



EL RIESGO CONTRACTUAL EN LOS CONTRATOS PRIVADOS TRAS EL COVID-19: ANÁLISIS, PROBLEMÁTICA Y SOLUCIONES

Antonio Orti Vallejo

Catedrático de Derecho Civil,
Universidad de Granada



**tirant
tech**

Tecnología e
innovación jurídica

EL RIESGO CONTRACTUAL EN LOS CONTRATOS PRIVADOS TRAS EL COVID-19: ANÁLISIS, PROBLEMÁTICA Y SOLUCIONES

Antonio Orti Vallejo

Catedrático de Derecho Civil

Universidad de Granada

Introducción

En un breve apunte que publiqué a poco de declararse el estado de alarma por el COVID-19 por el Real Decreto 463/2020 (Revista CESCO, 2 de marzo de 2020), sostuve el derecho del arrendatario de local de negocio a suspender la obligación de pago de la renta (o reducirla) en el caso de que se hubiera visto afectado por el cierre de establecimientos que se decretó. Como ha declarado el vicepresidente del Banco Central Europeo en una reciente entrevista en la prensa, es necesario crear esquemas temporales que ayuden a las empresas, como se ha hecho con el empleo y los ERTES y en esa línea se inscribe el criterio que en estas páginas se sostiene. Después del RD 463/2020 se promulgó un segundo Real Decreto-Ley el 11/2020, por el que se adoptaron medidas complementarias, en el que, entre otras, contiene una disposición que, aunque no se refiere a los arrendamientos de local y pese a que se circunscribe a contratos con consumidores, se ocupa del problema central que esta crisis está planteando en la contratación privada, que es el del riesgo contractual. El propósito de esta aportación es profundizar más en mi criterio de suspensión/reducción del pago de la renta y analizar la repercusión de la situación de crisis respecto a otros contratos y analizar las soluciones que adopta ese posterior RD con relación a esa temática del riesgo.

1.- El caso fortuito y su influencia en los contratos

Partiendo del acontecimiento extraordinario e imprevisible que constituye la base de la crisis provocada por la pandemia, determinante de la declaración del estado de alarma, el Derecho de contratos conoce tres instituciones que se ocupan de las consecuencias que este tipo de hechos sobrevenidos provocan en las

relaciones contractuales entre particulares. Una, es la norma sobre la responsabilidad en el caso fortuito, la segunda la doctrina de la cláusula *rebus sic stantibus* y la tercera las reglas sobre riesgos.

La primera es la regla contenida en el artículo 1105 del Código Civil que previene que nadie responderá del caso fortuito. El precepto aborda el problema de si hay obligación de responder de los daños y perjuicios cuándo el incumplimiento del contrato se haya producido por un caso fortuito y no por la culpa del deudor. La respuesta es no, salvo que el contrato o la ley lo prevean expresamente. Es claro que la crisis del COVID-19 es un caso de fuerza mayor y que el *factum principis* de la declaración del Estado de alarma, impide que los daños y perjuicios provocados a una parte por la imposibilidad de cumplir el contrato por la otra deben ser indemnizados. Así, por ejemplo, por ver las consecuencias de lo anterior en el contrato paradigma que es la compraventa, si el cumplimiento de las obligaciones del vendedor (de entregar la cosa) o del comprador (de pagar el precio) se han visto imposibilitadas de cumplimiento (transitoriamente) a consecuencia de esta crisis, ni el vendedor podrá pretender el pago de intereses por el retraso en el pago del precio, ni el comprador que se le indemnicen los perjuicios por el retraso en la entrega de la cosa.

En cuanto a la doctrina de la cláusula *rebus sic stantibus*, esta institución, que en los últimos años ha tenido una nueva reinterpretación por el Tribunal Supremo, se aplica a hipótesis de contratos de tracto sucesivo o de ejecución diferida en los que un acontecimiento extraordinario ha provocado un desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes. Este mecanismo es claro que sirve para que las partes entren en negociaciones tendentes a un reajuste de las previsiones contractuales originarias, con vistas a restablecer el equilibrio. En consecuencia, desde mi punto de vista, la cláusula *rebus sic stantibus* será útil como mecanismo a utilizar a posteriori, es decir, cuando se salga del problema inmediato de la paralización de la actividad económica debida al estado de alarma y comience a funcionar el mercado. Será el momento de implementar los reajustes contractuales que la nueva situación aconseje.

Finalmente, el Derecho de contratos también se ocupa de la repercusión que tiene que la obligación de una de las partes haya sobrevenido imposible de cumplir por un caso fortuito, respecto a la obligación de la otra parte cuyo cumplimiento sigue siendo posible. Este es el conocido tema de los riesgos del contrato, que es el que considero que de manera inmediata está planteando el COVID-19 y la declaración del estado de alarma, al provocar que muchos contratos que estaban en ejecución o pendientes de ejecución sean imposibles de cumplir. El problema que comúnmente se está planteando es de

imposibilidad transitoria, es decir, el cumplimiento volverá a ser posible con posterioridad y el contrato seguirá vivo, pero mientras tanto hay que preguntarse que repercusión tiene en la obligación de la otra. Pero, también puede suceder que la imposibilidad, pese a ser sólo transitoria, debido a que a la otra parte no se le pueda exigir que asuma el cumplimiento posterior (por ejem. término esencial), lo transitorio se haya convertido en definitivo. La repercusión aquí habrá de tener otra solución que pasa por la destrucción del contrato.

Las soluciones al problema planteado difieren dependiendo -como se acaba de decir- si la imposibilidad es transitoria o definitiva y también del tipo de contrato, si es de tracto único -como es la compraventa- o si son de tracto sucesivo o si son contratos de servicios. Por ello, primeramente, se abordará la cuestión de la imposibilidad en los contratos de arrendamiento de local de negocio y su aplicabilidad a otros contratos de tracto sucesivo. Posteriormente nos ocuparemos de la repercusión de la crisis en contratos de compraventa y en los de servicios, pendientes o en curso de ejecución. Finalmente, trataremos las soluciones que ha implementado el RD Ley 11/2020 en contratos con consumidores.

2.-Imposibilidad en contratos de arrendamientos de local de negocio. Suspensión o reducción de la obligación de pago del precio

Aunque la solución a la que lleguemos se puede extrapolar a otros contratos de tracto sucesivo, nos ocuparemos de manera central del contrato de arrendamiento para uso distinto al de vivienda y en concreto en el de locales de negocio. La pregunta es: ¿quién ha de soportar el riesgo sobrevenido de la imposibilidad de uso del local arrendado destinado a la obtención de rendimientos? Si decimos que es el arrendador, no tendrá derecho a percibir la renta, si estimamos que debe ser el arrendatario, habrá de continuar pagándola. Este dilema que parece tan conflictivo y difuso en el ámbito de la contratación privada (civil y mercantil), resulta que, en la contratación laboral-desde hace muchos años-es perfectamente conocida la categoría jurídica de la suspensión de la relación laboral por diferentes causas y, entre ellas, por fuerza mayor. En este ámbito, cuando por fuerza mayor el empresario no puede realizar su actividad productiva temporal y transitoriamente, tiene la facultad de dejar en suspenso la relación laboral, lo que comporta que el trabajador cese en su obligación de trabajar y el empleador, obviamente, en su obligación de pago del salario. ¿Quién soporta el riesgo en este caso?, es evidente que el trabajador: la cesación de la producción que afecta al empresario repercute en el trabajador que deja de percibir su salario, porque la empresa deja de

facturar. Con la misma lógica se podría decir en materia de arrendamientos: el cese de la actividad empresarial -que era la finalidad del arriendo- determina la suspensión de efectos de la relación arrendaticia. Sin embargo, en la legislación civil no hay una norma que de manera directa así lo establezca y hemos de acudir a una interpretación de los textos legales para hallar una respuesta.

Sobre las razones por las cuales la solución aparece prevista en la legislación laboral y en la contratación civil no, hay que tener en cuenta que el Código civil es del XIX, enmarcado-casi- en la etapa preindustrial, por tanto, desfasado, el mercantil igual -o si cabe más obsoleto-, porque incluso desconoce el concepto de empresa con todo lo que ello comporta. En cambio, la regulación de la contratación laboral -más moderna- responde a la lógica de la empresa, considerada como conjunto organizado de elementos materiales y humanos destinados a un fin productivo. La norma laboral ha previsto la repercusión en el elemento humano (trabajadores) que forman parte de la empresa, la concurrencia de circunstancias extraordinarias que provocan que la producción se interrumpa. La norma civil ignora la repercusión que estas situaciones pueda tener en los elementos materiales de la empresa (relaciones contractuales base de la actividad) necesarios para el ejercicio de la actividad empresarial.

Para la solución de un típico problema de riesgos como es la crisis del COVID-19, disponemos en el ámbito de la legislación civil de unas normas generales muy elementales e insuficientes y también de algunas reglas en contratos específicos. Comenzando por estas últimas, de manera directa en el de compraventa hay una norma (art. 1452 Cc), que sirve para poco porque se remite a las reglas generales que luego veremos. En materia de arrendamiento de cosas tenemos dos normas. Una, en la Ley de Arrendamientos Urbanos, cuyo art. 26 previene la suspensión del contrato cuando la realización de obras de conservación de la vivienda (también se aplica a los arrendamientos de local de negocio) la hagan inhabitable. Cuando la utilidad o aprovechamiento de la materia objeto del contrato se ve impedida que, según el caso, serían el uso habitacional o el de producción, y dado que el arrendatario deja de obtener las ventajas, correlativamente cesa en su obligación de pagar la renta: el riesgo lo soporta el arrendador. La segunda es el art. 1575 Cc que, en un supuesto de riesgo **idéntico** al del COVID-19 (la peste), prevé el derecho del arrendatario de finca rústica si ha perdido más de la mitad de los frutos, no a dejar de pagar la renta, pero sí que se le rebaje. La ratio es la misma en este otro precepto: frustrada la utilidad de la cosa objeto del arriendo (producción agrícola), el arrendador ha de soportar también el riesgo y tendrá que rebajar la renta. Un problema de riesgo también se regula en el contrato de obra en caso de pérdida o destrucción de la obra, estableciendo la regla de que lo soporta el

contratista (art. 1589 Cc), pero esta norma sólo serviría para solucionar el problema de quien ha de soportar los perjuicios que en la obra en sí y en los materiales haya provocado la paralización, que no creo que sean significativos en esta crisis del COVID-19. Pero, los perjuicios que la paralización haya provocado al comitente-promotor (por ejem. perjuicios por retraso en la finalización de la obra), por aplicación del art. 1105 Cc eximiría al contratista de responder.

Se puede afirmar que de estas normas e, incluso, de la normativa laboral, cabría extraer con el uso de la analogía *iuris* una regla de riesgos aplicable a muchos contratos de tracto sucesivo. Cuando la utilidad o el aprovechamiento perseguido con el contrato no se puede alcanzar transitoriamente en todo o en parte debido a un acontecimiento imprevisible e inevitable, el riesgo se traslada a la parte del contrato que cede el bien o el aprovechamiento.

Pasemos ahora a examinar qué solución podemos encontrar en las reglas generales de los contratos en el Código civil. Los arts. 1182 y ss. en relación con el art. 1124 del Cc, abordan el problema de los eventos que surgen durante la ejecución del contrato que imposibilitan el cumplimiento. Partiendo de que la declaración del estado de alarma va a ser una situación transitoria, la interpretación que sostengo de esos preceptos centrándome de manera particular en el contrato de arrendamiento de local de negocio, es la siguiente.

1. En base a la doctrina de la imposibilidad transitoria de las obligaciones de hacer, implícita en el art. 1184 Cc, ha sobrevenido imposible en su mayor parte el cumplimiento de la obligación del arrendador de mantener al arrendatario en el uso de la cosa. En su mayor parte, porque el arrendatario se ve privado de la finalidad del alquiler del local, que es el de ejercer la actividad empresarial. Pero, habrá que tener en cuenta las posibles utilidades -incluso marginales- que reporte el local al arrendatario. Si el arrendatario va a poder seguir produciendo o ejerciendo la actividad por otras vías distintas a la de un establecimiento abierto o implementando una reconversión de su industria (por ejem. aprovechar el local para la venta o comercialización a distancia u *on line*) estará beneficiándose del uso de la cosa arrendada. En cualquier caso, también habrá que tener en cuenta los usos marginales, por ejem., el simple almacenamiento de equipo o materias primas. En estos casos el incumplimiento de la obligación del arrendador no será total, sino parcial, mayor o menor según el aprovechamiento del arrendatario.
2. El incumplimiento (total o parcial) de la obligación del arrendador, al ser sin culpa suya (viene impuesta por la

decisión gubernamental de cierre)le libera transitoriamente de la misma(art. 1184), sin obligación de indemnizar al arrendatario por ulteriores perjuicios, de los que no responde al ser un caso fortuito (art. 1105 Cc).

3. Correlativamente, el arrendatario queda liberado transitoriamente de su obligación de pago de la renta (doctrina de la *exceptio non admimpleticontractus* ex art. 1124). Pero, en base a la **buena fe**, esta correlativa liberación del arrendatario de pagar la renta ha de ir en paralelo a la privación de su derecho al uso del local y, en consecuencia, cuando exista algún tipo de aprovechamiento no podrá pretender la liberación del completo pago de la renta sino sólo una reducción, proporcional al aprovechamiento en cada caso del uso del local (*exceptio non riteadmimpleticontractus*).

Esta misma interpretación considero extensible a todos los contratos que se han visto afectados por el cese de actividad, por los que, a cambio de un precio, canon o cuota periódicos, se cedan bienes o derechos para el ejercicio de una actividad empresarial. Sería los casos de los contratos de distribución comercial, leasing y renting. Si el ejercicio de la actividad es imposible de ejecución en todo o en parte como consecuencia del cierre decretado, el cesionario podrá suspender o reducir la obligación de pago del precio, canon o cuota, según que la imposibilidad afecte total o parcialmente.

2.1.- Ejercicio de las facultades de suspensión o reducción de pago del precio

Para ejercer los derechos expuestos la buena fe impone que el arrendatario dirija una comunicación extrajudicial por cualquier medio que deje constancia probatoria, en la que exprese su voluntad de poner en marcha los mecanismos de suspensión o reducción del pago del precio. Esto, previsiblemente, abrirá una negociación entre las partes conducente a consensuar una solución mientras dure la paralización de la actividad o el cese en el aprovechamiento del servicio. En caso de que el arrendador o cedente no atienda la comunicación, el arrendatario o cesionario estaría legitimado para suspender unilateralmente (autotutela) el pago del precio o canon en la cantidad razonable de acuerdo con lo antes expuesto.

3.- Imposibilidad en los contratos de compraventa y de servicios

En lo que concierne a los contratos compraventa cuya ejecución estaba pendiente cuando empezó la crisis, la imposibilidad transitoria

comporta de acuerdo con el art. 1182 Cc que el vendedor se libere transitoriamente de su obligación de entrega y el comprador tenga que aceptar la entrega posterior sin que pueda reclamar nada como consecuencia del retraso. Sin embargo, algunos contratos habrán devenido imposibles de cumplir de manera definitiva debido a que el momento de cumplimiento para el comprador era esencial y el cumplimiento posterior, aunque sea posible, carece de interés: *ad impossibilia nemo tenetur*. Consecuentemente, el derecho de resolución ex art. 1124 Cca favor del comprador es evidente, teniendo derecho a la devolución de las cantidades que hubiese entregado porque la resolución tendrá efectos *ex tunc*. La única dificultad en estos casos será la prueba de que la época de cumplimiento era esencial.

En los contratos de prestación de servicios la cuestión se complica puesto que habrá que distinguir entre distintos tipos de servicios: de tracto único, servicios a ejecutar durante un periodo y servicios indefinidos. En los primeros, por ejem., transporte, viajes, hospedaje, ocio, espectáculos, restauración, etc., si como consecuencia de la paralización de actividades no ha podido cumplirse el servicio en el momento pactado, en la mayoría de los casos estaremos ante un término esencial y, por tanto, la solución no será otra que la resolución del contrato, similarmente a como acabamos de ver en la compraventa. La dificultad vuelve a ser la prueba de que la época de cumplimiento era esencial, pero se debería ser flexible y extenderlo a todos aquellos casos en que no resulte razonable exigir que el contratante asuma un cumplimiento posterior. No obstante, hay que tener en cuenta que la jurisprudencia y la doctrina consideran que el arrendatario de un servicio puede desistir del mismo *ad nutum* (argum. ex arts. 1594 y 1732 Cc), salvo excepciones muy cualificadas, como serían que esté excluida tal facultad desistimiento o que sea incompatible con la naturaleza del servicio o los usos.

Respecto a los servicios a ejecutar durante un periodo, si como consecuencia de la crisis el servicio se ha visto interrumpido, vuelve otra vez a plantearse la cuestión de si era esencial o no el periodo de cumplimiento. Los ejemplos típicos serían las academias de enseñanza o los servicios de ocio contratados para disfrutarlos durante un tiempo. En estos casos, además, lo más frecuente es que se hayan pagado los servicios por adelantado. Si resulta que para el usuario el periodo era esencial, podrá resolver el contrato, pero con efectos *ex nunc* y, consecuentemente, sólo podrá exigir la devolución de las sumas que retribuyan el servicio que se haya quedado sin cumplir (si es que las hubiera satisfecho anticipadamente). No siendo esencial, el usuario no sólo conservaría su derecho a la prestación posterior del servicio, sino que tendría que aceptar el cumplimiento posterior. Piénsese en la contratación de un servicio por varios meses

que estuviese pagado anticipadamente. El usuario tendrá derecho a recuperar posteriormente el periodo no disfrutado y deberá aceptar la recuperación, sin derecho a devolución del dinero pagado. En cuanto a considerar en estos casos que el usuario tiene derecho a desistir, cuando un servicio se paga anticipadamente (como serían los ejemplos anteriores), cabe entender que tácitamente el desistimiento está excluido. Los usos también apoyarían esta solución.

Por último, en cuanto a los servicios indefinidos, si el servicio no se puede disfrutar transitoriamente, procede la suspensión del pago de las cuotas hasta que el servicio se reanude, similarmente a lo que se dijo para el arrendamiento de local y contratos de tracto sucesivo similares. De todas formas, no olvidemos que en los servicios de este tipo el usuario puede desistir en cualquier momento *ad nutum*.

4.- Las previsiones sobre el riesgo del posterior Real Decreto-Ley 11/2020

El art. 36 del Real Decreto-Ley 11/2020, que siguió al de declaración del estado de alarma, ha establecido-exclusivamente para contratos con consumidores- una serie de medidas que abordan, precisamente, desde la perspectiva del riesgo contractual, las consecuencias de la crisis del COVID-19. Pero pese a lo acertado del enfoque, las soluciones adoptadas, adolecen de profundas imprecisiones técnicas, pues como vamos a ver, yerra al mezclar indebidamente un contrato de tracto único -como es la compraventa- con los contratos de tracto sucesivo y, además, confunde la imposibilidad definitiva y la transitoria.

El art. 36.1 se ocupa de la imposibilidad de cumplimiento, estableciendo el derecho del consumidor a resolver los contratos de compraventa y los de prestación de servicios incluyendo -dice- los de tracto sucesivo, pero ese derecho a resolver lo considera compatible con un posible arreglo (revisión, denomina) consensuada. Esta inclusión de los servicios de tracto sucesivo no se entiende si, como luego veremos, el ap. 3 del mismo artículo se ocupa específicamente de este tipo de contratos estableciendo consecuencias particulares que no coinciden con las del ap. 1. Esta técnica legislativa tan defectuosa sólo puede salvarse considerando que en este ap. 1 el legislador sólo se quería referir a los servicios de tracto único, aparte de a la compraventa. He de señalar que, en relación con la compraventa, la norma se aplicaría tanto a las ventas de bienes muebles como a las de inmuebles. Respecto a los servicios, se aplicaría a los de todo tipo, siempre que -como he interpretado-

sean de tracto único. Como acabamos de decir, la norma atribuye al consumidor contratante el derecho a resolver, pero no distingue si la imposibilidad es definitiva o transitoria. Si el contrato ha sobrevenido imposible de manera definitiva, no tiene sentido que quepa hablar de una revisión del contrato. Ahora bien, si la imposibilidad es transitoria (que es lo que comúnmente va a suceder como consecuencia del COVID-19), es cuando cabría hablar de revisión del contrato, pues como ya se ha dicho, en el marco del Código civil si la imposibilidad es transitoria el contrato no puede resolverse.

Salvado lo anterior, la norma que comentamos atribuye al consumidor (comprador o usuario de un servicio de tracto único), la facultad de resolución, pero sólo si no llegan a un acuerdo entre ambas partes para recuperar la reciprocidad. ¿Qué reciprocidad?, no se acierta a entender a qué clase de acuerdo se va a llegar en una compraventa en estas circunstancias. La norma habla de un vale o bono, lo que parece dar a entender que el comprador podría devolver la cosa y el vendedor no devolverle el precio y ofrecerle un vale por su importe para una futura compra. Lo que es claro es que el derecho a resolver que aquí se atribuye al consumidor-comprador no tiene paralelo en el Derecho común y puede perjudicar a las empresas porque pueden ver cancelados pedidos anteriores a la pandemia. Así, junto a las importantes pérdidas por la crisis que algunos empresarios van a tener, tendrán que hacer frente aquí a las exigencias de los consumidores para evitar la resolución. Respecto a los servicios (recordemos, sólo de tracto único y tratándose de una imposibilidad transitoria) tendría mayor justificación que las partes entren en negociación (casos de transporte, viajes, hospedaje, ocio, espectáculos, etc.), pero en muchos casos no va a resultar razonable que al consumidor se le imponga un cumplimiento posterior. La norma establece el derecho a resolver el contrato a ejercitar en un plazo de 14 días, que se va a computar a partir de otro plazo de 60 días que se cuenta desde que se hizo imposible la ejecución del contrato sin que las partes hayan llegado a un acuerdo. Es decir, la falta de acuerdo durante esos 60 días marca el inicio del cómputo de los 14. Por último, el ap. 2 de este art. 36 se ocupa de los efectos de la resolución estableciendo los que son típicos de esta, que son la devolución de lo percibido, pero añadiendo, sorprendentemente, que el empresario podrá retener parte en retribución de gastos incurridos (suponemos que a consecuencia del contrato que se va a resolver). Es extraño que el derecho de resolución vaya acompañado con esta penalización de gastos, más propio del desistimiento, que es lo que en realidad aquí está concediendo el legislador. Eso explica que lo sujete al plazo de 14 días, igual que el que tienen los consumidores en el art. 71 del Texto Refundido de la Ley de Consumidores.

Por último, el ap. 3 del art. 36 se refiere a los servicios de tracto sucesivo y su lectura sugiere que el supuesto que contempla es el de aquellos servicios que los consumidores habían pagado o venían pagando por periodos y que transitoriamente no pueden seguir disfrutando como consecuencia de la declaración del estado de alarma. La norma vuelve a no distinguir adecuadamente entre la imposibilidad transitoria y la definitiva y entre servicios que tengan establecido un periodo de ejecución (término final) y los de carácter indefinido. Nos remitimos a lo expuesto anteriormente en el epígrafe 3, sólo añadir que esta norma concede el derecho a resolver un servicio ya pagado, en contra del criterio que allí se sostiene contrario a admitirlo salvo que existan razones que lo justifiquen (que la época de cumplimiento era esencial para el usuario).





**tirant
tech**

Tecnología e
innovación jurídica