a partes iguales,<sup>66</sup> incluso en el ámbito de las cargas razonables, cuando el contrato se mantiene a pesar de la crisis social.<sup>67</sup>

Tal resultado puede alcanzarse gracias a una interpretación extensiva del § 313 BGB, que es necesaria para evitar una asignación unilateral arbitraria. Esto se debe a que, una vez más, si no es posible determinar de forma fiable cómo puede extenderse la distribución regular del riesgo a la alteración irregular, tras interpretar un contrato de alquiler, por ejemplo, cualquier asignación unilateral del riesgo irregular está abierta a la acusación de arbitrariedad. No obstante, en aras de la claridad jurídica, habría sido aconsejable que el legislador de crisis previera una asignación diferenciada del riesgo para las constelaciones de alquiler dudosas. Con la simple presunción de alteración de la base del negocio, el art. 240 § 7 EGBG<sup>68</sup> fue demasiado tímido y, además, llegó demasiado tarde.<sup>69</sup>

### 3.6. Se requiere una objetivación del umbral para la adaptación del contrato y una carga equitativa para las partes

En la medida en que se aplique el umbral de razonabilidad del artículo 313 BGB,<sup>70</sup> la dificultad sigue residiendo en la dificultad del baremo.<sup>71</sup> El § 313 BGB exige "la consideración de todas las circunstancias del caso concreto". En la sentencia KiK, el BGH se pronunció en contra de una reducción general de la mitad del alquiler y abogó por una "evaluación exhaustiva", "en la que deben tenerse en cuenta todas las circunstancias del caso individual".<sup>72</sup>

---

<sup>66</sup> En cuanto al hecho de que las distorsiones contractuales irrazonables deben, en principio, ser soportadas a partes iguales por ambas partes, véase más adelante el apartado 6.

<sup>67</sup> Véase más arriba 4.

<sup>68</sup> En la versión de la Ley para acortar aún más los procedimientos de condonación de deudas residuales y para adaptar las disposiciones relacionadas con la pandemia en el Derecho de sociedades, cooperativas, asociaciones y fundaciones, así como en el Derecho de arrendamientos y alquileres, de 22 de diciembre de 2020, Boletín Oficial Federal I 3328 (Gesetzes zur weiteren Verkürzung des Restschuldbefreiungsverfahrens und zur Anpassung pandemiebedingter Vorschriften im Gesellschafts-, Genossenschafts-, Vereins- und Stiftungsrecht sowie im Miet- und Pachtrecht v. 22.12.2020, BGBl. I 332); para más detalles sobre la presunción, véase Artz/Streyll en Schmidt, COVID-19 - Rechtsfragen zur Corona-Krise, 3ª ed. 2021, Sección 3 párr. 77a y ss.; Klein, BB 2021, 962 y ss.

<sup>69</sup> Römermann, NJW 2021, 265, 267, describe el art. 240 § 7 EGBGB como una "disposición más bien banal" y "frágil".

<sup>70</sup> El art. 240 § 7 (1) EGBGB sobre la alteración de la base de los contratos de alquiler y arrendamiento establecía lo siguiente: "(1) Si, como consecuencia de las medidas gubernamentales de lucha contra la pandemia COVID-19, los terrenos alquilados o los locales alquilados que no sean viviendas no pueden utilizarse para la actividad empresarial del arrendatario o sólo pueden utilizarse con restricciones considerables, se presumirá que una circunstancia en el sentido del § 313 (1) del Código Civil alemán, que se ha convertido en la base del contrato de alquiler, ha cambiado gravemente tras la celebración del contrato." Para más información sobre el hecho de que pueda exigirse una exención del umbral de irrazonabilidad en relación con las interrupciones del uso, véase el apartado 5.

<sup>71</sup> Para la crítica del criterio normativo del artículo 313 BGB, véase más arriba el apartado 4 con más referencias; para las considerables divergencias en la jurisprudencia de los tribunales de primera instancia en relación con los cierres de empresas por pandemia, basta citar Schwemmer, ZIP 2022, 193, 196 y ss. con más referencias.

<sup>72</sup> Véase BGH de 12.1.2022 - XII ZR 8/21, BGHZ 232, 178 = juris Rz 57, 64; confirmado en BGH de 16.2.2022 - XII ZR 17/21, juris Rz 32; BGH de 13.7.2022 - XII ZR 75/21, juris Rz 45.

En consecuencia, el arrendatario debería tener que demostrar la caída concreta de las cifras de ventas en el inmueble arrendado,<sup>73</sup> pero también qué esfuerzos razonables ha realizado para minimizar o compensar las pérdidas inminentes.<sup>74</sup> Inversamente, deberían tenerse en cuenta los beneficios de las prestaciones estatales para compensar las desventajas causadas por la pandemia, así como los beneficios de las pólizas de seguro obligatorias para las empresas.<sup>75</sup>

En otra decisión sobre espacios alquilados para la celebración de una boda, el BGH criticó el hecho de que los arrendatarios no hubieran presentado ninguna razón viable de por qué no se podía posponer a una fecha posterior la celebración de la boda, que se había cancelado debido a la pandemia.<sup>76</sup>

La línea adoptada por el BGH es en parte criticable: muchos contratos se ven obviamente afectados por las alteraciones provocadas por la pandemia. Por lo tanto, los requisitos del § 313 BGB deben interpretarse de tal modo que la adaptación del contrato sea practicable a gran escala masiva y de forma jurídicamente segura. Por tanto, las circunstancias del caso concreto no deben entenderse de forma excesivamente detallada y, sobre todo, no deben relacionarse subjetiva e individualmente con la situación específica de las concretas partes contratantes.<sup>77</sup> Por el contrario, en principio deben limitarse objetivamente al respectivo contenido y objeto contractual, de modo que lo determinante sea el alcance objetivo de la alteración del correcto cumplimiento del contrato.<sup>78</sup> Por consiguiente, en el caso de los arrendamientos comerciales, es decisivo en qué medida los locales arrendados pueden seguir utilizándose para generar ingresos a pesar de la orden de cierre.<sup>79</sup> Este puede ser el caso, por ejemplo, si el arrendatario ha podido cambiar a modelos de "hacer clic y recoger" o similares. Sin embargo, si ese no es el caso, por lo general hay que atenerse al umbral de irrazonabilidad. Una reducción de las pérdidas independiente de la explotación del local comercial, como, por ejemplo, el paso al comercio en línea, en el que no se utiliza en absoluto el inmueble alquilado, no está relacionada con el contrato. Por lo tanto, no debe tenerse en cuenta. El hecho de que el arrendatario desarrolle un nuevo modelo de negocio independiente no modifica el carácter objetivamente irrazonable del pago de la totalidad del alquiler de un inmueble que no puede utilizarse en absoluto.

La decisión de marzo de 2022, sobre la celebración del enlace de boda, también me parece demasiado sesgada subjetivamente.<sup>80</sup> Las razones por las que alguien desea celebrar su banquete

---

<sup>73</sup> Véase BGH de 12 de enero de 2022 - XII ZR 8/21, BGHZ 232, 178 = juris Rz 58, donde se aclara que no depende de un posible volumen de negocios del grupo; también BGH de 13 de julio de 2022 - XII ZR 75/21, juris Rz 38; crítico a este respecto, sin embargo, Sittner, NJW 2022, 1349, 1351.

<sup>74</sup> Véase BGH de 12.1.2022 - XII ZR 8/21, BGHZ 232, 178 = juris Rz 58; BGH de 16.2.2022 - XII ZR 17/21, juris Rz 36; BGH de 13.7.2022 - XII ZR 75/21, juris Rz 40.

<sup>75</sup> Véase BGH de 12.1.2022 - XII ZR 8/21, BGHZ 232, 178 = juris Rz 59, 64; BGH de 13.7.2022 - XII ZR 75/21, juris Rz 41. Las prestaciones también incluyen el subsidio por jornada reducida (cf. Rz 45).

<sup>76</sup> Véase BGH de 2 de marzo de 2022 - XII ZR 36/21, juris Rz 40.

<sup>77</sup> En contra de una pauta subjetiva, ya antes en el epígrafe 4, con más referencias.

<sup>78</sup> Finkenauer/Stahl, JZ 2022, 309, 310; Finkenauer en MünchKomm/BGB, 9ª ed. 2022, § 313 Rz 77, 315, también decididamente a favor de la relevancia de los criterios objetivos inherentes al contrato.

<sup>79</sup> El BGH de 13 de julio de 2022 - XII ZR 75/21, juris Rz 41 et seq. no permitió que una disminución del 20% en las ventas fuera suficiente para una adaptación del contrato de conformidad con el § 313 BGB, a pesar de que la arrendataria no justificó que esta disminución de las ventas se debiera realmente a la reducción del número de asientos en su barra de cafetería, como consecuencia de la pandemia, y no a una reticencia general por parte de los clientes durante el período inicial de la pandemia.

<sup>80</sup> BGH de 2 de marzo de 2022 - XII ZR 36/21, juris Rz 40.

de boda un día determinado no forman parte del contrato de alquiler, son de carácter personalísimo y no están sujetas a control judicial de plausibilidad. También en este caso, la irrazonabilidad debería haberse basado correctamente en el alcance objetivo de la alteración del contrato y, por tanto, debería haber bastado con que la sala arrendada no pudiera utilizarse para el fin contractual en el momento acordado.

En cuanto a las consecuencias de la adaptación del contrato, y contrariamente a lo previsto por el BGH,<sup>81</sup> en general se exige la reducción de la mitad del precio del alquiler y, en términos más generales, se prevé que ambas partes se vean afectadas por igual por la corrección derivada de las distorsiones que la crisis ha provocado.<sup>82</sup>

Esto, además, parece necesario por razones prácticas. Con la jurisprudencia KiK, el BGH está dando al público afectado y a los tribunales de primera instancia "piedras en lugar de pan". Es difícil predecir cuál será el resultado de la exhaustiva evaluación exigida por el BGH.<sup>83</sup> Cualquiera que tenga un seguro de defensa jurídica verá su oportunidad y emprenderá acciones legales.

Con todo, la norma fundamental según la cual el contrato debe adaptarse con la misma incidencia para ambas partes no es en absoluto un requisito de mera equidad. Efectivamente, en la medida en que los tribunales deben tener en cuenta el § 313 BGB para adaptar el contrato, sin poder basarse en el reparto de riesgos contractual ordinario, resulta de aplicación el principio de igualdad del art. 3 (1) de la Ley Fundamental, que garantiza con rango constitucional la igualdad ante la ley de todas las personas. Por tanto, la distribución equitativa de las consecuencias de la crisis al ajustar el contrato no solo es equitativa, sino fundamentalmente exigida por el derecho constitucional.

No obstante, debe quedar claro que el objeto del reparto igualitario de las consecuencias de la crisis, conforme al § 313 BGB, únicamente se refiere a las obligaciones recíprocas del concreto contrato y no a todas las desventajas que una parte contratante pueda sufrir como consecuencia de la crisis. Por lo tanto, si el arrendatario ya no puede utilizar la propiedad alquilada para los fines previstos debido a la pandemia, una adaptación del contrato de conformidad con el § 313 BGB no puede por supuesto dar lugar a que el arrendador tenga que indemnizar al arrendatario por la mitad de la pérdida de explotación sufrida. Lo único que puede considerarse pertinente como contrapartida es un ajuste de la obligación contractual de pagar el alquiler. En este contexto, la depreciación de la prestación principal del arrendador, que consiste en atribuir el uso, únicamente debería tenerse en cuenta reduciendo la renta a la mitad, ya que de este modo se distribuye de forma equitativa esa depreciación entre ambas partes. El mismo procedimiento debe seguirse para otras perturbaciones relacionadas con crisis sociales: si, por ejemplo, los gastos para el deudor aumentan exorbitantemente debido a la pandemia o si la contraprestación se devalúa considerablemente como consecuencia de la devaluación de la moneda causada por

---

<sup>81</sup> Véanse las referencias en la nota 72.

<sup>82</sup> Con razón hay muchas voces a favor de esto en la doctrina; por ejemplo, Martens, ZIP 2021, 1521, 1526; Finkenauer/Stahl, JZ 2022, 309, 311; Riehm en Effer-Uhe/Mohnert, Vertragsrecht in der Coronakrise, 2020, p. 11, 14 s.; Wagner, ZEuP 2020, 531, 539.

<sup>83</sup> Kappus, NZM 2022, 106: "Sé que no sé nada" - aquí: "sé poco". Este refrán transmitido desde la antigüedad parafrasea el mensaje del BGH a los tribunales inferiores, "[...] que ahora deberán dirigirse en cada caso concreto a las partes y a los juristas que las asesoran. Porque lo que resulte al final en virtud de la norma del § 313 BGB en la perspectiva de cada caso es incierto". Sittner, NJW 2022, 1349 Rz 1, también se queja de la falta de previsibilidad de los resultados adecuados a los casos individuales; del mismo modo Bork, BB 2022, 333 y ss.

la guerra, en caso de duda el acreedor solo podrá exigir el cumplimiento si está dispuesto a pagar la mitad de los gastos adicionales o la mitad de la pérdida de valor de la contraprestación y, por consiguiente, una contraprestación incrementada de forma correspondiente.

Sin embargo, sí hay que dar la razón al BGH en la decisión KiK cuando exige que en la adaptación del contrato se tengan en cuenta las ayudas estatales derivadas del coronavirus.<sup>84</sup> En este caso, existe una razón objetiva para desviarse de la igualdad de cargas para ambas partes y, concretamente, para una reducción de la mitad de la renta. Efectivamente, si una de las partes ha recibido ayudas públicas como consecuencia de la devaluación de la prestación contractual derivada de la crisis, su carga ya ha sido compensada y una reducción de la mitad de su contraprestación produciría un nuevo desequilibrio en el contrato y conduciría de hecho a una "sobrecompensación" de las desventajas sufridas.<sup>85</sup>

Por último, la fundamental igualdad del esfuerzo que deben realizar las partes contratantes a la hora de adaptar el contrato también se corresponde en mayor medida con el resultado que podría alcanzarse mediante una interpretación integradora del contrato. El BGH supone para las "partes honestas de un contrato de arrendamiento" que, "si hubieran previsto y considerado la posibilidad de una pandemia y el riesgo asociado de un cierre de la empresa ordenado por el Gobierno [...] al celebrar el contrato en 2013, habrían previsto una opción para ajustar el alquiler en este caso".<sup>86</sup> Esta apreciación tampoco me parece del todo acertada. Queda por ver qué habrían acordado las partes si hubieran previsto la aparición de la pandemia. Tal vez una de las partes se habría distanciado totalmente del contrato y habría optado por un modelo de negocio completamente distinto. Por lo tanto, la gestión de la crisis en el marco del Derecho contractual no puede consistir en encontrar un acuerdo que en realidad no existe a propósito de la concreta crisis acaecida.

Nuevamente hay que decirlo:<sup>87</sup> la ausencia de tal acuerdo no es un accidente contractual, sino una consecuencia de nuestra limitada capacidad de previsión. A falta de un horizonte de conocimiento apropiado, las partes no podían haberse preguntado razonablemente qué debería aplicarse en caso de cierre de instalaciones durante una pandemia. En el mejor de los casos, podrían haber adoptado un enfoque mucho más general: podrían haberse planteado qué debería ocurrir si el contrato se viera perturbado posteriormente por una crisis social irregular, de la que no es posible decir *ex ante* qué parte se vería afectada si la crisis dificulta el cumplimiento, perjudica el uso y/o devalúa la contraprestación. Es de suponer que las partes honradas habrían acordado que tales cisnes negros gravaran a ambas partes por igual.

Este principio de carga igualitaria de las consecuencias de la alteración para las partes contratantes tiene, en última instancia, la ventaja de que las consecuencias de la crisis se distribuyen más ampliamente y no se produce una concentración de las disfunciones en el mercado, por ejemplo, solo entre los proveedores o solo entre los demandantes.<sup>88</sup>

---

<sup>84</sup> Véanse las referencias en la nota 75; para más detalles, véase Sittner, NJW 2022, 1349, 1352 Rz 22 con más referencias.

<sup>85</sup> Así, BGH de 12.1.2022 - XII ZR 8/21, BGHZ 232, 178 = juris Rz 59; BGH de 13.7.2022 - XII ZR 75/21, juris Rz 41.

<sup>86</sup> Véase BGH de 12 de enero de 2022 - XII ZR 8/21, BGHZ 232, 178 = juris Rz 52.

<sup>87</sup> Véase más arriba en II 1 y 2.

<sup>88</sup> Wagner, ZEuP 2020, 531, 539, véase ya la nota 17.

### 3.7. *De lege ferenda* refuerza la autonomía contractual *ex post*

En general, si el umbral de razonabilidad no se eleva demasiado y no se subjetiviza y si las partes se enfrentan, en principio, a la misma carga a la hora de adaptar el contrato (si se ven igualmente perjudicadas), puede afirmarse que el § 313 BGB es un instrumento adecuado y sólido de Derecho contractual, con el que pueden tratarse adecuadamente las más diversas perturbaciones relacionadas con las crisis. Si se interpreta en este sentido, el § 313 BGB también es factible y proporciona a las partes una pauta fiable para sus propias renegociaciones contractuales.

De *lege ferenda*, la autonomía contractual en la crisis aún podría reforzarse. Por ejemplo, el art. 1195 del Código Civil francés, de acuerdo con la reforma de 2016, prevé que, en caso de cambios inesperados que hagan excesivamente oneroso el cumplimiento del contrato, la parte afectada tiene un derecho de renegociación.<sup>89</sup> Una obligación de negociar similar podría incorporarse al § 313 BGB y esos esfuerzos negociadores podrían convertirse en una condición de admisibilidad antes de que los tribunales adaptasen el contrato. Esto dejaría en primer lugar la adaptación del contrato en manos de las partes contratantes y podría ayudar a evitar largos procedimientos judiciales. Pero, una vez más: esto solo podría funcionar si la jurisprudencia reconociera claramente una carga fundamentalmente igual para las partes contratantes a la hora de ajustar el contrato, de modo que las partes tuvieran una orientación clara para sus propias negociaciones.

## 4. Conclusiones en 12 tesis

1. Aunque una asunción contractual ilimitada del riesgo para todas las eventualidades, incluidas las futuras crisis sociales, sirve al propósito de la seguridad contractual, no suele corresponder al horizonte que tienen en mente las partes contratantes. Normalmente, la conclusión de un contrato se basa en previsiones muy imperfectas en las que se supone que las experiencias vividas se mantienen y continúan, mientras que lo que es incierto y falso se subestima o ignora (fenómeno del cisne negro).

2. El riesgo de crisis sociales (cambio en la base "principal" del negocio) solo puede tenerse en cuenta de forma significativa en una medida muy limitada a través de cláusulas contractuales. Si no es posible calcular qué perturbaciones y qué consecuencias cabe esperar, cuándo y con qué frecuencia, difícilmente es posible una asignación justa y eficaz del riesgo en el contrato. En este sentido, no tomar precauciones no constituye falta de prudencia en las negociaciones contractuales. Al contrario, sería mejor no tomar tales precauciones y no exigir las en virtud del Derecho contractual.

---

<sup>89</sup> El art. 1195 del Código Civil establece: «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». La disposición fue modificada por el art. 2 de la Ordonnance n°2016-131 de 10 de febrero de 2016, que codificó la "théorie de la imprévision" en Francia y corrigió así jurídicamente la jurisprudencia contraria de la *Cour de cassation*. En la sentencia histórica de 6 de marzo de 1876 en el asunto "Canal de Craponne", la *Cour de cassation* había denegado el reajuste de la remuneración de los derechos de navegación por un canal debido al aumento de los costes de mantenimiento de dicho canal, originados por un contrato celebrado 300 años antes.

3. Corregir e igualar las consecuencias de las crisis sociales es una tarea de toda la sociedad que requiere ante todo instrumentos masivos *ad hoc* por parte del Estado para intervenir de forma eficaz en las crisis.

4. No obstante, es necesario un Derecho contractual general fuerte y robusto que permita hacer frente a las restantes distorsiones que aún persisten como consecuencia de crisis sociales imprevistas, de manera justa, practicable y jurídicamente segura. El § 313 BGB cumple la función de instrumento general de crisis en el Derecho contractual, que abarca todos los contratos y todos los tipos de perturbación y forma parte de ese Derecho contractual sólido.

5. El § 313 BGB debe poder prevalecer sobre las disposiciones que no estén concebidas para tratar una modificación de la base "principal" del negocio, como el § 275, el § 326 (1) frase 1 del BGB y las normas sobre garantía por vicios.

6. Sin embargo, para que las transacciones contractuales y comerciales sean suficientemente seguras, en las crisis sociales, se requiere generalmente una extensión heterónoma de la distribución contractual regular del riesgo hasta el límite de una carga excesiva para una de las partes. El criterio de razonabilidad del § 313 BGB sirve a este fin.

7. Con todo, la irrazonabilidad, en el sentido del § 313 BGB, no depende subjetivamente de cada parte contratante, sino del alcance objetivo de la perturbación de las obligaciones contractuales o del adecuado cumplimiento del contrato por causa de la crisis.

8. La extensión heterónoma de la distribución contractual del riesgo a las crisis sociales hasta el límite de lo irrazonable (tesis 6) es complicada en constelaciones de casos en los que los riesgos del uso de la prestación debida se comparten regularmente entre las partes desde el principio, como en el contrato del alquiler y el contrato de trabajo. Esto se debe a que no es fácil determinar quién tiene que soportar "naturalmente" un riesgo de crisis irregular debido al reparto regular del riesgo, si este riesgo de crisis irregular debe tratarse como un riesgo regular dentro del ámbito de lo razonable.

9. Dado que el § 313 BGB sustituye al Derecho común sobre incumplimiento en caso de irrazonabilidad (tesis 5), la importancia de las dificultades de imputación del riesgo en caso de alteraciones en el uso se limita desde el principio a las consecuencias razonables de la crisis. En cambio, en el caso de cierres del negocio por pandemia con consecuencias irrazonables, es irrelevante para la admisibilidad de un reajuste del alquiler con arreglo al § 313 BGB que se niegue un vicio del alquiler -como hizo el BGH<sup>90</sup> - o que se afirme su existencia.

10. Cuando el contrato no permita una ampliación segura de la asignación regular del riesgo a los riesgos de crisis irregulares, en caso de duda y para evitar una asignación arbitraria y unilateral del riesgo, no queda más remedio que aplicar el § 313 BGB también en la medida en que el alcance de la alteración del contrato siga pareciendo razonable.

11. A la hora de adaptar el contrato de acuerdo con el § 313 BGB, las partes contratantes deben soportar una carga equivalente. Esto no solo es necesario y sensato por razones de equidad,

---

<sup>90</sup> BGH de 12 de enero de 2022 - XII ZR 8/21, BGHZ 232, 178 = juris.

viabilidad y seguridad jurídica y como pauta para las renegociaciones, sino que se deriva de la obligación constitucional establecida en el art. 3 (1) de la Ley Fundamental, aplicable también al Derecho civil. Sin embargo, las ayudas públicas concedidas a una de las partes constituyen una razón objetiva válida para desviarse de esta regla.

12. De *lege ferenda* debería estudiarse la posibilidad de complementar el § 313 BGB con una obligación de renegociación, que tanto podría reforzar la autonomía contractual como contribuir a aliviar a los tribunales en tiempos de crisis.