

EFICACIA Y CUMPLIMIENTO DE LOS CONTRATOS EN TIEMPOS DE PANDEMIA EFFICACY AND COMPLIANCE OF CONTRACTS IN TIMES OF PANDEMIC

Francisco Oliva Blázquez

Catedrático de Derecho civil

Universidad Pablo de Olavide (Sevilla)

RESUMEN

Las severas limitaciones impuestas a la actividad económica a raíz de la declaración del estado de alarma han afectado seriamente a la eficacia y el cumplimiento de los contratos. Aunque la aparición de este «riesgo imprevisible» podría ser afrontada recurriendo a instrumentos clásicos del Derecho privado como la fuerza mayor o la cláusula *rebus sic stantibus*, sus carencias para hacer frente a una situación de crisis generalizada y sistémica como la presente llevaron al legislador a aprobar diferentes normas destinadas a conservar el mayor número de contratos en vigor. El presente artículo tiene por objeto analizar tanto los instrumentos del Derecho general de contratos dirigidos a imputar los riesgos imprevisibles como las medidas más importantes en las que se ha concretado la intervención del legislador de emergencia.

PALABRAS CLAVE

Contratos, fuerza mayor, *rebus sic stantibus*, resolución, moratoria, arrendamientos, préstamos, contratos de consumo.

ABSTRACT

The severe limitations imposed on economic activity as a result of the declaration of the state of alarm have seriously affected the effectiveness and performance of contracts. Although the emergence of this «unforeseeable risk» could be dealt with classic institutions of private law such as force majeure or the *rebus sic stantibus* clause, its shortcomings to face a generalized and systemic crisis situation led the legislator to pass different rules aimed at keeping the greatest number of contracts in force. The purpose of this paper is to analyse both the instruments of the general law of contracts aimed at allocating the risks and the most important measures in which the intervention of the emergency legislator has materialized.

KEY WORDS

Contracts, force majeure, *rebus sic stantibus*, termination, deferment of payments, leases, loans, consumer contracts.

DOI: doi.org/10.36151/td.2020.015

EFICACIA Y CUMPLIMIENTO DE LOS CONTRATOS EN TIEMPOS DE PANDEMIA

Francisco Oliva Blázquez

Catedrático de Derecho civil
Universidad Pablo de Olavide (Sevilla)

Sumario: 1. Los efectos de la COVID-19 sobre los contratos de Derecho privado: modelos de intervención. 2. La autonomía privada. 3. Los instrumentos del Derecho general de contratos frente al riesgo imprevisible. 3.1. Fuerza mayor. 3.2. *Rebus sic stantibus*. 4. La intervención legislativa de urgencia. 4.1. Moratorias. 4.1.1. Concepto y ámbito. 4.1.2. Moratorias arrendaticias. 4.1.3. Moratorias financieras. 4.1.4. Consideraciones críticas: vulnerabilidades, burocracia y formalismo. 4.2. Prórroga del contrato de arrendamiento urbano de vivienda habitual. 4.3. Quitas. 4.4. Resolución del contrato al consumo: límites legales. Notas. Bibliografía.

1. LOS EFECTOS DE LA COVID-19 SOBRE LOS CONTRATOS DE DERECHO PRIVADO: MODELOS DE INTERVENCIÓN

La pandemia ha tenido unas consecuencias nefastas para el mantenimiento y la eficacia de los contratos de Derecho privado. La declaración del estado de alarma mediante el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, al imponer restricciones severas a los desplazamientos, así como limitaciones y suspensiones de la actividad económica en numerosos sectores productivos, fue una bomba de relojería que amenazaba con hacer saltar por los aires el entramado de contratos sobre el que se asienta el mercado. Numerosos deudores de prestaciones de dar o hacer se encontraron ante la imposibilidad objetiva de cumplir (entrega de mercaderías, celebración de un concierto, realización de un viaje, etc.), mientras que la situación económica de otros muchos actores comenzó a deteriorarse hasta el punto de dificultar seriamente la posibilidad de satisfacer sus obligaciones pecuniarias por falta de liquidez (arrendatarios, prestatarios, etc.) Es innecesario añadir que los efectos de un

derrumbe en masa de los contratos podían ser catastróficos en una economía que se encontraba a las puertas de una severa recesión.

Enfrentados a este dantesco escenario, los juristas fijamos la atención en las soluciones que nuestro ordenamiento jurídico ofrece frente a todo un clásico de la teoría general del contrato, el llamado «riesgo imprevisible» (Badenes Gasset, 1946; y Parra Lucán, 2015). Es notorio que, desde su nacimiento, cualquier contrato se enfrenta al riesgo de su fracaso accidental, concretado en la posibilidad de que las expectativas legítimas de los contratantes colapsen como consecuencia de eventos inimputables (por ejemplo, la COVID-19). Como veremos a continuación, en estos casos existe la posibilidad de recurrir a ciertos instrumentos como la fuerza mayor o la cláusula *rebus sic stantibus* que pretenden adaptar el cumplimiento de las prestaciones originales al nuevo escenario mediante la reasignación de los riesgos prestacionales.

Sin embargo, estos mecanismos resultan claramente insuficientes, dado que, en una situación de crisis generalizada, sistémica y global como la presente no se puede actuar recurriendo a medidas concretas pensadas para contratantes específicos que, además, exigirán una costosa y lenta intervención judicial a falta de acuerdo. Por otro lado, como cualquier técnica jurídico-civil de reparto de riesgos, tales remedios se asientan en el principio de justicia conmutativa y no en el principio de justicia distributiva, cuya actuación en circunstancias excepcionales es más necesaria que nunca (Morales Moreno, 2020: 447). Por todo ello, el legislador de urgencia decidió intervenir con firmeza —aunque con poco orden y escasa precisión técnica— en el ámbito contractual privado a través de numerosas normas instrumentadas mediante la figura del real decreto ley y destinadas, principalmente, a conservar el mayor número de contratos en vigor y evitar, en la medida de lo posible, su resolución como consecuencia de la crisis sanitaria y económica.

En las siguientes páginas analizaremos de forma crítica y reflexiva tanto los instrumentos del Derecho general de contratos dirigidos a reasignar e imputar los riesgos imprevisibles como las medidas más importantes en las que se ha concretado la intervención del legislador de emergencia. Pero antes es necesario analizar una cuestión a la que la doctrina jurídica ha dado menos importancia: el papel que juega la autonomía de la voluntad a la hora de afrontar la crisis de los contratos.

2. LA AUTONOMÍA PRIVADA

El sentido común dicta que, ante la aparición de un riesgo extraordinario y potencialmente demolidor del contrato o del equilibrio negocial, lo primero que hay que hacer es revisar concienzudamente el contenido del acuerdo para comprobar si tal contingencia fue prevista de alguna forma en su articulado. Y es que, como estipula el art. 1255 CC, las partes pueden establecer los pactos y condiciones que tengan por conveniente con el límite de lo establecido en la ley (imperativa) la moral (socialmente compartida) y el orden público (prevalentemente económico).

En este sentido, muchos contratos contienen cláusulas de fuerza mayor (*force majeure clauses*) cuyo objetivo principal es, por un lado, fijar el contenido de dicho concepto y, por otro lado, determinar cómo se distribuye el riesgo ante la concurrencia de determinados eventos imprevisibles. Por lo que respecta al primer aspecto, en algunos casos se trata de cláusulas que ofrecen un listado cerrado de supuestos de fuerza mayor (lo cual significa que los no incluidos se imputan a las partes como riesgo asumido contractualmente), mientras que en otros se aporta una definición convencional o se reproduce sin más el concepto legal de fuerza mayor que pueda aparecer en algún texto normativo. En cuanto a los efectos, pueden ser muy variados: la suspensión del contrato, el deber de renegociar sus términos, la concesión de una prórroga, la resolución con indemnización, etc.

En la práctica contractual también pueden encontrarse cláusulas de *hardship* o *rebus sic stantibus*, que suelen fijar criterios seguros para determinar la existencia de una excesiva onerosidad sobrevenida (por ejemplo, una pérdida cuantificada *ex ante* de ingresos o un descenso concreto del valor del mercado de los bienes), así como los remedios que se desencadenan en tal caso, señaladamente la renegociación y la resolución del contrato (sobre todas estas cuestiones, *vid.*, en detalle, Carrasco y Fontes, 2019: 131 ss.)

Es más, la *praxis* comercial internacional ha dado lugar a la creación de distintos términos y cláusulas uniformes (usos convencionales) que pretenden distribuir los riesgos extraordinarios entre los contratantes. Así, los populares Incoterms (2010), redactados por la International Chamber of Commerce (ICC), reparten de forma clara el riesgo imprevisible en los contratos de compraventa de mercaderías a través de diferentes grupos de casos (E, EXW, F, FOB, C, CFR, etc.). Por otro lado, la propia ICC cuenta desde el año 2003 con un modelo de Force Majeure Clause¹, recientemente actualizada, que hace referencia expresa a los supuestos de «plague, epidemic». Finalmente, en el sector de las adquisiciones de empresas también son hasta cierto punto habituales las llamadas cláusulas MAC (Material Adverse Change) o MAE (Material Adverse Effect), que, en términos genéricos, facultan al adquirente a poner fin al contrato (*walk away*), normalmente previo pago de una determinada indemnización (*break up-fees*), debido a la aparición de un cambio material adverso que afecta a la llamada «compañía objetivo» (Gili Sandaña, 2013: 5).

Ahora bien, hay que reconocer que este tipo de cláusulas está presente en un número relativamente reducido de contratos, ya que solo aparece en el marco de relaciones obligaciones de tracto sucesivo, de duración prolongada, complejas y de una elevada cuantía económica (contratos de compraventa internacional de mercaderías, fusiones de empresas, operaciones sindicadas de financiación, etc.). Por el contrario, es prácticamente imposible encontrar cláusulas de reparto del riesgo ante situaciones extraordinarias en la inmensa mayoría de los contratos en masa (consumo) y de la vida social más habitual (arrendamientos, préstamos personales e hipotecarios, etc.), por lo que la solución habrá que buscarla necesariamente en las normas generales del Derecho de contratos o, en su caso, en la legislación específica emanada durante la pandemia.

Hay, no obstante, otra forma de hacer frente anticipadamente a los riesgos imprevistos desde el ámbito de la autonomía de la voluntad: la contratación de un seguro. Efectivamente, existen numerosos contratos de seguro que cubren contingencias imprevisibles,

como los seguros de cancelación de viajes o los seguros de pérdidas de beneficios de explotación (que a veces forman parte de una póliza multirriesgo), cuyas condiciones generales y particulares habrá que verificar caso a caso con el fin de determinar si el supuesto concreto de la COVID-19 entra en su ámbito de aplicación o si, por el contrario, fue explícitamente excluido de la cobertura aseguradora (en este caso, a su vez, habrá que comprobar si la exclusión cumple todos los requisitos legales como la doble firma, la redacción destacada y en negrita, etc.). Aunque lo más normal es que en las cláusulas de exclusión de riesgos figuren expresamente las epidemias y pandemias, de no ser así se abre la puerta a que los efectos negativos que el riesgo produce sobre la actividad asegurada puedan ser cubiertos por el contrato. A mero título de ejemplo, en Francia algunas compañías aseguradoras han sido condenadas judicialmente a indemnizar a sus asegurados del sector de la hostelería y la restauración por las pérdidas de explotación sufridas debido a que entre los riesgos cubiertos por la póliza se hacía referencia expresa a los derivados de la *fermeture temporaire administrative* del establecimiento, esto es, al cierre temporal de la actividad económica por la autoridad pública².

Finalmente, *last but not least*, la autonomía de la voluntad de los contratantes juega un papel esencial para evitar que los conflictos planteados por los contratos afectados por la pandemia acaben en pleitos judiciales o en arbitrajes cuya solución, seguramente tardía, será menos satisfactoria que cualquier acuerdo que alcancen entre ellos. Cuando se concluye un acuerdo contractual es porque los intereses y expectativas de las partes quedaron suficientemente satisfechas, y estas deberían hacer todo lo posible para que este importante activo económico siga en vigor a través de la renegociación de sus términos originales, salvo que las condiciones de su mantenimiento sean tan leoninas o insoportables que la única solución posible sea resolver el contrato. Esto explica, por ejemplo, que muchas entidades bancarias ofrezcan a sus clientes una «moratoria sectorial» (por oposición a la «moratoria legislativa», que trataremos más abajo) de hasta doce meses para todos los préstamos personales e hipotecarios, a pesar de que nada les obliga a hacerlo (*vid.* art. 6 del Real Decreto-ley 19/2020, de 26 de mayo, por el que se adoptan medidas complementarias en materia agraria, científica, económica, de empleo y Seguridad Social y tributarias para paliar los efectos del COVID-19). Y es que, como siempre ha enseñado la sabiduría popular, más vale un mal acuerdo que un buen juicio.

3. LOS INSTRUMENTOS DEL DERECHO GENERAL DE CONTRATOS FRENTE AL RIESGO IMPREVISIBLE

3.1. FUERZA MAYOR

Prácticamente desde el día siguiente a la declaración del estado de alarma, una pléyade de comentaristas jurídicos identificaron la pandemia con un supuesto de fuerza mayor que, por su eficacia exoneratoria y liberatoria, podría invocarse para salvaguardar los intereses

del deudor que no pudiera cumplir. Sin embargo, esta aseveración genérica no es del todo cierta, ya que el campo de la fuerza mayor está lleno de matices que es conveniente aclarar.

Por de pronto, hay que comenzar por lo más obvio: ¿es la situación provocada por la COVID-19 un supuesto de fuerza mayor? En principio, si tenemos en cuenta los requisitos que el art. 1105 CC (aplicable en defecto de pacto o de otra norma específica) y nuestra jurisprudencia exigen para su concurrencia, habría que decir que sí. Efectivamente, la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo ha establecido con toda claridad que para que un evento pueda ser calificado como fuerza mayor debe ser imprevisible y/o inevitable (SSTS 1321/2006, de 18 diciembre y, entre otras muchas, 406/2008, de 23 de mayo). La imprevisibilidad hace referencia a la imposibilidad de conocer anticipadamente o prever la aparición de un determinado acontecimiento de acuerdo con la diligencia media exigible en cada caso, mientras que la inevitabilidad —que, en nuestra opinión, es el elemento más importante de la fuerza mayor (*vid.*, STS 825/2002, de 12 de septiembre)—, implica que, aun siendo previsible, dicho evento no podría haberse eludido o evitado. A efectos de distinguir la fuerza mayor del caso fortuito (aunque esta distinción es muy discutible), también se hace referencia a su carácter extraño o exógeno respecto a los riesgos asumidos por el deudor dentro de su círculo de actividades (STS 3/2015, de 4 de febrero). Así pues, la pandemia (al igual que un terremoto, un incendio forestal, una riada o, entre otros supuestos posibles, una guerra) cumple aparentemente todos estos requisitos, puesto que ha sido un fenómeno imprevisible, inevitable y exógeno para todos aquellos que, con anterioridad a su aparición, concluyeron un contrato cuyo cumplimiento deviene imposible a raíz de las medidas adoptadas para combatir la crisis sanitaria.

No obstante, tal calificación puede desaparecer en función de las circunstancias concurrentes en cada caso. Así, probablemente la COVID-19 entraría dentro de los términos de lo previsible e incluso de lo evitable para un empresario que realizara un contrato mercantil después del 11 marzo de 2020 (día en el que la OMS declaró la pandemia), ya que, en cuanto agente del mercado, se le exigirá una mayor diligencia, concretada, por ejemplo, en la necesidad de redactar una cláusula de fuerza mayor que permita distribuir los riesgos frente a la enfermedad. Conviene recordar que el art. 79 de la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías (CISG) establece claramente que una parte no será responsable del incumplimiento de cualquiera de sus obligaciones si prueba que el mismo se debe a un impedimento ajeno a su voluntad (fuerza mayor) y «[...] si no cabía razonablemente esperar que tuviese en cuenta el impedimento en el momento de la celebración del contrato, que lo evitase o superase, o que evitase o superase sus consecuencias». Por ello, la STS 744/2014, de 22 de diciembre, llegó a la conclusión de que la crisis inmobiliaria y financiera no constituía un supuesto de fuerza mayor alegable por una promotora de viviendas (igualmente, STS 742/2014, de 11 de diciembre). Es decir, tal y como se ha señalado acertadamente, no se trata tanto de la irresistibilidad de la propia contingencia cuanto de la capacidad del deudor para estar precavido y de la exigibilidad o no de medidas salvatorias (Carrasco, 2010a: 984).

Por otro lado, la pandemia no puede ser calificada de manera automática y sin matices como un caso de fuerza mayor impeditiva. Para que así sea, debe imposibilitar objetiva-

mente la ejecución de la prestación pactada. No cabe ninguna duda de que las prohibiciones legales de realizar determinada actividad económica se consideran, en cuanto *factum principis*, un claro supuesto de fuerza mayor para el afectado por el cambio normativo, al igual que las restricciones derivadas de la necesidad de respetar las medidas de seguridad sanitaria que impiden la actuación regular del negocio. Lo mismo puede predicarse de aquellos supuestos en los que se ha previsto una prestación personalísima (como dar un concierto) que no puede llevarse a cabo debido a que el deudor ha contraído la enfermedad. Por el contrario, la mayor dificultad o la excesiva onerosidad que pueda suponer el cumplimiento de lo pactado tras la aparición de la pandemia no puede considerarse fuerza mayor, sino, en su caso, un evento que daría lugar a la aplicación del principio *rebus sic stantibus*. Y en los supuestos, desgraciadamente cada vez más abundantes, de ausencia de liquidez del deudor para pagar una deuda, no puede hablarse de fuerza mayor, ya que la satisfacción de la obligación pecuniaria es, por definición, siempre posible (STS 266/2015, de 19 de mayo).

Pero el problema de la fuerza mayor no reside solamente, como hemos señalado, en la necesidad de su apreciación caso a caso (nunca en abstracto y de forma global), sino en su inadecuación para satisfacer los intereses de las partes y, por ende, de la sociedad en su conjunto. Tal y como afirma expresamente el preámbulo del Real Decreto-ley 15/2020, de 21 de abril, de medidas urgentes complementarias para apoyar la economía y el empleo, «[...] si se acude a la regulación del Código Civil referida a la fuerza mayor, tampoco ofrece una solución idónea porque no ajusta la distribución del riesgo entre las partes, aunque puede justificar la resolución contractual en los casos más graves». Efectivamente, la fuerza mayor, salvo que sea meramente transitoria por tratarse de un riesgo contextual y no definitivo (en cuyo caso sus efectos serían meramente suspensivos de la obligación de cumplir hasta el momento en que la imposibilidad desaparezca; en este sentido, art. 79.3 CISG), provoca ante todo un efecto exoneratorio —por falta de relación de causalidad— de la responsabilidad del deudor por los posibles daños y perjuicios provocados, pero no priva al acreedor insatisfecho de su derecho a instar la aplicación de algunos de los remedios anudados a cualquier incumplimiento contractual; por ejemplo, la resolución del contrato si el incumplimiento es esencial, en cuanto que esta no se vincula a la previa existencia de culpa o negligencia del deudor (así lo reconocen las SSTS de 9 de octubre 2006, 741/2014, de 19 de diciembre y 744/2014, de 22 de diciembre; en el mismo sentido se pronuncia el art. 79.5 CISG).

Además, los artículos 1182 y 1184 CC reconocen el efecto liberatorio completo del deber del deudor de llevar a cabo la prestación pactada por imposibilidad (*ad impossibilia nemo tenetur*) en las obligaciones de dar cosa determinada (no alcanza, por lo tanto, a las obligaciones genéricas) y en las de hacer, respectivamente. De acuerdo con la jurisprudencia, la aplicación de estas normas «[...] exige una imposibilidad física o legal, objetiva, absoluta, duradera y no imputable al deudor» (STS 383/2002, de 30 de abril) si bien en alguna ocasión se ha equiparado a la «dificultad extraordinaria» (STS 881/1994, de 6 de octubre). La idea de la inimputabilidad es propia de los sistemas del *civil law*, en los que el principio culpabilista ha regido históricamente en materia de incumplimientos contractua-

les y remedios. Por ello, en ausencia de culpa (esto es, cuando el hecho resulta imprevisible e irresistible, STS, de 30 marzo de 1997), es inexigible el cumplimiento en forma específica. En cualquier caso, nuestra jurisprudencia también recuerda que la imposibilidad «[...] debe ser objeto de una interpretación restrictiva y casuística atendiendo a los casos y circunstancias» (SSTS de 5 de mayo de 1986 y de 13 de marzo de 1987).

Vistos los efectos que produce la fuerza mayor, cabe concluir que no se trata de una figura apta para reasignar los riesgos derivados de la pandemia y permitir la conservación del contrato. Es cierto que el deudor podrá liberarse de su obligación de cumplir y de la responsabilidad derivada del incumplimiento inimputable, pero también lo es que el acreedor podrá poner fin legítimamente a la relación contractual (art. 1124 CC) y, en su caso, exigir la restitución de lo entregado, lo cual provoca un doble efecto pernicioso:

i) Por un lado, la desaparición o extinción del contrato, que es, en sí misma, un evento desgraciado no solo porque implica el fracaso de las expectativas económicas en las que partes habían depositado su interés, sino también —o especialmente— porque se destruye lo que se ha denominado el «valor relacional» asociado a los contratos, consistente en el «entramado de reciprocidades» que se vinculan a cualquier relación contractual viva (Ganuza y Gómez Pomar, 2020: 571). Piénsese que la resolución de un contrato puede llegar a tener un «efecto mariposa» capaz de destruir otras relaciones negociales ubicadas en el sistema o cadena de contratos que articulan nuestro sistema económico.

ii) Por otro lado, en el marco de una crisis económica que se está traduciendo en una drástica reducción de ingresos, el deber de restituir puede provocar impagos masivos y la apertura incontrolada de procesos concursales.

3.2. *REBUS SIC STANTIBUS*

La estrella jurídica de la pandemia ha sido la cláusula *rebus sic stantibus* (también conocida en la jerga internacional como *hardship*), figura secular en torno a la cual se han escrito decenas de estudios y comentarios que han querido ver en ella el mejor salvavidas posible del deudor acuciado ante el cambio extraordinario de las circunstancias provocado por la irrupción de la COVID-19. Tal ha sido la expectación que ha levantado la *rebus* que han llegado a presentarse iniciativas privadas de regulación de carácter nacional (Fundación FIDE) e internacional (European Law Institute); incluso una enmienda al Proyecto de Ley de medidas procesales y organizativas para hacer frente a la COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia presentada por el Grupo Plural intentó introducir una normativa especialmente prolija de la figura en nuestro ordenamiento jurídico. No obstante, al igual que ocurre con la fuerza mayor, un análisis detallado de sus requisitos y efectos pone de manifiesto sus severas limitaciones como instrumento técnico para afrontar la crisis que amenaza a los contratos.

Históricamente, frente a la eficacia del principio *pacta sunt servanda* (arts. 1091 y 1258 CC) se contrapuso la doctrina de origen canónico *rebus sic stantibus et aliquo de novo non emergentibus* (mientras las cosas sigan como eran y no surja algo nuevo). Esta doctrina no aparece en el Código civil español (de hecho, no se recogió ni en el Code Civil ni en el BGB

originarios), si bien la jurisprudencia admitió desde mediados del siglo pasado su existencia siempre y cuando concurrieran una serie de requisitos especialmente exigentes: alteración extraordinaria de las circunstancias, carácter radicalmente imprevisible de la alteración, desproporción exorbitante entre las pretensiones de las partes, derrumbe del contrato por aniquilamiento del equilibrio de las prestaciones y ausencia de cualquier otro remedio para poder solucionar el perjuicio provocado (SSTS de 17 de mayo de 1957 y, entre otras muchas, de 25 de junio de 2007). Habida cuenta de la necesidad de dar cumplida prueba de la presencia de estas draconianas condiciones, es perfectamente comprensible que la doctrina de la *rebus* prosperara en casos muy contados (así, STS de 28 de enero de 1970).

Sin embargo, la desconfianza de nuestra jurisprudencia hacia esta cláusula —considerada especialmente peligrosa— comenzó a atenuarse gracias a una serie de sentencias que, al rebufo de la anterior crisis económica, favorecieron lo que dio en llamarse «[...] una tendencia a la aplicación normalizada de la figura», inspirada en numerosos textos del llamado *soft law* internacional (como los arts. 6:1.1.1 de los Principios del Derecho Europeo de los Contratos y 6.2.1 ss. de los Principios Unidroit *de los Contratos Comerciales Internacionales*) y asentada en la aplicación del principio general de buena fe y en la idea de la conmutatividad que todo contrato implica (SSTS 333/2014, de 30 de junio, 591/2014, de 15 de octubre y, entre otras, de 13 de marzo de 2015). No obstante, actualmente parece observarse un retorno hacia una interpretación más restrictiva y excepcional de la cláusula en cuestión (SSTS 455/2019, de 18 de julio y 156/2020, de 6 de marzo).

Sea como fuere, aunque a primera vista pueda parecer que la pandemia abre las puertas a la aplicación generalizada de la *rebus*, lo cierto es que dicha aplicación no será ni mucho menos automática. Por de pronto, hace falta que, debido a eventos completamente imprevisibles (STS 820/2012, de 17 de enero de 2013), concorra una «[...] alteración de las circunstancias de tal magnitud que incremente de modo significativo el riesgo de frustración de la finalidad del contrato» (STS 455/2019, de 18 de julio).

Respecto al primer requisito, hay que tener en cuenta si el propio contrato ha previsto una atribución del riesgo, ya que, como señala la STS 5/2019, de 9 de enero, «[...] si las partes han asumido expresa o implícitamente el riesgo de que una circunstancia aconteciera o debieron asumirlo porque, en virtud de las circunstancias y/o naturaleza del contrato, tal riesgo era razonablemente previsible, no es posible apreciar la alteración sobrevenida, que, por definición, implica lo no asunción del riesgo» (igualmente, SSTS 64/2015, de 24 de febrero y 477/2017, de 20 de julio). Así pues, aunque en un principio la situación provocada por la pandemia es excepcional e imprevisible, será necesario indagar en los términos de cada contrato para comprobar si este previó de forma explícita o implícita la asignación de los riesgos derivados de escenarios como el presente.

Por otro lado, la exigencia de que se incremente *significativamente* el riesgo de frustración de la finalidad del contrato conduce a la idea de la alteración de la base del negocio por excesiva onerosidad sobrevenida, concebida como un aumento en los costes de ejecución o una disminución del valor de la contraprestación recibida —así, art. 6.1.11 (1) PECL— que provoca un desequilibrio capaz de poner en riesgo la propia razón de ser y existir del contrato. Nuevamente, el cumplimiento de esta condición debe verificarse caso a caso y

en función de las circunstancias concurrentes. Así, la STS 591/2014, de 15 de octubre, consideró que una caída de la rentabilidad del 42 % en el sector hotelero era suficiente para aplicar la cláusula *rebus*, mientras que el Real Decreto-ley 15/2020, de 21 de abril, cuyo preámbulo afirma que la norma introduce una regulación específica para los contratos de arrendamiento de local de negocio e industriales «[...] en línea con la cláusula *rebus sic stantibus* de elaboración jurisprudencial», exige una reducción de la facturación del mes natural anterior de, al menos, un 75 % (art. 3.1 c).

Pero lo más importante es reconocer que la *rebus* carece de aplicación en los supuestos de falta de liquidez provocada por la alteración sobrevinida de la capacidad económica de los contratantes o por su vulnerabilidad puntual (Morales Moreno, 2020: 450), ya que, en puridad, no se trata de supuestos de alteración de la base del negocio por desequilibrio económico de las prestaciones de las partes. Además, se ha dicho con acierto que la falta de liquidez es normalmente un riesgo que corre a cargo del deudor (Gregoraci, 2020: 467), por lo que no podría calificarse de circunstancia extraordinaria e imprevisible. De este modo, un número muy importante de casos quedarán irremediabilmente excluidos del ámbito de aplicación de la *rebus*.

A pesar de todo lo dicho, y dando por hecho que podremos encontrarnos con numerosos casos en los que la cláusula *rebus* sí resulte claramente aplicable, el problema estriba en que sus efectos o consecuencias no son suficientemente oportunos y eficaces. Por de pronto, el mero cambio de las circunstancias no autoriza en principio al contratante que padece el desequilibrio contractual a suspender el cumplimiento (así, art. 6.2.1. PICC), por lo que tendrá que seguir ejecutando el programa prestacional en los términos inicialmente pactados. Por otro lado, los diferentes ordenamientos jurídicos que han regulado esta figura establecen que la parte afectada por la excesiva onerosidad puede solicitar una revisión o adaptación del contrato (§ 313 BGB, 1195 Code Civil), lo cual, lógicamente, presupone la apertura de un proceso de renegociación (el art. 6:111 PECL incluso prevé una sanción consistente en la reparación de los daños y perjuicios causados por la parte que se negó a negociar o que rompió las negociaciones de mala fe). No cabe ninguna duda de que la modificación pactada del programa prestacional con la finalidad de adaptarlo a la nueva realidad es la mejor solución posible, pero es bastante discutible que dicho acuerdo pueda alcanzarse en el marco de unas negociaciones obligatorias a las que se ve abocada una parte que, por las razones que fueren, no aceptó previamente una propuesta de modificación (se supone que el contratante afectado por un desequilibrio insoportable intentará, ante todo, adaptar el contrato, ya que lo contrario induce a pensar en un comportamiento oportunista y contrario a la buena fe) y que, habitualmente, gozará de un poder de negociación prevalente. ¿Y si no se consigue un acuerdo? Entonces hay dos opciones: o bien es el juez el que adapta el contrato, o bien se procede sin más a su resolución. Esta última solución debería ser evitada por las razones que anteriormente expusimos, mientras que poner en manos de los tribunales la revisión de los contratos se nos antoja una salida del conflicto aún peor. Si los contratantes, que son los primeros interesados en mantener el contrato, no han podido alcanzar un acuerdo para adaptarlo, difícilmente podrá hacerlo un juez, habida cuenta de los limitados conocimientos y elementos de decisión con los que contará.

Además, imponer los términos de un nuevo contrato *manu militari* es garantía del fracaso inminente de la relación contractual.

Pero aquí no acaban los problemas de la *rebus*. En el marco de la actual crisis económica, cualquier deudor razonable pretenderá alcanzar una solución rápida que permita evitar el fracaso de la relación contractual, y precisamente la invocación de esta cláusula comporta todo lo contrario: el transcurso de un prolongado periodo de tiempo desde que se interpone la demanda hasta que se dicta una sentencia firme (Rosado y Ruiz, 2020). No en vano, lo más normal es que la sentencia recaiga en un escenario en el que el contrato haya dejado de existir (pues en otro caso el desequilibrio no sería tan exorbitante) y en el que las posibilidades de revisión del acuerdo serán, en consecuencia, nulas. Es cierto que últimamente están aflorando numerosos autos de juzgados en los que se concede, como medida cautelar, la suspensión de la ejecución de avales por impago de rentas arrendaticias o de otras deudas en función de la apariencia de buen derecho (*fumus bonis iuris*) del demandante que invoca la cláusula *rebus sic stantibus* como mecanismo de revisión del contrato litigioso. En cualquier caso, la judicialización de la crisis de los contratos podría provocar un auténtico colapso de unos tribunales ya de por sí sobrecargados, sin olvidar los considerables costes asociados que toda intervención judicial acaba provocando.

Además de todo ello, el demandante se enfrentará al caso con un grado de incertidumbre e inseguridad jurídica nada desdeñable, ya que, ante la ausencia de una norma clara que regule la figura en cuestión, no tendrá más remedio que recurrir a una jurisprudencia que se ha caracterizado, especialmente en los últimos años, por su carácter cambiante y voluble. En este sentido, basta señalar que supuestos prácticamente idénticos han sido resueltos de forma diametralmente opuesta por la misma Sala de lo Civil del Tribunal Supremo (así, la STS de 15 enero 2019 establece, en abierto contraste con la STS 15 octubre 2014, que el riesgo de un descenso en los rendimientos económicos de un hotel derivados de la crisis económica debe ser asumido por el demandante).

Con el fin de proporcionar cierta seguridad a los pleitos que, sin lugar a dudas, se plantearán de forma masiva en los próximos meses, se ha sugerido la posibilidad de introducir la figura de la *rebus* en el Código Civil. No sería una tarea especialmente dificultosa, ya que el artículo 1213 de la Propuesta de Modernización del Código civil en materia de Derecho de Obligaciones y Contratos, preparada por la Comisión General de Codificación, regula la figura de la «alteración extraordinaria de las circunstancias básicas del contrato», por lo que bastaría trasladar su contenido al ordenamiento jurídico (no en vano, tanto la propuesta de la Fundación FIDE como la enmienda del Grupo Plural se basan descaradamente en dicho proyecto). Sin embargo, por muy conveniente que sea regular la *rebus* con el objeto de acabar con la inseguridad jurídica descrita (en el momento de escribir estas líneas, se ha anunciado que en un breve período de tiempo se modificará el Código Civil con el fin de incluirla en su articulado), lo cierto es que su utilidad será muy limitada, dado que se trata de un remedio poco apropiado para afrontar una crisis generalizada y potencialmente sistémica del entramado de los contratos privados. La alteración sobrevenida de las circunstancias tiene que ser alegada caso a caso, y serán los jueces y tribunales los que intenten —aunque muy difícilmente lo lograrán— restaurar la justicia conmutativa a través de las

medidas analizadas. Sin embargo, como ya adelantamos, en estos momentos precisamos mecanismos capaces de instaurar la justicia distributiva respecto a la globalidad de los contratos afectados por la pandemia y siempre en aras de proporcionar una protección especial a los contratantes más débiles. Ante un problema generalizado y extendido, no pueden ofrecerse soluciones particulares y concretas. Por eso, no debe extrañar que países que cuentan con una regulación completa de la *rebus* —como Francia (*imprévision*), Italia (*eccessiva onerosità sopravvenuta*) y Alemania (*Störung der Geschäftsgrundlage*)— hayan optado por introducir una batería de medidas de emergencia dirigidas a repartir de forma general los riesgos contractuales con base en criterios predeterminados.

4. LA INTERVENCIÓN LEGISLATIVA DE URGENCIA

4.1. MORATORIAS

4.1.1. Concepto y ámbito

Uno de los sectores de la contratación privada potencialmente más afectados por cualquier crisis económica es el de los arrendamientos y los contratos de financiación (préstamos hipotecarios y personales), ya que la destrucción de empleo incide inmediatamente en la capacidad de numerosos deudores para hacer frente a los pagos periódicos que caracterizan ambas modalidades contractuales. Y ya se sabe cuál es la consecuencia que sigue a los impagos: resoluciones de contratos, desahucios y lanzamientos, con todo el drama personal que acarrearán, tal y como desgraciadamente pudimos comprobar en la anterior crisis.

El legislador de emergencia ha querido evitar este escenario mediante el reconocimiento de una moratoria a favor de determinados deudores, es decir, un aplazamiento o postergación de la obligación de pago a un momento en el que la situación del confinamiento y el cierre de la economía finalizaran. Nos encontramos claramente ante un mecanismo de justicia distributiva que pretende repartir o, más bien, trasladar directamente el riesgo a uno de los contratantes (el acreedor de la prestación pecuniaria), proporcionando de este modo liquidez a los deudores acuciados por la falta de ingresos derivados de la crisis.

No obstante, se trata de una medida que, aplicada de forma global, resultaría tremendamente inicua, dado que es fácil imaginar la existencia de acreedores cuya situación económica puede ser tan precaria o más que la de sus deudores (por ejemplo, pequeños propietarios y pymes). Por eso, cualquier moratoria tiene que fijar correctamente los elementos subjetivos y objetivos que condicionan su aplicabilidad, lo cual, en el caso español, se ha hecho teniendo en cuenta la capacidad económica tanto del acreedor como del deudor. Esto es, solo se concederá a los deudores vulnerables y en especial situación de precariedad económica que lo soliciten expresamente frente a acreedores solventes y con cierto músculo financiero.

Ahora bien, aunque el criterio escogido parece sensato y apropiado, es conveniente señalar que, mientras la moratoria en el sector financiero ha sido una constante de la le-

gislación comparada europea para hacer frente a la crisis provocada por la pandemia, no ha ocurrido lo mismo con la moratoria arrendaticia, únicamente reconocida como tal en España y Portugal. La diferencia reside en que en el primer caso se traslada el riesgo a una serie de entidades financieras cuya capacidad para resistir un aplazamiento más o menos extendido de pagos está normalmente fuera de toda duda, mientras que en el segundo están involucradas personas físicas o jurídicas cuya fortaleza económica puede ser discutible. Tal y como se ha denunciado, obligar a ciertos arrendadores débiles a conceder las moratorias puede implicar un riesgo importante para la economía por la cadena de impagos que podría desencadenar (Ganuzo y Gómez Pomar, 2020: 569). Por eso, otros países han acudido al auxilio del arrendatario recurriendo a instrumentos diferentes a la moratoria, como la exclusión del derecho del arrendador a resolver el contrato por impago (Alemania) o la prohibición de imponer determinadas sanciones, penalizaciones, multas o de recurrir a las garantías y fianzas prestadas por falta de pago (Francia).

4.1.2. Moratorias arrendaticias

La moratoria del pago de las cuotas arrendaticias está prevista tanto para los contratos de arrendamiento de vivienda (Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo, por el que adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19) como para los de local de negocio y de industria (Real Decreto-ley 15/2020, de 21 de abril, de medidas urgentes complementarias para apoyar la economía y el empleo). Sus requisitos y condiciones no son completamente coincidentes.

Por lo que respecta a los contratos de vivienda habitual suscritos al amparo de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos (LAU), la moratoria queda condicionada a que el arrendador sea una empresa o entidad pública de vivienda o un gran tenedor (entendiéndose por tal a la persona física o jurídica que sea titular de más de diez inmuebles urbanos, excluyendo garajes y trasteros, o de una superficie construida de más de 1500 m²) y el solicitante una persona física en situación de vulnerabilidad económica a consecuencia de la emergencia sanitaria ocasionada por la COVID-19, concepto que trataremos más adelante. La moratoria, que se otorgará siempre y cuando el arrendador no haya optado por la posibilidad legal de reducir la renta en un 50 %, afectará al periodo de tiempo que dure el estado de alarma y sus prórrogas, sin que puedan superarse los cuatro meses, y consiste en que las cuotas aplazadas se devolverán, sin intereses ni penalización alguna, fraccionadas durante al menos tres años (siempre dentro del plazo a lo largo del cual continúe la vigencia del contrato de arrendamiento o cualquiera de sus prórrogas).

Con relación a los contratos de arrendamiento distintos de los de vivienda y de industria, hay que señalar que quedaron inicialmente excluidos del ámbito de la actuación legislativa de urgencia (probablemente, por las dudas que generaba la traslación automática del riesgo al arrendador en estos casos), lo que provocó una interesante disputa doctrinal en torno a cuál era la situación jurídica de los arrendatarios en medio de una pandemia que les impedía abrir sus locales de negocios y, en consecuencia, generar los ingresos necesarios para satisfacer las rentas acordadas. Para algunos, el arrendatario tenía derecho a suspender

el pago debido al incumplimiento de la obligación del arrendador de proporcionarle continuamente el goce útil de la cosa arrendada *ex art. 1554.3º CC (Carrasco, 2020b)*, así como a la aplicación analógica del art. 26 LAU (suspensión del contrato por obras acordadas por la autoridad competente), mientras que, para otros, los arrendatarios seguían estando obligados a pagar a pesar de la suspensión legal de sus actividades empresariales (*pacta sunt servanda*), ya que el riesgo de la ausencia de utilidad sobrevenida del local arrendado no está asignado legalmente al arrendador (entre otras cosas, porque el art. 1554.3º CC no se refiere al goce útil, sino al «pacífico») y, por ello, no nos encontraríamos ante un problema de incumplimiento contractual derivado de fuerza mayor (Pantaleón, 2020).

Finalmente, el legislador reconoció a través del Real Decreto-ley 15/2020 que «[...] la falta de ingresos o la minoración de los mismos durante el periodo que dure el estado de alarma puede dar lugar a la incapacidad financiera de autónomos y pymes para hacer frente al cumplimiento, total o parcial, de sus obligaciones de pago de renta de locales en alquiler que pone en serio riesgo la continuidad de sus actividades». Por ello consideró «[...] conveniente ofrecer una respuesta que permita abordar esta situación y regular un procedimiento para que las partes puedan llegar a un acuerdo para la modulación del pago de las rentas de los alquileres de locales». De esta forma, se reconocía que el arrendatario no podía suspender unilateralmente el cumplimiento de su obligación de satisfacer la renta y, a la vez, se abría la posibilidad legal de que se acordara una moratoria siempre y cuando se cumplieran los requisitos establecidos.

Así pues, cuando se trate de un contrato de arrendamiento para uso distinto del de vivienda (art. 3 LAU) o de industria y el arrendador sea una empresa o entidad pública de vivienda o un gran tenedor (en los términos que ya hemos visto), el arrendatario podrá solicitar una moratoria en condiciones similares a las citadas para el arrendamiento de vivienda. No obstante, se exige que el solicitante sea un autónomo o una pyme cuya actividad haya quedado suspendida como consecuencia del *factum principis* o que acredite sufrir una severa pérdida de facturación de, al menos, el 75 % (art. 3 Real Decreto-ley 15/2020). De cumplirse todos los requisitos, la renta se aplazará —sin penalización ni devengo de intereses— mediante el fraccionamiento de las cuotas en un plazo de dos años.

Tal y como adelantamos, en el preámbulo del Real Decreto-ley 15/2020 se afirma que «[...] procede prever una regulación específica en línea con la cláusula *rebus sic stantibus*, de elaboración jurisprudencial, que permite la modulación o modificación de las obligaciones contractuales si concurren los requisitos exigidos: imprevisibilidad e inevitabilidad del riesgo derivado, excesiva onerosidad de la prestación debida y buena fe contractual». Esta mención explícita de la *rebus* como figura inspiradora de la moratoria legal en los arrendamientos distintos del de vivienda y de industria, plantea la cuestión de si queda excluida su posible invocación en sede judicial por parte de los arrendatarios que no cumplen con los requisitos del art. 3 del Real Decreto-ley 15/2020, o incluso por aquellos que, cumpliéndolos, prefieran, por las razones que sean, interponer una demanda invocando la cláusula *rebus sic stantibus*. En nuestra opinión, el legislador ha pretendido establecer un umbral mínimo de protección imperativa a través de la moratoria legal, pero desde luego eso no puede cerrar la posibilidad de que el arrendatario recurra a la «*rebus* jurisprudencial» con

el objeto de alcanzar un grado de tutela superior mediante, por ejemplo, la renegociación de otros términos del contrato (así parece deducirse del Auto 162/2020 de 7 Jul. 2020, del Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Benidorm). Por otro lado, tiene razón Pantaleón (2020) cuando afirma que ambas figuras responden a una lógica diferente, ya que mientras la *rebus* es expresión de la justicia conmutativa, la moratoria «[...] refleja una lógica distributiva de ayuda a los arrendatarios típicamente más débiles».

4.1.3. Moratorias financieras

La moratoria de los contratos de financiación se centra en los préstamos hipotecarios y en el resto de contratos de préstamo sin garantía hipotecaria (préstamos personales, incluyendo los préstamos al consumo). Por lo que respecta a los primeros, el legislador se centró inicialmente en los préstamos hipotecarios destinados a la adquisición de vivienda, al considerar «[...] de especial importancia garantizar el derecho a la vivienda a los deudores hipotecarios en situación de especial vulnerabilidad que vean reducir sus ingresos como consecuencia de la crisis sanitaria del COVID-19» (exposición de motivos del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19). Por ello, se les reconoce la posibilidad de solicitar —hasta el 29 de septiembre de 2020— una moratoria que provoca la suspensión de la deuda hipotecaria durante el plazo de tres meses y la consiguiente inaplicación de la cláusula de vencimiento anticipado (caso de existir). Aunque el tenor literal de la norma no lo aclara, parece que dicha suspensión, que en ningún caso genera intereses ni ordinarios ni moratorios, debería dar lugar a una ampliación del plazo de duración del préstamo coincidente con el de la moratoria concedida (art. 14). Además, la moratoria se aplica a los fiadores y avalistas del deudor principal, respecto de su vivienda habitual y con las mismas condiciones que las establecidas para el deudor hipotecario (art. 8.2), los cuales, adicionalmente, podrán exigir que la entidad crediticia agote el patrimonio del deudor principal antes de reclamarles la deuda garantizada «[...] aun cuando en el contrato hubieran renunciado expresamente al beneficio de excusión», siempre y cuando se encuentren en situación de vulnerabilidad económica (art. 10).

Posteriormente, el Real Decreto-ley 11/2020 amplió el ámbito de aplicación de la medida a los inmuebles afectos a la actividad económica (esto es, los locales de negocios) que desarrollen empresarios y profesionales que acrediten sufrir una pérdida sustancial de sus ingresos o una caída en su facturación de al menos un 40 %, y a las viviendas distintas a la habitual en situación de alquiler (segundas residencias adquiridas mediante un préstamo hipotecario), siempre y cuando el arrendador haya dejado de percibir la renta arrendaticia (fracaso en cadena de contratos). No se ha previsto, sin embargo, la posibilidad de aplicar la moratoria a los préstamos hipotecarios otorgados para conseguir liquidez para el negocio, para rehabilitar una vivienda o para reunificar deudas, lo cual, tal y como se ha denunciado, carece de justificación, por cuanto «[...] en estos casos el agobio familiar para su pago puede ser mucho mayor que en otros de los previstos» (García Rubio, 2020: 30).

Por otro lado, el art. 20 del Real Decreto-ley 11/2020 extiende la posibilidad de solicitar la moratoria legal de tres meses a cualquier contrato de préstamo personal sin garantía hipotecaria siempre y cuando esté contratado por una persona física que se encuentre en situación de vulnerabilidad económica como consecuencia de la crisis sanitaria. En este caso, el legislador sí aclara que el efecto de la suspensión será la ampliación de la fecha del vencimiento del contrato por el tiempo de duración de aquella, sin modificación alguna del resto de las condiciones pactadas (art. 25.2 del Real Decreto-ley 11/2020).

Finalmente, el legislador de urgencia ha introducido dos moratorias financieras específicamente destinadas al sector turístico y de transportes: moratoria de hasta doce meses en los préstamos hipotecarios otorgados para la financiación de inmuebles afectos a una actividad turística (arts. 3 y ss. del Real Decreto-ley 25/2020, de 3 de julio, de medidas urgentes para apoyar la reactivación económica y el empleo) y moratoria de hasta un máximo de seis meses en el pago del principal de las cuotas de los contratos de préstamos, *leasing* y *renting* de vehículos dedicados al transporte público discrecional de viajeros en autobús y al transporte público de mercancías (arts. 18 y ss. del Real Decreto-ley 26/2020, de 7 de julio, de medidas de reactivación económica para hacer frente al impacto del COVID-19 en los ámbitos de transportes y vivienda). Resulta como mínimo llamativo, y muy discutible, que estas moratorias concedan a sus destinatarios un aplazamiento del pago considerablemente más prolongado en el tiempo que el que se reconoce a los deudores hipotecarios adquirentes de una vivienda habitual.

4.1.4. Consideraciones críticas: vulnerabilidades, burocracia y formalismos

Tal y como venimos señalando, las moratorias legales no se conceden a cualquiera que las solicite, sino únicamente a los que se encuentren en una situación de especial vulnerabilidad económica que les haga merecedores de tal medida. Aunque desde un punto de vista teórico no hay nada que reprochar a la introducción de este criterio de delimitación subjetiva —puesto que la traslación automática e imperativa del riesgo de iliquidez al acreedor exige un principio de prueba sobre su necesidad real—, sí lo hay, y mucho, cuando se analiza con detalle su contenido y configuración práctica.

Por de pronto, las normas que regulan esta cuestión son de una prolijidad y complejidad excesiva y, en su afán de prever exhaustivamente todos los posibles supuestos, inevitablemente dejan muchos casos fuera de su ámbito de aplicación. Por ello, quizás habría sido más conveniente recurrir, como ha hecho el legislador alemán, a criterios o fórmulas genéricas, como la imposibilidad de cumplir el contrato sin poner en peligro los medios adecuados para el sustento del deudor o el de su familia debido a la pérdida de ingresos causada por la pandemia (art. 240 EGBGB).

Además, no hay, como parecería razonable, un criterio relativamente uniforme que sirva para determinar qué debe entenderse por vulnerabilidad económica, ya que el legislador ha optado por definir de forma distinta dicho concepto en función de quién sea su destinatario (arrendatario urbano de vivienda, de industria, deudor hipotecario, etc.). Esta forma de legislar provoca reiteraciones innecesarias (como la repetición de los

complejos requisitos relacionados con los ingresos de la unidad familiar referenciados al Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples mensual) y genera un grado de confusión e inseguridad jurídica considerable (*vid.* Martínez Gómez: 2020). Así, tratándose de un arrendamiento de vivienda habitual, se exige que el arrendatario persona física esté en situación de desempleo o en un ERTE, mientras que para el deudor hipotecario solo se contempla la primera posibilidad, sin atisbarse una razón que justifique este diferente trato. Igualmente, la concesión de la moratoria hipotecaria se supedita a la prueba de que la unidad familiar haya sufrido una alteración significativa de sus circunstancias en términos de acceso a la vivienda, cosa que no se hace para los arrendamientos de vivienda habitual. En definitiva, se introducen o eliminan requisitos de forma poco justificada, lo cual provoca una confusión muy contraproducente cuando lo que se desea es proteger a los deudores vulnerables.

Por otro lado, no debe minusvalorarse el hecho de que la compleja acreditación formal de la presencia de las condiciones subjetivas exigidas (a través de certificados de desempleo, libro de familia, certificado de empadronamiento, declaración responsable, certificado de suspensión de actividad expedido por la Agencia Estatal de la Administración Tributaria, etc.) puede acabar por desincentivar al deudor que, abrumado por tanta burocracia, acabe por desistir de su intención de solicitar la moratoria.

Finalmente, aflora en el sistema diseñado un formalismo tan exagerado como ineficiente. A mero título de ejemplo, el art. 13.3. Real Decreto-ley 8/2020 establece que la moratoria de la deuda hipotecaria no requiere ni acuerdo entre las partes ni novación contractual para que surta efectos, «[...] pero deberá formalizarse en escritura pública e inscribirse en el Registro de la Propiedad». La medida es criticable, ya que, ante una crisis tan feroz como la sufrida no parece que sea lo más conveniente introducir una serie de exigencias formales que no hacen más que retrasar, complicar y encarecer la concesión de una moratoria que, no se olvide, tiene un origen legal. Pero es más, la disposición adicional decimoquinta del Real Decreto-ley 15/2020 extiende tal deber a los préstamos personales no garantizados con hipoteca, respecto a los cuales aclara que será obligación unilateral de la entidad acreedora promover la formalización de la póliza o escritura pública en la que se documente el reconocimiento de la suspensión de las obligaciones contractuales y, en su caso, la inscripción, en el Registro de Bienes Muebles. Aun cuando se ha previsto que, en este caso, los derechos arancelarios notariales y registrales deben satisfacerse por el acreedor (art. 24.6 del Real Decreto-ley 11/2020), no podemos dejar de señalar que se trata de una norma difícilmente comprensible en un tipo de préstamos que, como es sabido, no suelen requerir escritura pública para su validez.

4.2. PRÓRROGA DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO URBANO DE VIVIENDA HABITUAL

Seguramente, muchos contratos de arrendamiento de vivienda habitual tendrían que haber vencido durante el período más crudo de la pandemia por la finalización del periodo de prórroga obligatoria (art. 9.1 LAU) o, en su caso, de prórroga tácita (art. 10.1 LAU).

Evidentemente, las consecuencias que ello podría haber acarreado son especialmente dramáticas, por cuanto buscar un alquiler en pleno confinamiento se antoja como una tarea prácticamente imposible, y se estaría condenando a muchísimas personas a la indigencia y la caridad social.

Por ello, el art. 2 del Real Decreto-ley 11/2020 establece que todos los contratos de arrendamiento de vivienda habitual cuya finalización estuviera prevista dentro del periodo comprendido desde la entrada en vigor del citado real decreto ley hasta el 30 de septiembre de 2020 podrán prorrogarse, previa solicitud del arrendatario (que en este caso no tendrá que acreditar una situación de vulnerabilidad económica), durante un periodo máximo de seis meses (aunque la defectuosa redacción de la norma ha planteado dudas sobre el carácter imperativo de esta prórroga para el arrendador (Cuenca Casas: 2020). De esta forma, se extiende la duración del contrato de arrendamiento con el objeto de otorgarle al arrendatario tiempo suficiente para buscar otra vivienda en mejores condiciones. Además, la norma establece que seguirán aplicándose los términos y condiciones establecidos para el contrato en vigor, lo que implica que el arrendador no podrá incrementar la renta pactada ni introducir ningún otro cambio en perjuicio del arrendatario.

4.3. QUITAS

No es extraño que en momentos de grave crisis económica las partes recurran a la quita parcial o total de la deuda pecuniaria generada como medio para lograr la supervivencia del contrato. Sin embargo, una cosa es que los contratantes acuerden libremente tal cosa y otra muy distinta es que el legislador la imponga de forma generalizada, ya que, a diferencia de la moratoria, en este caso se desplaza el riesgo de la prestación (no de la falta de liquidez momentánea) al otro contratante, que asume indirectamente una parte de las pérdidas en que ha incurrido el deudor como consecuencia de la pandemia. Por esta razón, son muy pocos los países que han recurrido a esta medida durante la crisis provocada por la COVID-19.

Como anticipamos más arriba, en España esta medida se ha contemplado en los contratos de arrendamiento de vivienda habitual, estableciéndose al respecto que el arrendador al que el arrendatario haya solicitado el aplazamiento temporal y extraordinario en el pago de la renta tiene derecho a optar entre dicha moratoria o «[...] una reducción del 50% de la renta arrendaticia durante el tiempo que dure el estado de alarma decretado por el Gobierno y las mensualidades siguientes si aquel plazo fuera insuficiente en relación con la situación de vulnerabilidad provocada a causa de la COVID-19, con un máximo en todo caso de cuatro meses». Por lo tanto, no se trata de una medida imperativa, sino voluntaria y supeditada en todo caso a la decisión que tome el arrendador en función de sus propios intereses; para Pertíñez (2020: 3), aunque más costosa, la opción de la quita es más segura que la de la moratoria.

Igualmente, debe señalarse que la posible concesión de la moratoria tanto arrendaticia como crediticia implica la existencia de una quita financiera, ya que el deudor no tiene que satisfacer ninguna cantidad adicional en concepto de intereses de demora, por lo que el coste financiero del aplazamiento se asume íntegramente por el acreedor (Ganuzo y Gómez Pomar, 2020: 578)

4.4. RESOLUCIÓN DEL CONTRATO AL CONSUMO: LÍMITES LEGALES

Cuando el consumidor sepa con certeza que el empresario con el que ha contratado no podrá cumplir la prestación pactada como consecuencia de la pandemia, deseará casi con toda seguridad resolver la relación contractual ante la existencia de ese incumplimiento esencial (art. 1124 CC), ya que, de esa forma, al menos podrá recuperar la cantidad que hubiere entregado en concepto de adelanto o de pago total de la operación. Así, ante las malas expectativas que se ciernen sobre el sector turístico, el adquirente de un viaje a Nueva York previsto para las vacaciones de Semana Santa de 2020 preferirá que se le devuelva sin más el importe satisfecho (y no un bono a emplear en un futuro incierto), y lo mismo ocurrirá con el usuario de un gimnasio que sigue cerrado, el comprador de unas entradas para un concierto que no se celebrará, etc.

Ahora bien, tal y como vimos, la resolución del contrato es el último de los remedios, ya que, amén de implicar el fracaso del programa prestacional acordado *inter partes*, puede poner en riesgo otros muchos contratos vinculados directa o indirectamente e, incluso, amenazar la propia continuidad del negocio del deudor incumplidor (piénsese, por ejemplo, que una pequeña agencia de viajes familiar enfrentada a una petición masiva de devolución de las cantidades entregadas a cuenta de un viaje finalmente cancelado podría verse abocada al concurso). Por esta razón, el legislador de emergencia ha decidido establecer una serie de cortafuegos destinados a evitar o, al menos, dilatar en el tiempo el ejercicio del derecho resolutorio.

Efectivamente, el art. 36.1 del Real Decreto-ley 11/2020 establece que el consumidor tiene derecho a resolver el contrato durante un plazo de 14 días desde su imposible ejecución, si bien supedita su estimación a la imposibilidad de obtener una solución que restaure la reciprocidad de intereses del contrato con base en las propuestas de revisión aportadas por los contratantes, como el ofrecimiento de bonos o vales sustitutorios al reembolso, que en todo caso quedarán sometidos a la aceptación por parte del consumidor o usuario. Así pues, de forma especular a lo que ocurre con la cláusula *rebus*, se impone el deber de renegociar los términos del contrato antes de proceder a su resolución. Una vez transcurridos 60 días desde la solicitud de resolución contractual sin que haya habido acuerdo entre las partes, se entenderá que no cabe obtener una propuesta de revisión y, en consecuencia, procederá la resolución del contrato, debiendo devolverse el precio en el plazo de 14 días. De este modo, como puede observarse, el legislador no solo intenta evitar la resolución, sino que, en el peor de los casos, retrasa sus efectos al menos 74 días, otorgando cierto oxígeno financiero al empresariado (Marín López: 2020). También se contemplan medidas similares para modalidades específicas de con-

tratos al consumo, como los contratos de prestación de servicios de tracto sucesivo, en los que la empresa prestadora puede ofrecer opciones de recuperación del servicio *a posteriori* antes de proceder a la devolución de los importes ya abonados (art. 36.3 del Real Decreto-ley 11/2020).

Es evidente que el principio de conservación de los contratos late tras estas medidas, pero se echa de menos una mayor sensibilidad del legislador hacia los consumidores económicamente vulnerables (especialmente, los que hayan perdido su trabajo a raíz de la crisis), para cuya economía familiar la devolución inmediata de las cantidades satisfechas por una prestación que nunca van a poder percibir puede resultar básica. Además, la exclusión, en el momento de la devolución, de los *gastos incurridos debidamente desglosados y facilitados al consumidor* (art. 36.2 del Real Decreto-ley 11/2020) constituye una limitación difícilmente justificable del principio *restitutio in integrum*.

Finalmente, el régimen de los contratos de viajes combinados cancelados con motivo de la pandemia fue objeto desde el principio de una intensa polémica (*vid.*, Agüero Ortiz: 2020), hasta el punto de que se denunció ante la Comisión Europea (Expediente CHAP (2020) 00927) la regulación española por vulnerar la Directiva 2015/2302, de 25 de noviembre de 2015, relativa a los viajes combinados y los servicios de viajes vinculados. Concretamente, se alegaba que el art. 36.4 del Real Decreto-ley 11/2020, en su redacción originaria, sustraía al viajero el derecho legal que tenía al reembolso (arts. 12.2 de la Directiva 2015/2302 y 160 del TRLGDCU) al obligarle a aceptar previamente un bono para ser utilizado durante un año (*vid.* Recomendación (UE) 2020/648 de la Comisión, de 13 de mayo de 2020, relativa a los bonos ofrecidos a los pasajeros y a los viajeros como alternativa al reembolso de viajes combinados y servicios de transporte cancelados en el contexto de la pandemia de COVID-19). Por todo ello, el Reino de España decidió modificar el texto del antecitado art. 36 mediante el Real Decreto-ley 21/2020, de 9 de junio, de medidas urgentes de prevención, contención y coordinación para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por la COVID-19. El precepto establece ahora que el organizador o, en su caso el minorista, podrán entregar al consumidor o usuario, *previa aceptación por parte de este*, un bono para ser utilizado dentro de un año desde la finalización de la vigencia del estado de alarma y sus prórrogas por una cuantía igual al reembolso que hubiera correspondido. La Comisión Europea, en su escrito de archivo del expediente fechado el 26 de junio de 2020, ha confirmado la adecuación de la nueva norma al Derecho de la UE, por lo que se ha zanjado en un tiempo récord un problema que podría haber dado lugar a la incoación de un procedimiento sancionador por infracción de Derecho de la Unión en materia de derechos de los consumidores y los viajeros (como les ha ocurrido a Francia, Portugal, Italia y otros Estados de la UE).

NOTAS

1. Disponible en: <<https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2020/03/icc-forcemajeure-hardship-clauses-march2020.pdf>>.
2. Disponible en: <https://www.lemonde.fr/economie/article/2020/07/19/coronavirus-l-assureur-albin-gia-condamne-a-indemniser-un-client-hotelier_6046656_3234.html>.

BIBLIOGRAFÍA

- AGÜERO ORTIZ, Alicia, (2020): «Reduciendo los derechos de los consumidores en tiempos del COVID-19: limitaciones al derecho de reembolso de viajes combinados violando el Derecho de la Unión Europea», *Hay Derecho*, 3 de abril [en línea] <<https://hayderecho.expansion.com/2020/04/03/reduciendo-los-derechos-de-los-consumidores-en-tiempo-de-covid-19-limitaciones-al-derecho-al-reembolso-de-viajes-combinados-violando-el-derecho-de-la-union-europea/>>.
- BADENES GASSET, Ramón (1946): *El riesgo imprevisible*, Barcelona: Bosch.
- CARRASCO PERERA, Ángel (2010): *Derecho de contratos*, Cizur Menor: Aranzadi, Thomson Reuters.
- (2020a): «Permítame que le cuente la verdad sobre COVID-19 y fuerza mayor» [en línea] <http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/Permitame_que_le_cuenta_la_verdad_sobre_COVID-19_y_fuerza_mayor.pdf>.
 - (2020b): «Al fin la madre de todas las batallas del COVID-19: rebus sic stantibus. Con ocasión de una reciente propuesta institucional», *Cesco*, 26 de mayo.
- CARRASCO PERERA, Ángel y Inés FONTES MIGALLÓN (2019): *Construyendo contratos. Estrategias para la praxis negocial*, Cizur Menor: Aranzadi, Thomson Reuters.
- CUENA CASAS, Matilde (2020): «Pandemia por coronavirus y contratos de arrendamiento. Propuestas de solución», *El Notario del siglo XXI*, 90, marzo-abril.
- GANUZA, Juan José y Fernando GÓMEZ POMAR (2020): «Los instrumentos para intervenir en los contratos en tiempos de COVID-19: guía de uso», *InDret*, 2, 558-584.
- GARCÍA RUBIO, María Paz (2020): «Medidas regladas en materia de contratos con motivo del COVID-19 en España», *Revista de Derecho Civil*, VII, 2, especial, 15-46.
- GILI SANDAÑA, Marian (2013): «Las cláusulas de cambios adversos relevantes en las adquisiciones de empresas», *InDret*, 1.
- GÓMEZ LIGÜERRE, Carlos (2020): «Editorial. Fuerza mayor», *InDret*, 1, 1-19.
- GREGORACI, Beatriz, (2020): «El impacto del COVID-19 en el Derecho de contratos español», *Anuario de Derecho Civil*, II, 455-490.
- IBÁÑEZ GARCÍA, Isaac, (2020): «Viajes combinados: la ponderación de la Comisión Europea de los bienes jurídicos en juego en un contexto excepcional», *Diario La Ley*, 9685, Sección Tribuna, 30 de julio.
- MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús (2020): «Resolver el contrato para después tener que negociar (art. 36 RD-ley 11/2020)», *Cesco*, 28 de mayo.
- MARTÍNEZ GÓMEZ, SHEILA (2020): «¿Cuántas clases de consumidores vulnerables hay en las normas del COVID-19?», *Cesco*, 28 de mayo.
- MORALES MORENO, Antonio Manuel (2020): «El efecto de la pandemia en los contratos: ¿es el Derecho ordinario de contratos la solución?», *Anuario de Derecho Civil*, II, 447-454.
- PANTALEÓN, Fernando (2020): «Arrendamiento de local de negocio y suspensión legal de actividades empresariales», *Almacén de Derecho*, 23 abril [en línea] <<https://almacendederecho.org/arrendamiento-de-local-de-negocio-y-suspension-legal-de-actividades-empresariales/>>.
- PERTÍÑEZ VILCHEZ, Francisco (2020): «El perverso artículo 4.2) del Real Decreto-ley 11/2020 y la estrategia del arrendador», *Cesco*, 28 de mayo.

PARRA LUCÁN, María Ángeles (2015): «Riesgo imprevisible y modificación de los contratos», *InDret*, 4.

RODRÍGUEZ ROSADO, Bruno y Antonio I. RUÍZ ARRANZ (2020): «Consecuencias de la epidemia: reequilibrio contractual y COVID-19», *Almacén de Derecho*, 16 abril [en línea] <<https://almacendederecho.org/consecuencias-de-la-epidemia-reequilibrio-contractual-y-covid-19/>>.

Fecha recepción: 30 de julio 2020.

Fecha de aceptación: 30 de octubre de 2020.