

Algunas reflexiones sobre la pandemia del COVID-19, la declaración de Estado de Alarma, los supuestos de fuerza mayor y los contratos entre empresarios con obligaciones de tracto sucesivo

Especial aplicación al contrato de arrendamiento

Joan Buades Feliu

Abogado. Socio-Director de Bufete Buades

Diario La Ley, Nº 9608, Sección Tribuna, 6 de Abril de 2020, **Wolters Kluwer**

Normativa comentada

RD 24 Jul. 1889 (Código Civil)

LIBRO CUARTO. DE LAS OBLIGACIONES Y CONTRATOS

TÍTULO PRIMERO. De las obligaciones

CAPÍTULO PRIMERO. DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 1091

CAPÍTULO II. DE LA NATURALEZA Y EFECTOS DE LAS OBLIGACIONES

Artículo 1105

TÍTULO II. De los contratos

CAPÍTULO IV. DE LA INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS

Artículo 1284

Jurisprudencia comentada

TS, Sala Primera, de lo Civil, S 591/2014, 15 Oct. 2014 (Rec. 2992/2012)

Comentarios

Resumen

En la actual coyuntura que atravesamos con la pandemia causada por el COVID 19, se analizan las relaciones contractuales «interprivatos» en las que ambas partes son empresarios. Dicho análisis se circunscribe a aquellas relaciones contractuales que se consideran «de tracto sucesivo» o duraderas, generando, normalmente, obligaciones para ambas partes ya sean de carácter continuo, ya periódico. Y dentro de las modalidades contractuales centra el autor su análisis en el contrato de arrendamiento, en concreto a cómo afecta la situación que atravesamos a las relaciones arrendaticias.

I. INTRODUCCIÓN

Ha transcurrido una semana desde que el Gobierno de la Nación declarara el Estado de Alarma (RD 463/2020, de 14 de marzo (LA LEY 3343/2020)), estableciendo una batería de medidas dirigidas a atajar, o minimizar, los efectos de la pandemia causada por el COVID-19. A ese Decreto le han seguido, y seguirán, multitud de normas, del más variado rango, la mayoría de índole técnica, dirigidas a dar respuesta a las problemáticas que se van presentando. Esperemos que acierten y consigan el ansiado objetivo de controlar, reducir y erradicar el virus, con los menores costes de vidas humanas y quebrantos materiales que sea posible.

Y deberá convenirse que en el breve espacio de tiempo que supone una semana, hemos experimentado una conmoción antes impensable, la realidad de la pandemia ha sido tan disruptiva que podemos referirnos al « **mundo de ayer** », entendido como el existente antes del reconocimiento generalizado de su globalidad y que, por consiguiente, afecta a la humanidad toda, sin distinción de razas, credos, nacionalidades, ideologías, lenguas y demás rasgos diferenciadores o individualizadores. El virus está atacando al ser humano en el más desnudo y sustantivo sentido del término, sin adjetivos; y es probable que el « **mundo de mañana** » sea significativamente diferente al que estamos dejando atrás.

A lo largo de la semana transcurrida, cada uno de nosotros ha tenido que pechar con sus responsabilidades y compromisos. En mi caso, he tenido que ajustar a la coyuntura las exigencias organizativas de un despacho en el que trabajan más de veinticinco personas y, al mismo tiempo, dar respuesta a las cuestiones que nuestros amigos y clientes nos han venido exponiendo, en muchos casos con una entendible angustia y preocupación.

El primer, y principal, tema que se ha planteado ha sido todo aquello que afecta al empleo y su continuidad. Al tratarse de una materia en la que las Administraciones tienen un destacado protagonismo por estar en juego importantes recursos públicos (prestaciones para cobertura de contingencias, desempleo, moratorias, cotizaciones a la SS, etc.), las respuestas han sido reglamentadas, de suerte que el margen de maniobra de los agentes implicados es escaso para no decir muy escaso. Precisamente por ello, no me voy a referir a la problemática laboral y las respuestas articuladas para encauzarla y resolverla.

El otro gran conjunto de cuestiones consultadas ha sido la incidencia que sobre las relaciones contractuales tiene la coyuntura que estamos atravesando, con la profusión de medidas que han tomado, y que a buen seguro seguirán tomando, los poderes públicos (cierres de establecimientos,

confinamiento, limitaciones a la circulación de personas y mercancías) y que afectan al normal desarrollo de las relaciones empresariales.

Para ajustar aún más el análisis, me quiero referir a las relaciones contractuales «*interprivatos*» en las que ambas partes son empresarios ya que si uno de los contratantes es consumidor, aplicará la normativa proteccionista específica y, además, gravitará sobre ella la tentación, entendible, de la Administración de intervenir si la excepcional situación se prolonga.

Me parece oportuno que el análisis se circunscriba a aquellas relaciones contractuales que se consideren «*de tracto sucesivo*» o duraderas, generando, normalmente, obligaciones para ambas partes ya sean de carácter continuo, ya periódico.

Y dentro de las modalidades contractuales me centraré en el contrato de arrendamiento, por cuanto la mayor parte de las consultas que se nos han formulado a lo largo de la pasada semana (aparte de las de índole laboral) han ido referidas a cómo afecta la situación que atravesamos a las relaciones arrendaticias.

Intentaré analizar el debate sin tomar partido por ninguno de los roles de la relación contractual (arrendador o arrendatario) ya que creo que el análisis «*a distancia*» de la problemática ayudará a situarla.

II. LA PANDEMIA DEL COVID-19 TIENE LA CONSIDERACIÓN DE FUERZA MAYOR

No creo que a estas alturas se cuestione que la pandemia que nos asola, y las secuelas que de la misma se derivan, tenga, a los efectos que contemplan nuestro ordenamiento jurídico, la consideración de un supuesto de fuerza mayor en el sentido que se viene definiendo doctrinalmente, o sea como «*un acontecimiento extraordinario que se desata desde el exterior, imprevisible, y que no hubiera sido posible evitar aun aplicando la mayor diligencia. Exigiéndose como requisitos que el hecho sea, además de imprevisible, inevitable o irresistible*». Y ciertamente es así y no creo preciso ahondar en ello.

Las consideraciones que se contienen en este comentario parten de la premisa señalada, la pandemia constituye un suceso de fuerza mayor.

III. COMO APLICA LA FUERZA MAYOR EN LAS RELACIONES CONTRACTUALES DE TRACTO SUCESIVO QUE GENERAN OBLIGACIONES CONTINUAS Y PERIÓDICAS

Al analizar este punto, es preciso empezar señalando que el artículo **1091** del Código Civil (LA LEY 1/1889), dice; *«Las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse a tenor de los mismos»*, de ahí que conocer el concreto contenido del contrato sea relevante.

Lo anterior hay que ponerlo en relación con el **principio del cumplimiento**, el llamado *pacta sunt servanda* («los pactos se han de cumplir»), que tiene reflejo en los artículos **1256** del mismo Código Civil (LA LEY 1/1889) *«La validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes»* y el artículo **1101** (LA LEY 1/1889) que dispone *«Quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren al tenor de aquéllas»*.

O dicho de otra forma, el mandato legal es terminante, lo pactado por las partes debe cumplirse, el incumplimiento es la excepción a la regla.

Ahora bien, el Código Civil, consciente de que pueden acontecer circunstancias que impiden el regular cumplimiento de las obligaciones incorpora en su articulado el artículo **1105** (LA LEY 1/1889) que establece: *«Fuera de los casos expresamente mencionados en la ley, y de los en que así lo declare la obligación, nadie responderá de aquellos sucesos que no hubieran podido preverse, o que, previstos, fueran inevitables»*, precepto que da acogida a la llamada causas de fuerza mayor y al caso fortuito. La doctrina jurisprudencial y científica son unánimes al sostener que la fuerza mayor tiene amparo en ese precepto.

Procede seguidamente analizar dos cuestiones que fluyen del mandato señalado, a saber;

1. La posibilidad de **atribución contractual de los riesgos** que deriven de la existencia de causa de fuerza mayor o caso fortuito a alguno de los obligados.

El precepto contempla la posibilidad de que esté contractualmente regulado quien debe pechar con el riesgo que supone la concurrencia de causa de fuerza mayor o caso fortuito

El precepto contempla la posibilidad de que esté contractualmente regulado quien debe pechar con el riesgo que supone la concurrencia de causa de fuerza mayor o caso fortuito. De ser así, deberá estarse

a lo que las partes hayan dispuesto. No olvidemos que la atribución del riesgo es una constante en nuestro derecho de la contratación tanto civil como mercantil.

No nos sorprenda que en el futuro los contratos incorporen criterios para asignar la responsabilidad en los casos de eventos de fuerza mayor, lo que se denomina pactos de asignación de riesgos. La pandemia habrá servido para crear una vacuna que intente dar solución a esos escenarios que en la actualidad, y de ordinario, no se contemplaban en los clausulados contractuales, y

2. El alcance de la exoneración en el cumplimiento de las obligaciones que genera la concurrencia de la causa de fuerza mayor. Concretamente, se trata de determinar si la excepción al cumplimiento alcanza a la prestación en sí misma o si se circunscribe a las indemnizaciones o penas derivadas del incumplimiento causado por ese suceso. Para hacerlo más comprensible, si el arrendatario puede exonerarse del pago de las rentas o únicamente aplicaría a las penalizaciones o indemnizaciones derivadas por el incumplimiento que genera la causa de fuerza mayor.

Si bien el debate doctrinal es amplio, y está abierto, nos decantamos por entender que la exoneración de responsabilidad referida en el artículo **1105** del Código Civil (LA LEY 1/1889) se circunscribe a la indemnización por daños y perjuicios que pueda originar el incumplimiento de la obligación (penas contractuales, mora en el cumplimiento de la obligación, intereses, etc.) pero no al deber de cumplimiento ya que el precepto no contempla que el obligado quede liberado de la obligación de realizar aquello a lo que se obligó, salvo que el cumplimiento resultara imposible.

Lo expuesto no resulta baladí ya que, salvo en los casos en los que el contrato regule las consecuencias (los riesgos) de la aparición de una causa de fuerza mayor, en los demás regirá el principio de estar a lo que el contrato establezca debiendo ambas partes contratantes, si el cumplimiento resulta posible, observarlo; eso sí, sin indemnizaciones o penalizaciones que pudiera originar un incumplimiento tardío o un incumplimiento si el mismo trae causa del suceso de fuerza mayor.

En la práctica resultará difícil sostener que el cumplimiento por parte del arrendatario de pagar la renta le resulte imposible ya que al mantenerse en la posesión del bien arrendado lo coherente es que abone el canon que es la contraprestación de esa tenencia, sin perjuicio de las matizaciones que más adelante expondré al abordar el siguiente apartado.

No es aceptable la tesis de que la contingencia derivada de la causa mayor deba descansar sobre el arrendador, fundamentada en un entendimiento interesado del artículo **3** de la Ley de Arrendamientos

Urbanos (LA LEY 4106/1994) que, al decir que el arrendamiento se celebra para ejercer en la finca una actividad industrial o comercial, la imposibilidad de ese ejercicio libera al arrendatario del pago de la renta, trasladando el riesgo generado por la causa de fuerza mayor al arrendador; o que el arrendador incumple el punto 3 del artículo **1554** del Código Civil (LA LEY 1/1889) que le ordena: « *A mantener al arrendatario en el goce pacífico del arrendamiento por todo el tiempo del contrato*». La causa de fuerza mayor no es imputable al arrendador y salvo que se haya pactado en el contrato, no le corresponde pechar con las consecuencias de la misma.

Y siendo que, conforme lo define el artículo **1543** del Código Civil (LA LEY 1/1889), «*En el arrendamiento de cosas, una de las partes se obliga a dar a la otra el goce o uso de una cosa por tiempo determinado y precio cierto*», puesto en relación con el artículo **1555** del Código Civil (LA LEY 1/1889) que al enumerar las obligaciones del arrendatario dice: «*A pagar el precio del arrendamiento en los términos convenidos*», vemos que la obligación de pagar la renta es la principal prestación que corresponde al arrendatario,

Corolario de lo expuesto es que, salvo que se fuerce de manera significativa la distribución de las cargas que competen a las partes contratantes, difícilmente podrá sostenerse que la concurrencia de una causa de fuerza mayor exonera al arrendatario del pago de la renta que se devenga durante el período que la situación de fuerza mayor perdure. Distinto es el pago de eventuales indemnizaciones o penas para resarcir los daños y perjuicios que el incumplimiento llevare aparejado ya que quedaría liberado de tener que abonarlas.

Otra cuestión para analizar, que no lo hago en este comentario, sería la posibilidad de resolver el contrato o desistir unilateralmente del mismo, argumentando que la fuerza mayor incide en tal manera en la motivación que afecta a la causa del contrato y, por consiguiente, su terminación estaría justificada sin que ello diera lugar a indemnizaciones o penalizaciones, precisamente por concurrencia de la causa de fuerza mayor.

IV. LA APLICACIÓN DE LA CLÁUSULA «REBUS SIC STANTIBUS» (ESTANDO ASÍ LAS COSAS)

Al analizar la problemática que nos ocupa, es preciso traer a colación el instituto jurídico conocido como la cláusula *rebus sic stantibus*.

Y es normal que así sea ya que esta regla, de tan restrictiva aplicación en el pasado, ha sido reformulada por el Tribunal Supremo en sentencias que se han venido sucediendo desde 2014, precisamente por la incidencia que en relaciones contractuales de tracto sucesivo tuvo la pavorosa

crisis económica que nos asoló desde el año 2008 y de la que veníamos saliendo, no sin haber dejado muchos jirones en el camino.

El prolijo análisis de esta regla, de elaboración jurisprudencial ya que no tiene respaldo normativo (al contrario del o que acontece en países como Italia o Alemania, o en anteproyectos de Ley en curso), escapa de la finalidad de este comentario, con vocación divulgativa. Me remito al artículo que publiqué en Diario La Ley el 27 de noviembre de 2014.

Intentando sintetizar el concepto, diré que la cláusula *rebus*, implícita en la generalidad de los contratos, tiene por finalidad el restablecimiento del equilibrio de las prestaciones que las partes convinieron al perfeccionar el contrato y que, por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles acaecidos con posterioridad, ha quedado seriamente alterado o afectado. De suerte que la llamada «*economía del contrato*», o sea las recíprocas prestaciones a las que los contratantes se comprometen, quedan invalidadas o tan seriamente afectadas que la razonabilidad del mismo se desvanece.

Esos riesgos o contingencias que inciden en la relación contractual no pudieron ser contemplados por las partes en los tratos preliminares

Obviamente, esos riesgos o contingencias que inciden en la relación contractual no pudieron ser contemplados por las partes en los tratos preliminares, al formalizar el contrato o al novarlo posteriormente, considerándose un riesgo que no fue asignado porque era imprevisible.

El instituto al que nos referimos tiene su fundamento en las exigencias de la buena fe, artículo **7** (LA LEY 1/1889) y **1258**; (LA LEY 1/1889) de la equidad, artículo **3**; (LA LEY 1/1889) y la justicia conmutativa, artículo **1289.1**, todos ellos del Código Civil (LA LEY 1/1889).

Los requisitos que la doctrina jurisprudencial viene exigiendo para la aplicación de la cláusula *rebus* son: **(i)** un **cambio de circunstancias** relevante **(ii)** la **imprevisibilidad** (en términos de razonabilidad) del cambio que acontece **(iii)** que como resultado de ello, la **prestación** resulte **excesivamente onerosa** o que las recíprocas prestaciones sean manifiestamente disímiles, rompiéndose el principio de equivalencia, la llamada conmutabilidad del contrato, y **(iv)** la **subsidiariedad**, entendida como la inexistencia de cualquier otro recurso legal que permita restablecer el equilibrio patrimonial.

Y quizá lo más novedoso de esa doctrina jurisprudencial que se generalizó a partir de las sentencias del Tribunal Supremo dictadas en 2014, y más concretamente de la que fue ponente don Francisco Javier Orduña, de 15 de octubre de 2014, (LA LEY 171646/2014) es que se reconoce tanto la posibilidad de un efecto novatorio o modificativo del contrato que corrija la excesiva onerosidad económica, como la de desistir, resolver o extinguir el mismo cuando el equilibrio prestacional no pueda remediarse mediante una modificación del contrato, en virtud del principio de conservación de los negocios jurídicos que recoge el artículo **1284** del Código Civil (LA LEY 1/1889). Hasta entonces, esa posibilidad de extinguir el contrato no se venía contemplando al amparo de la cláusula *rebus*.

Vemos, pues, que nuestro sistema jurídico incorpora, por mérito jurisprudencial y doctrinal, un instituto, la cláusula *rebus*, que puede resultar especialmente adecuado para resolver las controversias jurídicas que se susciten en los contratos de tracto sucesivo afectados por las consecuencias de la pandemia del COVID-19 y más concretamente para postular la modificación o suspensión del contrato; también para la resolución, si bien creemos que en caso de optarse por tal radical decisión, el artículo 1105 (LA LEY 1/1889), también podría servir de fundamento.

Nótese las significativas diferencias que existen entre un supuesto (causa de fuerza mayor) y el otro (aniquilación de la economía del contrato o ruptura de la conmutatividad del mismo).

El ordenamiento jurídico español tiene mecanismos para dar respuesta a la ruptura del equilibrio prestacional causado por factores exógenos a la voluntad de las partes, como puede ser la pandemia que nos devasta.

V. LOS CRITERIOS O PAUTAS QUE DEBEN REGIR PARA SUPERAR LA CRISIS DEL CONTRATO QUE SE GENERA CON LA PANDEMIA DEL COVID-19 Y LAS RESPUESTAS ADOPTADAS POR LOS PODERES PÚBLICOS

Expuestos los instrumentos que nuestro ordenamiento tiene instaurados para dar respuesta a la crisis del contrato a que le aboca la causa de fuerza mayor que es la pandemia y su secuela que es la declaración de Estado de Alarma, cabe preguntarse: ¿Cómo deben proceder los contratantes para resolver la controversia suscitada por esa causa sobrevenida e indeseada para todos?

Y la respuesta no puede ser otra que buscando reestablecer el equilibrio y la proporcionalidad, reconduciendo el contrato a un punto que lo haga viable para el interés de ambas partes. Analizando como aplica esta nueva realidad al contrato y acordando lo que resulte más conveniente para seguir manteniendo la relación contractual, ajustada a la nueva realidad; se trata, en suma, de **flexibilizar** la

regla del cumplimiento, el «*pacta sunt servanda*», asumiendo los contratantes que esa relación se fijó en su momento con unas premisas concretas diferentes y que un hecho ajeno a su voluntad incide de tal manera que cambia el escenario y, por consiguiente, las «*reglas de juego*».

Se trata de evitar litigios en los que los litigantes adoptarán posturas maximalistas para defender sus intereses y ello a pesar de ser conscientes de que la situación por la que atravesamos exige una reconsideración, un «*stop and go*», un parar, reflexionar, negociar y seguir.

En definitiva, partiendo del «*mundo de ayer*», diseñar el «*mundo de mañana*», No iniciar una estéril pugna que, con casi toda seguridad, no resolverá las diferencias con mejor criterio que el que se puede alcanzar mediante una negociación de buena fe que busque reequilibrar las recíprocas obligaciones (como dice el refranero popular; *más vale un mal arreglo que un buen pleito*).

Mi respuesta a la pregunta es, por consiguiente, alcanzar un acuerdo que deje razonablemente satisfecho a las partes contratantes; es flexibilizar o modular las recíprocas obligaciones.

Posibilidades hay bastantes; a bote pronto, se me ocurren; **(i)** la prórroga de los plazos para el cumplimiento **(ii)** la suspensión temporal del pago de la prestación **(iii)** el ajuste de la prestación **(iv)** la condonación parcial de la prestación **(v)** el aplazamiento y la redefinición del plazo de cumplimiento, y **(vi)** cualquier pacto o acuerdo que las partes alcancen ya que el principio de la autonomía de la voluntad lo permite siempre que no sea «*contra legem*» que, de ordinario, no lo será.

Con las premisas que anteceden, mi sugerencia es que tan pronto se constate la crisis del contrato, se abra una negociación con la contraparte, invitándola a buscar un acuerdo o resolución amistosa en alguna de las modalidades señaladas en el punto anterior, dejándolo debidamente documentado.

Me parece oportuno traer a colación la cita que, en un reciente artículo del abogado Pedro Learreta Olarra, publicado en el Diario La Ley, hace del profesor Ricardo De Angel que dice: «*la primera condición que debe tener una solución en Derecho es la de que sea sensata, de sentido común, presidida por la sindéresis. No creo equivocarme al decir que una construcción conceptualmente correcta (en lo que tiene de "discurso") puede ser un adefesio si no resiste el "común sentido", esto es, el de la generalidad de los mortales*».

Y hoy, cuando revisaba esta entrada, he tenido la oportunidad de leer un artículo publicado en el Financial Times del que es autor Yuval Noh Harari, autor del celebrado libro Homo Deus. Ese artículo termina diciendo; «*Humanity needs to make a choice. Will we travel down the route of disunity, or will*

we adopt the path of global solidarity? If we choose disunity, this will not only prolong the crisis, but will probably result in even worse catastrophes in the future. If we choose global solidarity, it will be a victory not only against the coronavirus, but against all future epidemics and crises that might assail humankind in the 21st century» (La humanidad debe elegir ¿Recorreremos el camino de la desunión, o adoptaremos el camino de la solidaridad global? Si elegimos la desunión, esto no solo prolongará la crisis, sino que probablemente dará lugar a catástrofes aún peores en el futuro. Si elegimos la solidaridad global, será una victoria no solo contra el coronavirus, sino contra todas las futuras epidemias y crisis que podrían asaltar a la humanidad en el siglo XXI).

Nuevamente he recordado el buen artículo del compañero Learreta, que termina diciendo: «*Sensatez, prudencia, ponderación. Esa parece la única iniciativa segura*».

Ánimo y adelante.