

COVID-19 y efectos contractuales¹

Ángel Carrasco Perera

Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Castilla-La Mancha
Consejero académico de Gómez-Acebo & Pombo

El COVID-19 suscita muchas preguntas sobre los efectos contractuales de esta contingencia, en especial en aspectos relacionados con la fuerza mayor. En este documento se responde a algunas de ellas.

1. La fuerza mayor produce por ley dos efectos:
 - a) El deudor que incumple por fuerza mayor no está sujeto a indemnización de daños por incumplimiento.
 - b) La prestación devenida imposible por la contingencia (que entonces es contingencia de fuerza mayor) se extingue; el deudor se libera.
2. La pregunta «¿es el COVID-19 una fuerza mayor?» es una pregunta mal formulada y por ello no tiene respuesta.
 - a) El COVID-19 como virus dañino para la salud o para la vida es un caso de fuerza mayor si el deudor de una prestación personal se encuentra afectado por aquél. No sólo los «artistas», también muchos «autónomos» pueden hallarse en este caso. Pero queda abierta la cuestión en casos corporativos. Aquí la cosa depende.

¹ Este documento no se pronuncia sobre contratos laborales ni sobre los contratos administrativos a que se refiere el artículo 34 del Real Decreto Ley 8/2020 ni sobre otros contratos administrativos.

Si un autónomo no puede, por causa del virus, pintar tu casa, es fuerza mayor. Si una empresa de pintura dice tener todos sus empleados de baja por el virus, no es en principio fuerza mayor.

- b) El COVID-19 *como medidas gubernamentales prohibitivas* contenidas en el Real Decreto 463/2020 y en el Real Decreto Ley 8/2020, y normativa de desarrollo, es un caso de fuerza mayor imposibilitadora de cumplimiento de contratos, pero no por ser COVID-19, sino por tratarse de prohibiciones normativas.
 - c) El COVID-19 *como desastre económico general*: interrupción de cadenas de producción, desaparición de la clientela, impracticabilidad del trabajo en fábrica, etcétera. Esto, en principio, no dice nada. Es como si preguntamos si una huelga general o una epidemia de gripe o unas lluvias torrenciales son fuerza mayor. *Depende*.
 - d) El COVID-19 *como principio de precaución* puesto en práctica por empresas o individuos que huyen del contagio: el principio de precaución no es de por sí fuerza mayor. *Depende*.
3. **¿Y de qué cosa dependen los casos cuya naturaleza de fuerza mayor depende?** Hemos mencionado en el apartado 1 anterior tres supuestos (podría haber más) en que la naturaleza de fuerza mayor «depende». ¿Pero de qué depende? **De muchas cosas, de muchos matices**, sólo incluyo alguno de ellos en el listado que sigue:
- a) Claramente, el caso deviene fuerza mayor cuando la prestación debida se hace *objetivamente imposible*.
 - b) Seguramente, el caso deviene fuerza mayor cuando la prestación se hace *subjetivamente imposible* y los costes de recomposición del deudor son inexigiblemente altos conforme a la buena fe.
 - c) La *suspensión temporal* durante la contingencia admite mejor cualificación de fuerza mayor que la resolución definitiva del contrato por la contingencia.
 - d) El caso anterior tiene más pretensiones de justicia si la medida se ha tomado también *en previsión de evitación de un riesgo que también caería sobre el contrario* (v. gr., el cumplimiento comporta roce humano y posible contagio), es decir, el principio de precaución es un recurso más seguro cuando se quiere prevenir también el interés de la contraparte.

Existe una presunción contraria a la buena fe cuando un contratante pretende sin más la resolución por imposibilidad cuando existe una fuerza impositiva de alcance temporal. Está denotando que se quiere salir de un mal negocio y que le ha venido bien el COVID-19.

G A _ P

- e) Es *más justo el caso* de quien *también* soporta costes propios hundidos que cuando sólo los soporta la otra parte. En igualdad de condiciones, y para los casos «depende», es mucho más difícil convencer de fuerza mayor.
 - f) Si la contraparte prueba que, merced al COVID-19 (en sus acepciones que comportan fuerza mayor), la otra parte «aprovecha» para salirse de un mal negocio, se diluirá con más facilidad la calificación de fuerza mayor.
4. **Tampoco tiene mucha importancia apurar el asunto** de si una contingencia difícil tiene la naturaleza de fuerza mayor. Nos estamos representando siempre contratos comerciales o civiles de carácter bilateral, ya sean de tracto único (compraventa, incluso una compraventa de empresa), o de tracto sucesivo (suministro, arrendamiento, licencia de marca). **¿Y por qué no tiene importancia?**
- a) Porque el deudor que se libera pierde por su parte el derecho a la contraprestación. **Cuidado con alegar la fuerza mayor, que el riesgo puede caer en ti.**
 - b) Porque si el deudor ya ha cobrado, el acreedor puede pedir resolución y restitución de lo pagado.
 - c) Por tanto, el deudor en el que cae la fuerza mayor no sale bien parado si tiene muchos costes hundidos en el contrato: porque pierde estos costes y pierde la contraprestación contractual.
- Reparad como anécdota en que, cuando la norma prohíbe la apertura de comercios, la fuerza mayor «no cae» sobre el arrendatario del local, sino sobre el arrendador: lo que se hace imposible por disposición leal es que el arrendador cumpla su obligación de proveer continuamente en la provisión del uso útil. **Y que se dé por contento si sale sólo perdiendo la renta del tiempo de cierre (que la pierde, sin duda), pues algunos antiguos (sabios) decían que la responsabilidad del arrendador por la cesación del uso es objetiva, comprendiendo los daños y perjuicios.** Esto último no es una opinión de la casa ni se admiten peticiones de aclaración.
5. Hay un problema sensible con la eventualidad de **costes hundidos** de una o de las dos partes, que no se amortizan si el contrato no se realiza o no se consuma:
- a) Cada parte se «come» sus costes hundidos y no los puede trasladar a la otra.
 - b) El Derecho privado español no reconoce en principio (véase más abajo) una pretensión de reparto equitativo de los costes totales hundidos.

G A _ P

- c) No se puede aplicar la analogía con los contratos públicos (cfr. art. 34 RDL 8/2020) porque, al tratarse éstos de servicios públicos, la Administración está sujeta al principio de mantenimiento del equilibrio económico del contratista.
6. Se especula sobre si la cláusula *rebus sic stantibus* es lo mismo que la fuerza mayor; si requiere más o menos requisitos; si es más estricta, más laxa, compatible o incompatible. **Para esta pregunta en general no hay respuesta y, si le dicen lo contrario, no saben lo que dicen. No ponga ninguna confianza en el jurista que le quiere solucionar su caso COVID-19, de una u otra manera, con el recurso solitario de la cláusula *rebus sic stantibus*.** Sólo daré algunas indicaciones que puedan servir de guía. Fuera de esto, habrá que ver el caso y tener un poco de buena suerte:
- a) La jurisprudencia es totalmente contradictoria. Hay que contar con esta realidad. Se puede sacar un precedente para una cosa y la contraria.
- b) La jurisprudencia actual tiende a ser estricta, pero puede dejar de serlo mañana. Aquí es decisivo quién sea el magistrado ponente. *Estricta* quiere decir al menos dos cosas:
- Si su contrato es un contrato de riesgo (fianza, CDS), usted se comerá seguramente la contingencia.
 - Si usted tiene una distribución contractual del riesgo, hay que buscar en esa distribución en encaje del COVID-19.
 - Sobre las dos afirmaciones anteriores se podría discutir largo. Pero no vamos a hacerlo.
- c) La cláusula *rebus sic stantibus* sólo se aplica a contratos de tracto sucesivo. No lo es una compraventa de empresa, aunque entre el contrato y el cierre medie un año.
- d) Con la cláusula *rebus sic stantibus* podría acaso obtenerse un reparto equitativo del riesgo global. Con fuerza mayor no, en buen derecho.
7. **La cosa ya no tiene remedio, pero el contrato manda.** No tiene remedio porque el COVID-19 nos coge con los contratos ya redactados. **¿Nos daña o nos favorece que el contrato tuviera una causa de salida por una contingencia «parecida» al COVID-19?**
- a) El contrato puede tener una cláusula de fuerza mayor. **En principio, esto no es decisivo ni en un sentido ni en otro porque el COVID-19 no estará allí mencionado.** Tener una cláusula de fuerza mayor puede servir para ganar o para perder la pretensión de liberarse.
- b) El contrato tiene una cláusula MAC (*material adverse change*) que no contiene especificaciones. Es posible buscar la salida COVID-19 en la cláusula MAC. Pero depende de cómo

esté redactada. **Es evidente, sin darle más vueltas, que la contingencia COVID-19 es un caso sustancial adverso.** Si la cláusula MAC tiene especificaciones y matices, casi seguro que acabará siendo tan indecisoria como la cláusula de fuerza mayor.

8. ¿Cómo emplear fuera de su supuesto de hecho las normas contractuales contenidas en el Real Decreto 463/2020, en el Real Decreto Ley 8/2020 y en la normativa de desarrollo? Sabemos que estas normas tienen un relativo impacto en la contratación privada. Pensemos, por ejemplo, en la moratoria hipotecaria en favor de personas en riesgos de exclusión. **Es muy complicado decidir en principio si procederá una aplicación analógica o una aplicación a contrario sensu de las normas del estado de alarma.** En efecto, una empresa no es un deudor hipotecario persona física: ¿pero no podría obtener también una moratoria hipotecaria si acredita que se encuentra en fuerza mayor? Este debate no puede desarrollarse en este lugar.

Las consideraciones precedentes son criterios generales. Cada situación concreta deberá abordarse desde un análisis individualizado de las circunstancias concurrentes en el que dichos criterios podrían variar o requerir de adaptación. No dude para ello en ponerse en contacto con sus abogados de referencia en Gómez-Acebo & Pombo.