

ESTRUTURA FORMAL DA INSTITUIÇÃO

PRESIDENTE DA MANTENEDORA: Antônio Roberto Beldi

REITORA: Camila Ribeiro Romeiro

PRÓ-REITORA ACADÊMICA: Patrícia da Silva Klahr

PROCURADORA INSTITUCIONAL: Gláucia Corrêa de Melo

SECRETÁRIA GERAL: Ana Paula Matias

COORDENAÇÃO DA ESCOLA DE DIREITO: Sabrina Torrês Lage Peixoto de Melo | Valéria Edith Carvalho de Oliveira

ISSN 1678-8729

R449

Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva
n.1 (jan./jun. 2003) – Belo Horizonte: Centro Universitário Newton
Paiva, 2003.

n.43, jan./abr. 2021

ISSN 1678-8729

1. Direito. 2. Pesquisa. I. Centro Universitário Newton Paiva. III.
Título

CDU: 34

(Ficha catalográfica elaborada pelo Núcleo de Bibliotecas do Centro Universitário Newton)

CENTRO UNIVERSITÁRIO NEWTON PAIVA **ESCOLA DE DIREITO**

Av. Presidente Carlos Luz, 220 - Caiçara

Av. Barão Homem de Melo, 3322 - Buritis

Belo Horizonte - Minas Gerais - Brasil



Inovação é a nossa tradição.

REFLEXIONES ACERCA DEL RÉGIMEN CONTRACTUAL Y LA SITUACIÓN PRODUCIDA POR EL COVID-19

REFLEXÕES SOBRE O REGIME CONTRATUAL E A SITUAÇÃO PRODUZIDA PELO COVID-19

Manuel Ortiz Fernández¹

RESUMEN: La situación generada por el COVID-19 ha producido unas consecuencias devastadoras en múltiples sectores. El elevado número de fallecidos y contagios provocó que muchos estados decretasen estados de alarma y, en este marco, una de las medidas más frecuentes fue el establecimiento del confinamiento de la población. Sin duda, todo este contexto produjo una merma de las economías nacionales. Este hecho, obliga a que nos preguntemos acerca de su incidencia en el ámbito contractual y de la posibilidad de que, en ciertos casos, se aplique un régimen excepcional. En este sentido, debemos analizar el impacto que ha tenido el coronavirus para determinar si tiene cabida el recurso a determinadas herramientas jurídicas que, de algún modo, suavicen los deberes que surgen del contrato o moderen, limiten o hagan desaparecer la eventual responsabilidad civil derivada del incumplimiento. Desde nuestra perspectiva, el Derecho contractual debe ser repensado a la luz de la realidad actual y de los acontecimientos producidos.

Palabras clave: contractual; covid-19; moderación; obligación; responsabilidad civil.

RESUMO: A situação gerada pelo COVID-19 teve consequências devastadoras em vários setores. O alto número de mortes e contágios fez com que muitos estados decretassem alarmes, e nesse contexto, uma das medidas mais frequentes foi o estabelecimento do confinamento populacional. Sem dúvida, todo esse contexto levou a um declínio nas economias nacionais. Isso exige que nos perguntemos sobre seu impacto no campo contratual e a possibilidade de que, em certos casos, um regime excepcional possa ser aplicado. Nesse sentido, devemos analisar o impacto que o coronavírus teve para determinar se o uso de determinadas ferramentas legais que de alguma forma suavizam os deveres decorrentes do contrato ou moderados, limitam ou eliminam qualquer responsabilidade civil decorrente da violação. Do nosso ponto de vista, o direito contratual deve ser repensado à luz da realidade atual e dos eventos produzidos.

Palavras-chave: contratual; covid-19; moderação; obrigação; responsabilidade civil.

¹ Doctorando en el Programa de Doctorado en Derecho de la Universidad de Alicante y Profesor Ayudante del Departamento de Ciencia Jurídica (área de Derecho civil) de la Universidad Miguel Hernández de Elche.

1 INTRODUCCIÓN

El COVID-19 (SARS-CoV-2) ha producido unas consecuencias nefastas en diversos ámbitos. Sin duda, el más relevante es el elevado número de fallecidos (más de ochocientos cuarenta y ocho mil) y de casos confirmados (que supera los veinticinco millones). Este escenario unido a la ausencia de una vacuna efectiva², provocó que en la mayoría de países se decretasen estados excepcionales cuya medida fundamental fue el confinamiento de la población con la consiguiente restricción del derecho a la libertad deambulatoria. En muchos estados, esta situación ha finalizado y en el horizonte se presenta la “nueva normalidad” en la que sigue siendo necesario tomar precauciones para evitar nuevos rebrotes. Asimismo, como consecuencia de lo anterior, las economías nacionales se han visto mermadas y ha sido necesaria la aprobación de normas para tratar de paliar los efectos del coronavirus.

Lo cierto es que todo se ha producido de forma precipitada, ya que los gobiernos se han visto desbordados por el devenir de las circunstancias. El desarrollo del virus se ha producido de manera imprevisible, pues nos encontramos ante una «infección causada por un nuevo coronavirus» que ha dado lugar a la declaración de la Organización Mundial de la Salud sobre esta «emergencia de salud pública de interés internacional», considerada así de acuerdo con la sugerencia de un grupo de expertos y con los lineamientos del Reglamento Sanitario Internacional (RSI, 2005)³. Asimismo, si atendemos a la alocución de apertura del Director General de la Organización Mundial de la Salud en la rueda de prensa sobre el COVID-19 celebrada el 11 de marzo de 2020⁴, en la que se declaró la pandemia, no parece inferirse que podía, de algún modo, preverse ni la existencia del virus ni su evolución⁵. De hecho, en la citada fecha, el número de casos de COVID-19 fuera de China ya se había multiplicado por trece y el número de países afectados se había triplicado.

Igualmente, el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, pone de relieve la concurrencia de circunstancias extraordinarias que constituyen «sin duda, una crisis sanitaria sin precedentes y de enorme magnitud tanto por el muy elevado número de ciudadanos afectados como por el extraordinario riesgo para sus derechos».

En este ámbito, es muy plausible que muchos de los contratos no se hayan cumplido de forma adecuada o que su realización aparezca como especialmente gravosa para las partes. Por ello, conviene que nos preguntemos si esta situación justifica la adopción de medidas excepcionales que amparen un posible incumplimiento o, en su caso, una modificación de su contenido o si, por el contrario, estos extremos no deben producirse. Asimismo, debemos reflexionar acerca de algunos mecanismos jurídicos que se pueden invocar para determinar, por un lado, si tienen cabida en este campo y, por otro lado, las consecuencias que se derivarían de su eventual aplicación.

2 Para más información sobre este particular, vid. BARCELÓ DOMÉNECH, Javier. Régimen jurídico de las vacunas en España: reflexiones ante la situación creada por el coronavirus. *AJI*, nº 12 bis, 2020, p.118-125.

3 RAMOS, Celso. Covid-19: la nueva enfermedad causada por un coronavirus. *Salud pública de México*, vol. 62, nº 2, 2020, p.226.

4 Disponible en: <https://www.who.int/es/dg/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19---11-march-2020> (fecha de última consulta 29.04.2020).

5 En este sentido, no puede perderse de vista que estamos ante una enfermedad nueva e inédita en la que, como indica la doctrina, los pacientes presentaron «diagnósticos de neumonía de etiología no conocida» que representó una «nueva amenaza». Así, vid. KOURY GONZÁLEZ, Juan Miguel; HIRSCHHAUT, Miguel. Reseña histórica del COVID-19. ¿Cómo y por qué llegamos a esta pandemia? *Acta odontológica venezolana*, vol. 58, nº extra 1, 2020, p.3.

2 RÉGIMEN JURÍDICO CONTRACTUAL Y COVID-19: POSIBLE APLICACIÓN DE EXCEPCIONES

2.1 Principios contractuales

Al aproximarnos al ámbito contractual, hemos de tener en cuenta una serie de premisas muy relevantes y que constituyen, en esencia, el fundamento y la finalidad última de este negocio jurídico por excelencia. En primer lugar, debemos traer a colación dos de los principios contractuales más relevantes. Por un lado, el principio de la autonomía de la voluntad, que se refiere al derecho que ostentan las partes para poder celebrar el vínculo que estimen oportuno y anudar el contenido que deseen. En suma, se trata de que los particulares, en el margen concedido por el ordenamiento, puedan autogobernarse en sus relaciones con otros sujetos. Obviamente, el referido margen dependerá de la política legislativa de cada estado y de la mayor o menor incidencia de las leyes imperativas y prohibitivas que aprueben los legisladores. En un extremo, se presenta el total intervencionismo que reduce la autonomía e impone medidas que quedan fuera de la negociación. En otro, el liberalismo que ofrece un marco de libre mercado donde son los contratantes quienes deciden el contenido del vínculo. No puede perderse de vista que la conclusión a adoptar es compleja y que concurren gran cantidad de aspectos a tener en cuenta como la cultura del país de que se trate, el modelo económico, el nivel adquisitivo de la ciudadanía, etc.

Desde nuestra perspectiva, la opción que se presenta como más adecuada pasa por una postura intermedia. Como regla general, ha de permitirse que los particulares regulen sus relaciones jurídicas, pues si disponen de la capacidad suficiente no hay motivo para restringirla de forma infundada. Esta norma puede excepcionarse, no obstante, cuando confluya algún interés legítimo que justifique dicha intervención estatal. Por ejemplo, suele recurrirse a este interés cuando nos encontramos ante una situación de desigualdad, es decir, cuando uno de los sujetos ocupa un escenario de superioridad notoria con respecto al otro. Es el caso de los contratos celebrados por consumidores y usuarios y personas jurídicas, donde el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, establece un régimen protector o tuitivo. No puede obviarse que, en muchas ocasiones, los negocios son redactados por una de las partes y se denominan de adhesión por cuanto solo permiten aceptar o rechazar sus términos, pero no modificar su articulado.

En segundo lugar, encontramos el principio de obligatoriedad o fuerza vinculante. En este sentido, como suele señalarse, “el contrato es ley para las partes”. Esta expresión pone de relieve el carácter obligatorio del contenido de dichos negocios jurídicos y la necesidad de que los contratantes respeten sus mandatos. Asimismo, también se desprende el carácter atemporal de los contratos, esto es, que, en principio, mantienen su vigencia en el tiempo salvo que, expresamente, las partes establezcan otra cuestión. En este ámbito, se suele aludir al principio *pacta sunt servanda* que representa el deber de que el negocio sea cumplido en todos sus términos. En otras palabras:

Como una derivación necesaria del concepto aportado de obligación, se consideraba tradicionalmente que el principio *pacta sunt servanda* requiriese a cada uno de los sujetos intervinientes una necesaria fidelidad a sus promesas, consecuencia de la exigencia de una actitud honrada, leal, limpia, recta, justa, sincera e íntegra, apoyada en la confianza del cumplimiento para dar y recibir cada parte lo que le corresponde. La actitud exigida era individual de calidad personal, valorada como capacidad de libertad y de responsabilidad frente a la contraparte en el seno de la convivencia colectiva debidamente organizada, estimada como comportamiento

debido frente a las responsabilidades provenientes de las obligaciones nacidas del pacto concertado.⁶

De hecho, la obligatoriedad de los contratos tiene su fundamento en la propia autonomía de la voluntad que antes referíamos, de tal suerte que el funcionamiento de estos negocios supone una conjugación de ambos principios. De esta forma, el contrato ha de ser cumplido en los términos y el tiempo convenidos por los contratantes, ya que la seguridad del tráfico jurídico así lo exige. Si se depara con detenimiento, implícitamente implica que los contratistas han de asumir el riesgo y ventura del devenir del acuerdo, de tal modo que se entiende que deben hacerse cargo de las contingencias a las que puede estar expuesto el mismo.

Sin embargo, sin negar lo cierto de todo lo anterior, una aplicación excesivamente literal de estas cuestiones puede dar lugar a resultados verdaderamente injustos. Máxime en aquellos contratos que se suceden por un espacio prolongado de tiempo y en los que las circunstancias que fueron tenidas en cuenta inicialmente pueden variar notablemente. Por este motivo, debemos recurrir a mecanismos que alivien o moderen el citado régimen jurídico, pues de otro modo se estarían olvidando situaciones que precisan de amparo y que verían sus pretensiones frustradas de forma injustificada.

A pesar de ello, no quiere decir que esta posibilidad se deba convertir en la regla general y que sea predicable en todos los contextos. Muy al contrario, es un escenario excepcional y únicamente invocable cuando las especiales características lo justifiquen. Otra conclusión vaciaría de contenido los principios a los que aludíamos y acabaría con la dinámica misma de los contratos. No puede obviarse que si estos últimos no fueran obligatorios para las partes y no existiesen herramientas para exigir que el incumplidor realizase la prestación acordada, la confianza en este vínculo se vería mermada y, probablemente, su ámbito de aplicación se reduciría hasta límites insospechados. Además, repárese en que ambos signatarios han aceptado sus términos voluntariamente.

2.2 Breve análisis de la situación generada por el COVID-19 y sus implicaciones e incidencia en el ámbito contractual: la buena fe

En este momento, debemos preguntarnos acerca de la situación generada por el COVID-19 y sobre algunos de los escenarios ante los que nos podemos encontrar. Por último, reflexionaremos sobre la conveniencia de que, en estas peculiares circunstancias, se aplique un régimen excepcional. En suma, se trata de determinar si existe justificación suficiente para recurrir a un sistema que excluya la regla general de este ámbito, esto es, la obligatoriedad de los contratos y la posible exigencia forzosa del cumplimiento. En realidad, si concluimos en un sentido afirmativo, las soluciones a aplicar varían en sus efectos y consecuencias.

Como se tendrá ocasión de comprobar, en función del tipo de herramienta que se adopte, el resultado final no es similar. En este sentido, podemos encontrarnos ante la finalización del negocio, ante la modificación de sus términos o ante el empleo de moderadores o eximentes de responsabilidad. No obstante, la finalidad última de todos ellos es coincidente: rebajar el nivel de diligencia que se espera obtener del contrato y la dinámica del mismo, de tal suerte que permita a la parte afectada recibir un tratamiento especial.

En cuanto a las situaciones que nos podemos encontrar en este campo, es plausible que uno de los contratantes no haya podido cumplir con su prestación porque se encontraba

⁶ En este sentido, *vid.* GARRIDO GÓMEZ, María Isabel. Lo que queda del principio clásico *Pacta Sunt Servanda*. *Derecho y cambio social*, nº 25, 2011, p. 4.

confinado. Imagínese, que una de las partes debía entregar un determinado producto y la fecha convenida se fijó en el periodo de reclusión poblacional. Parece evidente que, en tales condiciones, no existe modo de llevar a cabo lo acordado y que no es justo que se pueda exigir responsabilidad por este extremo. Obviamente, ello no quiere decir que desaparezcan todas las obligaciones, ya que la buena fe exige que, por ejemplo, se avise de esta circunstancia y se ofrezca una alternativa. Por tanto, no se justificaría una total dejación de los deberes, pero sí la adopción de un tratamiento particular.

Por otro lado, también es posible que uno de los sujetos (o incluso ambos) se haya visto afectado por el coronavirus, máxime si atendemos al elevado número de contagios que ha acontecido. En este contexto, el peor de los escenarios pasa porque, desgraciadamente, se haya producido el fallecimiento del contratante, lo que conllevaría, lógicamente, la finalización del negocio. La otra alternativa es que se vea afectado por las consecuencias del virus, lo cual puede llevar aparejado, sin duda, la necesidad de cuidados especiales. Al igual que en el caso anterior, tampoco consideramos que en este supuesto deba existir responsabilidad. No puede perderse de vista que no estamos ante una enfermedad conocida y frecuente en la práctica, pues como hemos visto, es un nuevo coronavirus que, ni en la actualidad, es totalmente conocido. De esta forma, no cabe imputar, al menos en principio, una actitud negligente a la persona que se contagia. Otra cuestión es que tal hecho se deba a una conducta totalmente deliberada y desidiosa del sujeto, cuya conclusión no sería, de todo punto, equivalente.

En otro orden de cosas, los efectos del COVID-19 en la economía han sido devastadores. En este sentido, muchas empresas se han visto obligadas a aprobar medidas excepcionales para tratar de evitar el cierre inminente y paliar la pérdida de ingresos. En este marco, es probable que una parte no disponga de medios suficientes para ejecutar lo establecido en el contrato o que le sea especialmente gravoso. Esto último se observa muy claramente en las deudas de dinero, pues la ausencia de beneficios por el espacio tan prolongado de tiempo ha mermado, en gran medida, el nivel adquisitivo de la ciudadanía. Pues bien, desde nuestra perspectiva, de nuevo es aplicable la buena fe contractual⁷ que exige dos acciones. De un lado, el afectado deberá comunicar este extremo y ofrecer la solución menos lesiva para los intereses de la otra parte. De otro lado, este último tendrá que, en la medida de lo posible, tratar de llegar a un acuerdo que facilite que ambos vean sus pretensiones satisfechas. A este respecto, podemos definir la buena fe como «un standard de conducta arreglada a los imperativos éticos exigibles de acuerdo a la conciencia social imperante⁸» que presupone que:

los contratos han de ser interpretados presuponiendo una lealtad y una corrección en su misma elaboración, es decir, entendiendo que las partes al redactarlos quisieron expresarse según el modo normal propio de gentes honestas y no buscando circunloquios, confusiones deliberadas u oscuridades. (...)

El contrato debe ser interpretado de manera que el sentido que se le atribuya sea el más conforme para llegar a un desenvolvimiento leal de las relaciones contractuales y para llegar a las consecuencias contractuales conforme a las normas éticas.

7 Para más información, *vid.* GAMARRA SAGARRA, Jorge. Buena fe contractual. *Revista crítica de derecho privado*, nº7, 2010, p.397-408. Acerca de un estudio histórico de este principio, *vid.* BASTANTE GRANELL, Víctor. La buena fe contractual: un apunte histórico-jurídico. *e-Legal History Review*, nº 22, 2016.

8 *Vid.* DÍEZ PICAZO, Luis. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. Madrid: Tecnos, 1983, p.263. Para RIVERA RESTREPO, José M.. Historia y fundamentos de la cláusula *rebus sic stantibus* (teoría de la imprevisión). Una mirada a la doctrina española. *Ars Boni Et Aequi*, nº 1, p.38, «La buena fe constituye un principio básico que informa al Derecho Civil, el cual se proyecta también como un principio en materia de contratación. En el ámbito de los contratos, la buena fe es –en mi opinión– el único principio que rivaliza con el de autonomía de la voluntad, incluso más, quizás tenga una relevancia superior a la autonomía privada».

Por otro lado, lo cierto es que la buena fe se aplica en dos órdenes distintos, a saber, en la negociación y en el cumplimiento. Sobre el particular, destaca la doctrina⁹ que:

La diferencia entre ambos órdenes de buena fe – la buena fe en la negociación y en el cumplimiento– es, por encima de todo, una diferencia de grado, pues, si bien, ambas suponen una auto-restricción en la búsqueda del propio interés, la presencia de la libertad contractual en la fase de negociación y no en la de cumplimiento, hace que el requerimiento de buena fe sea, en la primera fase, menos estricto que el que se exige en la segunda.

No obstante, estamos, en cierta forma, ante un concepto jurídico indeterminado y no siempre es sencillo determinar el ámbito de actuación de este principio. En este sentido, algunos autores¹⁰ ponen de relieve que:

El reconocimiento generalizado de la buena fe en la doctrina, así como su reiterada invocación por los tribunales de justicia para fundamentar sus sentencias en la resolución de los más variados conflictos de relevancia jurídica, contrasta radicalmente con la falta de claridad que existe respecto de su preciso significado y alcance en cuanto norma jurídica. En particular, no resulta del todo claro cuál es exactamente el contenido sustantivo de la buena fe contractual, ni cuál es la forma jurídica que adopta, resultando, además, incierto cuáles son las potestades y los espacios de discreción judicial que su aplicación presupone en un caso particular. Los deberes de comportamiento y demás efectos jurídicos que se derivan de la buena fe en la configuración de la relación contractual son, de esta manera, en su gran mayoría indeterminados e inciertos.

Quizás en estos casos los medios extrajudiciales de conflictos cobran especial relevancia. Sin duda, el papel que puede desempeñar el mediador para acercar las posturas de las partes puede ser esencial para que finalice de forma adecuada y los dos contratantes vean resarcidos, en la medida de lo posible, sus intereses. Al margen de esto último, conviene que destaquemos la importante posición que deben ocupar, en este ámbito, los poderes públicos. Así, desde nuestra perspectiva, las ayudas y subvenciones que se aprueben resultarán, a la postre, definitivas para mantener el sistema económico del país que se nutre de su tejido empresarial.

Si atendemos a todo lo señalado hasta el momento, entendemos que existen razones suficientes para afirmar que las consecuencias generadas por el coronavirus justifican la aplicación de un régimen especial que, de algún modo, relaje las obligaciones contractuales. De otro modo, pueden obtenerse resultados injustos y desproporcionados para las partes. Sin embargo, de ello no se deduce que quepa recurrir al mismo en todos los casos, sino solamente en aquellos en los que, realmente, el virus haya influido de forma determinante y haya producido un resultado adverso e imprevisible para los contratantes.

2.3 Mecanismos jurídicos invocables ante las circunstancias producidas por el coronavirus

Si nos situamos en el ámbito contractual¹¹, disponemos de distintos mecanismos a los que cabría recurrir, al menos en abstracto, en las situaciones generadas por el COVID-19 y

9 En este sentido, *vid.* ZUSMAN, Shoshchana. La buena fe contractual. *THEMIS: Revista de Derecho*, nº 51, 2005, p.24.

10 En este sentido, *vid.* SCHOPF OLEA, Adrián. La buena fe contractual como norma jurídica. *Revista Chilena de Derecho Privado*, nº 31, 2018, p. 112.

11 Para más información, *vid.* DE OLIVEIRA MILAGRES, Marcelo. Os efeitos do coronavírus (covid-19) e a irreversibilidade não imputável do incumprimento contratual, en MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo; ROSENVALD, Nelson; DENSA, Roberta (Coords.): *Coronavirus e responsabilidade civil: impactos contratuais e extracontratuais*. São Paulo, Brasil: Editora Foco, 2020, p. 47-54.

que permiten obtener diversos resultados: finalizar el negocio jurídico, modificar determinadas cláusulas o aplicar eximentes (o moderadores) de responsabilidad. Por un lado, en este último grupo, encontramos dos causas, a saber, la fuerza mayor¹² y el caso fortuito, sobre las que conviene realizar una serie de apuntes. En primer lugar, debemos tener en cuenta que normalmente se relacionan con causas meteorológicas. No obstante, es interesante diferenciar ambas y definir los contornos de cada una.

Por un lado, la fuerza mayor siempre elimina la responsabilidad, ya que se concreta en una situación en la que ocurre un hecho que no pudo preverse (ni por la más diligente de las personas) o que, de haberse podido prever, era inevitable e irresistible. Por su parte, el caso fortuito también exonera de responsabilidad (generalmente) y supone un hecho imprevisible, aplicando el cuidado y la diligencia debidos. Por lo tanto, nos movemos ante un caso fortuito si la persona diligente no pudo evitar el resultado a pesar de aplicar la atención que exige el supuesto. La diferencia entre ambas radica en la posibilidad o no de evitar el daño¹³.

Así, en la fuerza mayor el resultado es inevitable en cualquier caso y ante cualquier conducta del agente. Por otro lado, en el caso fortuito se podría impedir la producción del daño con un nivel de diligencia superior al normal (medio). Sin embargo, se entiende que no se puede exigir tal nivel de cuidado a una persona y, por tanto, no se le hace responsable. Si se repara con detenimiento, en ambos casos existe un hecho ajeno al comportamiento del sujeto pasivo, lo que provoca que no pueda atribuirse el resultado al mismo.

Por otro lado, es posible invocar el cambio sobrevenido de las circunstancias esenciales que justificaron su celebración¹⁴. En suma, en este contexto, las peculiares características que rodean al supuesto provocan que sea especialmente gravoso para una de las partes el cumplimiento de las prestaciones a las que se vinculó.

Esta facultad se canaliza a través de la denominada cláusula *rebus sic stantibus* –o, como apunta algún sector, teoría de la imprevisión¹⁵–, cuyo origen se vinculó a los contratos de tracto sucesivo. El efecto que se produce con este tipo de cláusula es, fundamentalmente, la modificación de los términos en que se fijaron las prestaciones, pudiendo dar lugar, en los casos extremos, a la finalización de la relación obligacional. Como destaca parte de la doctrina¹⁶:

El Derecho moderno es un proceso de cambio y de adaptación que debe estar engrasado a través de mecanismos que permitan esa adaptación. La figura que mejor ejemplifica dicho mecanismo es la cláusula *rebus sic stantibus*, que está directamente conectada con esa perspectiva del Derecho de adaptación al cambio de circunstancias para la obtención soluciones rápidas.

No obstante, lo cierto es que la jurisprudencia ha ido variando y no siempre se ha

12 Como destaca ROSENVALD, Nelson. O direito como experiência. Dos “coronation cases” aos “coronavirus cases.” *AJL*, nº 12 bis, 2020, p. 256, en defecto de previsión expresa en el contrato, si la parte invoca fuerza mayor, esta será la primera instancia para la propuesta de renegociar los términos del contrato, permitiendo su supervivencia en los términos revisados.

13 Asimismo, en algún caso, el Tribunal Supremo ha recurrido a la teoría que diferencia entre los sentidos subjetivo y objetivo para determinar si estamos ante un caso fortuito o ante fuerza mayor. El primero, viene referido a la ausencia de culpa e intención de causar un daño. El segundo, a la existencia de un elemento sobrevenido que altera el curso causal normal. En suma, se atiende a la esfera o ámbito de control del deudor.

14 Para más información, *vid.* CASTIÑEIRA JEREZ, Jorge. *Pacta sunt servanda*, imprevisión contractual y alteración sobrevenida de las circunstancias. *Revista Aranzadi de derecho patrimonial*, nº 29, 2012, p.71-106.

15 En este sentido, *vid.* RIVERA RESTREPO, José M.. Historia y fundamentos de la cláusula *rebus sic stantibus* (teoría de la imprevisión). Una mirada a la doctrina española, *Ars Boni Et Aequi*, nº 1, pp. 31-48.

16 ORDUÑA MORENO, Francisco Javier. Webinar COVID-19: La *rebus* en tiempos de crisis. *vLex*, nº 2020, disponible en: <https://libros-revistas-derecho.vlex.es/> (fecha de última consulta 08.05.2020). Para más información sobre esta cláusula, *vid.* ORDUÑA MORENO, Francisco Javier; MARTÍNEZ VELENCOSO, Luz María. *La moderna configuración de la cláusula Rebus Sic Stantibus. Desarrollo de la nueva doctrina jurisprudencial aplicable y Derecho comparado*. Madrid: Civitas, 2017.

mostrado favorable a la cláusula *rebus sic stantibus*¹⁷. Los últimos pronunciamientos hacen referencia a la necesidad de que exista una modificación imprevisible o inevitable de las circunstancias, cuyos riesgos no puedan subsumirse en los derivados del propio contrato. De esta forma, no cabe alegar una situación de crisis económica para fundamentar una alteración del negocio. A modo de ejemplo, la STS nº 452/2019 18 julio 2019 (RJ 3010)¹⁸ recuerda que:

La alteración de las circunstancias que puede provocar la modificación o, en último término, la resolución de un contrato, ha de ser de tal magnitud que incremente de modo significativo el riesgo de frustración de la propia finalidad del contrato. Y por supuesto, es preciso que tales circunstancias sobrevenidas fueran totalmente imprevisibles para los contratantes. (...) 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.

En contra de la vigencia de la cláusula *rebus sic stantibus* en los contratos temporales se manifiesta la reciente STS nº 156/2020 6 marzo 2020 (RJ 879) que, sin rechazar de plano su aplicación, la limita a los supuestos en los que se produzca un hecho que afecte al negocio y no pueda quedar amparado en el riesgo propio del mismo. En palabras del tribunal:

El cambio de estas características que, bajo las premisas que establece la jurisprudencia, podría generar un supuesto de aplicación de la regla de la *rebus sic stantibus* es más probable que se dé en un contrato de larga duración, ordinariamente de tracto sucesivo. Pero no en un supuesto, como el presente, de contrato de corta duración, en el que difícilmente puede acaecer algo extraordinario que afecte a la base del contrato y no quede amparado dentro del riesgo propio de ese contrato.

No obstante, desde nuestra perspectiva, entendemos que cabe recurrir a la misma con independencia del contrato de que se trate, pues los perjuicios que se derivan pueden predicarse en todos los negocios jurídicos¹⁹. En el contexto de la pandemia generada por el COVID-19, consideramos que existen presupuestos más que suficientes para que se recurra a esta cláusula. Las pésimas consecuencias producidas no podían ser, de ningún punto, previsibles para los contratantes²⁰. Con base en la misma, se podría justificar tanto la modificación de un negocio jurídico²¹ como su finalización, máxime cuando se deriva una

17 Esta evolución puede observarse, entre otras, en las SSTS nº 1059/2000 17 noviembre 2000 (RJ 9343), nº 1234/2001 28 diciembre 2001 (RJ 2002\1650), nº 820/2013 17 enero 2013 (RJ 1819), nº 333/2014 30 junio 2014 (RJ 3526), nº 227/2015 30 abril 2015 (RJ 2019).

Tampoco la aplicación de esta cláusula ha sido pacífica en el resto de tribunales. A modo de ejemplo, vid. SAP A Coruña 18 febrero 2013 (JUR 127710), SAP Granada 17 enero 2014 (JUR 99088), SAP Baleares 17 octubre 2014 (JUR 2015\5552), SJ de lo Mercantil Murcia nº 2 23 enero 2018 (AC 852).

18 En igual sentido, vid. SSTS nº 5/2019 9 enero 2019 (RJ 5), nº 19/2019 15 enero 2019 (RJ 146), nº 214/2019 5 abril 2019 (RJ 1360).

19 En esta línea, ORDUÑA Moreno, Francisco Javier, «Cláusula *Rebus*. STS 156/2020, de 6 de marzo. Distinción entre contratos de "larga y corta duración". Una clasificación carente de rango o de categorización aplicativa: inoportuna y fuera de contexto social. *Revista de Derecho vLex*, nº 191, 2020.

20 En este sentido, vid. ORTIZ FERNÁNDEZ, Manuel. Algunos apuntes sobre la responsabilidad civil sanitaria ante la situación generada por el COVID-19. *Revista IBERC: Edição Especial "Coronavírus e Responsabilidade Civil"*, vol. 3, nº 2, 2020, p. 300.

21 No obstante, algunos autores ponen de relieve que, a pesar de que «Es evidente que el objetivo prioritario de la *rebus* como institución debería ser procurar y alentar que los contratantes renegocien en términos mutuamente satisfactorios», lo cierto es que «la cláusula *rebus* como tal no crea incentivos a negociar, ni, *ceteris paribus*, puede crearse tal incentivo por la mera existencia -como en la propuesta FIDE- de un mandato perentorio a negociar bilateralmente de buena fe. En consecuencia, el incentivo poderoso a negociar debe ser buscado fuera de la cláusula *rebus* o de la *rebus* como institución mixta de regla material + procedimiento de aplicación».

En este sentido, vid. CARRASCO PERERA, Ángel. Al fin la madre de todas las batallas del COVID 19: "rebus sic stantibus". Con ocasión de una reciente propuesta institucional», *Publicaciones Jurídicas*, p.11, disponible en: http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/Al_fin_la_madre_de_todas_las_batallas_del_covid_19-_rebus_sic_stantibus.pdf (fecha de última consulta: 02.07.2020).

imposibilidad sobrevenida²² para ejecutar los servicios o entregar los bienes pactados. Ello no supondría una contradicción del principio *pacta sunt servanda*, sino una excepción al mismo²³ o, si se quiere, un mecanismo complementario al régimen general. Además, a pesar de que el campo de aplicación de esta excepción se ha vinculado, fundamentalmente, al sector patrimonial, ello no ha de ser así necesariamente. En esta línea, parte de la doctrina ha destacado la viabilidad de este recurso. Así, Magro Servet²⁴ vincula estas causas a la fuerza mayor al destacar que:

La operatividad de estas circunstancias se plasma como una causa de fuerza mayor, pero, sobre todo, con las características de imprevisible e inesperada que vienen a modificar las circunstancias iniciales del contrato y que atempera y modula esos incumplimientos por razón de las circunstancias sobrevenidas.

Además, el citado autor indica que, en esta situación del virus, concurren una serie de circunstancias que justificarían dicha posibilidad²⁵. En este sentido, señala que:

- 1.- La aplicación de la cláusula, en rigor, no supone una ruptura o singularidad respecto de la regla preferente de la lealtad a la palabra dada (*pacta sunt servanda*), ni tampoco de la estabilidad o mantenimiento de los contratos.
- 2.- Esto quiere decir que en estos casos de pandemia no quiere decirse que la aplicación de la “Rebus” suponga romper el “*pacta sunt servanda*”, porque quien queda afectado por el virus en su relación con lo pactado quería cumplirlo, pero la imprevisibilidad y ajenidad de la pandemia le impide hacerlo, o, al menos, en la manera como se pactó.
- 3.- Cuando, fuera de lo pactado y sin culpa de las partes y de forma sobrevenida, las circunstancias que dotaron de sentido la base o finalidad del contrato cambian profundamente, las pretensiones de las partes, lo que conforme al principio de buena fe cabe esperar en este contexto, pueden ser objeto de adaptación o revisión de acuerdo al cambio operado.

Sin embargo, tampoco es una cuestión pacífica en la doctrina científica y existen voces contrarias a la cláusula. Así, algunos autores²⁶ advierten del riesgo de la expansión de esta regla en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. En palabras de los citados autores:

Una aplicación de la regla *rebus sic stantibus* tan extensiva como la comentada podría llevar a efectos indeseados en el tráfico jurídico y económico, en la medida en que, a nuestro

22 Para más información, *vid.* CLARIZIA, Oriana. Coronavirus ed esonero da responsabilità per inadempimento di obbligazione ex art. 1218 c.c.: impossibilità sopravvenuta oppure inesigibilità della prestazione? *AJL*, nº 12 bis, 2020, p.352-365.

23 En este sentido, destaca ALBIÑANA CILVETI, Ignacio. La reciente doctrina jurisprudencial de la cláusula *rebus sic stantibus* y su aplicación a las operaciones inmobiliarias. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, nº 49, 2018, p.116 que «La cláusula *rebus* supone una flexibilización y factor mitigador del rigor del principio *pacta sunt servanda*, en virtud del cual el contrato es fuente de obligaciones que han de cumplirse con arreglo a lo convenido».

24 En este sentido, *vid.* MAGRO SERVET, Vicente. La crisis del coronavirus y la aplicación de las cláusulas “*rebus sic stantibus*” en los contratos, *El Derecho*, disponible en: <https://elderecho.com/la-crisis-del-coronavirus-la-aplicacion-las-clausulas-rebus-sic-stantibus-los-contratos> (fecha de última consulta: 04.05.2020).

25 Así, destaca el citado autor que «En este caso concurre en la pandemia una circunstancia:

- a.- Ajena a lo pactado.
- b.- No hay culpa del afectado por la pandemia de coronavirus.
- c.- Resulta de forma sobrevenida e inesperada.
- d.- No era un riesgo previsible. No se podría prever.
- e.- La incidencia de los efectos del virus es relevante y grave.
- f.- Se manifiesta con una inusitada beligerancia en la imposibilidad de cumplir el contrato conforme a lo pactado.
- g.- El principio de buena fe determina que el afectado por el virus actuó de buena fe y no colaboró en la imposibilidad de cumplir conforme a lo pactado.
- h.- Esta relación entre el principio de buena fe y la cláusula *rebus sic stantibus* ya ha sido reconocida por el TS caso, entre otras, de la Sentencia de 21 de mayo de 2009 (núm. 1178/2004)».

26 LUNA YERGA, Álvaro; XIOL BARDAJÍ, María. *Rebus sic stantibus*: ¿Un paso atrás? Comentario a la STS, 1ª, 15.10.2014 (Ar. 6129) y a la jurisprudencia posterior de la Sala Primera del Tribunal Supremo sobre la regla *rebus sic stantibus*, *InDret*, nº 2, 2015, p. 8.

juicio, conlleva una falta de consideración a la distribución de riesgos contractuales y, en definitiva, a la voluntad de las partes, y genera una evidente inseguridad jurídica.

3 PRINCIPALES CONCLUSIONES

De todo lo analizado hasta el momento podemos extraer una serie de ideas. En primer lugar, que el régimen contractual está formado por una serie de principios que, fundamentalmente, tratan de establecer seguridad jurídica a las relaciones y asegurar el cumplimiento de las prestaciones. En este sentido, las relaciones surgidas entre los contratantes son obligatorias en todos sus términos que, además, han decidido, en principio, de común acuerdo. No obstante, lo cierto es que no siempre es así y que pueden influir ciertos factores que justifiquen la aplicación de un sistema “especial”. Uno de los condicionantes que se ha de tener en cuenta es, por ejemplo, la igualdad entre las partes a la hora de negociar, ya que es frecuente que una de ellas ocupe una posición de superioridad frente a la otra.

Asimismo, pueden existir una serie de circunstancias que produzcan una alteración de las premisas que fueron tenidas en cuenta inicialmente y que, consideramos, pueden fundamentar una variación de las cláusulas del negocio, una moderación de responsabilidad²⁷ e, incluso, la finalización misma del contrato. En este sector, es especialmente destacable la *cláusula rebus sic stantibus*, que aparece como un medio para paliar estos efectos negativos. No puede obviarse que la relación obligatoria es una realidad viva, dinámica y que puede sufrir cambios a lo largo de su desarrollo. Por este motivo, es imprescindible que, cuando el cumplimiento de la prestación convenida sea especialmente gravoso o, en su caso, imposible para una de las partes y los hechos así lo evidencien, podamos ofrecer una alternativa que se presente como más justa. En suma, se trata de adaptar el contrato a la realidad en el que el mismo se ejecuta.

Pues bien, desde nuestra perspectiva existen razones suficientes para recurrir a esto último ante el escenario generado por el coronavirus, ya que ha producido un contexto particular que debemos tener en cuenta. Otra conclusión olvidaría la realidad de los acontecimientos y obligaría, de forma injustificada, a cumplir con ciertas prestaciones especialmente gravosas para las partes.

REFERENCIAS

ALBIÑANA CILVETI, Ignacio. La reciente doctrina jurisprudencial de la cláusula *rebus sic stantibus* y su aplicación a las operaciones inmobiliarias. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, nº 49, 2018, p.115-140.

BARCELÓ DOMÉNECH, Javier. Régimen jurídico de las vacunas en España: reflexiones ante la situación creada por el coronavirus. *AJL*, nº 12 *bis*, 2020, p. 118-125.

BASTANTE GRANELL, Víctor. La buena fe contractual: un apunte histórico-jurídico, *e-Legal History Review*, nº 22, 2016.

CARRASCO PERERA, Ángel. Al fin la madre de todas las batallas del COVID 19: “rebus sic stantibus”. Con ocasión de una reciente propuesta institucional. *Publicaciones Jurídicas*, p.11, disponible en: http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/Al_fin_la_madre_de_todas_las_batallas_del_covid_19_rebus_sic_stantibus.pdf (fecha de última consulta: 02.07.2020).

²⁷ Como destaca GONZÁLEZ-GUIMARAES, Javier. La normalización de la aplicación de la cláusula “Rebus sic stantibus” según la jurisprudencia del Tribunal Supremo. *Revista Lex Mercatoria. Doctrina, Praxis, Jurisprudencia y legislación*, nº 3, 2016, p.40, «Esta figura modera o resuelve los posibles excesos que una rigurosa aplicación del “pacta sunt servanda” pueda generar entre las partes en caso de que se produzca un cambio profundo e imprevisible en las circunstancias del contrato».

CASTIÑEIRA JEREZ, Jorge. *Pacta sunt servanda*, imprevisión contractual y alteración sobrevenida de las circunstancias. *Revista Aranzadi de derecho patrimonial*, nº 29, 2012, p.71-106.

CLARIZIA, Oriana. Coronavirus ed esonero da responsabilità per inadempimento di obbligazione ex art. 1218 c.c.: impossibilità sopravvenuta oppure inesigibilità della prestazione? *AJI*, nº 12 bis, 2020, p.352-365.

DE OLIVEIRA MILAGRES, Marcelo. Os efeitos do coronavírus (covid-19) e a irreversibilidade não imputável do incumprimento contratual em MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo; ROSENVALD, Nelson; DENSA, Roberta (Coords.): *Coronavírus e responsabilidade civil: impactos contratuais e extracontratuais*. São Paulo, Brasil: Editora Foco, 2020, p. 47-54.

DÍEZ PICAZO, Luis, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. Madrid: Tecnos, 1983.

GAMARRA SAGARRA, JORGE. Buena fe contractual. *Revista crítica de derecho privado*, nº7, 2010, p.397-408.

GARRIDO GÓMEZ, María Isabel. Lo que queda del principio clásico *Pacta Sunt Servanda*. *Derecho y cambio social*, nº 25, 2011, p.1-8.

GONZÁLEZ-GUIMARAES, Javier. La normalización de la aplicación de la cláusula “Rebus sic stantibus” según la jurisprudencia del Tribunal Supremo. *Revista Lex Mercatoria. Doctrina, Praxis, Jurisprudencia y legislación*, nº 3, 2016, p.39-43.

KOURY GONZÁLEZ, Juan Miguel; HIRSCHHAUT, Miguel. Reseña histórica del COVID-19. ¿Cómo y por qué llegamos a esta pandemia? *Acta odontológica venezolana*, vol. 58, nº extra 1, 2020, p.3-4.

LUNA YERGA, Álvaro; XIOL BARDAJÍ, María. Rebus sic stantibus: ¿Un paso atrás? Comentario a la STS, 1ª, 15.10.2014 (Ar. 6129) y a la jurisprudencia posterior de la Sala Primera del Tribunal Supremo sobre la regla rebus sic stantibus. *InDret*, nº 2, 2015, p.1-13.

MAGRO SERVET, Vicente. La crisis del coronavirus y la aplicación de las cláusulas “rebus sic stantibus” en los contratos, *El Derecho*, disponible en: <https://elderecho.com/la-tesis-del-coronavirus-la-aplicacion-de-las-clausulas-rebus-sic-stantibus-los-contratos> (fecha de última consulta: 04.05.2020).

ORDUÑA MORENO, Francisco Javier. Webinar COVID-19: La *rebus* en tiempos de crisis, *vLex*, nº2020, disponible en: <https://libros-revistas-derecho.vlex.es/> (fecha de última consulta 08.05.2020).

ORDUÑA MORENO, Francisco Javier. Cláusula *Rebus*. STS 156/2020, de 6 de marzo. Distinción entre contratos de “larga y corta duración”. Una clasificación carente de rango o de categorización aplicativa: inoportuna y fuera de contexto social. *Revista de Derecho vLex*, nº 191, 2020.

ORDUÑA MORENO, Francisco Javier; MARTÍNEZ VELENCOSO, Luz María. *La moderna configuración de la cláusula Rebus Sic Stantibus. Desarrollo de la nueva doctrina jurisprudencial aplicable y Derecho comparado*. Madrid: Civitas, 2017.

ORTIZ FERNÁNDEZ, Manuel. Algunos apuntes sobre la responsabilidad civil sanitaria ante la situación generada por el COVID-19. *Revista IBERC: Edição Especial “Coronavírus e Responsabilidade Civil”*, vol. 3, nº 2, 2020, p.289-304.

RAMOS, Celso. Covid-19: la nueva enfermedad causada por un coronavirus. *Salud pública de México*, vol. 62, nº 2, 2020, p.225-227.

RIVERA RESTREPO, José M.. Historia y fundamentos de la cláusula *rebus sic stantibus* (teoría de la imprevisión). Una mirada a la doctrina española. *Ars Boni Et Aequi*, nº 1, p.31-48.

ROSENVALD, Nelson. O direito como experiência. Dos “coronation cases” aos “coronavírus cases”. *AJI*, nº 12 bis, 2020, p.250-257.

SCHOPF OLEA, Adrián. La buena fe contractual como norma jurídica. *Revista Chilena de Derecho Privado*, nº 31, 2018, p.109-153.

ZUSMAN, Shoschana. La buena fe contractual. *THEMIS: Revista de Derecho*, nº 51, 2005, p.19-30.

Recebido em: 07.09.2020

Aprovado em: 08.12.2020

Como citar este artigo (ABNT):

FERNÁNDEZ, Manuel Ortiz. Reflexiones acerca del régimen contractual y la situación producida por el covid-19. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, Belo Horizonte, n.43, p.125-136, jan./abr. 2021. Disponível em: <<https://revistas.newtonpaiva.br/redcunp/wp-content/uploads/2021/06/DIR43-08.pdf>>. Acesso em: dia mês. ano.