

ABOGADOS

ARAOZ & RUEDA

**ESPECIAL COVID-19
SOCIETARIO**

**IMPACTO DE LA CRISIS DEL COVID-19
EN LOS CONTRATOS**

1. Contexto

El 30 de enero de 2020, el Director General de la OMS declaró el brote del Covid-19 (también conocido como Coronavirus), una Emergencia de Salud Pública de Importancia Internacional (ESPII). Para que una emergencia pueda ser calificada como ESPII deberá (i) ser extraordinaria, (ii) constituir un riesgo internacional debido a la propagación de la enfermedad, y (iii) requerir de una respuesta internacional coordinada. Todos estos elementos concurren en la crisis del Coronavirus. Además, el 11 de marzo de 2020 la OMS ha declarado oficialmente el Coronavirus pandemia internacional.

Debido a que el Coronavirus está afectando a la mayor parte de países del mundo, el comercio internacional se está viendo obstaculizado, lo cual tendrá consecuencias sobre las relaciones contractuales en todos los sectores económicos.

2. Fundamentos legales

Para la preparación de esta nota, asumiremos que la ley aplicable al contrato en cuestión será la ley española.

2.1 Fuerza mayor

2.1.1 Código Civil

El artículo 1105 del Código Civil se refiere a los sucesos de fuerza mayor. En particular, establece que: “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**”.

Las características fundamentales de los sucesos a los que se refiere el artículo 1105 del Código Civil son, como se desprende de lo anterior, la imprevisibilidad y la inevitabilidad.

1. La imprevisibilidad se define como la capacidad que tiene el suceso de sorprendernos, teniendo en cuenta lo que es habitual y las consecuencias que generalmente este suceso provocaría. Por tanto, la mera observación de la realidad no nos permite anticipar o prever que este suceso vaya a tener lugar, y que, además, las consecuencias sean de tal magnitud.

2. La inevitabilidad se define como la incapacidad de impedir, tanto el acontecimiento del suceso, como sus propias consecuencias.

El concepto de fuerza mayor aplicará, por tanto, a aquellos sucesos imprevisibles y/o que, a pesar de la voluntad de impedirlos, se acaban produciendo (es decir, lo que no puede ser previsto o lo que, aun previsto, es inevitable o incontenible).

De acuerdo con la jurisprudencia de los tribunales españoles, debe tratarse además de un suceso que no haya sido causado por ninguna de las partes y que sea ajeno a su círculo de actividad o a la naturaleza del contrato, de forma que irrumpa como un obstáculo externo (ej. tormentas, huracanes, tornados, inundaciones, caídas de árboles y otras situaciones similares).

Sin perjuicio de lo anterior, debemos apuntar que, de acuerdo con los criterios jurisprudenciales, tanto la imprevisibilidad como la inevitabilidad deben ser analizadas al momento de suscribir el contrato.¹

Por lo tanto, la fuerza mayor exonerará de responsabilidad por los daños que puedan derivarse de un incumplimiento contractual. Es decir, el acreedor no tendrá derecho a la indemnización por los daños sufridos como consecuencia del incumplimiento fundado en fuerza mayor, sin perjuicio del resto de acciones contractuales que éste tiene a su disposición (la resolución del contrato, por ejemplo)².

2.1.2 Otra normativa relevante

(A) Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, de 1980

Lo dispuesto en el Código Civil español es muy similar al artículo 79 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, de 1980 (“**CCIM**”), que dispone que una parte está exenta de responsabilidad por daños, únicamente si el incumplimiento se debe, en primer lugar, a un impedimento que está fuera de su control y, en segundo lugar, que no cabía razonablemente esperar que, en el momento de celebración del contrato, se hubiera tenido en cuenta, o que se podría haber evitado o superado, o sus consecuencias. La CCIM aplicará automáticamente cuando ambas partes contratantes tengan su domicilio en países que sean parte de la misma (salvo que la CCIM haya sido excluida expresamente por las partes) o cuando las partes elijan, como ley aplicable, las leyes de una jurisdicción que sea parte del CCIM.

1 Por tanto, la fuerza mayor no será aplicable si la expansión del Coronavirus ya era previsible al momento de suscribir el contrato.

2 Jurisprudencia que vincula la existencia de fuerza mayor a la inevitabilidad del suceso y que ha sido consultada para la preparación de esta nota, por todas, Sentencias del Tribunal Supremo de 12 julio 2002 (RJ 2002\ 6045), citando a su vez las de 6 de abril de 1987 (RJ 1987\ 2495), 15 febrero (RJ 1995\ 842), 31 de mayo (RJ 1995\ 4106) y 20 julio de 1995 (RJ 1995\ 5728).

(B) Principios del Derecho Europeo de Contratos

Además, en los tribunales españoles se recurre cada vez más a los Principios del Derecho Europeo de Contratos ("PEDC"), que contienen varias referencias en este sentido.

La referencia fundamental es la del Artículo 8:108, que se refiere a "exoneración por imposibilidad en el cumplimiento". Los requisitos para que este precepto sea aplicable son los siguientes:

- Debe haber un impedimento. Aunque el término "impedimento" no está definido, cubre únicamente casos de "verdadera imposibilidad", excluyendo casos de onerosidad sobrevenida de la obligación.
- Para la parte que incumple, el impedimento debe estar *"fuera de su control"*.
- El tercer requisito es que *"no se puede pretender de manera razonable que hubiera debido tenerse en cuenta dicho impedimento en el momento de la conclusión del contrato"*. A sensu contrario, para que este requisito no resulte aplicable, la parte debería haber asumido el riesgo o haber sido negligente en preverlo. El estándar es el de la previsibilidad razonable, desde la perspectiva de un ciudadano medio puesto en la misma situación.
- También es necesario que *"no se puede pretender de manera razonable que hubiera debido evitar o superar dicho impedimento o sus consecuencias"*. El artículo, por tanto, cualifica el supuesto considerando el impedimento como "insuperable".
- Finalmente, aunque no se estipule en el artículo, parece adecuado entender – como en la CCIM – que el impedimento es causado únicamente por un suceso que no era ni predecible, ni superable o soportable.

2.1.3. Aplicabilidad de estas figuras a la situación del Coronavirus

En el marco del Coronavirus, entendemos que las siguientes situaciones podrían constituir casos de fuerza mayor:

1. Prohibiciones normativas (por ejemplo, por decretos del Gobierno, como el RD 463/2020 decretando el estado de alarma), de modo que la obligación contractual (o una actuación que sea instrumental para cumplir con la obligación) no pueda cumplirse en sus propios términos. Por ejemplo, el cierre de fronteras o el cese de actuaciones y espectáculos públicos.

La suspensión de los plazos administrativos es otra circunstancia muy relevante a estos efectos, de forma que puede conllevar el incumplimiento inevitable de los contratos, por la no obtención de una licencia que se habría obtenido por silencio positivo de la Administración, por ejemplo.

2. Imposibilidad absoluta de la parte obligada para cumplir con la obligación contractual, sin mediar culpa de ninguna de las partes. Por ejemplo, el contagio de la persona que debe prestar el servicio.

Por el contrario, la existencia de fuerza mayor en los siguientes supuestos no está tan clara y requerirá un análisis individualizado:

1. Incumplimiento de una obligación de hacer, por comprometer los recursos personales del deudor al estar expuestos a un probable contagio. Por ejemplo, cualquier obligación de hacer personalísima que conlleve el desplazamiento del obligado, y éste se niegue a hacerlo por riesgo al posible contagio.

2. Incumplimiento de una obligación de hacer, por suponer un sobrecoste extraordinario que no se vería compensado por el precio pactado en el contrato. En este caso podría, alternativamente, considerarse de aplicación la cláusula rebus, a la que nos referimos en el siguiente apartado de esta nota.

En cualquier caso, para que la fuerza mayor sea apreciable en el marco del Covid-19 Coronavirus, será necesario atender al momento de celebración del contrato (no será apreciable en caso de que, al momento de suscribir el contrato, ya se hubiese decretado el estado de alarma, por ejemplo).

Además, debe atenderse también al lugar donde el contrato tuviera lugar o debería ser cumplido, toda vez que cada país está adoptando sus propias medidas para contener al virus y aún existen países sin casos de contagios. Estos y aquellos otros factores que determinen las posibilidades de prever y evitar la contingencia en cuestión serán fundamentales a la hora de apreciar la fuerza mayor en el incumplimiento de los contratos.

2.2 Onerosidad excesiva

La onerosidad excesiva hace referencia a un cambio en las circunstancias económicas que no impide a una de las partes cumplir con sus obligaciones contractuales, pero que hace el cumplimiento del contrato en su conjunto mucho menos rentable para esta parte – o incluso con coste para la misma – de forma que su situación económica se ve perjudicada a causa del contrato.

Aunque la ley española no cuenta con ninguna disposición que haga referencia a la excesiva onerosidad, el Tribunal Supremo ha desarrollado este concepto bajo el título de *rebus sic stantibus*. Esta expresión latina puede ser traducida al español como “mientras las cosas sigan igual”. Implica que una parte está obligada a cumplir una obligación acordada, siempre y cuando las circunstancias subyacentes al acuerdo sigan siendo las mismas. Es decir, reconoce la necesidad de tener en cuenta circunstancias inesperadas en el cumplimiento de un contrato, ya sea a través de su novación o terminación, si se ha producido un importante desequilibrio contractual.

2.2.1 Ley española: jurisprudencia del Tribunal Supremo

Aunque el Tribunal Supremo ya había definido este concepto, la crisis financiera de 2008 propició su desarrollo posterior. Las características fundamentales y los requisitos para su aplicación son los siguientes³:

1. Contrato de tracto sucesivo: se refiere al hecho de que el contrato tiene que cumplirse a lo largo de un período de tiempo continuado (por ejemplo, un contrato de arrendamiento o un contrato de suministro). No obstante, el Tribunal Supremo ha aplicado esta doctrina también a contratos de tracto único, siempre que se produzca un lapso temporal entre la celebración del contrato y el cumplimiento de las obligaciones⁴.

2. Cambio en las circunstancias con posterioridad a la suscripción del contrato: el desfase temporal con el que se produzca el cambio en las circunstancias existentes a la fecha de suscripción del contrato será un factor clave para evaluar este requisito.

3. Imprevisibilidad: la posibilidad de un cambio de circunstancias no era algo que se pudiera, de forma razonable, tener en cuenta.

4. Relación de causalidad: debe existir una relación causal directa entre la circunstancia sobrevenida e imprevisible con el incumplimiento del contrato. Si a pesar de haberse producido un cambio en las circunstancias, éste no es el origen del incumplimiento, no será posible acogerse a la aplicación de la *rebus*.

5. Ausencia de culpa y buena fe: el cambio en las circunstancias no debe ser resultado de la conducta o acción de alguna de las partes. En este sentido, el Tribunal Supremo viene reiterando que la buena fe contractual (en virtud de los artículos 7 y 1258 del Código Civil) es requisito y fundamento necesario para la aplicación de esta doctrina.

³ Por todas, Sentencias del Tribunal Supremo de 30 de junio de 2014, 15 de octubre de 2014, 24 de febrero de 2015 y 15 de enero de 2019.

⁴ Por todas, Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de enero de 2019.

6. Posibilidad de que el contrato contemplase alguna cláusula de reparto de riesgos o resolución con un preaviso razonable: en la medida en que las partes hayan previsto en el contrato un sistema de reparto de riesgos mediante ajustes de precio o la resolución anticipada, no procederá modificar los términos del contrato.

7. Incertidumbre como esencia del contrato: si la incertidumbre era un elemento determinante del contrato (por ejemplo, el tipo de interés en un contrato swap), tampoco procederá modificarlo. En otras palabras, si el riesgo de que se produzca un cambio de circunstancias no es un riesgo que, según el contrato, la parte afectada debe soportar.

8. Onerosidad excesiva: la parte que invoca esta doctrina tiene que demostrar que el cumplimiento se ha vuelto excesivamente oneroso. Esta condición se interpretará en el sentido de que las circunstancias existentes causen un desequilibrio en el contrato de tal entidad que, aunque todavía pueda cumplirse, ello supondría unos costes desorbitados para una de las partes. Además, la parte afectada deberá probar que la excesiva onerosidad ha sido directamente causada por dichas circunstancias.

La consecuencia es que los Tribunales ajustarán los términos económicos a lo que podría considerarse “razonable” a la luz de las circunstancias o del acontecimiento que motive la resolución del contrato. No obstante, debemos tener en cuenta que el principio fundamental para aplicar esta doctrina debe ser el de la proporcionalidad del ajuste contractual, flexibilizando la regla “*pacta sunt servanda*”, pero evitando, en la medida de lo posible, la extinción de la relación jurídica.

2.2.2 Otras disposiciones relevantes

En este apartado debemos hacer referencia al artículo 6:111 PEDC, que se refiere al “*cambio de circunstancias*”. Aunque el párrafo (1) establece el principio general de que el cumplimiento de una obligación no decae si deviene más oneroso, lo cual significa que el principio que subyace es el de *pacta sunt servanda*, el párrafo (2) recoge una excepción que será aplicable siempre que se cumplan las siguientes condiciones:

1. El cumplimiento del contrato se vuelve excesivamente oneroso: lo que se considera excesivamente oneroso se distingue de lo que se considera un impedimento. La ejecución debe ser por lo menos “ruinosa” para el deudor, mientras que el impedimento presupone un “obstáculo insuperable”. Así, extremadamente oneroso significa un obstáculo de un grado menos que la imposibilidad o impedimento. ¿Pero cuándo es el cumplimiento de un contrato “excesivamente oneroso” para el obligado? El término “ruinoso” sugiere que el cumplimiento debe conducir al obligado a la quiebra. Un obligado en una posición financiera fuerte puede soportar un gran desequilibrio, mientras que el

mismo caso puede ser ruinoso para una parte en una posición más débil, por lo que deberá analizarse caso por caso.

2. El cambio de circunstancias debe haber ocurrido tras la celebración del contrato: esto constituye un límite temporal para la aplicación del párrafo (2). El contrato sigue siendo vinculante y no se impone a las partes el deber de re-negociar si el cumplimiento ha sido excesivamente oneroso ab initio.

3. El cambio de circunstancias no pudo preverse en el momento de la celebración del contrato: no podrá acudirse a esta figura si la parte perjudicada pudo prever y tener en cuenta el cambio de circunstancias. Si una parte conoce o debería haber conocido que podría producirse un cambio en las circunstancias existentes a la celebración del contrato, se esperará de ella que tome las precauciones oportunas, y que, en caso de no hacerlo, no podrá ampararse en esta figura.

4. El riesgo del cambio de circunstancias no es un riesgo que, según el contrato, deba ser asumido por la parte afectada: es, probablemente, el requisito más difícil de identificar e interpretar en la práctica. En raras ocasiones, el contrato contiene una disposición expresa en este sentido. En estos casos, se debe distinguir el reparto del riesgo subyacente al contrato real. Desde un punto de vista conservador, cada parte deberá asumir el riesgo de incumplimiento de la otra parte; el riesgo de una subida de precios del suministro se atribuye a la parte cuyo cumplimiento es más oneroso.

2.2.3 Aplicabilidad de estas figuras a la situación del Coronavirus

Estas figuras bien podrían aplicarse a los contratos de arrendamiento o de suministro en los que, como consecuencia de la situación del Coronavirus, una de las partes sufra un importante desequilibrio económico, hasta el punto de que se podría concluir que el cumplimiento del contrato sería “ruinoso” y conduciría a la quiebra del obligado. En este contexto, no es descartable la rebaja de las rentas en los contratos de arrendamiento de negocio o de locales comerciales, toda vez que estos deben permanecer cerrados por imperativo legal y, por tanto, se produce la desaparición de la base del negocio y será imposible el cumplimiento del contenido del contrato⁵.

Dicho esto, ha de tenerse en cuenta que los tribunales españoles suelen aplicar de forma estricta los principios de exigibilidad de las obligaciones contractuales (*pacta sunt servanda*), y, por ende, son bastante restrictivos a la hora de considerar la aplicabilidad de estas figuras.

5 Por todas, es relevante a estos efectos la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de enero de 2019.

3. Cláusulas MAC “Material adverse change” en contratos de compraventa

Los contratos de compraventa de sociedades suelen condicionar la obligación del comprador de perfeccionar la compraventa a que no se produzca ningún “cambio material adverso” (“MAC”) entre la firma del contrato privado y el cumplimiento de todas las demás condiciones previas al cierre.

La redacción de estas cláusulas puede variar considerablemente, y pueden incluir aquellas circunstancias que puedan afectar, o que de forma razonable se espera que puedan afectar, a la capacidad de la adquirida para proseguir con su actividad, a la capacidad del vendedor para cumplir sus obligaciones contractuales, o a las condiciones específicas y expectativas de negocio de la sociedad adquirida. Por otra parte, estas cláusulas también pueden establecer excepciones a la capacidad del comprador para cumplirlas, excluyendo los cambios que afecten a las “condiciones generales del mercado” (salvo que tengan un impacto desproporcionado en la sociedad objetivo).

La posibilidad de que el comprador pueda resolver un contrato de compraventa en base a un MAC dependerá, obviamente, de la redacción de la cláusula y del alcance del MAC. Por ejemplo, en la medida en que la pandemia siga afectando a determinadas jurisdicciones, exceptuar las condiciones aplicables a un sector para obligar al comprador a llevar a cabo la compraventa si la sociedad adquirida se encuentra en esas jurisdicciones podría ser insuficiente.

4. MAC en contratos de financiación

En los contratos de financiación celebrados en España, la existencia de un MAC a menudo permite al acreedor renunciar al otorgamiento del préstamo o, en caso de que el MAC se produzca después de la disposición de los fondos, puede traducirse en un supuesto de incumplimiento (lo que da derecho al acreedor a exigir al deudor el repago anticipado de la deuda).

Sin embargo, dada la incertidumbre en la interpretación de las cláusulas MAC, la limitada información que tienen los acreedores sobre la situación del deudor, y la responsabilidad en que podrían incurrir los acreedores en caso de que insten una resolución anticipada sin estar habilitados para ello, es de esperar que los acreedores sean reacios a no liberar los fondos o a instar el repago anticipado de un préstamo únicamente en base a un MAC provocado por el brote del COVID-19.

En cualquier caso, se espera que la propagación del COVID-19 (y las diversas medidas para contenerlo) afecte, entre otras cosas, a la capacidad de generación de ingresos, los flujos de caja y a la situación financiera general de los deudores.

5. Conclusiones

Como hemos expuesto, un suceso que sea considerado fuerza mayor exonerará de la responsabilidad por daños derivada de un incumplimiento contractual. La situación actual ha sido, sin duda, imprevisible para las partes, pero eso no es suficiente para aplicar los efectos modificativos de la fuerza mayor o la cláusula rebus.

Para que las contingencias derivadas del Coronavirus puedan ser consideradas fuerza mayor habrá que hacer un análisis de la previsibilidad e inevitabilidad de la contingencia en cuestión, llevando a cabo un análisis caso por caso, considerando, entre otros, (i) las estipulaciones relacionadas con la fuerza mayor y el reparto de riesgos que el contrato pueda contener, (ii) el conocimiento que las partes tuvieran de la propagación del Coronavirus y sus riesgos al momento de celebrar el contrato, y (iii) las razones específicas que llevaron al incumplimiento contractual.

En cuanto a la onerosidad excesiva y la aplicación de la cláusula rebus, siempre que se cumplan los requisitos, los tribunales españoles podrían estar dispuestos a ajustar los términos económicos del contrato o prorrogar los plazos de cumplimiento para asegurar que el cambio inesperado de circunstancias no pueda traducirse en insolvencia de la otra parte.

Tanto en los casos de fuerza mayor, como en aquellos en los que pudiera aplicarse la doctrina de la rebus sic stantibus, debemos tener siempre presente la buena fe contractual como principio fundamental en el cumplimiento de los contratos. Por ello, debe exigirse a la parte que pueda incumplir que lo ponga en conocimiento de la otra parte, a fin de que puedan resolver la situación de forma amistosa e intentar novar o, como último remedio, resolver, el contrato.

Si ello no fuera posible, debe exigirse también que la parte incumplidora lleve a cabo todas las medidas de las que disponga para intentar cumplir con el contrato, siendo éste un requisito fundamental para sostener posteriormente la imposibilidad material del cumplimiento.

Por último, las cláusulas MAC también pueden llegar a ser de gran utilidad, especialmente en contratos de compraventa o en contratos de financiación, como ya hemos visto.

ARAOZ & RUEDA

Póngase en contacto con nosotros para obtener más información sobre las implicaciones legales que afectan a su empresa en este difícil momento.

Todo el equipo de **Araoz & Rueda** sigue a su entera disposición.

Societario

Alejandro Fernández de Araoz (araoz@araozyrueda.com)

Pedro Rueda (rueda@araozyrueda.com)

Israel de Diego (diego@araozyrueda.com)

Energía

Francisco Solchaga (solchaga@araozyrueda.com)

Laura Vintanel (vintanel@araozyrueda.com)

Bancario y Financiero

Rafael Bazán (bazan@araozyrueda.com)

Fiscal

Javier Prieto (prieto@araozyrueda.com)

Laboral

Alfonso Suárez (suarez@araozyrueda.com)

Procesal

Eduardo de León (leon@araozyrueda.com)

Inmobiliario

Jesús Conde (conde@araozyrueda.com)

Derecho comunitario y de la competencia Propiedad Intelectual e Industrial

Ainhoa Veiga (veiga@araozyrueda.com)

O llámenos al + 34 91 319 02 33

